

Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista mensual núm. 456 | Marzo 2021

ISSN: 1138-9532

Del debate de la jornada de «35» horas al de «32»: ¿reducción o distribución flexible?

Margarita Miñarro Yanini

ERTE y garantía de ocupación: incertidumbres y certezas

Jaime Cabeza Pereiro

¿Cabe el aplazamiento y fraccionamiento del pago en la ejecución dineraria social?

José Luis Lafuente Suárez

Tiempo de trabajo y seguridad y salud de las personas trabajadoras

María del Carmen Aguilar Martín

Medidas sociolaborales tras el Brexit

Thais Guerrero Padrón

Las leyes de emergencia pandémica a juicio de los tribunales: entre avales (diálogo) y reverses (conflicto)

Cristóbal Molina Navarrete





PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

2021

PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

CEF.-

Modalidades

El CEF.- convocará, con carácter nacional, el Premio Estudios Financieros.

La 31.ª edición para las modalidades de:

- **Tributación**
- **Contabilidad**
- **Derecho del Trabajo y Seguridad Social**

La 27.ª edición para la modalidad de:

- **Recursos Humanos**

La 18.ª edición para las modalidades de:

- **Derecho Civil y Mercantil**
- **Derecho Constitucional y Administrativo**

La 7.ª edición para la modalidad de:

- **Educación y Nuevas Tecnologías**

Y la 6.ª edición para la modalidad de:

- **Marketing y Publicidad**

El objeto de la convocatoria es el reconocimiento y estímulo de la labor creadora y de investigación de las distintas modalidades del Premio Estudios Financieros, para lo que se valorará el carácter práctico de los trabajos presentados.

CEF.-

Dotaciones económicas

Se otorgará un primer premio para cada una de las modalidades. Además, tendrán accésit todos aquellos trabajos que los respectivos jurados consideren de interés.

Las dotaciones económicas para cada una de las modalidades anteriores son:

- Primer premio: 9.000 euros.
- Accésits: 900 euros.

CEF.-

Lugar y plazo

Los trabajos, junto con el sobre cerrado, se remitirán a la secretaría del CEF.- de Madrid: Centro de Estudios Financieros, a la atención de Begoña Cob Montes, Paseo del General Martínez Campos, 5. 28010, Madrid.

También pueden enviarse por correo certificado o mensajería a la misma dirección. El plazo finaliza el día **4 de mayo de 2021**, a las **20,00 horas**.

CEF.-

Solicitud de las bases

Puede solicitar las bases del premio visitando www.cef.es

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 456 | Marzo 2021

Directora editorial

M.^a Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho

Consejo de redacción

- Director** [Cristóbal Molina Navarrete](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén
- Subdirector** [José Antonio Fernández Avilés](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada
- Secretaria** [Margarita Miñarro Yanini](#). Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaime I

Consejo asesor

- [Carlos Alfonso Mellado](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia
- [Juan Pablo Borregón Baños](#). Presidente de Aedipe y director de Recursos Humanos de SCI
- [Laura Calafá](#). Profesora titular de Derecho del Trabajo. Università di Verona (Italia)
- [Faustino Cavas Martínez](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia
- [Eva Cifre Gallego](#). Profesora titular de Psicología Social. Universidad Jaime I
- [Manuel Fernández Ríos](#). Catedrático de Psicología Social (Organización y Recursos Humanos). Universidad Autónoma de Madrid
- [Jordi García Viña](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona
- [Ana Gómez Hernández](#). Presidenta de la Asociación Nacional de Laboralistas
- [Celia Gutiérrez Valero](#). PhD, HR Director, Southern Europe & North Africa, de Westcon & Comstor
- [Eugenio Lanzadera Arecibia](#). Doctor en Derecho y Ciencia Política. Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad a Distancia de Madrid
- [Loïc Lerouge](#). Director de investigación del Centro Nacional de Investigación Científica. Centro de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social. Université de Bordeaux (Francia)
- [Gianni Loy](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Università degli Studi di Cagliari (Italia)
- [Nelson Manrrih](#). Presidente da Academia Nacional de Direito do Trabalho (Brasil)
- [Verónica Martínez Barbero](#). Directora general de Trabajo. Ministerio de Trabajo y Economía Social
- [Lourdes Mella Méndez](#). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela
- [Antonio Ortega Parra](#). Consejero ejecutivo y director general de Personas, Medios y Tecnología de Bankia
- [Roberto Pereira Costa](#). Presidente de Economistas Asesores Laborales
- [Vanessa Pérez Torres](#). Ayudante doctora de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones. Universidad Rey Juan Carlos
- [José Ramos López](#). Catedrático de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones. Universidad de Valencia
- [Alfredo Rodríguez Muñoz](#). Profesor titular de Psicología Social, del Trabajo y Diferencial. Universidad Complutense de Madrid
- [Raquel Sanz Valle](#). Catedrática de Organización de Empresas y Finanzas. Universidad de Murcia
- [Aránzazu Vicente Palacio](#). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaime I

Evaluación externa

- [Juan García Blasco](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza
- [Juan López Gandía](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Politécnica de Valencia
- [Carolina Martínez Moreno](#). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo
- [Jesús Rafael Mercader Uguina](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III
- [Antonio Ojeda Avilés](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla (jubilado)
- [Sofía Olarte Encabo](#). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada
- [Margarita Isabel Ramos Quintana](#). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna
- [Susana Rodríguez Escanciano](#). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León
- [Eduardo Rojo Torrecilla](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona
- [José Luis Tortuero Plaza](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid

Coordinación y edición

Teresa Díez Meriel y Domingo J. Panea Hernando

Centro de Estudios Financieros

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid • Tel. 914 444 920 • editorial@cef.es



Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 MADRID
Tel. 914 444 920
Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (2021) (11 números) 165 €

Solicitud de números sueltos (cada volumen)

Suscriptores/as 20 €

No suscriptores/as 25 €

En la página www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm encontrará publicados todos los artículos de la *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* desde el número 100. Podrá acceder libremente a los artículos que se correspondan con su periodo de suscripción. Los anteriores a la fecha de alta en el producto tendrán un coste de 7,5 € por artículo, con un descuento del 50 % para las personas suscritas.

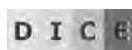
Edita

Centro de Estudios Financieros, SL
Correo electrónico: revistacef@cef.es
Edición digital: www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm
Depósito legal: M-29442-2007
ISSN: 1138-9532
ISSN-e: 2531-212X

Imprime

Artes Gráficas Coyve
c/ Destreza, 7
Polígono industrial Los Olivos
28906 Getafe (Madrid)

Indexada en



Acuerdos de colaboración

Con la *Revista de Derecho del Trabajo* de la editorial La Ley (Uruguay) y con la *Revista de Direito e de Estudos Sociais* de la editorial Almedina (Coimbra, Portugal) por los que nos comprometemos a que determinados artículos de estas revistas puedan ser publicados en la nuestra y a la inversa.

© 2021 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

La editorial, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

ISSN: 1138-9532
ISSN-e: 2531-212X

Sumario

Editorial

- Del fallido debate de la jornada de «35» horas al de «32»: la dialéctica entre reducción o distribución de la jornada de trabajo 5-10
Margarita Miñarro Yanini

Estudios

- ERTE y garantía de ocupación: incertidumbres y certezas 11-34
Lay-offs and short-time and occupational guarantee: uncertainties and certainties
Jaime Cabeza Pereiro
- ¿Cabe el aplazamiento y fraccionamiento del pago en la ejecución dineraria social? 35-64
Las facultades de los letrados/as de la Administración de Justicia
Does the postponement and payment by fractions apply in the execution of money judgements? The powers of Justice Administration attorneys
José Luis Lafuente Suárez
- El tiempo de trabajo como elemento vertebrador de la seguridad y la salud de las 65-100
personas trabajadoras
Working time as a supporting element of the safety and health of workers
María del Carmen Aguilar Martín

Análisis de actualidad

- Escenarios modernos de los tiempos de trabajo (y vida): actualidad (social y judicial) 101-133
de un clásico en busca de su (¿imposible?) «soberanía»
Modern scenarios for working (and life) times: (social and judicial) actuality of a classic in search of its (impossible?) «sovereignty»
Cristóbal Molina Navarrete
- Medidas sociolaborales españolas de adaptación a la situación de Estado tercero 135-158
del Reino Unido tras el Brexit. Comentario del Real Decreto-Ley 38/2020, de 29 de diciembre
Spanish socio-labour measures to adapt to the situation of the United Kingdom as a third country after Brexit. Commentary on Royal Decree-Law 38/2020, of 29 December
Thais Guerrero Padrón
- Corrección de errores 159



Diálogos con la jurisprudencia

- Las leyes de emergencia pandémica a juicio de los tribunales: entre avales (diálogo) y reveses (conflicto) 161-210
Pandemic emergency laws as judged by the courts: between endorsements (dialogue) and setbacks (conflict)
Cristóbal Molina Navarrete

Recursos humanos

- El enfoque psicosocial del suicidio en el ámbito laboral: prevención y manejo del riesgo autolítico 211-246
The psychosocial approach to suicide in the workplace: prevention and management of autolytic risk
Emilio Amezcua Ormeño

- Normas de publicación 247-248

Las opiniones vertidas por los autores y las autoras son de su única y exclusiva responsabilidad. CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS, sin necesariamente identificarse con las mismas, no altera dichas opiniones y responde únicamente a la garantía de calidad exigible en artículos científicos.

La suscripción a la revista implica la recepción quincenal por correo electrónico de un **BOLETÍN** informativo sobre novedades legislativas, jurisprudenciales y convenios colectivos. Asimismo, el seguimiento diario de las novedades puede hacerse consultando la página <http://www.laboral-social.com>.

Del fallido debate de la jornada de «35» horas al de «32»: la dialéctica entre reducción o distribución de la jornada de trabajo

Margarita Miñarro Yanini

Secretaria

[Con la jornada de 4 días a la semana] el ambiente es genial y eso forma parte también de la cuenta de resultados de la empresa [...] porque a empleado satisfecho, cliente satisfecho.

J. A. Mallenco (*El País*, 10 de enero de 2021)

1. Hace apenas 1 mes se supo que el Gobierno pretende activar el «[plan piloto de la semana laboral de 4 días](#)» o «32 horas». A tal fin, dedicará 50 millones de euros a ayudas directas a todas las empresas que implanten esta nueva modalidad de jornada reducida con carácter general, sin reducción retributiva, a fin de facilitar la vida laboral, personal y familiar. En consecuencia, [el Gobierno se suma, de forma experimental, y sin perjuicio de lo ya previsto para el diálogo social, al debate](#) mundial en torno a la conveniencia y posibilidad de una jornada laboral de «32 horas semanales» en todas las empresas y para todas las personas empleadas –en empleos de mercado y del sector público–. Ello sin perjuicio del modelo de jornada de trabajo basado en su distribución adaptada según el equilibrio *ad hoc* entre razones de conciliación y razones de empresa ex [artículo 38 de la Constitución española](#), que no promueve la reducción del tiempo de trabajo, sino su gestión flexible por parte de las personas empleadas, que tanta controversia judicial, organizativa y social está produciendo.

De este modo, parece que se abre un nuevo tiempo, pues hace 2 años ni empresas ni personas expertas, al menos en su mayoría, consideraban factible la semana laboral de 4 días que ensayaban en [Nueva Zelanda](#)

El Gobierno se suma, de forma experimental, y sin perjuicio de lo ya previsto para el diálogo social, al debate mundial en torno a la conveniencia y posibilidad de una jornada laboral de «32 horas semanales» en todas las empresas y para todas las personas empleadas –en empleos de mercado y del sector público–

empresas como la aseguradora Perpetual Guardian, fabricante angloholandés de productos de consumo Unilever. En el mejor de los casos, apostaban por medidas de transición (Comisión Nacional para la Racionalización de Horarios en España), progresivas y con fases intermedias, desde la jornada semanal laboral de 5 días y 40 horas a la de 4 y 32 horas. La tendencia «experta» española restaba valor a los buenos resultados, al menos aparentes, de los experimentos, aunque, tras el periodo de prueba de 2 meses, las personas empleadas de la compañía aseguradora neozelandesa afirmaban que se había producido una reducción de estrés de casi un 10 % y que su tiempo libre mejoró su salud, ocio y bienestar general. Por el contrario, enfatizaban los riesgos de agravar desequilibrios, manteniendo que se tendría que trabajar más durante la jornada para cubrir los objetivos de conservar o ampliar la productividad –100 % de salario, por el 80 % de la jornada ordinaria precedente–, para poder disfrutar del descanso de 3 días.

2. No obstante, ahora, las instituciones gubernamentales parecen apoyar el método experimental, aprovechando también el plan de recuperación económica a partir de un nuevo modelo productivo, que trata de impulsar la superación de la hecatombe pandémica. Así, en este periodo ha quedado demostrado que ya no constituye el gran objetivo de la valoración del desempeño productivo de las personas la presencia física en el centro de trabajo, clave del viejo debate del absentismo laboral y sus políticas de control –[art. 20.4 Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#)–, pues puede desarrollarse en remoto –en especial en el teletrabajo domiciliario–. De manera paralela, con el nuevo debate de reducción de horas de trabajo que se plantea, el valor del rendimiento de las personas no se realiza en función del tiempo efectivo de trabajo, atendiendo al criterio de delimitación entre lo que es jornada laboral y lo que no lo es –tiempos de descanso–, incluso con tiempos de tipo intermedio –tiempos de localización–, sino de la producción real de valor para las empresas en las que se prestan servicios. En consecuencia, el debate de las «32» horas semanales, o de los «4 días» semanales, forma parte de otro más amplio, dirigido a evidenciar la obsolescencia de las viejas formas de trabajar para el mercado y sus métodos de medición, a fin de promover fórmulas nuevas, más adecuadas para sus propios objetivos económicos y sociales.

Con el nuevo debate de reducción de horas de trabajo que se plantea, el valor del rendimiento de las personas no se realiza en función del tiempo efectivo de trabajo, sino de la producción real de valor para las empresas en las que se prestan servicios

3. No obstante, España no carece de experimentos sobre jornadas de 4 días laborables, como es el caso de la [empresa jiennense Software Delsol](#). Aunque en algunas ocasiones pueden ser puro *marketing*, con su introducción se pretende no solo implantar una nueva forma de organización, sino una nueva cultura laboral, incluso ecológica.

La razón de conciliar los tiempos de vida y de trabajo no es ajena a la organización del trabajo, y no debería ser una fuente de conflicto estructural, sino que habría de integrarse en las razones sociales y económicas de una moderna organización del trabajo. En consecuencia, la innovación no solo debe producirse en los planos tecnológico y organizativo, sino también en el laboral y social. De este modo, la reducción del tiempo laboral sin rebaja de la retribución y con mantenimiento, incluso aumento, de la productividad no parece una utopía ni un oxímoron, sino una realidad tangible, y valga como ejemplo el caso de Microsoft, que asegura haber aumentado sus ventas un 40 % tras establecer la jornada de 4 días en Japón.

Ello es así, entre otros motivos, por la gran importancia del «salario emocional» y su «plus de motivación-implicación». Este está constituido por la parte de la retribución integrada por beneficios sociales –personales y familiares– asociados a la mayor autodeterminación del tiempo de trabajo. Como señala la [Organización Internacional del Trabajo](#), a mayor bienestar en el trabajo, mejor atención al servicio –en el ejemplo de la empresa jien-nense, ha alcanzado un grado de satisfacción de la clientela de 9,28– y, en consecuencia, mayor productividad –beneficios económicos–. Más aún, esta jornada reducida se proyecta en la mejora ambiental, debido al ahorro energético y a la mejora de la calidad del aire tras la reducción de emisiones por la menor movilidad. De este modo, la innovación sociolaboral favorecería la sostenibilidad del nuevo modelo productivo impulsado por la sucesión de emergencias, de la pandémica a la climática ([Miñarro Yanini, 2021](#)).

En suma, la jornada de 32 horas en 4 días [se presenta](#) como una «conquista sociocultural y económica revolucionaria», un salto cualitativo en la centenaria jornada de 8 horas. Esta fórmula parece suponer una mayor «soberanía del tiempo de vida» y más sostenibilidad social y ambiental del ecosistema sociocultural en que se desenvuelve el tiempo de trabajo. Con todo, tan altas expectativas han de ser revisadas desde un prisma más realista, a fin de evitar balances decepcionantes.

La jornada de 32 horas en 4 días [se presenta](#) como una «conquista sociocultural y económica revolucionaria». Esta fórmula parece suponer una mayor «soberanía del tiempo de vida» y más sostenibilidad social y ambiental del ecosistema sociocultural en que se desenvuelve el tiempo de trabajo. Con todo, tan altas expectativas han de ser revisadas desde un prisma más realista, a fin de evitar balances decepcionantes

4. Ha de partirse, a tal efecto, de que este enfoque de reducción generalizada de la jornada no es nuevo. Así, hace ya un cuarto de siglo, impulsado por una ley francesa, se planteó el debate de las «35 horas», que apenas caló en el empleo privado, aunque sí tuvo incidencia en las Administraciones públicas, si bien se truncó con las leyes de la austeridad –al margen de la tolerancia de jornadas inferiores, que no constituyen condición más beneficiosa, ni la implantación de un sistema de medición novación sustancial (Sentencia del Tribunal Supremo [STS] [801/2020, de 24 de septiembre](#))–.

Es cierto que en el momento presente existe algún factor socioeconómico y cultural diferencial. De este modo, no está tan presente la cuestión del «reparto del empleo escaso», pese a su actualidad con el proceso de automatización digital. Además, no se ignora que ese tiempo libre también puede ser la oportunidad para que el hombre lo «ocupe» con «trabajo de cuidar», con paralela posibilidad de que la mujer pueda dedicarlo a otra actividad de interés personal, distinta al trabajo reproductivo. Asimismo, también late la idea de la liberación de tiempo productivo para el consumo de ocio y cultura, más que como expresión de «vida contemplativa», como consumo en la «industria» del «tiempo libre». No obstante, las propuestas de jornada de 35 y de 32 horas convergen en un mismo aspecto, que es el propósito de su aplicación generalizada para toda la población.

5. La implantación de estas fórmulas, además de no ser un debate nuevo, tampoco es inequívoco en su planteamiento ni tiene garantizado el éxito práctico. En este sentido, suele obviarse atender a las experiencias de países que, conscientemente, no han adoptado este modelo. De este modo, [Finlandia](#), aun estando en vanguardia de la flexibilidad horaria a favor del interés de las personas trabajadoras, ha decidido excluirlo, porque no parece avanzar en ese objetivo. Tampoco Suecia, tras 2 años de prueba, ha ido más allá de alguna experiencia piloto, pues no alcanza resultados definitivos en esa tensión dialéctica «más productividad versus más costes». Por ello, sorprende que la experiencia sueca esté siendo utilizada en España para ilustrar la viabilidad del modelo con carácter general, ocultando el estancamiento de tal medida en el país nórdico, y proponiéndola hasta en sectores como el [sanitario](#), donde la dilación del tiempo de trabajo ha contado incluso con respaldo legislativo –su máximo no es 40 horas semanales, sino 48– y jurisprudencial –Tribunal de Justicia de la Unión Europea–.

6. Finalmente, este debate es particularmente llamativo en un país como España, en el que el gran problema radica en el exceso de horas extras –con frecuencia no pagadas–, cuya necesidad de reducción y control llevó a la implantación del registro de la jornada ordinaria ([art. 34.9 ET](#)). En esta línea, se ha tratado de atajar la extensión de la jornada laboral real por encima de la oficial, agravada por la transformación digital, a través del derecho a la desconexión digital ([art. 88 Ley orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales](#) y [art. 18 RDL 28/2020, de 22 de septiembre](#), de trabajo a distancia), a fin de que la facilidad de conexión no se confunda con «disponibilidad laboral permanente». Por lo demás, la reducción de jornada aparece con frecuencia de forma involuntaria, como expresión de precariedad y discriminación para quienes tienen trabajo parcial y aspiran a su ampliación, además de a la dignificación de las restantes condiciones de trabajo.

Este debate es particularmente llamativo en un país como España, en el que el gran problema radica en el exceso de horas extras –con frecuencia no pagadas–, cuya necesidad de reducción y control llevó a la implantación del registro de la jornada ordinaria

de trabajo a distancia), a fin de que la facilidad de conexión no se confunda con «disponibilidad laboral permanente». Por lo demás, la reducción de jornada aparece con frecuencia de forma involuntaria, como expresión de precariedad y discriminación para quienes tienen trabajo parcial y aspiran a su ampliación, además de a la dignificación de las restantes condiciones de trabajo.

En suma, además de la complejidad, incluso a veces contradicción, de las facetas que en la actualidad presentan los tiempos de vida y de trabajo, el aspecto principal de la gestión de este último parece seguir centrado, más que en su reducción, en su distribución efectivamente flexible, a fin de armonizar más y mejor el rendimiento mercantil con la vida de las personas y unidades familiares. Tales imperativos de flexibilidad y autonomía bidireccional de la gestión de los tiempos de trabajo –productivo y reproductivo– presentan numerosas manifestaciones, por ser la clave del régimen regulador de las relaciones de trabajo, incluida su relativización en la caracterización de la relación de trabajo. Así queda evidenciado en la reciente doctrina jurisprudencial del trabajo en plataformas digitales (STS 805/2020, de 25 de septiembre, referencial en la anunciada «ley de *riders*», una vez alcanzado un principio de acuerdo con la patronal), que sigue la jurisprudencia comunitaria, incluso en prestaciones en las que se reconoce la libertad de elección de horario y autonomía para acceder a los tiempos de descanso y permisos (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 99/2021, de 19 de enero, asunto Legemon –empresa franquiciada por MRW–, que declara laboral la relación de sus personas repartidoras, consideradas falsas autónomas económicamente dependientes).

Además de la complejidad, incluso a veces contradicción, de las facetas que en la actualidad presentan los tiempos de vida y de trabajo, el aspecto principal de la gestión de este último parece seguir centrado, más que en su reducción, en su distribución efectivamente flexible, a fin de armonizar más y mejor el rendimiento mercantil con la vida de las personas y unidades familiares

7. Este protagonismo de la distribución flexible del tiempo de trabajo frente a la reducción de jornada –incluso en el ámbito en el que más incidencia ha tenido, como es el de los derechos de conciliación, ex art. 37 ET– está presente en los escenarios más recientes de la conflictividad jurídico-social sobre el tiempo de trabajo efectivo, respecto de los periodos de descanso –diario, semanal, anual–, así como en relación con los permisos y

Este protagonismo de la distribución flexible del tiempo de trabajo frente a la reducción de jornada –incluso en el ámbito de los derechos de conciliación– está presente en los escenarios más recientes de la conflictividad jurídico-social sobre el tiempo de trabajo efectivo, sobre los periodos de descanso y en relación con los permisos y licencias

licencias, como revelan los repertorios de jurisprudencia y doctrina judicial. A fin de ilustrar esta constatación, debe recordarse la creciente frecuencia con que se plantean controversias relativas a los diversos regímenes convencionales sobre «bolsas de horas», instrumento por antonomasia de gestión flexible y pactada del tiempo de trabajo, que permite a la empresa la distribución irregular de la jornada de trabajo, aumentándola o reduciéndola a demanda de mercado. No obstante, también posibilita su uso a favor de la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas

trabajadoras. Esta utilidad bidireccional es perfectamente compatible con el modelo de adaptación personal razonable de la jornada ex [artículo 34.8 del ET](#) –como muestra la [STS 384/2019, de 21 de mayo](#), para el art. 99 del XX Convenio colectivo del personal de tierra de Iberia–.

La referida doctrina jurisprudencial incide en que, si bien para la distribución irregular de jornada no hay límite máximo, salvo que no medie acuerdo colectivo ex [artículo 34.2 del ET](#), y siempre respetando los descansos mínimos, sí lo hay para los preavisos, de modo que el plazo legal mínimo de 5 días no es disponible para la autonomía colectiva (en este sentido, [STS 857/2019, de 11 de diciembre](#); [Sentencia de la Audiencia Nacional 127/2020, de 18 de diciembre](#)). Ello, por supuesto, sin perjuicio de que pueda concurrir razón de fuerza mayor –como recuerda la citada [STS 384/2019, de 21 de mayo](#), trayendo a colación cambios de criterio en la jurisprudencia de 2006–, quizás como pudiera ser un fenómeno meteorológico extremo –¿«Filomena»?–.

8. En cualquier caso, tras este breve análisis, debe concluirse que, frente al monolitismo que evoca el debate genérico de la reducción de jornada a «32 horas» repartidas en 4 días, en la práctica convencional, social y judicial, existe gran diversidad de situaciones que dificultarán cada vez más la delimitación de lo que es «tiempo de trabajo efectivo» y «tiempo de descanso».

De ello se da cumplida cuenta en el análisis de actualidad que incluye este número bajo el título «[Escenarios modernos de los tiempos de trabajo \(y vida\): actualidad \(social y judicial\) de un clásico en busca de su \(¿imposible?\) "soberanía"](#)». En él, el director de esta revista desgana los problemas y aspectos más actuales suscitados en torno a esta esencial condición de trabajo, entre los que se encuentra el debate sobre la reducción de jornada a 32 horas distribuidas en 4 días, expuesto en estas páginas.

Frente al monolitismo que evoca el debate genérico de la reducción de jornada a «32 horas» repartidas en 4 días, en la práctica convencional, social y judicial, existe gran diversidad de situaciones que dificultarán cada vez más la delimitación de lo que es «tiempo de trabajo efectivo» y «tiempo de descanso»

Cómo citar: Miñarro Yanini, Margarita. (2021). Del fallido debate de la jornada de «35» horas al de «32»: la dialéctica entre reducción o distribución de la jornada de trabajo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 456, 5-10.

ERTE y garantía de ocupación: incertidumbres y certezas

Jaime Cabeza Pereiro

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidade de Vigo

jcabeza@univigo.es | <https://orcid.org/000-0001-8847-3934>

Extracto

El mantenimiento del empleo ha sido el mayor reto a lo largo de la pandemia de la COVID-19. A tal fin, la legislación sobre expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE) se ha diseñado con el propósito de evitar despidos y desempleo masivo. Este tipo de medidas se han aprobado acompañadas de otras modificaciones legales –por ejemplo, preferencia por el teletrabajo, flexibilidad del tiempo de trabajo o limitaciones para los despidos colectivos e individuales– puestas en marcha con el mismo objetivo de preservar el empleo. Centrándose en los ERTE, el concepto de fuerza mayor se ha ampliado a fin de amparar la gran mayoría de situaciones causadas por la pandemia. Por otra parte, se han adaptado las causas económica, técnica, organizativa o de producción con el propósito de permitir una transición de los ERTE a la plena recuperación de la actividad. Entre tanto, otras medidas han garantizado el pleno respeto de los derechos y expectativas de las personas trabajadoras. Entre ellas, la garantía de empleo, que impide la finalización de los contratos de personas trabajadoras afectadas por decisiones suspensivas o de reducción de jornada, o algunas mejoras en la protección por desempleo, han ofrecido suficiente cobertura en esta crisis derivada de la pandemia. Sin embargo, todo este «escudo social» ha descubierto no pocas carencias del modelo español de protección del empleo. Algunas de estas debilidades se debaten en este estudio.

Palabras clave: ERTE; COVID-19; protección por desempleo; garantía de empleo.

Fecha de entrada: 21-12-2020 / Fecha de aceptación: 21-12-2020 / Fecha de revisión: 22-02-2021

Cómo citar: Cabeza Pereiro, Jaime. (2021). ERTE y garantía de ocupación: incertidumbres y certezas. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 456, 11-34.



Lay-offs and short-time and occupational guarantee: uncertainties and certainties

Jaime Cabeza Pereiro

Abstract

The maintenance of employment has been the main challenge during the COVID-19 pandemic. For this purpose, legislation on lay-off and short-time has been designed with the aim of avoiding mass redundancies and mass unemployment. These sort of measures have been passed accompanied by other legislative modifications –for instance, preference of teleworking, working time flexibility or limitations for collective and individual dismissals– put in force with the same objective of preserving employment. Focusing on lay-off and short-time, the concept of force majeure has been broadened with the aim of sheltering the vast majority of situations caused by the pandemic. On the other hand, economic, technical, organizational and productive reasons have been adapted with the purpose of allowing a transition from lay-off and short-time to the full recovery of the activity. Meanwhile, other provisions have guaranteed full respect to workers' rights and security. Among others, the employment guarantee, impairing the expiration of contracts of workers affected by lay-offs or short-time decisions or some improvements in the unemployment protection, gave coverage enough in this crisis due to the pandemic. However, all this «social shield» has discovered not little shortcomings of the Spanish model of employment protection. Some of those weaknesses are discussed in this article.

Keywords: lay-off and short-time; COVID-19; unemployment protection; employment guarantee.

Citation: Cabeza Pereiro, Jaime. (2021). Lay-offs and short-time and occupational guarantee: uncertainties and certainties. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 456, 11-34.





Sumario

1. Ideas previas
2. Relación entre flexibilidad interna y flexibilidad externa. Medidas adicionales en torno a los ERTE
3. Sobre el concepto de fuerza mayor. Procedimiento
4. Las vicisitudes de los ERTE por fuerza mayor a lo largo de la pandemia
5. El ERTE por causas ETOP
6. El compromiso de salvaguarda del empleo
7. Medidas en torno a la prestación por desempleo
8. Conclusión

1. Ideas previas

La normativa de urgencia que se ha dictado con ocasión de la pandemia ha reservado un lugar estelar a los ERTE. En realidad, referirse a este acrónimo es parte de la querencia del laboralismo por la sinécdoque: sustituir el todo por una parte o, aún mejor, identificar lo sustantivo mediante una apelación a lo adjetivo. No se hace referencia pública al sutil juego entre fuerza mayor y causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (causas ETOP), o al delicado equilibrio entre suspensión del contrato y reducción de jornada, sino a un expediente administrativo que, a partir de la reforma de 2012, no parece encontrar una sustantividad propia que aporte luz sobre el concreto papel que debe desempeñar la autoridad laboral. Es decir, el expediente en sí mismo considerado es lo menos relevante de este complicado asunto.

Debe advertirse, antes que nada, que el ERTE-COVID constituye una especie de las suspensiones y reducciones de jornada que, en apariencia, encuentran su normativa básica en las reglas generales del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y en el Reglamento de los procedimientos de despido y de suspensión de contratos y reducción de jornada (RD 1483/2012, de 29 de octubre). Conviene decir «en apariencia» porque la normativa aprobada en 2020-21 expresa, en algunas ocasiones, unas reglas particularmente libres que, al menos hasta cierto punto, contradicen las de las suspensiones y reducciones de jornadas concebidas con carácter estructural.

Los hitos regulatorios fundamentales en 2020 han sido, secuencialmente expresados, los siguientes: Real Decreto-Ley (RDL) 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE de 18 de marzo), RDL 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo (BOE de 13 de mayo), RDL 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial (BOE de 27 de junio) y RDL 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo (BOE de 30 de septiembre). Ya entrado el 2021, se ha aprobado el RDL 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo (BOE de 27 de enero), de cariz básicamente continuista. Todos ellos se han dictado al compás de la evolución de la pandemia y reflejan los estados de situación que se iban produciendo, pero también las expectativas de un signo u otro que se avecinaban.

Como ponderación expresada apriorísticamente, pero muy evidente, la técnica del «ERTE» –se utilizará esta expresión de forma elíptica y de síntesis– ha ganado centralidad en el contexto de la normativa laboral interna. Sin duda, las circunstancias han determinado

este nuevo protagonismo, pero también han tenido un papel fundamental las adaptaciones normativas que se han introducido, además de sus relaciones novedosas con los mecanismos de extinción del contrato de trabajo. Es decir, sin negar importancia al contexto, da la impresión de que se han producido los ajustes legales necesarios para que verdaderamente sirva de forma decisiva a la finalidad para la que ha sido concebida, de mantenimiento del empleo.

A este respecto, cabe contrastar la importancia que ha tenido a lo largo de todo el año 2020 con la muy modesta contribución a la salida de la crisis que aportaron las reformas de 2010 y de 2012. Especialmente la primera, la que se introdujo a través del RDL 10/2010, de 16 de junio, y por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, pese a poner en marcha la reforma sustantiva más amplia del artículo 47 del ET, y pese a acompañarse de normas anteriores y posteriores de «reposición de la prestación de desempleo», tuvo un impacto mucho menor en términos de importancia real de las medidas suspensivas y de reducción de jornada en la superación de la crisis económica desencadenada a partir del año 2002. Desde luego, ese impacto fue absolutamente testimonial en el contexto de las pequeñas empresas, en tanto que ha sido absolutamente decisivo a lo largo del periodo de la pandemia.

Todavía no se ha producido hasta la fecha una doctrina judicial segura, más allá de algunos pronunciamientos aislados y de muy diverso signo, que en ningún caso constituyen jurisprudencia. Se han emitido, desde luego, criterios interpretativos por parte de la Dirección General de Trabajo, que en este escrito van a ser omitidos, por la sencilla razón de que las normas adquieren vida propia y no se someten en su dinámica a la opinión que exista en los pasillos del ministerio en los que se gestaron sus borradores. Más importancia hay que concederles, desde luego, a los cuatro acuerdos sociales en defensa del empleo que se han ocupado de esta materia, los cuales sí que arrojan criterios interpretativos algo más decisivos.

En efecto, y al margen del RDL 8/2020, las otras cuatro normas de urgencia han sido producto de la concertación social. Este rasgo es muy decisivo por muchos motivos, pero sobre todo porque pone de manifiesto un consenso de fondo y una manifestación de las partes sociales acerca de la adecuación de las reglas acordadas a los efectos de mantener el empleo y de garantizar unos equilibrios aceptables entre los intereses y las necesidades de las empresas y las personas trabajadoras.

Por lo demás, este escrito plasma la situación regulatoria en un momento dado, que no debe considerarse sino una estación de paso. Aun cuando el proceso de vacunación ya está en marcha, aunque incipiente, no parece que el impacto productivo y económico de la pandemia se disipe fácilmente. Por consiguiente, es fácil predecir que, cuando se aproxime el final de mayo del nuevo año, las partes sociales estarán apurando las fechas para firmar un quinto acuerdo, si ello es posible, sobre la prolongación de los ERTE o sobre la previsión de nuevas suspensiones y reducciones de jornada. Ojalá que para entonces sea posible una norma de menor afectación subjetiva, porque gran parte del contingente haya podido volver a sus puestos de trabajo.

He puesto en el título de esta intervención las «incertidumbres» antes que las «certezas». Este orden quiere expresar que hay bastantes asuntos de interpretación discutible y que solo cuando haya una doctrina judicial consolidada podrán ser esclarecidos. No es que prevalezcan siempre las dudas sobre las seguridades, pero conviene pararse sobre los aspectos más oscuros de la normativa para proponer las respuestas más probables y más adecuadas.

2. Relación entre flexibilidad interna y flexibilidad externa. Medidas adicionales en torno a los ERTE

La orientación más coherente de todas las sucesivas normas de urgencia ha consistido en una acción sustentada en un doble eje: por una parte, un fuerte incentivo y soporte público de los ERTE a ambas partes, empresa y persona trabajadora, que las protegen de los efectos desfavorables que para ellas suponen la suspensión del contrato y la reducción de jornada. Por otra, unas limitaciones particularmente intensas para la extinción del contrato, que establecen una clara preferencia por la flexibilidad interna –en este caso, ERTE– frente a la flexibilidad externa.

Por supuesto, esta dialéctica entre flexibilidad interna y flexibilidad externa se contempla en alguna otra regla de la normativa COVID-19. Por ejemplo, y en cuanto al RDL 10/2020, de 29 de marzo, debe hacerse referencia al «permiso retribuido obligatorio» de sus artículos 2 y 3. Se trata de una medida que, por otra parte, guarda una complicada relación con los ERTE, sobre la que ahora no procede hacer mayores comentarios por su carácter efímero, pero que desde luego afectó, cuando menos, a la fecha de puesta en marcha de ciertas medidas suspensivas o de reducción de jornada.

También conviene una referencia a la preferencia del trabajo a distancia del artículo 5 del RDL 8/2020. Se trata de una norma que establece también una relación compleja con los ERTE, pero más bien basada en este caso no en una preferencia formal, sino en la posibilidad real y en la exigibilidad organizativa de que los trabajos se desarrollen a distancia.

Sin perjuicio de las reglas anteriores, que pueden considerarse «externas» a los ERTE, aunque indudablemente vinculadas a los mismos, habría que aludir a otras que pueden considerarse «internas», en el sentido de que se expresan en relación directa con ellos y en los preceptos que específicamente los regulan. En primer lugar, hay que aludir a la prohibición de que las personas que estén en situación de suspensión de contrato o de reducción de jornada realicen horas extraordinarias. Se trata de una regla que no se expresó en la legislación de urgencia de 2020 hasta el RDL 24/2020 y que existe en el artículo 47, con la particularidad de que solo está prevista para las reducciones de jornada, no para la suspensión de contratos. De tal forma que las personas cuyo contrato no esté suspendido pueden, al margen de los ERTE COVID-19, realizar horas extraordinarias. Curiosamente, el RDL 24/2020 no exceptúa de la prohibición las horas extraordinarias realizadas por fuerza

mayor, excepción que sí recoge el artículo 47.2 del ET. Pero claramente debe entenderse implícita, máxime cuando se contempla que la prohibición puede ser sorteada cuando la plantilla en situación de ERTE no pueda, por formación, capacidad u otras razones objetivas y justificadas, desarrollar las funciones discutidas, previa información de la empresa a la representación unitaria. Con todas las deficiencias técnicas que puedan achacarse a esta previsión, probablemente constituya una de las reglas que habría que considerar como convenientes para una regulación estructural y para incorporarse al artículo 47 del ET. Sin perjuicio de que, en su aplicación práctica, puede dar lugar a muchas situaciones dudosas tal y como está hoy planteada.

Sí que llama la atención, y se trata sin duda de una omisión muy discutible, que la prohibición de hacer horas extraordinarias no se haya acompañado de otra similar de realizar horas complementarias, que sería igualmente necesaria para el caso de las personas contratadas a tiempo parcial, puesto que por esta vía puede desde luego asumirse una importante carga de trabajo en tanto en cuanto se mantiene a parte de la plantilla en situación de regulación de empleo temporal. A este respecto no queda sino achacarle una importante laguna a la normativa de la pandemia.

Las mismas salvedades que para la prohibición de realizar horas extraordinarias se expresan para la realización de «nuevas externalizaciones de la actividad» y para la celebración de nuevas contrataciones. Por lo que respecta a las «externalizaciones», hubiera sido preferible que el precepto hubiese optado por una expresión más precisa en términos jurídicos, pues la que se utiliza sugiere no pocas dudas, que sin duda se plantearán ante los órganos judiciales, en particular relativas al alcance del término en el contexto del grupo de empresas. En cuanto a la expresión «contrataciones», como se deduce de la alocución «sean directas o indirectas», claramente se incluyen las que se realicen a través de empresas de trabajo temporal, de forma que, a estos efectos, la regla está mejor redactada, sin perjuicio de las incertidumbres antes mencionadas en relación con la falta de formación o de capacitación, u otras razones objetivas y justificadas.

Ahora bien, más que de formulación de estas medidas, que ya de por sí es un asunto complejo, el problema es de consecuencias de su transgresión por parte de la empresa. No se plantea ninguna posibilidad, al menos en apariencia, de que las decisiones contrarias a ella puedan ser ineficaces. Por supuesto que las contrataciones serán válidas, que los contratos civiles mercantiles o administrativos de subcontratación de actividades también lo serán e igualmente es evidente que no queda comprometida la medida, a la que se hará alusión más adelante, de la garantía de mantenimiento del empleo. Habrá que buscar las únicas consecuencias plausibles, así pues, en el contexto de la normativa administrativo-sancionadora.

Otra limitación que puede denominarse «interna», en el sentido de que se incluye en la regulación de los ERTE, se refiere a la imposibilidad de distribuir dividendos en el caso de empresas que hayan estado afectadas por medidas suspensivas o de reducción de jornada. Inversamente, la imposibilidad de acogerse a las medidas de regulación de empleo

previstas en los reales decretos-leyes no cabe en el caso de empresas domiciliadas en países calificados como paraísos fiscales de acuerdo con la normativa vigente, como se establece en el artículo 4 del RDL 30/2020 en relación con el artículo 5 del RDL 24/2020.

Todo este haz de medidas afecta por igual a las suspensiones y reducciones de jornada derivadas de causas ETOP y a las producidas por fuerza mayor. Lo cual pone en la pista de que, progresivamente, algunas diferencias previas sobre unos y otros se han ido limando. Por ejemplo, y sobre todo, en relación con las medidas de incentivo y fomento de los ERTE, pensadas en principio prioritariamente para las derivadas de fuerza mayor, pero progresivamente ampliadas a las producidas por causas ETOP.

3. Sobre el concepto de fuerza mayor. Procedimiento

La falta de una definición *ad hoc* sobre la fuerza mayor en el artículo 47 y en el artículo 51 del ET ha conducido a la aplicación de un concepto civilístico de la misma, que hunde sus raíces en el artículo 1.105 del Código Civil. Como delimitación más clara, quedaba al margen de la misma todo aquello que pudiera englobarse dentro del concepto de decisión administrativa *-factum principis-*, de tal modo que, a los efectos de la exoneración de cuotas de la empresa hasta la Ley 22/1993, se optó por un entendimiento restrictivo, que encajaba bien con una consideración excepcional de la fuerza mayor, desde luego bastante alejada de cómo se entendía a los efectos de la realización de horas extraordinarias.

Esta diferencia en relación con las causas ETOP, que se ha mantenido esencialmente así a lo largo de los años, ha sido profundamente modificada en el contexto de la normativa aprobada con ocasión de la pandemia. Puede afirmarse que, sin lugar a dudas, una de las líneas maestras de las normas de urgencia aprobadas a lo largo de 2020 en relación con los ERTE ha consistido en una interpretación flexible y muy ampliatoria de qué es la fuerza mayor a los efectos de la suspensión de los contratos y de la reducción de la jornada.

Por supuesto, ese concepto no trasciende a los ERTE en periodos ordinarios ni tampoco a las extinciones del artículo 51.7 del ET. Para unos y otras, habrá que estar a la doctrina tradicional, excepto que haya una reforma legal que justifique un cambio en la orientación conceptual.

El ensanchamiento de la «fuerza mayor» como causa se ha producido a lo largo de las sucesivas versiones del artículo 22 del RDL 8/2020, de 17 de marzo. En la que está vigente después del RDL 8/2020, su primer apartado expresa esta definición muy amplia:

Las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración del 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 decretadas por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditadas, tendrán la consideración de provenientes de una situación de fuerza mayor, con las consecuencias que se derivan del artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

En relación con las actividades que deban mantenerse de acuerdo con la declaración del estado de alarma, otras normas de rango legal o las disposiciones dictadas por las autoridades delegadas en virtud de lo previsto en el artículo 4 del Real Decreto (RD) 463/2020, de 14 de marzo, se entenderá que concurre la fuerza mayor descrita en el párrafo anterior respecto de las suspensiones de contratos y reducciones de jornada aplicables a la parte de actividad no afectada por las citadas condiciones de mantenimiento de la actividad.

Es decir, el elemento causal consistente, directa o indirectamente, en el advenimiento de la pandemia merece la calificación de asunto de fuerza mayor. Es evidente que, en sí mismo considerado, dicho advenimiento ha de estimarse como tal también desde el punto de vista clásico. Ello no obstante, hay al menos dos elementos de los que se deduce inequívocamente ese ensanchamiento de su ámbito de aplicación:

- La inclusión de la declaración del estado de alarma. Es decir, muchas de las actividades cierran o reducen drásticamente su actividad a causa directa del RD 463/2020, de 14 de marzo. No existiría una imposibilidad material de proseguir más allá de la decisión gubernativa, que propicia una detención a gran escala de la producción a nivel estatal. Sin duda, la pandemia actúa como telón de fondo, en particular en su dimensión de crisis sanitaria de gran dimensión. Pero es el *factum principis* el que actúa como elemento impeditivo, de tal forma que no cabría albergarse en el concepto de fuerza mayor desarrollado por la doctrina legal de la jurisdicción social producida en desarrollo del artículo 47 del ET. A veces se trata de una suspensión *ope legis* de ciertas actividades o de ciertos sectores productivos. Otras, del descenso abrupto de la actividad como consecuencia principalmente del confinamiento –primero– y, en general, de las restricciones a la libre movilidad de las personas.
- La creación de un concepto anteriormente inexistente, que consiste en la reducción de jornada por fuerza mayor. En efecto, el apartado 3 del artículo 47 del ET solo contempla la suspensión del contrato por esa causa. En todo el artículo 22.1, pero muy en particular en su párrafo segundo, aparece esta segunda medida, que abre el abanico de posibilidades de las empresas para afrontar una situación como la producida por la pandemia. En realidad, que el artículo 47.3 del ET solo

se refiriese expresamente a la suspensión no significaba necesariamente que la reducción de jornada por fuerza mayor estuviese excluida. De hecho, la reducción de jornada por causas ETOP solo se reguló expresamente en el ET –no así en la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), donde aparecía anteriormente– a partir de la reforma laboral de 2010. En consecuencia, más que una exclusión de la reducción de jornada por fuerza mayor había una no-contemplación de la misma. Pero, con toda seguridad, una de las enseñanzas de la legislación de urgencia que debe convertirse en un recurso estructural de nuestro modelo consiste en una regulación precisa y útil de esta específica modalidad de regulación de empleo por fuerza mayor. En verdad, las normas que se han sucedido a lo largo del 2020 aún han dejado sin resolver bastantes dudas interpretativas que pueden plantearse.

Por otra parte, el incremento del ámbito de actuación de la fuerza mayor produce un correlativo retroceso de las causas ETOP. Es decir, a mayor ámbito de los ERTE por fuerza mayor, menor ámbito para las otras causas. Lo cual produce varias consecuencias, como va a explicitarse. Por ahora, hay que hacer referencia a una ciertamente trascendente, que es la menor presencia sindical y la menor importancia de los derechos de información y consulta, pues en los ERTE por fuerza mayor no existen las fases de consulta. Se trata de una consecuencia importante, en la que tales derechos de información se limitarán a derechos informativos, como va a expresarse.

El procedimiento de suspensión del contrato de trabajo o de reducción de jornada por fuerza mayor es uno de los aspectos menos innovadores de la legislación de urgencia. Se trata de una actividad administrativa de constatación, que se resuelve mediante una decisión que debe adoptarse en un plazo de 5 días a contar desde la solicitud. La única diferencia medianamente tangible, al margen del plazo, consiste en que el informe de la Inspección de Trabajo es facultativo. Por lo demás, es común a todas las demás causas, ya sea para adoptar una decisión extintiva, ya de reducción de jornada, su afectación cualquiera que sea el número de personas afectadas. Es este rasgo el que ha producido que se hayan acogido un gran número de pequeñas empresas a los ERTE a lo largo de la pandemia. Sin duda, el coste de gestión para ellas ha sido elevado, pero, en todo caso, en comparación con el expediente por causas ETOP, mucho más accesible.

Evidentemente, la medida suspensiva y de reducción de jornada en este contexto de las pequeñas empresas solo puede explicar su éxito cuantitativo a causa de las restricciones que se han impuesto a la extinción de los contratos. Sin embargo, da una pauta interesante, que se refiere a las mayores o menores utilidades que pueda tener un expediente más simplificado a la hora de que, verdaderamente, la suspensión y la reducción de jornada puedan valer como medidas de mantenimiento del empleo en las pequeñas empresas. En efecto, la experiencia ha puesto de manifiesto el reducido recurso de estas entidades, puestas en relación con las de mayor tamaño, a las medidas de regulación de empleo no extintivas, lo cual tiene una gran relación precisamente con los costes de gestión y con los costes económicos indirectos de dichas medidas. Enseguida se hace referencia a tales costes indirectos.

Por ahora, puede expresarse, como uno de los aprendizajes de esta época de pandemia, que unos expedientes más transitables y de tramitación algo más sencilla pueden ser ciertamente útiles en la funcionalidad última que tienen estas instituciones de evitar una pérdida masiva de puestos de trabajo.

4. Las vicisitudes de los ERTE por fuerza mayor a lo largo de la pandemia

En este epígrafe sería necesario comentar unas reglas preciosistas y plagadas de pequeños detalles. Va a evitarse un ejercicio demasiado minucioso y se opta por un comentario más general, pero que permite una contemplación más dinámica de la realidad que permitirá un mejor entendimiento de la misma.

De acuerdo con la disposición adicional primera del RDL 9/2020, de 27 de marzo, los ERTE por fuerza mayor constatada a lo largo del estado de alarma mantendrían su vigencia hasta que este fuera levantado, es decir, hasta la finalización del primer estado de alarma. Sin embargo, la previsión inicial fue modificada ya por medio del RDL 18/2020, de 12 de mayo, que fue la plasmación normativa del I Acuerdo Social en Defensa del Empleo (ASDE), suscrito por los interlocutores sociales y el Gobierno con fecha de 8 de mayo de 2020. De conformidad con dicha norma de urgencia, los ERTE que mantuvieran su vigencia aplicativa a 13 de mayo podían prorrogarse hasta el día 30 de junio. Ahora bien, en la lógica del acuerdo y de la norma subyacía la idea de incentivar las incorporaciones de personas trabajadoras a la actividad ordinaria, lo que se traducía en unas reglas de incentivo que bonificaban más las reincorporaciones que el mantenimiento, total o parcial, de la plantilla en la situación suspensiva o de reducción de jornada.

Poco más tarde se alcanzó el II ASDE, desarrollado por el RDL 24/2020, de 26 de junio, que marca un punto final: después de su entrada en vigor, ya no es posible solicitar nuevas suspensiones de contratos o reducciones de jornada al amparo del artículo 22 del RDL 8/2020. Pero esta regla no afecta a unos «ERTE de rebrote» regulados en su disposición adicional primera. Claro que estos ya no se tramitarían al amparo del referido precepto del RDL 8/2020, sino como expedientes ordinarios a través del artículo 47 del ET. Ahora bien, gozarían de los mismos derechos por lo que respecta a la protección de desempleo y de las mismas bonificaciones en forma de exención de cuotas para las empresas que los previstos en la normativa de urgencia.

Hay un tercer acto, propiciado por el III ASDE y su consecuente RDL 30/2020, de 29 de septiembre. En esa norma se opta por mantener las suspensiones de contratos y reducciones de jornada derivados de la COVID-19. En efecto, todos los que habían sido aprobados al amparo del RDL 8/2020 se prorrogaron hasta el 31 de enero de 2021, pero con una exoneración de cuotas mucho más restringida: solo destinada a aquellas empresas cuyas

actividades estén incluidas en los CNAE (Clasificación Nacional de Actividades Económicas) listados en el anexo de la norma y a aquellas cuyo negocio dependa, indirectamente y en su mayoría, de las empresas con actividades del anexo, o que sean deudoras de su cadena de valor. De acuerdo con la disposición adicional primera de dicha norma, se entiende por tales aquellas entidades cuya facturación alcance al menos el 50 % en operaciones realizadas directamente con empresas del anexo. A tal efecto, la propia disposición adicional primera contemplaba un procedimiento ante la autoridad laboral para que esta declarase que las entidades interesadas se ubicaban dentro del ámbito de aplicación de las bonificaciones. Dicha declaración debía instarse antes del 19 de octubre de 2020. Como cuestión de materia laboral, es claro que las impugnaciones a las decisiones de la autoridad laboral debieron sustanciarse ante la jurisdicción social, por la modalidad procesal de impugnación de actos administrativos.

Y en este tercer acto se regula una segunda versión de ERTE «de rebrote», en su artículo 2. Afectan, en primer lugar, a empresas de cualquier sector de actividad, que ven impedido el desarrollo de su producción en alguno de sus centros de trabajo como consecuencia de restricciones o medidas de contención sanitaria adoptadas a partir del 1 de octubre de 2020. Se trata, por consiguiente, de decisiones gubernativas o administrativas, cualquiera que sea la autoridad pública competente, que impiden totalmente la actividad en uno o varios centros de trabajo. Como elemento característico, la norma precisa que puede deberse a una decisión adoptada por una autoridad interna o extranjera. De nuevo, en términos muy claros, aparece la decisión pública como elemento desencadenante de la fuerza mayor, en contra de la tradición clásica de nuestro sistema que la ubicaba en el contexto de la causa organizativa o productiva.

Debe insistirse en la misma idea ya avanzada en relación con el RDL 24/2020: los ERTE «de rebrote» no se tramitan por el artículo 22 del RDL 8/2020, sino por el artículo 47 del ET y por el RD 1483/2012. O, por decirlo en términos más precisos, no se rigen por la primera norma, de modo que las segundas actúan como legislación exclusiva, no solo supletoria. Ahora bien, claramente se deduce del precepto de urgencia que se albergan no solo medidas suspensivas, sino también de reducción de jornada. En este sentido, es claro que la normativa de 2020 está incrementando la ductilidad del artículo 47 del ET. Uno y otro tipo de ERTE «de rebrote» dan lugar a bonificaciones, en los términos en los que se regulan en el RDL 30/2020.

Pero, en segundo lugar, se contempla otro tipo de ERTE «de rebrote», menos bonificado, y que también puede ser suspensivo o de reducción de jornada. Regulado en el artículo 2.2 del RDL 30/2020, se destina a empresas de cualquier sector que vean de alguna manera limitado el normal desarrollo de su actividad por causa de decisiones o medidas en este caso adoptadas por autoridades internas. No se entiende bien por qué no se tienen en cuenta a este respecto las decisiones administrativas o gubernativas de autoridades extranjeras, pero la dicción del precepto es, a estos efectos, indiscutible. Así pues, en este caso no se trata tanto de impedimentos en el desarrollo de la actividad, como de limitaciones, pero igualmente inducidas por decisiones públicas adoptadas para controlar el

desarrollo de la pandemia. Con todo, y esto es lo que importa destacar, de nuevo se trata de normas que agrandan el ámbito de juego de la fuerza mayor como causa para la adopción de medidas no extintivas del contrato de trabajo.

Y ha habido un cuarto episodio, resultante del IV ASDE y de su derivado RDL 2/2021, de 26 de enero, que ha mantenido los ERTE tramitados al amparo del RDL 8/2020 y los decididos por impedimento de actividad de acuerdo con el RDL 24/2020 y con el RDL 30/2020, así como los producidos por limitación del desarrollo normalizado de la producción de esta última norma de urgencia; todos ellos hasta el 31 de mayo de 2021 y con unas exoneraciones de cuotas específicas. Asimismo, podrán solicitarse nuevos ERTE de impedimento o limitación, en los mismos términos previstos en el RDL 30/2020. En realidad, se trata de unas medidas continuistas, cuyas ligeras diferencias con las previstas anteriormente no tienen excesiva trascendencia.

5. El ERTE por causas ETOP

En el contexto de la normativa de urgencia, se regula en el artículo 23 del RDL 8/2020, si bien también para él es de aplicación supletoria la normativa ordinaria –art. 47 ET y Reglamento aprobado por RD 1483/2012–.

Casi puede decirse que las causas ETOP son en este contexto un concepto supletorio. Es decir, cuando no concurra fuerza mayor, habrá que apelar a aquellas. En positivo habrá que aludir a una alteración de la actividad, con un trasfondo económico negativo, y en el que estén afectados, en su caso, problemas técnicos, organizativos o productivos adicionales. Claro que, como ya se ha expresado, un agrandamiento del concepto «fuerza mayor» va en detrimento del espacio de aplicación de las otras causas. Más bien, en el contexto actual, estas medidas se conciben como un artificio para la salida escalonada de las medidas adoptadas por fuerza mayor. Por lo tanto, desempeñan un papel más bien de complemento de estas últimas, que constituyen el núcleo de protección de ambas partes del contrato a los efectos del mantenimiento del empleo.

La mayor novedad que se aprecia en el artículo 23 en relación con la regulación ordinaria del artículo 47 del ET consiste en la identidad del sujeto representativo de los trabajadores y trabajadoras. Se produce una clara opción por la representación sindical en ausencia de representantes unitarios, en perjuicio de las representaciones *ad hoc* conformadas por personas designadas por el resto de la plantilla:

En el supuesto de que no exista representación legal de las personas trabajadoras, la comisión representativa de estas para la negociación del periodo de consultas estará integrada por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de

la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación. La comisión estará conformada por una persona por cada uno de los sindicatos que cumplan dichos requisitos, tomándose las decisiones por las mayorías representativas correspondientes. En caso de no conformarse esta representación, la comisión estará integrada por tres trabajadores de la propia empresa, elegidos conforme a lo recogido en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores. En cualquiera de los supuestos anteriores, la comisión representativa deberá estar constituida en el improrrogable plazo de 5 días.

La innovación consiste, así pues, en una modificación de las reglas del artículo 41: en estas, la opción por la representación sindical o por la designada *ad hoc* se expresa en términos de alternancia a elección en asamblea en los casos en los que no exista representación legal. Se quiere ahora, por consiguiente, evitar la participación a través de trabajadores y trabajadoras de la propia empresa designados *ad hoc* para la fase de consultas, al convertir esta posibilidad en subsidiaria para el caso de que no se conformase la representación sindicalizada. Sin lugar a dudas, todas las críticas que se han vertido sobre la intervención de representantes sin ninguna condición representativa previa, sin un respaldo sindical y sin el reconocimiento explícito de garantías para el desarrollo de su función han producido una decisión normativa como la que ahora se comenta.

La redacción difiere ligeramente, por lo que respecta a cómo se organiza la presencia en la fase de consultas de las organizaciones sindicales más representativas y suficientemente representativas, de la establecida en el ET, pero no parece que deba haber grandes problemas de interpretación a este respecto. Otra novedad es un acortamiento del plazo de constitución de la comisión representativa, que deberá producirse, en todo caso, en el improrrogable plazo de 5 días, frente a los 7 o 15 días que expresa el artículo 41.4 del ET, en atención a si los centros cuentan o no con representación unitaria.

Por lo demás, también se reduce la duración del periodo de consultas, hasta un máximo de 7 días, frente a los 15 días que expresa el artículo 47 del ET. Por su parte, el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, al igual que en el expediente por fuerza mayor, se convierte en potestativo. Deberá emitirse, en su caso, en un plazo improrrogable de 7 días, frente a los 15 días que rigen ordinariamente.

En seguimiento de una tradición muy consolidada históricamente, no existía en el caso de la suspensión del contrato por causas ETOP ninguna posibilidad de exoneración de cuotas. Sin embargo, y como va a verse, progresivamente se introdujo, a medida que se fueron prorrogando las medidas laborales en el contexto de la pandemia de la COVID-19.

En efecto, el RDL 18/2020 extendió el periodo de vigencia de estos ERTE hasta el día 30 de junio de 2020. E incluyó una novedad interesante, que expresa la finalidad que se le quería atribuir a estos ERTE: cabía negociar un ERTE por causas ETOP desde un ERTE por fuerza mayor, de tal forma que los efectos de aquel se retrotraerían a la fecha de finalización de este. La posibilidad de otorgarle efectos retroactivos a la decisión sobre medidas

suspensivas o de reducción de jornada carecía de precedentes en nuestro sistema de relaciones laborales en cuanto a las causas ETOP, y se limitaba a la causa de fuerza mayor. También a este respecto las normas de 2020 son muy innovadoras.

Por su parte, el RDL 24/2020 profundizó en algunos rasgos del anterior RDL 18/2020. En primer lugar, admite la posibilidad de continuar la puesta en marcha de ERTE por causas ETOP al amparo del artículo 23 del RDL 8/2020. A este respecto, se produce una solución desacompañada en relación con los ERTE de fuerza mayor: estos, «de rebrote», ya no se tramitaban a partir del RDL 24/2020 al amparo del artículo 22 del RDL 8/2020, sino de conformidad con el artículo 47 del ET. Sin embargo, los que se producen por causas ETOP se mantienen, en cuanto a su régimen jurídico, de conformidad con las reglas del RDL 8/2020, en este caso de su artículo 23. Esta posibilidad, en principio, se extendía hasta el 30 de septiembre de 2020.

Pero quizá lo más significativo del RDL 24/2020 haya consistido en extender las exoneraciones en las cuotas a las medidas de regulación temporal de empleo por causa ETOP; una medida que apenas cuenta con precedentes en nuestro sistema de relaciones laborales. Eso sí, se imponía a tal efecto una condición alternativa: que el ERTE procediera de un momento anterior a la vigencia del propio RDL 24/2020 o que, siendo posterior, sustituyera a un ERTE por fuerza mayor.

Este mismo régimen ha sido mantenido, en su esencia, en el RDL 30/2020, que lo prorroga hasta el 31 de enero de 2021. Cabe la puesta en marcha de nuevos ERTE por causas ETOP, así como la prórroga de los anteriores; todo ello al amparo del artículo 23 del RDL 8/2020 y con la aplicación supletoria del artículo 47 del ET. Ahora bien, el régimen de bonificaciones se ha restringido, pues solo alcanza a dos tipos de suspensiones de contratos o reducciones de jornada por causas ETOP: 1) aquellos producidos antes de la entrada en vigor del RDL 24/2020, o decididos con posterioridad, pero en este caso solo si procedían de un ERTE por fuerza mayor; 2) ERTE posteriores a la entrada en vigor del RDL 30/2020, pero que, o bien provengan de un ERTE por fuerza mayor, o se trate de empresas cuyos CNAE se ubiquen entre los contemplados en el anexo de la norma de urgencia, o bien se trate de empresas que dependan de las anteriores, o se integren en su cadena de valor, en los términos anteriormente analizados en cuanto a la fuerza mayor. Finalmente, el artículo 3 del RDL 2/2021 prorroga hasta el 31 de mayo de 2021 el régimen del anterior, tanto por lo que respecta a los expedientes iniciados antes como después de esta última norma de urgencia.

6. El compromiso de salvaguarda del empleo

Los avatares de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020, desde su primera versión de marzo de 2020, también han sido bastante azarosos. Se trata de una cláusula cuya interpretación ha sido confusa y que, en cierta medida, lo sigue siendo, a pesar de sus sucesivas

versiones. Por otra parte, debe ponerse en relación con otros preceptos que persiguen la misma finalidad. En su esencia, se dirige a evitar que extingan contratos de trabajo aquellas empresas que han sido beneficiarias de descuentos o exenciones en las cotizaciones a causa de las suspensiones y reducciones de jornada de sus trabajadores y trabajadoras realizadas al amparo de los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020 y del artículo 47 del ET, con ocasión y durante la pandemia.

Como ya se ha puesto de manifiesto, a partir del RDL 24/2020 también los ERTE por fuerza mayor han sido bonificados. Por consiguiente, igualmente a ellos les afecta esta normativa. La cual hay que vincular actualmente con el artículo 5.2 del RDL 30/2020 –norma expresamente prorrogada hasta el 31 de mayo de 2021 por el art. 3.4 RDL 2/2021–, que extiende sus efectos a los ERTE de fuerza mayor o por causas ETOP que se acojan a bonificaciones previstas en dicha norma. Asimismo, hay que relacionarla con los artículos 4 y 6 del RDL 24/2020, en similares términos.

La interpretación de su alcance ha sido uno de los asuntos más discutidos de la normativa COVID-19 en cuanto se refiere a las medidas laborales. Por lo que respecta a su apartado 1, se expresa como sigue:

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 6 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.

Como parece indudable, las dudas se proyectan sobre todo en cuanto al entendimiento del concepto «fecha de reanudación de la actividad». Pese a la aclaración del mismo que se formuló inmediatamente a continuación, se han propuesto tres posibles interpretaciones del mismo:

- Desde la fecha de reincorporación de la primera persona, pues desde entonces se produce una reincorporación al trabajo efectivo que afecta, al menos, a una parte de la plantilla, por pequeña que esta parte sea. A partir de esta fecha, la empresa podría extinguir contratos sin que se viera afectada por las consecuencias de la disposición adicional.
- Desde que se reincorpora el último individuo de los involucrados en la reanudación de la actividad, pues dicha reanudación puede ser parcial. Difícilmente podría sostenerse esta opción, porque resulta poco conciliable con una adecuada sintaxis de la frase. Con todo, sería la interpretación más rígida y exigente en términos de mantenimiento del empleo.
- Desde la reincorporación de cada persona individualmente considerada y afectada por el ERTE se aplicaría la garantía del empleo en cuanto le afecta a ella de modo individual. Es decir, en los 6 meses siguientes su contrato no podría ser extinguido,

so pena de que la empresa tenga que devolver las cotizaciones indebidamente bonificadas, pero solo por lo que respecta a ese concreto trabajador o trabajadora.

Debe insistirse acerca de los problemas de la primera de las alternativas, sostenida por amplios sectores doctrinales, en términos de la endeblez de la propia garantía de mantenimiento del empleo. Además, lleva a otra consecuencia enormemente polémica: podría suceder y sucedería que una empresa, al mismo tiempo, fuese beneficiaria de las medidas de exoneración de cuotas y, sin embargo, no estuviese vinculada por compromiso alguno de mantenimiento del empleo y, en consecuencia, podría extinguir contratos de trabajo sin penalización alguna.

La consecuencia de incumplimiento del compromiso está claramente expuesta en el apartado 5 de la disposición adicional sexta aquí analizada:

Las empresas que incumplan este compromiso deberán reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias en materia de Seguridad Social, previas actuaciones al efecto de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que acredite el incumplimiento y determine las cantidades a reintegrar.

Eso es todo. Resultaría discutible, en atención a las alternativas anteriormente expuestas, si la totalidad del importe de las cotizaciones se refiere al conjunto de personas de la empresa que hayan estado en situación suspensiva o de reducción de jornada bonificada o tan solo a aquellas cuyos contratos se han extinguido en incumplimiento de la salvaguarda así regulada. Pese a las dudas que se han planteado y a las diferentes respuestas aportadas, es razonable pensar que el incumplimiento se aplica a cada trabajador o trabajadora afectados individualmente considerados.

Ahora bien, en negativo hay que expresar que no se proyectan otras consecuencias diferentes del propio reintegro de las cotizaciones debidas con los recargos e intereses que procedan. Esto ha quedado claro desde el RDL 18/2020. Dicho en otras palabras, no ha lugar a que la empresa devuelva, en su caso, las prestaciones causadas por quienes no reunían la carencia mínima, o que se pudiese producir, hacia el futuro, alguna responsabilidad de la empresa en orden a las prestaciones por desempleo a causa de una hipotéticamente indebida reposición de las cotizaciones consumidas. Por consiguiente, los concretos derechos en relación con la protección por desempleo específicamente reconocidos en la normativa aprobada con la pandemia no se ven afectados en modo alguno por dichos incumplimientos de la empresa.

Desde otra perspectiva, la garantía de empleo no afecta a una hipotética calificación del despido, a cuyo efecto habrá que recordar la prohibición que se contiene en el artículo 2 del RDL 9/2020:

La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido.

Sin entrar ahora en la difícil y controvertida exégesis de este precepto, es claro que nada tiene que ver con la disposición adicional sexta del RDL 8/2020: una cosa es la garantía de empleo y otra muy diferente la calificación del despido. Por otro lado, no debe olvidarse que la vigencia de este artículo 2 ha sido prorrogada hasta el 31 de mayo de 2021 (art. 3.6 RDL 2/2021).

En otro orden de ideas, el apartado segundo de esta disposición adicional lista una serie de extinciones de contratos de trabajo que no se toman en consideración a los efectos del cumplimiento o incumplimiento de la garantía de mantenimiento del empleo:

No se considerará incumplido dicho compromiso cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora, ni por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo. En particular, en el caso de contratos temporales el compromiso de mantenimiento del empleo no se entenderá incumplido cuando el contrato se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.

Al margen de alguna pequeña duda que puede plantear el específico caso del trabajo fijo-discontinuo, merece comentarse el de los contratos temporales, por dos motivos, uno interpretativo y otro de política legislativa. Por lo que respecta al interpretativo, porque la interpretación conjunta de este apartado con el artículo 5 del RDL 9/2020 no es del todo fácil, en relación con el controvertido asunto de la interrupción del cómputo de los contratos temporales. En cuanto al de política legislativa, una vez más el trabajo temporal aparece como el gran perdedor de todas las crisis. Ni siquiera en este caso –y eso ya se vio claro a partir del RDL 18/2020– el Gobierno, al aprobar el real decreto-ley, o las partes sociales, al pactar el ASDE en sus sucesivas versiones, han sido capaces de proteger a las personas sometidas a contratos a término. En mi opinión, la interpretación conjunta de dicho artículo 5 con la esencia de la garantía de empleo hubiera permitido unas soluciones algo más innovadoras. Pero de nuevo se opta por no poner ningún elemento paliativo a la extinción de los contratos que actúan, realmente, como parachoques y amortiguadores de todas las crisis de empleo que hay.

Al margen de esta crítica, se desencadena otra consecuencia en caso de incumplimiento de la garantía de empleo: indudablemente –o al menos con toda probabilidad– se habrá

consumado la infracción administrativa grave contenida en el artículo 22.9 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social:

Obtener o disfrutar indebidamente cualquier tipo de reducciones, bonificaciones o incentivos en relación con el importe de las cuotas sociales que corresponda, entendiéndose producida una infracción por cada trabajador afectado, salvo que se trate de bonificaciones de formación profesional para el empleo y reducciones de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral, en la que se entenderá producida una infracción por cada empresa y acción formativa.

Realmente, se trata de una consecuencia importante, por producirse el ilícito administrativo en relación con cada persona con la que se hubiese incumplido el compromiso de empleo. De manera tal que la efectividad de la garantía puede quedar más consolidada con este elemento, que sin duda puede tener un gran efecto disuasorio para las empresas que valoren la extinción de contratos de trabajo durante la vigencia de la garantía de empleo.

7. Medidas en torno a la prestación por desempleo

Sin duda alguna, la medida más importante ha consistido en la conocida «reposición» de la prestación por desempleo. Es decir, la técnica en virtud de la cual no se consumen las cotizaciones a causa del disfrute de prestaciones derivadas de los ERTE por fuerza mayor o por causas ETOP. Se trata de una herramienta que cuenta con claros precedentes en nuestra normativa de protección del paro forzoso. Con anterioridad a 1993, solo para el caso del desempleo por suspensión del contrato por fuerza mayor. Ya en fechas más recientes, se ha introducido, en regla que mantiene su vigencia, para el caso de la suspensión del contrato de la mujer víctima de violencia de género a la que sigue una extinción del contrato por el mismo motivo. A lo largo de la crisis económica que se inicia en el año 2008, la reposición se utiliza con mayor amplitud, a través de una serie de normas de urgencia que se prorrogan y reeditan a lo largo de varios años.

La reposición de la prestación ha sido la técnica básica para ofrecer seguridad a quienes se encontraban en la situación de ERTE, cualquiera que fuese su causa. Se ha regulado de una forma prolija, en unos términos a cuyo comentario más concreto no va a descenderse, en el artículo 25 del RDL 8/2020. Se mantuvo con amplitud hasta el 30 de septiembre de 2020 y, sin duda, constituyó uno de los asuntos más conflictivos hasta que se alcanzó el III ASDE, que dio lugar al RDL 30/2020. Sintéticamente, puede expresarse que se aplica en toda su extensión a las nuevas prestaciones derivadas de ERTE decididos a partir de la entrada en vigor del RDL 30/2020. En cuanto a los ERTE anteriores, a partir de esta entrada en vigor, las personas afectadas comienzan a consumir cotizaciones, conforme a las reglas generales previstas para la prestación por desempleo. Ahora bien, ello no será así si el

contrato se extingue antes del 1 de enero de 2022 por expiración del término, despido, individual o colectivo, por causas ETOP o despido disciplinario improcedente. En apariencia, esta norma es susceptible de producir una importante litigiosidad por fraude de ley en el acceso a la prestación por desempleo, en unos términos parecidos a otros bien conocidos en los que la entidad gestora denegaba sistemáticamente la prestación por presunción de fraude. Claro que este asunto, en términos generales, es uno de los muchos que siempre se escapan de un debate mínimamente serio. Por su parte, el artículo 4.1 a) del RDL 2/2021 mantiene en toda su extensión esas reglas de reposición, contenidas en el artículo 8.7 del RDL 30/2020, aplicables también a los nuevos expedientes.

Una técnica novedosa que se ha incorporado en el RDL 8/2020 y que se ha mantenido, incluido el RDL 2/2021, consiste en reconocer la prestación por desempleo a todos los trabajadores y trabajadoras, incluidos quienes no cuenten con la cotización suficiente para acceder a la misma de conformidad con el artículo 269 de la LGSS. Ha formado parte importante del llamado «escudo social», pues ha permitido que puedan acceder con gran generalidad a la cobertura por paro forzoso las personas afectadas por los ERTE, a la vez que se ha conseguido con esta medida que no haya diferencias de trato por el hecho de que parte de la plantilla no pudiera ser incluida en las medidas suspensivas o de reducción de jornada para no quedar desprotegida y sin ningún ingreso económico. Evidentemente, se trata de una medida de gran impacto, y también de alto coste, en un marco de relaciones laborales como el nuestro tan afectado por la rotación y por la existencia de un elevado porcentaje de temporalidad.

Asimismo, se mantienen unas reglas especiales dirigidas al trabajo fijo-discontinuo, dirigidas a su protección, en relación con la frustración de los llamamientos. Sin duda, se trata de medidas paliativas importantes y necesarias, que se regulan de forma conveniente y convincente en el contexto de la urgencia derivada de la pandemia. Sin embargo, hay una labor pendiente más estructural y de fondo en relación con estos colectivos, que consiste en diferenciar con claridad cuándo están en periodo de inactividad y cuándo deberían acogerse a una medida suspensiva o de reducción de jornada de conformidad con el artículo 47 del ET. Es un asunto muy insatisfactoriamente resuelto por una práctica administrativa diversa, que a veces hunde sus raíces en unos convenios colectivos que regulan en términos muy dispares la identificación de los periodos de actividad y de inactividad.

Una regla muy característica, razonable y efectiva, sobre todo en el contexto del confinamiento de la primera fase del estado de alarma, consistió en la habilitación de un procedimiento de solicitud colectiva de la prestación, que debe tramitar la propia empresa que se acoge a la medida suspensiva o de reducción de jornada, cualquiera que sea su causa. Este procedimiento ha perdurado hasta ahora. En efecto, a él se refiere y a él remite el artículo 8 del RDL 30/2020, al que ahora reconduce el artículo 4 del RDL 2/2021.

Hay que aludir a una ulterior medida que ha puesto en marcha el RDL 30/2020. Su entrada en vigor coincidía con el tiempo en el que las personas que habían estado ininterrumpidamente con el contrato suspendido desde el comienzo de la pandemia alcanzaban su

séptimo mes. Por lo tanto, y de acuerdo con la normativa vigente a partir del RDL 20/2012, de 13 de julio, su prestación en ERTE debía reducirse desde el 70 hasta el 50 % de la base reguladora. A los efectos de evitar tal consecuencia, se dicta regla expresa de mantenimiento del porcentaje en el 70 % después del día 180 de prestación, pero solo –por ahora– hasta el 31 de mayo de 2021, de acuerdo con el artículo 8.4 del RDL 30/2020, puesto en conexión con el artículo 4 del RDL 2/2021.

8. Conclusión

Ya se ha expresado en alguna ocasión que ciertas de las reglas incorporadas en el régimen legal de los ERTE previsto específicamente para la pandemia de la COVID-19 deberían trasladarse al régimen ordinario de las suspensiones del contrato y reducciones de jornada por causa ETOP o por fuerza mayor. Entre los aspectos más dignos de tenerse en cuenta a esos efectos, deberían destacarse los siguientes:

- a) El acortamiento de los plazos y la simplificación de los trámites. Quizá se trate del asunto más importante de todos, en relación con los costes de gestión que conlleva la tramitación de un ERTE. En particular, los que se tramitan por causas ETOP se ven rodeados de unos excesivos requisitos, especialmente dificultosos para las pequeñas empresas. La inaplicación de los umbrales del artículo 51 del ET produce que la suspensión o la reducción de jornada para un número muy reducido de contratos lleve aparejada una fase de consultas y la tramitación de un expediente ciertamente complejo. Además, y en particular a partir de la reforma laboral de 2012, el papel que le corresponde desempeñar a la autoridad laboral ha quedado muy desdibujado. En contraste, las normas de urgencia, y, en particular, el recurso a la fuerza mayor, han permitido comprobar que, pese a las evidentes dificultades, las pequeñas empresas han podido, en términos generales, arrostrar los referidos costes de gestión. Con todo, y al margen de los específicos trámites que sean necesarios y los formalismos concretos que puedan suprimirse, la experiencia ha puesto de manifiesto que la simplificación es conveniente y necesaria.
- b) La inexistencia de representación legal en los ámbitos en los que deben desarrollarse las fases de consulta ha sido uno de los aspectos más polémicos de la normativa laboral a partir de la reforma de 2010. La alternancia entre confiar la representación en dichas fases o bien a unos trabajadores y trabajadoras designados por ellos mismos en asamblea o a organizaciones sindicales representativas se convierte en el RDL 8/2020, en cuanto a los ERTE por causas ETOP, en una preferencia por la segunda alternativa. Lo cual es totalmente razonable, y no solo por una adecuada, experimentada y robusta representación social en las fases de consultas. También porque la preferencia por la participación sindical es más

eficiente, sencilla y expeditiva en términos de conformación de la comisión negociadora y celebración temporánea de la fase de consultas.

- c) La necesidad ha obligado a concederle un protagonismo inusitado a la fuerza mayor como causa predominante de las medidas de suspensión del contrato y de reducción de jornada tramitadas como ERTE. Quizá esta preponderancia sea impropia de una época ordinaria, pero también es razonable preguntarse sobre si sería adecuado repensar el ámbito de la fuerza mayor como causa de regulación temporal de empleo. Entre el concepto demasiado expansivo que se utiliza para las horas extraordinarias y el entendimiento tan restrictivo que se ha observado tradicionalmente en cuanto al artículo 47 del ET, probablemente haya un espacio intermedio virtuoso que ponga de relieve que en no pocas ocasiones hay una imperiosa necesidad de suspender contratos o reducir jornada que no se ajusta naturalmente a las causas ETOP. El contexto de las decisiones administrativas o gubernativas podría ser un buen ejemplo, cuando menos en determinadas circunstancias.
- d) Que no se regule en el artículo 47 un ERTE por fuerza mayor de reducción de jornada no quiere decir que haya estado excluida esta posibilidad. Sin embargo, las vicisitudes de la pandemia, y los sucesivos periodos de escalada y desescalada, han puesto de manifiesto que hay un espacio importante de compatibilidad entre ambas –fuerza mayor y reducción de jornada–. Seguramente, el RDL 8/2020 deje una estela que admita una práctica administrativa de aplicación del artículo 47 y admisión de este tipo de ERTE. En realidad, en el RDL 24/2020, en el 30/2020 y en el 2/2021 ya se aprecia esta tendencia y se da por supuesta normativamente. Pero hace falta que se consolide y, seguramente, que se admita de modo expreso en el artículo 47 del ET.
- e) En los sucesivos reales decretos-leyes se ha ensayado una técnica que cuenta con escasos precedentes: la posibilidad de que los efectos de la medida suspensiva o de reducción de jornada se retrotraigan a una fecha anterior a la propia decisión. Esta hipótesis existió tradicionalmente para la fuerza mayor, pero no para las causas ETOP. No parece razonable que se predique con carácter general, pero sí sería oportuno contemplar la hipótesis de que, en algunos supuestos y a la vista de las circunstancias, resulte apropiado permitir que los efectos de la decisión empresarial puedan proyectarse, en cierta medida, a momentos previos. Ello, por supuesto, reconociendo que la regla general que debe mantenerse es la de la irretroactividad de la misma.
- f) Asimismo, ha sido novedoso que, a partir del RDL 24/2020, se hayan bonificado también los ERTE por causas ETOP y no solo los ERTE por causas de fuerza mayor. Es, al igual que otras, una regla que cuenta con escasos precedentes, al margen de ciertas normas procedentes casi siempre de comunidades autónomas que subvencionaban las cotizaciones a la Seguridad Social en algunos supuestos específicos de suspensiones de contratos. De nuevo habría que plantearse con

cierta mayor reflexión los límites entre las situaciones en las que las cuotas a la Seguridad Social deberían ser bonificadas. Claro que es una cuestión que debería debatirse alrededor de una revisión general de la prestación por desempleo; una materia sobre la que ha existido demasiada política cortoplacista y una falta de debate estructural de futuro.

- g) Y algo parecido habría que afirmar en relación con el asunto de la reposición de la prestación por desempleo. El temor razonable a que haya un fuerte repunte de las extinciones de contratos tan pronto como se suavice la garantía de estabilidad en el empleo y se levante, total o parcialmente, la limitación causal a los despidos incorporada en el artículo 2 del RDL 9/2020 plantea este asunto, que desde luego también está ligado a la sostenibilidad, en el corto y en el medio plazo, de las prestaciones por desempleo. La reposición es un debate que solo aparece en momentos críticos, pero que seguramente debería suscitarse también en otro tipo de épocas, pero en las que, asimismo, existen empresas en situaciones difíciles en las cuales es muy probable el tracto suspensión-extinción de los contratos. Que esta técnica solo exista, al margen de circunstancias como la actual, para el colectivo de mujeres víctimas de violencia de género tal vez debería revisarse críticamente. Pero, tal y como se ha apuntado en el párrafo anterior, en el marco de una reflexión más amplia sobre la prestación por desempleo.

Todo lo dicho hasta ahora, contextualizado en la serie de normas de urgencia, debería ser completado con cuatro ideas finales. Expresadas telegráficamente:

- a) El sistema vigente es disfuncional, en particular para la pequeña empresa. La experiencia que deja la pandemia consiste en muchas pequeñas empresas acogidas a los ERTE por fuerza mayor. Ahora bien, el coste de gestión ha sido abrumador, tanto para la propia Administración pública autonómica, como para las gestorías que han asumido esta tarea ingente de tramitación de un inmenso caudal de procedimientos. Es lícito preguntarse en qué y hasta qué punto se puede facilitar la adopción de estas medidas de mantenimiento del empleo. Aparentemente, la gestión administrativa no ha aportado demasiado, al margen de unas posibilidades de control para las cuales tal vez algunos trámites han sido redundantes.
- b) Una vez más debe repetirse que no tiene sentido la generalidad con la que se exige la fase de consultas en los ERTE por causas ETOP, sin que se apliquen los umbrales previstos en el artículo 51 del ET. No quiere defenderse aquí un descenso de los derechos de participación, ya sea a través de las organizaciones sindicales, ya de las representaciones unitarias. Pero los mecanismos tienen que ser más proporcionados y, desde luego, no más exigentes para las suspensiones que para los despidos. Es necesario articular un sistema que aporte suficientes resortes de control y, al mismo tiempo, la flexibilidad exigible, en aras de un mejor y mayor mantenimiento del empleo.

- c) En este sentido, hay que apelar al papel de la autoridad laboral que tiene que revisarse en gran medida. Cualquier análisis mínimamente crítico pone de manifiesto que la reforma laboral de 2012 dejó, por lo que a la regulación de empleo se refiere, una autoridad laboral limitada, sin un papel claro y, desde luego, infrutilizada. Si esto es muy evidente en relación con los despidos colectivos, lo es mucho más en relación con las suspensiones y reducciones de jornada del artículo 47. La experiencia acumulada en largos años permitiría un papel mucho más proactivo, en la línea de lo que establece la Directiva 98/58/CE, de despidos colectivos, y mucho más útil para sortear estas situaciones negativas, pero en las que la situación ETOP o de fuerza mayor no es irreversible.
- d) Finalmente, no puede concebirse, como se ha hecho tradicionalmente, la institución del artículo 47 desde la perspectiva del fraude de ley en el acceso a la prestación por desempleo. Se trata de una perspectiva muy desenfocada. Incluso es paradójico que se mantenga con todo celo en cuanto a las suspensiones y reducciones de jornada cuando se levantó ya hace bastantes años, sin ninguna moderación, para las extinciones de contratos a partir de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre. Entre los excesos de esta y la postura demasiado rígida de aquella, hay sin duda una posición intermedia en la que la autoridad laboral debería valer para lo más importante: para buscar soluciones y compromisos político-sociales en estas circunstancias.

¿Cabe el aplazamiento y fraccionamiento del pago en la ejecución dineraria social? Las facultades de los letrados/as de la Administración de Justicia

José Luis Lafuente Suárez

Doctor en Derecho

Abogado

lafuente-buenaposada@logiccontrol.es | <https://orcid.org/000-0001-5042-6681>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: doña Verónica Martínez Barbero, don Faustino Cavas Martínez, don Jordi García Viña, doña Lourdes Mella Méndez, don Cristóbal Molina Navarrete, doña Susana Rodríguez Escanciano y doña Aránzazu Vicente Palacio.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato.

Extracto

La ejecución de las sentencias firmes forma parte del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. No obstante, en el ámbito jurisdiccional social, se ha reconocido tradicionalmente una atenuación de las consecuencias del instado de aquellas en atención al mantenimiento de las relaciones laborales dentro de la empresa. Con la aprobación de la vigente Ley reguladora de la jurisdicción social, las competencias de la efectividad de la ejecución se distribuyen entre el juez/a o tribunal y el letrado/a de la Administración de Justicia, de forma que a este le corresponde una iniciativa en la materialización ejecutiva de la precitada suavización que, con todo, ha de respetar los límites de su correcta interpretación, así como la revisión judicial.

Palabras clave: ejecución dineraria; facultades; aplazamiento y fraccionamiento; letrados/as de la Administración de Justicia.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 09-09-2020 / Fecha de revisión: 20-01-2021

Cómo citar: Lafuente Suárez, José Luis. (2021). ¿Cabe el aplazamiento y fraccionamiento del pago en la ejecución dineraria social? Las facultades de los letrados/as de la Administración de Justicia. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 456, 35-64.



Does the postponement and payment by fractions apply in the execution of money judgements? The powers of Justice Administration attorneys

José Luis Lafuente Suárez

Abstract

The execution of final judgments is part of the constitutional right to effective judicial protection. However, in the social jurisdictional sphere, an attenuation of the consequences of the urging of these has traditionally been recognized with attention to the maintenance of labor relations within the company. With the passing of the current Social Jurisdiction Regulating Law, the powers of the effectiveness of the execution are distributed between the judge or court and the Justice Administration lawyers, in such a way that it corresponds to an initiative in the executive materialization of the aforementioned softening that, nevertheless, must respect the limits of its correct interpretation, as well as its judicial review.

Keywords: money judgements; powers; postponement and payment by fractions apply; Justice Administration attorneys.

Citation: Lafuente Suárez, José Luis. (2021). Does the postponement and payment by fractions apply in the execution of money judgements? The powers of Justice Administration attorneys. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 456, 35-64.





Sumario

1. Introducción
 2. ¿Se ajustan a la CE las facultades de los letrados/as de la Administración de Justicia en la ejecución social?
 3. Acuerdo previo a la ejecución de aplazar o fraccionar la obligación reconocida en la sentencia
 4. El procedimiento de ejecución
 5. Dos casos particulares: la ejecución de sentencias frente a las Administraciones públicas y la ejecución colectiva
 - 5.1. Ejecución de sentencias frente a Administraciones públicas
 - 5.2. La propuesta de pago en las ejecuciones colectivas
 6. Impugnaciones y recursos
 - 6.1. Recurso directo de revisión
 - 6.2. Recurso de suplicación frente al auto resolutorio del recurso directo de revisión
 - 6.3. Recurso de casación frente a autos dictados por las Salas de lo Social de los TSJ o de la AN
 7. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

El derecho a la ejecución de las sentencias firmes está integrado en el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 de la Constitución española (CE), como reconoce el Tribunal Constitucional en las Sentencias 22/2009, de 26 de enero, y 211/2013, de 16 de diciembre, de manera que, como indica esta última:

[...] el derecho a la ejecución de las sentencias en sus propios términos impide que en fase de ejecución los órganos judiciales lleven a cabo interpretaciones de los fallos que, por alterarlos o apartarse de ellos, incurran en arbitrariedad, incongruencia, irracionalidad o error.

No obstante, en el ámbito jurisdiccional social, la posibilidad de suspender la ejecución de la condena ya la contemplaba el artículo 243.1 de la anterior Ley de procedimiento laboral (LPL), en una redacción prácticamente idéntica a la actual del artículo 244.3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), si bien como una facultad del juez/a de lo social con la finalidad de evitar perjuicios desproporcionados a las personas trabajadoras dependientes de la parte ejecutada por poner en peligro cierto las relaciones laborales subsistentes en la empresa deudora en relación con los que se derivarían para la parte ejecutante del no cumplimiento exacto¹.

Esta facultad, de interpretación evidentemente restrictiva, se ha justificado como un supuesto incluido en las líneas jurisprudenciales alemana, que habla de «humanización» y

¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Cataluña de 20 de mayo de 1999 (rec. 2184/1999):

[...] la excepcional posibilidad de suspender la ejecución que contempla el artículo 243.1 LPL tiene como única finalidad la de evitar que los trabajadores de la empresa cuyos contratos de trabajo se mantienen en vigor, puedan ser perjudicados hasta el punto incluso de perder su empleo, de ejecutarse bienes de la empresa, imprescindibles para que la misma pueda seguir desarrollando su actividad productiva.

En el mismo sentido, STSJ de Cantabria de 18 de diciembre de 2002 (rec. 1261/2002):

[...] las expresiones contempladas en el precepto son de carácter muy abstracto y general, por lo que su aplicación es tributaria de unas muy amplias facultades de apreciación judicial a fin de valorar si efectivamente dadas las características cualitativas o cuantitativas, de la obligación debida, su cumplimiento inmediato puede desestabilizar a la empresa y hacer peligrar de manera cierta las relaciones de trabajo subsistentes, debiéndose llamar la atención de que se habla de subsistencia de los contratos, no del regular cobro de los salarios.

proporcionalidad de la ejecución, y francesa, que tiende a excluir las ejecuciones traumáticas (Ríos Salmerón y Martínez Moya, 2013, pp. 1.442 y ss.); que ha de valorarse en cada supuesto concreto, y ello sin que suponga renuncia expresa a los derechos económicos reconocidos en los títulos que se ejecutan (Fernández-Lomana García y Sancristóbal Villanueva, 2015). También se ha entendido como expresión de la vocación social del proceso laboral y, en general, de todo el ordenamiento jurídico laboral, «al subordinar un concreto interés individual al colectivo a través de la aplicación de criterios de proporcionalidad de la acción ejecutiva laboral» (Garberí Llobregat, 2011, pp. 492-493).

Y por eso, estos supuestos que contempla la norma son de «suspensión y aplazamiento de la ejecución», dentro de las características peculiares de las relaciones laborales en la empresa y siempre por evitar mayores perjuicios a las personas trabajadoras que continúen prestando sus servicios en la empresa ejecutada; esto es, que tal cumplimiento puntual y exacto de las obligaciones pusiera en peligro la continuidad de las relaciones laborales en la empresa, en lo que puede ser considerado como primacía del interés social sobre el particular de la ejecutante.

En todo caso, estaremos en presencia de un conflicto de intereses que corresponde valorar al órgano judicial en cada caso concreto, sin que ello signifique renuncia expresa con pérdida parcial de los derechos económicos reconocidos en los títulos que se ejecuten (Gullón Fernández, 2012).

La ley procesal laboral sufre una importante modificación, entre otras cuestiones en la que vamos a estudiar, suspensión de la ejecución de las sentencias de obligación pecuniaria con motivo de la aprobación de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial. Su preámbulo señala la implantación de la nueva oficina judicial como uno de los medios indispensables para convertir la Justicia en un servicio público ágil, transparente, responsable y plenamente conforme a los valores constitucionales para que, como explícitamente recoge, jueces/juezas y magistrados/as «dediquen todos sus esfuerzos a las funciones que les vienen encomendadas por la Constitución: juzgar y hacer juzgar lo ejecutado». De esta manera, a través de este instrumento, se les descarga de las tareas no estrictamente relacionadas con su función recogida en el artículo 117 de la CE.

En ese sentido, el punto III de esa exposición de motivos de la ley indica que el objetivo primordial de esta reforma es la distribución de competencias entre jueces/juezas y tribunales, de un lado, y los actualmente denominados letrados/as de la Administración de Justicia², concretando sus competencias procesales, de forma que, como se expresa en ese

² La Ley orgánica 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modifica la denominación del «cuerpo de secretarios judiciales» que pasa a llamarse «cuerpo de letrados de la Administración de Justicia» (arts. 440 y ss. LO 6/1985).

punto, se ha optado por atribuir a estos la competencia del trámite de que se trate, salvo los supuestos en que una toma de decisión procesal pudiera afectar a la función estrictamente jurisdiccional.

Las modificaciones relativas a la precitada distribución de competencias entre jueces/juezas y tribunales y letrados/as de la Administración de Justicia que la Ley 13/2009 introdujo en la entonces vigente LPL se han visto recogidas en la actual LRJS, de forma que en el presente trabajo estudiaremos las posibilidades de suspensión de la ejecución de las resoluciones judiciales junto a las facultades de los letrados/as de la Administración de Justicia en el proceso de ejecución para acordar el aplazamiento o fraccionamiento de pagos en la ejecución de los procedimientos específicos en los que exista condena pecuniaria con obligación, ya sea por reclamación directa o, en su caso, derivados de extinción contractual, por tanto, de abono de cantidades concretas a cargo de la parte demandada que la sentencia ha reconocido.

2. ¿Se ajustan a la CE las facultades de los letrados/as de la Administración de Justicia en la ejecución social?

Es preciso considerar, en primer lugar, la constitucionalidad de la redistribución de competencias en la ejecución social entre el juez/jueza de lo social y el letrado/a de la Administración de Justicia antes de estudiar los supuestos y condiciones en los que el aplazamiento o fraccionamiento del pago de las obligaciones pecuniarias puede darse.

A este respecto, ciertamente, la CE de 1978 atribuye en su artículo 117.3 el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, a los jueces/juezas y tribunales. ¿Podría, pues, entenderse que esa atribución de funciones al letrado/a de la Administración de Justicia en la ejecución social está violentando la competencia del juzgador/a, constitucionalmente conferida? Así parece ser la opinión de algún autor (como González González, 2010) al entender que las funciones de este en la ejecución se vinculan directa o indirectamente al ejercicio de la función jurisdiccional, pero realmente lo que la norma realiza es una remisión a la parte estrictamente procedimental de la ejecución, es decir, relativa al trámite en sí y, además, como veremos, aun a pesar de las posibles corruptelas que pudieran surgir de una práctica inadecuada, las decisiones del letrado/a de la Administración de Justicia en ese decurso del proceso siempre pueden ser objeto de revisión por el órgano judicial a través del sistema de recursos.

En virtud de la distribución de competencias entre juez/a y letrado/a de la Administración de Justicia, en el proceso social, a aquel le corresponde el dictado del auto de ejecución, que despachará la ejecución de acuerdo con el artículo 237 de la LRJS una vez constado el cumplimiento de los presupuestos y requisitos legales según los artículos 238, 239 y concordantes de esta última norma, que, en el caso de las condenas dinerarias (art. 239.2 b) LRJS),

supondrá que la solicitud de ejecución contenga expresión de la cantidad líquida reclamada como principal (esto es, la que haya sido objeto de condena en la sentencia dictada), así como la que estime para intereses de demora y costas por los que se pide el despacho de ejecución provisional según el artículo 251 del mismo texto legal, esto es, los que se devengarían durante 1 año a razón del 10 % de interés por mora de los salarios, en virtud de lo preceptuado por el artículo 26.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y para las segundas del 10 % de la cantidad objeto de apremio en concepto de principal.

Dicho auto deberá, además, contener dos precisiones: la primera, relativa a los intereses de mora procesal, según lo prevenido en el artículo 251.2 de la LRJS en relación con el artículo 576 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), de aplicación subsidiaria, es decir, que si transcurridos 3 meses desde el despacho de la ejecución y la parte ejecutada no hubiese cumplido en su integridad la obligación o si se apreciase falta de diligencia en el cumplimiento de la ejecutoria, podrá incrementarse el interés legal a abonar en dos puntos; y la segunda, contenida en el artículo 239.3 de la LRJS, esto es, si la parte ejecutada cumpliera íntegramente la obligación contenida en el título, incluido el abono de los intereses procesales, dentro del plazo de los 20 días siguientes a la fecha de la firmeza de la sentencia, desde que el título ejecutivo fuese exigible o, en su caso, desde que la obligación declarada en el título fuera exigible, no se le impondrán las costas de la ejecución instada.

Dictado el auto de ejecución por el juez/a de lo social, en virtud del artículo 551.3 de la LEC, el letrado/a de la Administración de Justicia responsable de la ejecución, en el mismo día o en el día hábil siguiente, dictará decreto con los contenidos del citado precepto, en el que se contendrán las medidas ejecutivas concretas que resulten procedentes, incluyendo el embargo de bienes, y las medidas de localización y averiguación de los bienes de la parte ejecutada que procedan, conforme a lo previsto en los artículos 589 y 590 de la LEC, así como el requerimiento de pago que deba hacerse a la parte deudora en casos en los que lo establezca la ley; dictándose de oficio las resoluciones pertinentes conforme al artículo 237 de la LRJS. Por tanto, la competencia de los letrados/as de la Administración de Justicia a los efectos estudiados comienza a partir del inicio de la ejecución de la resolución dictada por el juez/a de lo social.

Hay que señalar, en principio, que el artículo 244 de la LRJS establece los supuestos y condiciones en los que la ejecución puede ser suspendida: cuando así lo establezca la ley o a petición de la parte ejecutante o de ambas partes por un máximo de 3 meses, con la salvedad de que la ejecución deriva de un procedimiento de oficio. Por consiguiente, no existe referencia legal concreta a los planteados aplazamientos o fraccionamiento de la deuda³. En todo caso, esta suspensión ha de ser entendida y aceptada, en su caso, con carácter

³ Ríos Salmerón y Martínez Moya (2013, pp. 1.442 y ss.) entienden que se excluyen el conferimiento de plazos varios, así como el fraccionamiento de lo debido, salvo que «lo indispensable» se entienda de manera muy lasa.

excepcional, ya que la regla general es la del cumplimiento en los propios términos del título ejecutivo, tal y como regula el artículo 551 de la LEC y, específicamente para la jurisdicción social, los artículos 239 y 241 de la LRJS.

3. Acuerdo previo a la ejecución de aplazar o fraccionar la obligación reconocida en la sentencia

Previamente a estudiar las concretas facultades de los letrados/as de la Administración de Justicia relativas al aplazamiento o fraccionamiento de la obligación pecuniaria objeto de sentencia firme, nos referimos a la posibilidad de que, antes de la iniciación del proceso de ejecución, e incluso iniciado este, las partes lleguen a un acuerdo para proceder al abono de la cantidad objeto de condena; esto es, hablamos de una transacción en la que, sin renuncia de los derechos reconocidos en la resolución judicial (renuncia que sería nula de pleno derecho de acuerdo con lo regulado en el art. 246 LRJS), las partes pueden llegar a un acuerdo, «dentro de los límites legalmente establecidos».

En estos supuestos, el acuerdo celebrado entre las partes podrá consistir –art. 246.3 LRJS– en el aplazamiento o la reducción de la deuda o ambas cosas a la vez, en la novación objetiva o subjetiva o en la sustitución por otra equivalente, en la determinación del modo de cumplimiento, en la constitución de garantías adicionales que procedan y, en general, en cuantos pactos lícitos puedan establecer las partes, lo que requerirá que el convenio celebrado entre las partes deberá ser homologado judicialmente para su validez, velando por que no exista fraude de ley o abuso de derecho. También ha de ser notificado al Fondo de Garantía Salarial, como determina el artículo 246.2 de la LRJS. Pero como hemos indicado, estos supuestos se dan cuando existe un trato previo entre las partes que, en todo caso, por razones de seguridad jurídica, requerirá conformidad del juez/a de lo social, emitida a través de la homologación de dicho acuerdo⁴.

Caso distinto constituirá el supuesto de que, antes de iniciarse la ejecución, la parte demandada propusiera una forma de pago de la cantidad adeudada mediante su fraccionamiento y aplazamiento. El letrado o la letrada de la Administración de Justicia lo pondrá en conocimiento de la parte demandante que ha obtenido la sentencia estimatoria de su reclamación mediante diligencia de ordenación, a los efectos de que muestre o no conformidad en un plazo de 3 o 5 días; de mostrarse acorde al ofrecimiento, se ha de plasmar por escrito el acuerdo entre las partes y ha de constar la homologación judicial del mismo. Como quiera que suele ser habitual que el letrado/a de la Administración de Justicia haga

⁴ Vid. SSTSJ de Andalucía/Granada de 22 de noviembre de 2018 (rec. 858/2018) y Madrid de 24 de marzo de 2017 (rec. 83/2017).

constar expresamente en la diligencia de ordenación⁵ que la falta de contestación supondrá aceptación tácita de la oferta de pago aplazado, ha de producirse un pronunciamiento expreso de la parte demandante de la disconformidad con aquella, de forma que, constatada su negativa a admitir el aplazamiento expuesto por el deudor/a, la parte demandante deberá solicitar la ejecución de la sentencia ex artículo 239 de la LRJS.

4. El procedimiento de ejecución

Dictada una sentencia de condena, ya derive de una reclamación directa de cantidad o por constituir la consecuencia de una declaración de improcedencia de despido con opción por la indemnización, pero, en todo caso, conformando una ejecución dineraria, constando su firmeza e iniciada la ejecución de la sentencia a solicitud de parte ex artículo 239 de la LRJS, el juez/a de lo social que ha visto y decidido sobre el procedimiento de que se trate dictará auto de ejecución de acuerdo con el artículo 237 de la LRJS como hemos indicado, y, a partir del momento de la firmeza del auto de ejecución⁶, la competencia en el desarrollo del proceso de la ejecución corresponde al letrado/a de la Administración de Justicia del juzgado de lo social que haya conocido el pleito principal⁷, el cual, en virtud de lo prevenido en el artículo 551.3 de la LEC, dictará el decreto con el contenido regulado en los artículos 249 y siguientes de la LRJS, adoptará las medidas ejecutivas procedentes, relativas al embargo y averiguación de bienes de la parte deudora, así como realizará a esta el requerimiento de pago⁸.

Iniciada, pues, la ejecución, dictados el auto por el juez/a de lo social y el decreto de ejecución por el letrado/a de la Administración de Justicia, la parte ejecutada puede presentar por escrito una solicitud de aplazamiento o fraccionamiento del pago de la cantidad adeudada. Dicha solicitud, dado que nos encontramos ya ante un proceso de ejecución, debe comprender tanto el importe principal objeto de condena (salarios, indemnización...), como los intereses de demora y costas en su caso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 251 de la LRJS; ello sin perjuicio de que, ex artículo 239.3 de la LRJS, si la parte ejecutada cumpliera

⁵ Diligencia de ordenación de 21 de mayo de 2014, dictada en el proceso ejecutivo 110/2014, del Juzgado de lo Social de Mieres (autos 1115/2013).

⁶ El auto de ejecución puede ser recurrido de acuerdo con lo prevenido en el artículo 191.4 de la LRJS.

⁷ Sin perjuicio de que, al amparo del artículo 237.3 de la LRJS, en el ámbito de una circunscripción, se haya atribuido en exclusiva el conocimiento de ejecuciones a determinados juzgados de lo social, en cuyo caso se estará a su regulación específica.

⁸ Actualmente, los decretos suelen contener la especificación de que:

Dado que a la fecha no está operativa la funcionalidad del Registro Público Concursal relativa a la comunicación del despacho de ejecución, no es posible dar cumplimiento a lo previsto en el art. 551.3 LEC (art. 33.6 de la Ley 18/2011, 5 julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia (Decreto de 23 de mayo de 2019, dictado en ETJ [ejecución de títulos judiciales] 70/2019, del Juzgado de lo Social núm. 3 de Oviedo).

su obligación en el plazo de los 20 días hábiles siguientes desde que aquella fuera exigible, no se le impondrían las costas, o, *a sensu contrario*, conforme al artículo 576 de la LEC, cumplidos 3 meses desde el despacho de la ejecución sin que la parte ejecutada observase la obligación contraída o se apreciase falta de diligencia en el cumplimiento de la ejecutoria, se podrá incrementar el interés legal en dos puntos.

¿Qué sucede ante la presentación de una solicitud de aplazamiento o fraccionamiento de la deuda a cargo de la parte ejecutada, totalizada en los términos referidos? Con motivo del señalado reparto de competencias en la ejecución judicial, esa facultad de conceder la suspensión y, dentro de ella, el aplazamiento o fraccionamiento del pago de la obligación dineraria se traslada al letrado/a de la Administración de Justicia, sin perjuicio de que, como estudiaremos, sus decisiones puedan ser objeto de revisión por el órgano juzgador pertinente, puesto que, como ya se ha indicado, la competencia de este se extiende al trámite de que se trate, exceptuándose los supuestos en los que una toma de decisión procesal pudiera afectar a la función estrictamente jurisdiccional. De este modo, dado que tanto la concesión como la denegación de una suspensión o de la materialización concreta de la misma en un aplazamiento o fraccionamiento de pago de obligación dineraria tienen una repercusión jurisdiccional, la decisión última, a través de la vía de los recursos pertinentes, corresponderá, en tales casos de impugnación, al órgano judicial competente.

En primer lugar, es necesario señalar que de la redacción literal del artículo 244.3 de la LRJS se deriva que el ejercicio de la facultad de suspensión, traducida en aplazamiento o fraccionamiento del pago debido, podría adoptarse de oficio por parte del letrado/a de la Administración de Justicia⁹.

En segundo lugar, es el artículo 244 de la LRJS el que establece los supuestos y condiciones en los que la ejecución puede ser suspendida: cuando así lo establezca la ley o a petición del ejecutante o de ambas partes por un máximo de 3 meses, con la salvedad de que la ejecución deriva de un procedimiento de oficio. Por consiguiente, no existe referencia legal concreta a los planteados aplazamientos o fraccionamiento de la deuda. En todo

⁹ «Así, será a dicho cualificado funcionario de la oficina judicial –se refiere al letrado/a de la Administración de Justicia– a quien, durante la tramitación del proceso de ejecución (e insisto de oficio) corresponda advertir de la existencia de dicha desproporción entre los beneficios derivados de la ejecución y los perjuicios que podrían deducirse del normal seguimiento de la misma, en cuyo caso, y sin necesidad de ninguna previa petición en este sentido a cargo del ejecutado (la cual en una materia como esta parecería inexcusable) podrá acordar un aplazamiento condicionado del proceso de ejecución (previa audiencia –por fin– de las partes procesales)» (Garberí Llobregat, 2011, pp. 492-493).

El letrado/a de la Administración de Justicia puede haber llegado a la conclusión de los peligros de la extinción contractual a las personas trabajadoras con relación laboral subsistente en la empresa ejecutada a través de las medidas de localización de bienes a efectos de embargo (maquinaria, vehículos, nave o locales industriales), si bien es preciso apuntar que no será fácil adoptar una decisión suspensiva sin la existencia de una previa petición de la ejecutada.

caso, esta suspensión ha de ser entendida y decidida, en su caso, con carácter excepcional, ya que la regla general es la del cumplimiento en los propios términos del título ejecutivo, tal y como regula el artículo 551 de la LEC y, específicamente para la jurisdicción social, los artículos 239 y 241 de la LRJS.

La posibilidad, pues, que contempla actualmente el artículo 244.3 de la LRJS como facultad ahora del letrado/a de la Administración de Justicia, ha de ser interpretada de forma restrictiva, puesto que, como hemos señalado, el derecho a la ejecución de las sentencias firmes está integrado en el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 de la CE. Y, por eso, estos supuestos que contempla la norma son de «suspensión y aplazamiento de la ejecución», dentro de las características peculiares de las relaciones laborales en la empresa y siempre por evitar mayores perjuicios a las personas trabajadoras que continúen prestando sus servicios en la empresa ejecutada; esto es, que el cumplimiento puntual y exacto de las obligaciones con los deudores/as que fueron personas trabajadoras de la obligada pusiera en peligro la continuidad de las relaciones laborales en la empresa, en lo que puede ser considerado como primacía del interés social sobre el particular de la parte ejecutante. En definitiva, el riesgo al que la norma se refiere es a la subsistencia de los contratos, no al regular cobro de los salarios (Ríos Salmerón y Martínez Moya, 2013, pp. 1.442 y ss.).

Ciertamente, el texto legal habla específicamente de «suspensión por el tiempo imprescindible», y, pese a ello, la petición que con más frecuencia se suele dar con relación al pago o cumplimiento de obligaciones dinerarias es la de aplazamiento o fraccionamiento del pago, de forma que, tal y como expresa la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 23 de mayo de 2018 (rec. 748/2018), «los términos empleados excluirían la concesión de plazos varios así como el fraccionamiento de lo debido, que es precisamente lo solicitado y reconocido en el caso actual», pues, continúa la sentencia, «el legislador está pensando más bien en una liquidación cuando se produzcan cantidades debidas por los clientes, se realicen determinadas operaciones o se obtengan facilidades por entidades bancarias, es decir, aplazamiento y no pago en plazos». No obstante, la misma fundamentación jurídica de la resolución, a continuación, viene a admitir, con las condiciones citadas, esto es, la evitación del perjuicio mayor que supondría la puesta en peligro de los puestos de trabajo restantes de la empresa deudora, la posibilidad de fraccionamiento, al decir:

Siquiera cuando se interprete de forma laxa y se reconozca amparado en referidos términos el pago en plazos, no puede obviarse que el arbitrio judicial tiene como límite la lógica solicitud de la parte interesada, la audiencia a los demás intervinientes y que se justifique de manera suficiente y motive su concesión, dado el riesgo que comportaría, en otro caso, para el mantenimiento del empleo que subsista en la empresa.

De otra parte, parece encajar tal posibilidad en la lógica del sistema si ponemos este artículo en relación con el 246.3 de la LRJS y con la posibilidad de una transacción, que recoge explícitamente el aplazamiento, la reducción de la deuda o ambas cosas.

En definitiva, la comprensión que se está dando a la posibilidad que es objeto de nuestro estudio de que la petición de suspensión suponga un aplazamiento o un fraccionamiento del pago de la deuda, aun a pesar de deberse interpretar restrictivamente en lo que se refiere a su concesión y a las condiciones que puedan motivarla, sí abarca la concesión de uno, otro o ambos.

Planteada la cuestión en los términos en los que habitualmente se produce, nos encontramos, primero, ante una petición o solicitud de parte, de la parte ejecutada concretamente; tal petición de aplazamiento o fraccionamiento de pago deberá contener, ante todo, una propuesta de calendario de cumplimiento de la deuda sobre la que el letrado/a de la Administración de Justicia resolverá. En segundo lugar, no puede descartarse una solicitud presentada ante el letrado/a de la Administración de Justicia por las personas trabajadoras que mantengan la relación laboral con la empresa y ante el temor de que el cumplimiento estricto de la obligación de pago pudiera ocasionar la extinción de sus contratos de trabajo por imposibilidad de la empresa de continuar con su actividad ordinaria. Esta intervención vendría propiciada por el texto del artículo 240.1 de la LRJS, con base en el cual:

Quienes, sin figurar como acreedores o deudores en el título ejecutivo o sin haber sido declarados sucesores de unos u otros, aleguen un derecho o interés legítimo y personal que pudiera resultar afectado por la ejecución que se trate de llevar a cabo, tendrán derecho a intervenir en condiciones de igualdad con las partes en los actos que les afecten.

En tercer lugar, de acuerdo con lo expresado acerca de la necesaria interpretación restrictiva de la suspensión de la ejecución, y dado el tenor literal —«Si el cumplimiento inmediato de la obligación que se ejecuta pudiera ocasionar a trabajadores dependientes del ejecutado»— del artículo 244.4 de la LRJS, la cuestión ha de centrarse en los perjuicios a ocasionar a personas trabajadoras por cuenta ajena dependientes de la empresa ejecutada, ya sea en relación laboral común o en cualquiera de las especiales relacionadas en el artículo 2 del ET y normas de desarrollo, pero no al «empleo» en términos más amplios en aquella; esto es, no cabría la aplicación del aplazamiento o fraccionamiento de la ejecución cuando la alegación de perjuicios o riesgo de pérdida de puestos de trabajo se centrara exclusivamente en el propio empresario/a autónomo o colaboradores del mismo, afiliados a los regímenes especiales de personas trabajadoras autónomas (o dentro, en su caso, del régimen especial agrario o de personas trabajadoras del mar).

Naturalmente, además, la solicitud ha de venir acompañada de una justificación de la razón alegada para motivar el aplazamiento o fraccionamiento de la deuda, así como de la audiencia a los demás intervinientes, según expresa la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 23 de mayo de 2018 (rec. 748/2018) en los términos antes indicados.

En el mismo sentido de necesidad de acreditación, se ha pronunciado la STSJ del País Vasco de 10 de marzo de 2015 (rec. 209/2015), al expresar que:

En este caso la empresa ejecutada se limita a señalar que concurre dicho supuesto en su caso, pero sin acreditar ese peligro tanto por los perjuicios que se irrogarían a los trabajadores como para la subsistencia de la empresa, pero sin probarlo debidamente. Y así, aportó la acreditación de haber obtenido un aplazamiento de algunas deudas tributarias del año 2013 sin que se justifique la situación económica actual de la mercantil, de la que se desprenda la necesidad de acceder a lo solicitado. De ahí que entendamos adecuada la denegación de dicho aplazamiento por el secretario judicial que por otra parte es potestativa.

Hemos de tener en cuenta que, iniciada la ejecución, el decreto de ejecución emitido por el letrado/a de la Administración de Justicia ha de contener las medidas adecuadas dirigidas a la averiguación de bienes de la parte deudora contenidas en los artículos 589 y 590 de la LEC; esto es, de un lado, la manifestación de bienes de la parte deudora en cuantía suficiente para cubrir la cuantía de la ejecución, a lo que será requerido por aquel mediante diligencia de ordenación; de otro, y a instancias de la parte ejecutante que no pudiera designar bienes de la deudora, el letrado/a de la Administración de Justicia acordará dirigirse a través del Punto Neutro Judicial a entidades bancarias y registros (de la Propiedad, Catastro, Agencia Tributaria...) en los que pudieran constar bienes, saldos, etc. a nombre de la parte ejecutada, de ahí que, antes de decidir sobre la petición, al menos tiene conocimiento de la existencia o no de bienes de esta.

Y la decisión sobre la petición, como se ha indicado, requiere audiencia de las partes que no intento de conciliación, como explícitamente recoge la STSJ de Galicia de 8 de junio de 2017 (rec. 11/2017).

Celebrada la audiencia de las partes, constando la petición concreta de aplazamiento o fraccionamiento de pago, el letrado/a de la Administración de Justicia decidirá sobre la misma mediante decreto, puesto que así lo dispone expresamente el artículo 244.3 de la LRJS, en coherencia con lo prevenido en el artículo 206 de la LEC, que se refiere a las normas para el dictado de decretos o diligencias de ordenación, pero cuando la ley no lo señale expresamente –y en este caso sí lo hace–, amén de por preservar la lógica del sistema de resoluciones, ya que la regla 2.^a del artículo 206.2 y el artículo 206.3 de la LEC establecen el dictado de decreto cuando se ponga término al procedimiento que sea competencia exclusiva del letrado/a de la Administración de Justicia.

El decreto emitido, a tenor del artículo 208.2 y 3 de la LEC, será motivado¹⁰ y contendrá en párrafos separados y numerados los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho en los que se basa la subsiguiente parte dispositiva o fallo y contendrá la fecha, expresión del nombre del letrado/a y su firma, recogerá la decisión de este acerca de la concesión o no del aplazamiento o fraccionamiento, de las condiciones, en su caso, así como de la

¹⁰ En paralelo con lo establecido por el artículo 97.2 de la LRJS para la motivación de las sentencias: «apreciando los elementos de convicción declarará expresamente los hechos que estime probados haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esa conclusión».

advertencia de que ante el incumplimiento de cualquiera de las condiciones o plazos se continuará la vía de apremio. Y es directamente recurrible en revisión ante el juez/a de lo social, según prescribe el artículo 244.3 de la LRJS, en relación con el 188.2 de la misma norma.

Suele ser práctica habitual el que, presentado un escrito de solicitud de aplazamiento o fraccionamiento de pago a cargo de la parte deudora, el letrado/a de la Administración de Justicia mediante diligencia de ordenación ponga en conocimiento de la parte ejecutante la oferta realizada, y le conceda un plazo de 3 días o 5 días¹¹ bajo apercibimiento de que, si no contesta o no formula alegaciones, se entenderá que muestra conformidad con la proposición llevada a cabo.

Ciertamente, si la parte ejecutante no está de acuerdo con la propuesta formulada, presentará a su vez alegaciones mostrando su oposición, pero a continuación el letrado/a de la Administración de Justicia podría, a pesar, insistimos, de la oposición, acordar la aceptación de la oferta realizada, incluso mediante diligencia de ordenación¹², que no requiere motivación, si bien advirtiendo que el incumplimiento de las condiciones ofrecidas supondría la continuación de la vía de apremio y ofreciendo recurso de reposición frente a la decisión adoptada, lo que entendemos que constituye una corruptela procesal en una extensión indebida de las facultades del letrado/a de la Administración de Justicia en este ámbito de la ejecución, pues hemos de tener en cuenta que, aun cuando la parte ejecutante impugnase a través de recurso el acuerdo de aplazamiento o fraccionamiento del pago acordado por el letrado/a mediante diligencia de ordenación, el decreto que resuelve el recurso de reposición es irrecurrible, de acuerdo con el tenor literal del artículo 188 de la LRJS, de manera que por esta vía, en opinión de quien firma este trabajo, el letrado/a de la Administración de Justicia está buscando «blindar» su resolución, que en el fondo esté impidiendo la continuación del procedimiento de ejecución, e incluso decidiendo cuestiones no resueltas o no contenidas en el título ejecutivo.

De este modo, ante un supuesto como el referido, en el que el letrado/a de la Administración de Justicia acuerda mediante diligencia de ordenación la suspensión, aplazamiento o fraccionamiento de la obligación de pago en ejecución de la sentencia condenatoria, aun a pesar de que ofrezca su impugnación a través de recurso de reposición a formular ante el mismo letrado/a, la vía de actuación sería la de atender al artículo 188.1 de la LRJS, esto es, formular recurso directo de revisión ante el juez/a de lo social como si de un decreto emitido por aquel se tratase, pues realmente, en primer lugar, pondría fin al

¹¹ Diligencia de ordenación de 21 de mayo de 2014 dictada por el letrado/a de la Administración de Justicia de Mieres en ETJ 110/2014.

¹² Diligencia de ordenación de 5 de junio de 2019 dictada por el letrado/a de la Administración de Justicia del Juzgado de lo Social número 3 de Oviedo en ETJ 70/2019. Ello a pesar de que el artículo 206.2 de la LEC dedica las diligencias de ordenación a la resolución que tenga por objeto dar a los autos el curso que la ley establece, mientras que el decreto será necesario cuando fuere preciso o conveniente razonar lo resuelto.

procedimiento de ejecución, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 188.1 de la LRJS, y, en segundo lugar, respondería a la lógica jurídica del sistema que deja en última instancia al juez/a de lo social la decisión sobre la corrección del acuerdo adoptado por el letrado/a de la Administración de Justicia en el procedimiento ejecutivo, como última garantía de la encomienda constitucional del artículo 117.3 a los jueces/juezas y tribunales de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Es preciso considerar, además, que a tenor del artículo 188.3 de la LRJS, el auto que resuelve el recurso de revisión puede ser impugnado, a su vez, mediante recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del TSJ competente, en los casos en los que, de acuerdo con el artículo 191.4 del mismo cuerpo legal, la sentencia hubiera recaído en un asunto susceptible del mismo recurso; esto es, en los casos que estamos analizando, cuando la condena pecuniaria excediera de 3.000 euros conforme a la letra g) del mismo artículo 191.2 de la LRJS, puesto que pudiera darse el caso de que la decisión impugnada, es decir, tanto la inicial del letrado/a de la Administración de Justicia de concesión de suspensión, aplazamiento o fraccionamiento de la ejecución, como la del juez/a de lo social que confirmara la misma, contradijera lo ejecutoriado o cuestiones sustanciales no contenidas en el título ejecutivo ex apartados 1.º y 2.º de la letra d) del precitado artículo 191.4.

5. Dos casos particulares: la ejecución de sentencias frente a las Administraciones públicas y la ejecución colectiva

5.1. Ejecución de sentencias frente a Administraciones públicas

Con relación al caso particular de la ejecución de sentencias frente a las Administraciones públicas, confluyen dos clases de normas: la social y la administrativa. De acuerdo con la primera, el artículo 287 de la LRJS contempla un plazo de 2 meses desde la firmeza de la sentencia para que la Administración condenada justifique el cumplimiento de la misma¹³; transcurrido ese plazo, la parte interesada podrá solicitar la ejecución.

Por su parte, las normas de la jurisdicción contencioso-administrativa, aplicables con carácter subsidiario al proceso social ex artículo 287.3 de la LRJS, determinan, en primer lugar, que, a tenor del artículo 105.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LRJCA), no podrá suspenderse el cumplimiento ni declararse la ejecución del fallo, salvo los supuestos excepcionales que contempla el número 2

¹³ El párrafo tras el punto y seguido del artículo 287.1 de la LRJS añade, incluso, que la autoridad judicial, atendiendo a la naturaleza de lo reclamado y a la efectividad de la sentencia, podrá fijar un plazo inferior para el cumplimiento «[...] cuando el de 2 meses pueda hacer ineficaz el pronunciamiento o causar grave perjuicio [...]».

de dicho artículo; esto es, textualmente, «si concurriesen causas de imposibilidad material o legal», que, como ha entendido la jurisprudencia¹⁴, han de ser interpretadas de forma absolutamente restrictiva.

La ejecución del pago de una cantidad líquida por una Administración pública, de acuerdo con el artículo 106 de la LRJCA, habrá de llevarse a cabo por el órgano encargado de su cumplimiento, que deberá acordar el pago con cargo al crédito correspondiente de su presupuesto, que tendrá siempre la condición de ampliable, y si para el pago fuese necesario realizar una modificación presupuestaria, deberá concluirse el procedimiento correspondiente dentro de los 3 meses siguientes al día de la notificación de la resolución judicial.

Según el artículo 106.4 de la LRJCA, si la Administración condenada al pago de cantidad estimase que el cumplimiento de la sentencia habría de producir trastorno grave a su hacienda, lo pondrá en conocimiento del juez/a o tribunal acompañado de una propuesta razonada, para que, oídas las partes, se resuelva sobre el modo de ejecutar la sentencia en la forma que sea menos gravosa para aquella.

En el proceso social, por tanto, si antes de iniciarse el proceso de ejecución la Administración pública comunicase al juzgado de lo social la existencia de ese trastorno grave para su hacienda o peligro para el mantenimiento de los puestos de trabajo y ofreciese una propuesta razonada de pago aplazado o fraccionado, el letrado/a de la Administración de Justicia lo pondrá en conocimiento de las partes, concediéndoles un plazo de 3 o 5 días para manifestar su conformidad u oposición a la oferta realizada, de forma que si existe conformidad a la propuesta de pago, nos encontraríamos ante una transacción que requeriría homologación judicial de acuerdo con lo prevenido en el artículo 246 de la LRJS.

De no existir conformidad con la propuesta realizada por la Administración pública, la parte o partes interesadas deberán iniciar el proceso de ejecución de la sentencia a tenor de lo prescrito por el artículo 239 de la LRJS, de manera que, iniciada la ejecución, dictado por el juez/a el auto que resuelve la ejecución, procede, en el mismo día o en el siguiente hábil, la emisión del decreto de ejecución por parte del letrado/a de la Administración de Justicia, en ejercicio de sus competencias, conforme al artículo 551.3 de la LEC.

A partir de ese momento, en aplicación de lo regulado en el artículo 244 de la LRJS, en relación con el precitado 106.4 de la LRJCA, la Administración condenada podrá solicitar del letrado/a de la Administración de Justicia el aplazamiento o fraccionamiento de la obligación pecuniaria, acompañando a dicha solicitud tanto una propuesta razonada

¹⁴ Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS), Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de julio de 2003 (rec. 1579/2003); 18 de marzo de 2008 (rec. 568/2006); y 23 de febrero de 2010 (rec. 4758/2007).

de pago como una acreditación de las circunstancias productoras de puesta en riesgo de los puestos de trabajo o grave trastorno a la hacienda de aquella¹⁵, y que, según este último artículo, legitiman para obtener una resolución sobre el modo de ejecutar la sentencia en la forma que sea menos gravosa para la Administración pública, lo que, en la práctica, supondrá, evidentemente, el aplazamiento o fraccionamiento del pago.

Al igual que hemos visto, sobre estas pruebas, y previa audiencia de las partes, el letrado/a de la Administración de Justicia resolverá mediante decreto, que contendrá en sus fundamentos jurídicos el razonamiento *ad hoc* para la decisión adoptada; decreto que será directamente recurrible en revisión ante el juez/a de lo social.

5.2. La propuesta de pago en las ejecuciones colectivas

El artículo 247 de la LRJS establece las especialidades de la ejecución en los procesos de conflictos colectivos estimatorios de pretensiones de condena.

Antes de analizar el procedimiento en particular, es preciso señalar que la competencia del órgano judicial va a estar determinada por el ámbito de actuación del conflicto colectivo, de forma que, de acuerdo con los artículos 6 g) y 10 h) de la LRJS, será competente para conocer del procedimiento el juzgado de lo social de la circunscripción en que se produzcan los efectos del conflicto colectivo, mientras que si los efectos del mismo se extienden a un ámbito territorial superior al de la circunscripción de un juzgado de lo social y no superior al de la comunidad autónoma, a tenor del artículo 7 a) de la misma ley, la competencia para conocer en única instancia sería de la Sala de lo Social del TSJ de la comunidad autónoma; finalmente, conforme al artículo 8 de la LRJS, si el conflicto extiende sus efectos a un ámbito territorial superior al de una comunidad autónoma, conocerá en única instancia la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (AN). Como veremos, la resolución

¹⁵ Sobre la carencia de prueba para acreditar la solicitud de fraccionamiento, STSJ de Canarias/Las Palmas de 10 de febrero de 2015 (rec. 330/2014):

Así, del informe de la intervención municipal que se cita en la resolución recurrida, referido a la inviabilidad económica y financiera de mantener los programas «Red de atención a los drogodependientes» y «Sistema social de prevención y protección integral de las víctimas de violencia de género» en el ejercicio 2013 de conformidad con la LO 2/2012, en absoluto se infiere que el cumplimiento inmediato de la sentencia dictada pueda poner en peligro el mantenimiento de puestos de trabajo en la corporación local ejecutada, como afirma la resolución recurrida. Tampoco se desprende de dicho documento que la ejecución en sus propios términos resulte legalmente imposible o cause un perjuicio grave a la hacienda local, que son los únicos presupuestos establecidos por la norma para permitir la demora o cumplimiento aplazado de la condena pecuniaria impuesta en sentencia, siendo las alegaciones realizadas por el Ayuntamiento en el escrito de impugnación respecto a que de no haberse autorizado dicha medida hubiera sido necesario tramitar un ERE meras aseveraciones de parte carentes de refrendo en la versión judicial de los hechos [...].

de las cuestiones a dilucidar respecto a las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento en la ejecución de sentencias dinerarias dictadas en estos dos últimos supuestos, esto es, Sala de lo Social del TSJ de la comunidad autónoma y Sala de lo Social de la AN, tendrá también su diferenciación a efectos de recurso.

Al regular el procedimiento en el supuesto de los conflictos colectivos, hemos de centrarnos en los que el título ejecutivo es susceptible de ejecución individual de acuerdo con lo prevenido en el artículo 160.3 de la propia ley procedimental; esto es, que la resolución ha de contener individualizados en la condena pecuniaria (con base en la pretensión de condena ejercitada y recogida favorablemente por el órgano juzgador *a quo*) los datos, requisitos y características de las personas afectadas por el conflicto colectivo y beneficiadas por la condena. En este caso, comprobada por el letrado/a de la Administración de Justicia la legitimación activa de las partes ejecutantes y que el título ejecutivo es susceptible de ejecución individual en los términos indicados, requerirá a la parte ejecutada para que, en el plazo de 1 mes, que podrá prorrogarse por otro cuando la complejidad del asunto lo exija, cuantifique de forma individual la deuda respecto de cada una de las personas trabajadoras en cuya representación se inste la ejecución y proponga, en su caso, una fórmula de pago. Es decir, en este supuesto de ejecución colectiva, es la propia ley la que contempla la posibilidad de que la parte ejecutada ofrezca una fórmula de pago de la condena pecuniaria dictada, susceptible de ejecución individual; fórmula que puede contener bien la oferta de pago aplazado, fraccionado, bien de ambas conjuntamente.

Cumplido el requerimiento, el letrado/a de la Administración de Justicia instará a la parte ejecutante mediante diligencia de ordenación para que manifieste su conformidad o disconformidad con los datos proporcionados, así como sobre la propuesta de pago, en el plazo de 1 mes, que podrá prorrogarse por otro más cuando lo requiera la complejidad del asunto.

Si la parte ejecutante acepta, en todo o en parte, los datos suministrados de contrario sobre la cuantificación y la propuesta de pago, el letrado/a de la Administración de Justicia documentará la avenencia en lo que exista conformidad, incluyendo el abono de intereses si procediera, pero sin imposición de costas.

En caso de que la parte ejecutada no cumpla el requerimiento, se opongá formalmente a la ejecución, en todo o en parte, o de no aceptarse por la parte ejecutante, igualmente en todo o en parte, los datos proporcionados de contrario o la propuesta de pago, se seguirá el trámite incidental ante el juez/a de lo social o el letrado/a de la Administración de Justicia, en su caso, según la cuestión incidental se refiera o no a diferencias que deban ser objeto de decisión judicial, previsto en el artículo 238 de la LRJS. De este modo, previa citación a las partes en el plazo de 5 días, se celebra una comparecencia en la que podrá alegar y probar cuanto a su derecho convenga, y concluirá con el dictado de auto o, en su caso, de decreto, en el plazo de 3 días.

6. Impugnaciones y recursos

6.1. Recurso directo de revisión

Como hemos venido exponiendo, con base en la petición de la parte ejecutada, con alegación y acreditación de las circunstancias que motivan el peligro para la continuidad de las relaciones laborales en la empresa que supondría seguir adelante con la ejecución, previa audiencia de las personas interesadas, el artículo 244.3 de la LRJS faculta al letrado/a de la Administración de Justicia para conceder el aplazamiento, incluyendo el fraccionamiento, de la ejecución. La decisión ha de ser formalmente adoptada mediante un decreto –no mediante diligencia de ordenación, como ya hemos visto–, resolución frente a la que cabe formular recurso directo de revisión en el sentido que estudiamos a continuación.

El recurso podrá interponerse tanto en caso de estimación como de desestimación de la petición de aplazamiento. En el primer supuesto, la parte recurrente será la ejecutante, no interesada en este; también la parte ejecutante solicitante en tanto en cuanto la concesión no responda a la solicitud planteada y entienda que las condiciones establecidas en el decreto no se ajusten a lo necesario para evitar las extinciones contractuales que constituyen el peligro a que el artículo 244.3 de la LRJS se refiere. También puede ser impugnada la resolución por la parte ejecutada por ser desestimatoria de la petición de aplazamiento en el segundo de los supuestos.

De la lectura y puesta en relación de los artículos 186 y 188 de la LRJS, se desprende que el decreto emitido por el letrado/a de la Administración de Justicia puede ser objeto no de recurso de reposición ante él mismo, puesto que se trata de un decreto definitivo, que pone fin al procedimiento de petición de suspensión de la ejecución, de manera que, a tenor del párrafo segundo del artículo 188.1 de la LRJS, el recurso procedente será el directo de revisión ante el juez/a de lo social competente, ya que la resolución del letrado/a «pone fin al procedimiento o impide su continuación».

Según el artículo 188.2 de la LRJS, el recurso directo de revisión ha de interponerse en el plazo de 3 días hábiles, ante el órgano, dice textualmente, «en el que se haya dictado la resolución recurrida», por lo que, dado que estamos hablando de recursos en un procedimiento de ejecución dineraria en el que, conforme al artículo 237.2 de la misma LRJS, el órgano competente para la ejecución será el órgano judicial que hubiese conocido el asunto en instancia, al mismo le corresponde la decisión sobre el recurso. Para la interposición, la parte que no goce del derecho a la asistencia jurídica gratuita deberá ingresar 25 euros en concepto de depósito, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional decimoquinta.1 y 3 de la Ley orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que deberá constituirse en la oportuna entidad de crédito y en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta a nombre del juzgado o tribunal. El letrado/a de la Administración de Justicia verificará la constitución del depósito y dejará constancia de ello en los autos (disp. adic. decimoquinta.6

LOPJ). Si la parte recurrente incurre en defecto, omisión o error en la constitución del depósito, el letrado/a de la Administración de Justicia le concederá un plazo de 2 días para que subsane el defecto, con aportación, en su caso, de la documentación acreditativa. Si no se subsana el defecto, el juez/a dictará un auto que ponga fin al trámite de recurso, quedando firme la resolución impugnada (disp. adic. decimoquinta.7 LOPJ).

El recurso directo de revisión, según determina el artículo 188.2 de la LRJS, se interpone mediante escrito en el que deberá exponerse y fundamentarse la infracción en que, a criterio de la parte recurrente, hubiera incurrido la resolución impugnada, esto es, el decreto del letrado/a de la Administración de Justicia que ha decidido sobre la suspensión, concediéndola, sus condiciones, o denegándola.

La interposición ha de realizarse mediante su presentación por vía telemática a través de Lexnet, de acuerdo con lo prevenido en la Ley 18/2011, de 5 de julio, que reguló el uso de tecnologías de la información y comunicación en la Administración de Justicia; y la disposición adicional primera.1 de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC, que estableció a partir del 1 de enero de 2016 la obligatoriedad de la comunicación de las personas profesionales con la Administración de Justicia a través de los sistemas telemáticos existentes en esta, desarrollada actualmente por el Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema Lexnet. A continuación, el propio letrado/a de la Administración de Justicia, a través de diligencia de ordenación, admitirá el recurso y seguidamente concederá a las demás partes personadas¹⁶ un plazo común de 3 días para impugnar el recurso si lo estiman conveniente.

El juez/a de lo social resolverá en el plazo de 3 días –dice el párr. cuatro art. 188.2 LRJS–, háyase presentado o no escrito de impugnación, mediante auto, confirmando o reformando el decreto del letrado/a de la Administración de Justicia que concedió o negó, en su caso, la suspensión solicitada.

6.2. Recurso de suplicación frente al auto resolutorio del recurso directo de revisión

De acuerdo con el artículo 188.3 de la LRJS, contra el auto dictado resolviendo el recurso directo de revisión solamente cabrá recurso de suplicación en los casos que expresamente prevea la propia ley, lo que nos lleva a analizar la redacción del artículo 191 de la LRJS,

¹⁶ Puede darse el caso de que, además de la parte ejecutante y ejecutada, la solicitud de suspensión de la ejecución de la sentencia procediese de las personas trabajadoras que pudieran verse afectadas por esta, que, por consiguiente, se han de considerar parte al haberse personado en una legitimación indirecta en el proceso ejecutivo.

concretamente, en primer lugar, su número 4 d), según el cual son susceptibles de recurso de suplicación los autos que decidan los recursos de revisión interpuestos frente a los decretos del letrado/a de la Administración de Justicia, dictados en ejecución definitiva de sentencia u otros títulos, siempre que, en segundo lugar, la sentencia hubiese sido recurrible en suplicación; esto es, según los números 2 g) a *sensu contrario* y 3 del artículo 191 de la LRJS, que se tratase de reclamaciones cuya cuantía litigiosa excediera de 3.000 euros o procesos de despido o extinción de contratos de trabajo. Y, en tercer lugar, que, derivándose la ejecución de otro título distinto (conciliación judicial o ante el servicio público de conciliación), haya recaído en un asunto en el que, de haber dado lugar a sentencia, esta hubiese sido recurrible en suplicación en los supuestos que la norma precisa, esto es: cuando denieguen el despacho de ejecución; cuando resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado; y cuando pongan fin al procedimiento incidental en la ejecución decidiendo cuestiones sustanciales no resueltas o no contenidas en el título ejecutivo.

El recurso de suplicación frente al auto que resuelve, a su vez, sobre el recurso directo de revisión interpuesto frente al decreto emitido por el letrado/a de la Administración de Justicia decidiendo sobre la suspensión, aplazamiento o fraccionamiento de la ejecución sigue el trámite ordinario de este tipo de recursos. Así, el recurso se anunciará por vía telemática a través de Lexnet ante el juzgado de lo social que haya conocido el asunto en instancia¹⁷, en el plazo de 5 días hábiles contados desde la notificación del auto resolutorio del recurso directo de revisión. Aunque también el artículo 194 de la LRJS prevé la posibilidad de anunciarse por comparecencia de la parte recurrente o su representación legal e, incluso, por la mera manifestación de la parte o su representación legal de su intención de entablarlo al hacerle la notificación de la resolución que pretende recurrir; estas vías carecen actualmente de realización práctica al no llevarse a cabo las notificaciones mediante entrega en papel de la resolución de que se trate.

El letrado/a de la Administración de Justicia, determinada la recurribilidad de la resolución y el cumplimiento de los requisitos formales, tendrá por anunciado el recurso –art. 195 LRJS– y acordará poner los autos a disposición de la persona profesional o profesionales recurrentes, por el orden de anuncio, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 48.1 de la LRJS, con entrega material de los autos, aunque puede sustituirse el traslado material de estos por la entrega de soporte informático¹⁸, para que interponga el recurso dentro

¹⁷ Con la salvedad prevista en el artículo 237.3 de la LRJS de la atribución en exclusiva de la ejecución a determinados juzgados de lo social en el ámbito de una misma circunscripción, en cuyo caso se presentará ante el que ha conocido de la ejecución de que se trate, al considerarse un recurso relativo a la ejecución y cuyo objeto es el decreto emitido por el letrado/a de la Administración de Justicia relativo a la suspensión de aquella.

¹⁸ «[...] o mediante el acceso telemático, si se dispusiera de los medios necesarios para ello [...]», dice el artículo 48.1 de la LRJS en visión optimista.

de los 10 días hábiles siguientes a aquel en que se notifique la puesta a disposición. Este plazo, señala el último punto y seguido del número 1 del párrafo primero del artículo 195 de la LRJS, comenzará a correr desde la notificación de la puesta a disposición, cualquiera que sea el momento en que el letrado/a o el graduado/a social examinase o recogiera los autos.

El recurso se presentará por escrito, por vía telemática (luego no se precisa acompañar tantas copias cuantas sean las partes recurridas), ante el juzgado de lo social que dictó la resolución impugnada¹⁹, con arreglo a las especificaciones que contiene el artículo 196.2 y 3 de la LRJS, que podemos clasificar en tres tipos, a saber: en primer lugar, de carácter identificativo, que ha de contener los datos identificativos del juzgado de lo social, procedimiento y resolución impugnados²⁰; una segunda, relativa a la justificación y procedencia del recurso, de acuerdo con la regulación del artículo 191 de la LRJS (ámbito de aplicación del recurso de suplicación), así como, en su caso, la acreditación del depósito necesario para recurrir (300 €), según lo prevenido en el artículo 229 de la misma ley; y la tercera, en fin, propiamente referida a la motivación y razonamientos propios en los que el recurso se ampare y justifique su estimación, lo que viene recogido en términos generales en el artículo 196.2 de la LRJS al afirmar que en el escrito de interposición del recurso se expresarán «[...] con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas [...]», así como en el número 3 del mismo artículo al requerirse, cuando el recurso pretenda la revisión de hechos probados de la resolución impugnada, la cita e identificación del documento o pericia en que se base la revisión de hechos probados, aportando igualmente la formulación alternativa que de estos se pretende.

Tal y como establece el artículo 198 de la LRJS, la parte o partes recurrentes, en el momento de formalizar el recurso de suplicación, y la parte o partes recurridas al formular la impugnación del mismo, deberán designar un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del TSJ a efectos de notificaciones, si bien, como ya hemos indicado, se trata de una obligación hoy obsoleta por la realización de todas las notificaciones a través de la plataforma Lexnet.

El necesario contenido del recurso de suplicación que formula el artículo 196 de la LRJS está en directa relación con la determinación del objeto del mismo que define el artículo 193 del mismo cuerpo legal, de modo que, en función de la finalidad buscada de la resolución del mismo:

¹⁹ La fórmula del encabezamiento suele contener la siguiente expresión: «Al juzgado de lo social para ante la Sala de lo Social del TSJ de [...]».

²⁰ Es decir, señalando de una parte el denominado NIG, número de identificación general del procedimiento, y de otra el número de autos y su clasificación con las claves de uso (DSP –despido–; PO –procedimiento ordinario–...).

- a) El recurso ha de expresar las normas o garantías del procedimiento cuya denuncia formule para la finalidad de reponer los autos al estado en el que se encontraban antes de cometerse la infracción denunciada.

En el caso objeto de nuestro estudio, por ejemplo, la vulneración de la audiencia a las personas interesadas, previa al dictado del decreto por el letrado/a de la Administración de Justicia, concediendo o denegando el aplazamiento solicitado, regulada en el artículo 244.3 de la LRJS.

- b) Ha de contener una crítica de los hechos declarados probados en la resolución impugnada, por entender, a tenor de las pruebas documentales o periciales practicadas, que dichos hechos han de ser revisados.

En nuestro estudio, la declaración de hechos probados ha de referirse a la acreditación o no, en su caso, y en función de quién formule el recurso de suplicación, de que el cumplimiento puntual y exacto de la obligación de pago contenida en la sentencia y sobre cuya suspensión, aplazamiento o fraccionamiento se ha pronunciado el decreto del letrado/a de la Administración de Justicia y que ha sido objeto de impugnación pone en «peligro cierto la continuidad de las relaciones laborales subsistentes en la empresa deudora», en expresión textual del repetido artículo 244.3 de la LRJS.

La modificación de hechos probados, dado que nos encontramos ante un recurso de suplicación, ha de seguir los requisitos generales del apartado b) del artículo 193 de la LRJS; esto es, ha de fundamentarse exclusivamente en la prueba documental o pericial que se haya aportado al letrado/a de la Administración de Justicia en la solicitud presentada de suspensión de la ejecución con propuesta de aplazamiento o fraccionamiento de pago y, en su caso, en la audiencia a las partes que establece el estudiado artículo 244.3 de la LRJS para fundamentar la decisión de aquel, de carácter positivo, concediendo la petición y fijando las condiciones de la misma, o negativo, denegándola por entender que no concurren las condiciones precisas para ello.

Se ha de identificar y citar expresamente la prueba, reiteramos, documental o pericial en la que se fundamenta la petición de revisión, señalando el folio de los autos donde se encuentra relacionada y, también, en su caso, el párrafo concreto del documento que acredite la justificación de la revisión fáctica pretendida.

Y, a estos efectos, el recurso expresará necesariamente una propuesta de redacción alternativa a los hechos cuya revisión, rectificación o eliminación, en su caso, se pretende, explicando su efecto en la variación de la decisión recurrida, y, naturalmente, ha de servir para hacer cambiar el signo de esta.

Presentado el recurso de suplicación en tiempo y forma, de acuerdo con el artículo 197 de la LRJS, el letrado/a de la Administración de Justicia proveerá en el plazo de 2 días y dará traslado del mismo a la parte o partes recurridas para su impugnación, por un plazo

común de 5 días hábiles. Los escritos de impugnación serán presentados igualmente a través de la plataforma Lexnet (por lo que no es preciso acompañar de copias de los mismos), deberán guardar los mismos requisitos especificados en el artículo 196 de la LRJS para la interposición del recurso, en este caso, para, en primer lugar, oponerse a la pretensión de nulidad por infracción de normas o garantías procesales pretendida en la suplicación; criticar, en segundo lugar, la revisión de hechos pretendida en el recurso, fundamentar la revisión de los mismos propuesta en su caso en la impugnación o el mantenimiento de la redacción inicial de estos contenida en la sentencia; y, en tercer lugar, discutir y justificar la inexistencia de las infracciones legales o de la jurisprudencia denunciadas en el recurso de suplicación. También podrán alegarse motivos de inadmisibilidad del recurso, así como eventuales rectificaciones de hecho o causas de oposición al mismo, incluso subsidiarias, aunque no hubieran sido tomadas en cuenta en la sentencia.

De acuerdo con el artículo 197.2 de la LRJS, de haberse formulado en los escritos de impugnación alegaciones sobre la inadmisibilidad del recurso, eventuales rectificaciones de hechos o causas de oposición subsidiarias, como se ha expresado, las demás partes podrán presentar alegaciones sobre las contenidas en el escrito de impugnación, en el plazo de 2 días hábiles. Transcurrido el plazo de impugnación y, en su caso, el de alegaciones frente al mismo, previo traslado de las que se hubieran presentado, háyanse presentado o no escritos en tal sentido, se elevarán los autos, en el plazo de 2 días hábiles, a la Sala de lo Social del TSJ, junto con el recurso y escritos presentados. Recibidos los autos en la Sala de lo Social, en primer lugar, por el letrado/a de la Administración de justicia se examinará la posible existencia de defectos u omisiones subsanables que, de existir, motivarán la concesión a la parte de un plazo de 5 días hábiles, conforme al artículo 199 de la LRJS para su subsanación. De no producirse esta, la sala dictará auto declarando la inadmisión del recurso y la firmeza de la resolución impugnada con devolución del depósito constituido y la remisión de las actuaciones al juzgado de lo social de procedencia; frente a dicho auto cabe formular recurso de reposición.

Constatada por el letrado/a de la Administración de Justicia la inexistencia de defectos o subsanados estos, en el plazo de 3 días, el magistrado/a ponente se instruirá de los autos y dará cuenta a la sala sobre la admisión o inadmisión del recurso de suplicación. De la instrucción, y antes de la decisión de inadmisión, se dará traslado a la parte recurrente por el plazo de 3 días, identificando las circunstancias justificativas –dice el art. 200.1 LRJS– de la misma, por haberse incumplido de manera manifiesta e insubsanable los requisitos para recurrir o por existir doctrina jurisprudencial unificada del TS en el mismo sentido que la sentencia recurrida, para que formule alegaciones al respecto. Si la sala estima que concurre alguna de las causas de inadmisión, dictará auto en el plazo de 3 días, declarando la inadmisión del recurso y la firmeza de la resolución recurrida, con imposición de las costas a la parte recurrente y pérdida del depósito necesario para recurrir. Frente a dicho auto no cabe recurso. En el caso de que la inadmisión se refiriera a alguno de los motivos planteados solamente, pero no a todos, igualmente mediante auto no recurrible se declarará por la sala la inadmisión parcial del recurso y la continuación del trámite de suplicación por los motivos no afectados por aquella.

Admitido total o parcialmente el recurso de suplicación, se señalará fecha para deliberación, votación y fallo, lo que se comunicará a las partes mediante diligencia de ordenación del letrado/a de la Administración de Justicia, y la sala dictará sentencia dentro del plazo de 10 días –dice el art. 201 LRJS–, resolviendo, en su caso, sobre la inadmisibilidad, desestimándolo en consecuencia, o de no plantearse tal cuestión, sobre la estimación o desestimación del recurso de suplicación. La desestimación dará lugar a la confirmación de la resolución objeto de impugnación, mientras que la estimación del recurso provocará, ex artículo 202 de la LRJS, en función de los motivos alegados y asumidos por la sala, bien la reposición de los autos al momento en el que se hubiera cometido la infracción, si la denuncia estuviera fundada en infracción de normas o garantías del procedimiento (letra a) art. 193 LRJS); bien, cuando la infracción cometida versara sobre las normas reguladoras de la sentencia (letra b) mismo art. en relación con el 97 misma norma, el 209 LEC y el 120 CE), resolverá lo que corresponda, dentro de los términos en los que aparece planteado el debate, salvo que no pudiera hacerlo por ser insuficiente el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, acordará la nulidad, en todo o en parte de la resolución, concretando en caso de nulidad parcial los extremos de la resolución impugnada que conservan firmeza, y mandará reponer lo actuado al momento de dictar sentencia por el juzgado de lo social de procedencia. O, finalmente, la sala, de estimar alguno de los restantes motivos (letra c) art. 193 LRJS), resolverá lo que corresponda, con preferencia de la resolución del fondo del litigio, expresa el artículo 202.3 de la LRJS, dentro de los términos planteados en el debate, siempre y cuando el relato de hechos probados y demás antecedentes no cuestionados obrantes en autos fuera suficiente para ello.

En el caso objeto de estudio, insistimos en que la decisión ha de circunscribirse, en los términos expresados, a la adecuación o denegación de la concesión de aplazamiento o fraccionamiento de la cantidad objeto de ejecución, en función de las circunstancias alegadas y acreditadas que se regulan con carácter general en el artículo 244.3 de la LRJS, esto es, el peligro cierto que el cumplimiento exacto de la ejecución pudiera conllevar para las relaciones laborales subsistentes en la empresa deudora, que facultan al letrado/a de la Administración de Justicia a su concesión.

La sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ competente podría ser recurrible en casación para unificación de doctrina, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 218 de la LRJS, si bien las propias características del objeto de las resoluciones dictadas en relación con la finalidad del recurso de casación para unificación de doctrina expresada en el artículo 219 de la misma norma, esto es, la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los diferentes TSJ, contradictorias entre sí con la de otra u otras salas de los referidos tribunales o del TS, respecto a las mismas partes litigantes u otras diferentes, pero en idéntica situación, donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiera llegado a pronunciamientos distintos, muestran la extrema dificultad de producirse en la práctica.

6.3. Recurso de casación frente a autos dictados por las Salas de lo Social de los TSJ o de la AN

En relación con la impugnación de las resoluciones dictadas en los procedimientos colectivos relativas a la petición de suspensión de la ejecución por aplazamiento o fraccionamiento de pago, es preciso indicar que son de aplicación las reglas referidas relativas a los recursos de reposición frente a los decretos emitidos por el letrado/a de la Administración de Justicia, así como los recursos directos de revisión frente a los mismos, en los supuestos en los que la competencia en única instancia corresponda a las Salas de lo Social de los TSJ de las comunidades autónomas y a la Sala de lo Social de la AN.

A su vez, los autos dictados por la Sala de lo Social de los referidos tribunales y de la AN en esta materia podrán ser objeto de recurso de casación, de acuerdo con los artículos 205.1 y 206.4 c) de la LRJS, cuando pongan fin al procedimiento incidental en la ejecución y decidan cuestiones sustanciales no resueltas o no contenidas en el título ejecutivo, que sería precisamente el caso de los temas planteados acerca de la estimación (o desestimación, en su caso) de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento de la deuda contenida en el título ejecutivo.

Para estos supuestos concretamente, los motivos del recurso habrían de ampararse en las letras d) y e) del artículo 207 de la LRJS, es decir, error en la apreciación de la prueba basada en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación en la decisión adoptada, sin que resulten contradichos por otros elementos probatorios, e infracción de las normas jurídicas o de la jurisprudencia, en su caso, que fueren aplicables.

El recurso se prepara en el plazo de los 5 días hábiles siguientes a la notificación del auto, actualmente y como hemos señalado anteriormente para el recurso de suplicación, a través de la plataforma Lexnet; preparado, si el letrado/a de la Administración de Justicia advirtiese defectos subsanables, requerirá su subsanación, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 230.5 de la LRJS, y de no hacerse, dará cuenta a la sala para que resuelva lo que proceda, esto es, el dictado de auto poniendo fin al trámite del recurso, con la firmeza de la resolución pretendidamente impugnada (art. 209.3 LRJS), si bien este auto es recurrible en queja ante la sala que hubiera debido conocer del recurso de casación.

Cumplidos los requisitos para recurrir, el letrado/a de la Administración de Justicia tendrá por preparado el recurso de casación, concederá a las partes recurrentes, según el orden de preparación, el plazo de 15 días hábiles para formalizar el recurso. Durante dicho plazo, que comenzará a correr desde la notificación al letrado/a designado al efecto, los autos se encontrarán a su disposición en la oficina judicial de la sala para su examen o entrega, en su caso, en soporte convencional o informático.

El escrito de formalización se presentará ante la sala que dictó la resolución impugnada, designando un domicilio a efectos de notificación, según el artículo 210 de la LRJS, teniendo

en cuenta que la remisión ha de llevarse a cabo a través de Lexnet. Según el artículo 210.2 de la LRJS, en el escrito de formalización se expresarán por separado, expresamente dice «con el necesario rigor y claridad», cada uno de los motivos de casación, por el orden señalado en el artículo 207 de la LRJS, con razonamiento de:

[su] pertinencia y fundamentación de los mismos y el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas, haciendo mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas, así como en el caso de invocación de quebranto de la doctrina jurisprudencial, las concretas resoluciones que establezcan la doctrina invocada.

De no presentarse el escrito de formalización del recurso de casación dentro del plazo señalado o de omitirse de modo manifiesto los requisitos exigidos, la sala dictará auto poniendo fin al trámite del recurso y quedando firme, en cuanto a dicha parte recurrente, la resolución impugnada. Formalizado el recurso, el letrado/a de la Administración de Justicia proveerá en el plazo de 2 días hábiles dado traslado del mismo a las demás partes por término común de 10 días hábiles para su impugnación.

El escrito de impugnación, de acuerdo con el artículo 211 de la LRJS, deberá igualmente presentarse a través de la plataforma Lexnet, desarrollando por separado, en primer lugar, y de existir, las causas de oposición a la admisión del recurso, conforme al artículo 209 de la ley, y, en segundo lugar, los distintos motivos de impugnación, correlativos a los de casación formulados, así como, en su caso, otros motivos subsidiarios de fundamentación del fallo de la resolución recurrida o eventuales rectificaciones de hechos que, con independencia de los fundamentos aplicados en aquella, pudieran igualmente sustentar la estimación de las pretensiones de la parte impugnante, debiendo observarse idénticos requisitos que para la formalización del recurso. En paralelo con lo expresado para la formalización, durante el plazo de impugnación, los autos se encontrarán a disposición de la parte para su examen o entrega, lo que puede sustituirse en el caso de que la sala disponga de los autos en soporte electrónico o pueda accederse a ellos por medios telemáticos por estos medios.

De la impugnación se da traslado a las partes y, de haberse formulado en las impugnaciones alegaciones sobre la inadmisibilidad del recurso o los motivos subsidiarios de fundamentación de la resolución recurrida, las demás partes podrán presentar sus alegaciones al respecto, dentro de los 5 días siguientes a la recepción del escrito de impugnación e igualmente a través de la plataforma Lexnet. Transcurrido el plazo de impugnación y, en su caso, el de alegaciones, se elevarán los autos a la Sala de lo Social del TS dentro de los 5 días hábiles siguientes.

Recibidos los autos en el TS, el artículo 213 de la LRJS determina que el letrado/a de la Administración de Justicia, si apreciase defectos subsanables en el recurso, concederá a la parte un plazo de 5 días hábiles para la aportación de los documentos omitidos o para proceder a la subsanación de los defectos encontrados. De apreciarse defectos insubsanables o de no

efectuarse la subsanación en tiempo y forma, la sala dictará auto de inadmisión del recurso, declarando la firmeza de la resolución recurrida, con pérdida del depósito constituido y remisión de las actuaciones a la sala de procedencia. Frente a ese auto solo cabrá la formulación de recurso de reposición. De no apreciarse defectos o, en su caso, una vez subsanados, el letrado/a de la Administración de Justicia dará cuenta al magistrado/a ponente para instrucción de los autos por 3 días. Este, a su vez, dará cuenta a la sala del recurso interpuesto y, si esta estima que existe causa de inadmisión, previo informe del Ministerio Fiscal por 5 días, dictará auto inadmitiendo el recurso. De no haberse alegado la causa de inadmisibilidad en la impugnación del recurso, se oír con carácter previo a la parte recurrente por el plazo de 5 días hábiles. Las causas de inadmisibilidad del recurso, conforme al número 4 del precitado artículo 213 de la LRJS, pueden ser el incumplimiento de manera manifiesta e insubsanable de los requisitos para recurrir, la carencia sobrevinida del objeto del recurso, la falta de contenido casacional de la pretensión y el haberse desestimado en el fondo otros recursos en supuestos sustancialmente iguales.

De estimar la existencia de alguno de los motivos referidos para la inadmisibilidad del recurso, la sala dictará auto en el plazo de 3 días declarando la firmeza de la resolución recurrida con imposición de costas a la parte recurrente y con pérdida del depósito para recurrir, notificando a las partes y al Ministerio Fiscal, sin que quepa recurso frente a dicha resolución. Se tratará de un auto de inadmisión parcial si esta se refiriera a alguno solamente de los motivos aducidos para recurrir o a alguno de los recursos interpuestos, y se dispondrá la continuación del trámite de los restantes recursos o motivos no afectados por la inadmisión.

Admitido el recurso total o parcialmente, el artículo 214 de la LRJS determina que el letrado/a de la Administración de Justicia pasará los autos a la Fiscalía de lo Social del TS para que en el plazo de 10 días informe sobre la procedencia o improcedencia de la casación pretendida, así como a los estrictos fines de defensa de la legalidad cuando el Ministerio Fiscal sea parte en el proceso. Devueltos los autos junto con su informe, si la sala lo estima necesario, el letrado/a de la Administración de Justicia señalará día y hora para la celebración de vista oral; en otro caso, el tribunal señalará día y hora para deliberación, votación y fallo; acto que deberá celebrarse dentro de los 10 días siguientes. El número 3, en fin, del artículo 214 de la LRJS establece que la sala dictará sentencia en el plazo de 10 días contados desde el siguiente al de la terminación de la vista o al de la celebración de la votación, sin perjuicio de señalar por esta parte que tales plazos no suelen cumplirse dado el carácter no perentorio de los mismos.

Respecto a los efectos de la sentencia, dada la especificidad del tema estudiado, podría darse una estimación de infracción procesal, consistente en violación de las garantías procesales que hubieran causado indefensión a la parte recurrente, al amparo de la letra c) del artículo 207 de la LRJS, concretada en el no ofrecimiento de formulación de alegaciones o, en su caso, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia al no respetar su adecuación a lo prevenido en el artículo 97.2 de la misma ley, fundamentalmente en lo que se

refiere a los razonamientos contenidos en los fundamentos de derecho, que han llevado a la decisión adoptada. En este caso, la Sala de lo Social del TS deberá resolver *ex novo* sobre los términos en los que el debate aparece planteado, si bien, conforme al párrafo a continuación de punto y seguido, dentro del párrafo segundo de la letra b) del artículo 215 de la LRJS, si no pudiera hacerlo por insuficiencia del relato de hechos probados de la sentencia recurrida, acordará la nulidad en todo o en parte de la resolución recurrida y las siguientes actuaciones procesales y mandará reponer lo actuado al momento de dictar sentencia por la Sala de lo Social del TSJ competente.

Y, de otra parte, caso de estimarse el recurso por alguno de los restantes motivos posibles, error en la apreciación de la prueba –letra d) art. 207 LRJS–, infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, aplicables para la resolución de la cuestión planteada –letra e) mismo art.–, la Sala de lo Social del TS resolverá lo que corresponda dentro de los términos en los que aparezca planteado el debate, centrado, en el caso objeto de estudio, en la procedencia o no de la concesión de aplazamiento y fraccionamiento del pago de la cantidad líquida establecida en la ejecución de la sentencia firme, según prescribe la letra c) del artículo 215 de la LRJS, con preferencia de la resolución de fondo del litigio, decidiendo incluso sobre extremos no resueltos en la sentencia recurrida por haber apreciado alguna circunstancia obstativa, así como sobre, en su caso, las alegaciones deducidas en los escritos de impugnación, siempre y cuando el relato de hechos probados y demás antecedentes no cuestionados resultaran suficientes.

7. Conclusiones

Primera. El aplazamiento y fraccionamiento del pago en las ejecuciones dinerarias tiene amparo legal en los supuestos de suspensión que la LRJS regula, a pesar de que no sea contemplada explícitamente en la letra de la ley, y así lo han entendido la doctrina laboralista y judicial.

Segunda. El aplazamiento y fraccionamiento de la deuda puede darse por acuerdo de las partes, antes del inicio de la ejecución e incluso después de la solicitud de ejecución, si la petición en tal sentido de la parte ejecutada es aceptada por la ejecutante. En ambos casos, la homologación judicial del acuerdo velará por la seguridad jurídica e impedirá el fraude de ley, el abuso en su consecuencia o la renuncia prohibida de derechos.

Tercera. La constitucionalidad de la intervención del letrado/a de la Administración de Justicia en la ejecución a tenor del artículo 117.3 de la CE, concretamente en la estudiada resolución sobre aplazamiento y fraccionamiento de pago en la ejecución de sentencias de cantidad, ha de entenderse legitimada en cuanto su función se delimita a parte estrictamente procedimental de la ejecución y, en última instancia, a la posibilidad del control de sus decisiones por el órgano judicial a través del recurso director de revisión.

Cuarta. De acuerdo con lo expresado en la conclusión anterior, la decisión sobre la concesión o denegación de aplazamiento o fraccionamiento del pago debe ser formalizada a través de decreto, que puede ser objeto de recurso directo de revisión ante el juez/a o tribunal de lo social, no a través de diligencia de ordenación, únicamente recurrible en reposición ante el mismo letrado/a de la Administración de Justicia.

Quinta. Las sentencias dictadas por las Salas de lo Social de los TSJ o del TS como consecuencia de los recursos de suplicación o casación interpuestos frente a los autos dictados por los Juzgados de lo Social, de los TSJ o de la AN, han de ajustarse a las normas generales de la LRJS reguladoras de los mismos, si bien el objeto concreto y particular de sus decisiones se ha de centrar en la procedencia o no de la concesión de aplazamiento y fraccionamiento del pago de la cantidad líquida establecida en la ejecución de la sentencia firme.

Referencias bibliográficas

- Fernández-Lomana García, Manuel y San-cristóbal Villanueva, Juan Manuel. (2015). Artículo 244. En Ángel Juanes Peces (Coord.), *Ley reguladora de la jurisdicción social (comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias)* (pp. 248-268). Lefebvre.
- Garberí Llobregat, José. (2011). *El nuevo proceso laboral. Comentarios a la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*. Civitas.
- González González, Carlos. (2010). Novedades principales introducidas en el proceso laboral por la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 10, 55-74.
- Gullón Fernández, Jesús (Dir.). (2012). *Ley reguladora de la jurisdicción social. Comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*. El Derecho.
- Ríos Salmerón, Bartolomé y Martínez Moya, Juan. (2013). Artículo 244. Supuestos de suspensión y aplazamiento de la ejecución. En Antonio V. Sempere Navarro (Coord.), *Comentarios a la Ley de la jurisdicción social* (pp. 1.435-1.444). Thomson Reuters Aranzadi.



El tiempo de trabajo como elemento vertebrador de la seguridad y la salud de las personas trabajadoras

María del Carmen Aguilar Martín

Profesora contratada doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Zaragoza

caguilar@unizar.es | <https://orcid.org/0000-0001-8881-9384>

Extracto

En la actualidad, el régimen jurídico de lo que se considera tiempo de trabajo es una incertidumbre dependiendo de la contingencia que se trate. En documentos elaborados por la Organización Internacional del Trabajo o por la Unión Europea se ponen de manifiesto algunos aspectos que caracterizan el tiempo de trabajo, como son la descoordinación entre Estados, los vacíos en la regulación legal, la falta de unos criterios uniformes en la negociación colectiva, etc. Estos elementos sumados a los escasos mecanismos de adaptación para regular las nuevas realidades que se van produciendo provocan que la mayoría de las situaciones en conflicto tengan que ser resueltas por los tribunales, a veces, incluso, con disparidad de criterios, y, entre tanto, la inseguridad jurídica que se genera dificulta el día a día de las personas trabajadoras que ven invadida su esfera privada por el trabajo.

Por todo ello, con este trabajo se pretenden identificar, desde el punto de vista de la seguridad y la salud, algunos elementos que configuran el concepto de «tiempo de trabajo» y analizar cómo está siendo influenciado este concepto por otros factores, como, por ejemplo, el control administrativo de las horas de trabajo, las nuevas formas de trabajo (trabajos con plataformas digitales y teletrabajo), la transformación digital o la situación actual de crisis sanitaria.

Palabras clave: tiempo de trabajo; seguridad y salud; teletrabajo; trabajo con plataformas digitales; control del tiempo de trabajo.

Fecha de entrada: 14-10-2020 / Fecha de aceptación: 16-12-2020

Cómo citar: Aguilar Martín, María del Carmen. (2021). El tiempo de trabajo como elemento vertebrador de la seguridad y la salud de las personas trabajadoras. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 456, 65-100.





Working time as a supporting element of the safety and health of workers

María del Carmen Aguilar Martín

Abstract

At present, the legal regime of what is considered working time is an uncertainty depending on the contingency in question. In the documents prepared by the ILO or the EU, some aspects that characterize working time are highlighted, such as lack of coordination between States, gaps in legal regulation, the lack of uniform criteria in collective bargaining, etc. These elements, added to the scarce adaptation mechanisms to regulate the new realities that are taking place, mean that most conflict situations have to be resolved by the courts, sometimes even with different criteria and, in the meantime, the legal insecurity that is generated hinders the day-to-day life of workers who see their private sphere invaded by work.

Therefore, this work aims to identify, from the point of view of safety and health, some elements that make up the concept of working time and analyze how this concept is being influenced by other factors, such as, for example, control administrative work hours, new forms of work (jobs with digital platforms and teleworking), new technologies or the current situation of health crisis.

Keywords: working time; safety and health; teleworking; work with digital labour platforms; control of working time.

Citation: Aguilar Martín, María del Carmen. (2021). Working time as a supporting element of the safety and health of workers. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 456, 65-100.



Sumario

1. El tiempo de trabajo como elemento consustancial a la salud de la persona trabajadora: contextualización y concepto
 2. El control administrativo de la jornada de trabajo como medida preventiva de seguridad frente al abuso en el tiempo de trabajo
 3. Factores que, en la actualidad, desdibujan el concepto clásico de tiempo de trabajo
 - 3.1. Influencia de las «nuevas formas de trabajo» versus derecho a la seguridad y salud en tiempo de trabajo
 - 3.1.1. Trabajo con plataformas digitales
 - 3.1.2. Teletrabajo. Distinción de tres momentos temporales: antes, en situación de crisis sanitaria y futuro inmediato
 - 3.2. Influencia de la transformación digital de los procesos de trabajo frente al derecho a la desconexión digital como medida para preservar la salud de la persona trabajadora
 4. Medidas adoptadas durante la situación actual de crisis sanitaria frente a la inminente necesidad de proteger la seguridad y la salud de las personas trabajadoras
 5. Reflexiones finales
- Referencias bibliográficas

Nota: trabajo realizado en el marco del Grupo de Referencia Derecho del Trabajo S18_20R, financiado por el Gobierno de Aragón. Agradecimiento al proyecto DER2017-85148-P, denominado «Del derecho de la crisis económica a la recuperación del empleo: la experiencia judicial aplicativa de la reforma laboral española», del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (programa estatal de fomento de la investigación científica y técnica de excelencia, subprograma estatal de generación de conocimiento).

1. El tiempo de trabajo como elemento consustancial a la salud de la persona trabajadora: contextualización y concepto

A nadie se le escapa que el tiempo de trabajo y la seguridad y salud deben ser dos elementos inseparables de las relaciones de trabajo cualesquiera que sean estas. La inmensa mayoría de las personas pasamos una gran parte de nuestra vida trabajando, por ello, resulta de gran importancia saber adaptar ese tiempo a las necesidades cambiantes de las dos partes, de la empresa y de la persona trabajadora, sin constituir con ello una fuente de conflicto, de desigualdad o de inseguridad. Sin embargo, desde el momento en el que se pierden de vista los intereses de las personas trabajadoras pensando en otros retos mercantilistas como aumentar la producción o aumentar los beneficios, también lícitos, la persona trabajadora puede ver mermados algunos de sus derechos.

«La presente directiva establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo», así es como da comienzo la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en la que se marcaron unos periodos mínimos de descanso diario, semanal, anual¹, pausas y duraciones máximas de la jornada; en definitiva, se establecieron unos límites², porque unas jornadas de trabajo superiores a las legales, su impago o un abono inferior al que corresponde suponen un fraude a la seguridad social y fiscal, una competencia desleal entre las empresas, además de un deterioro de la salud de la persona trabajadora, la principal víctima de estos abusos.

Por todo ello, es importante encontrar un justo equilibrio entre intereses de ambas partes, no necesariamente contrapuestos si se garantizan los derechos; no en vano, la Directiva 2003/88 recordaba que «la mejora de la seguridad, de la higiene y de la salud de los trabajadores en el trabajo representa un objetivo que no puede subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico»³; algo que cobra especialmente importancia en este inicio de siglo XXI, proteger la salud de las personas trabajadoras debe primar por encima de otros intereses.

¹ Vid. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE) de 13 de diciembre de 2018, asunto C-385/17, Hein, y de 4 de octubre de 2018, asunto C-12/17, Dicu.

² Entre otras, SSTJUE de 21 de febrero de 2018, asunto C-518/15, Matzak, y de 26 de julio de 2017, asunto C-175/16, Hälvä.

³ Decimotercer considerando de la Directiva 89/391 y exposición de motivos de la Directiva 2003/88/CE.

A los intereses de las empresas se unen otros elementos, como la digitalización de los procesos y tareas, la aparición de nuevas formas de trabajo o la deslocalización de los centros de trabajo y casi de las personas trabajadoras, que hacen que, hoy en día, la ordenación del tiempo de trabajo sea mucho más compleja, pues quedan directamente afectados derechos tan importantes como el de la salud, entre otros. En mi opinión, un derecho que debería ser considerado fundamental.

Esta unión de tiempo y seguridad y salud ya se pone de manifiesto en nuestra Constitución de 1978, dentro de los principios rectores de la política social y económica, concretamente en el apartado 2 del artículo 40, en el que se establece lo siguiente:

[...] los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados.

En particular, el Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), se ha ocupado de establecer, entre otros, unos tiempos mínimos de descanso y unos tiempos máximos para la duración de la jornada ordinaria de trabajo y para las horas extras⁴. También el ET se ocupa de garantizar que «el trabajador, en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo»⁵.

En definitiva, es evidente que en la actualidad el concepto clásico de jornada de trabajo se está desdibujando dando pasos hacia una ordenación del tiempo de trabajo mucho más flexible, tanto que pone en riesgo otros derechos como la salud, el descanso, la reunión, la formación, la intimidad, la desconexión digital o la conciliación de la vida personal y familiar; prueba de ello es la regulación actual de tiempo de trabajo. En este sentido, Aragón Gómez (2018) afirma que:

La delimitación del tiempo de trabajo es una de las grandes cuestiones laborales de nuestro tiempo [...]. La relevancia de esta cuestión es debida a la repercusión que el tiempo de trabajo tiene no solo sobre el salario, sino también sobre el derecho al descanso y su incidencia en la salud, en la vida personal, familiar y social del trabajador.

⁴ Vid. sección 5.ª, capítulo II, título I, del ET, en concreto, artículos 34 a 38, en los que se regulan la jornada, las horas extras, el trabajo nocturno, el trabajo a turnos y ritmo de trabajo, el descanso semanal, fiestas y permisos y, por último, las vacaciones anuales.

⁵ Vid. artículo 19.1 del ET.

De este modo, en el régimen jurídico actual de la jornada del ET se recogen términos como «promedio de cómputo anual» o «distribución irregular de la jornada» o expresiones como «la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10 % de la jornada», etc. Pues bien, tal vez por las posibles interpretaciones que cabe hacer de las disposiciones legales del tiempo de trabajo, algunos de estos derechos reconocidos constitucionalmente y en el ET parecen ser vulnerados en la práctica. Así se pone de manifiesto en el «Plan director por un trabajo digno 2018-2019-2020»⁶, en el que se afirma que, con los límites a la realización de horas extraordinarias, el incumplimiento de dicha normativa continúa siendo en la actualidad, y más aún desde que comenzó la crisis económica, una de las principales fuentes de infracciones laborales cometidas por determinadas empresas. En todo caso, los incumplimientos con el tiempo de trabajo son la principal causa en materia de relaciones laborales por la que se formulan denuncias ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), alcanzando, en los últimos 2 años, el 40 % del total de las denuncias relativas a tiempo de trabajo: horas extraordinarias, trabajo a tiempo parcial, descansos y conciliación de la vida personal, familiar y laboral, etc. Para poner fin a dicha situación, el Gobierno se plantea en dicho plan «luchar contra el abuso y el fraude en la utilización de los contratos temporales» y «luchar contra los abusos en la contratación a tiempo parcial»⁷, los excesos de jornadas y horas extraordinarias no pagadas ni compensadas», entre otras medidas. En definitiva, lo que se pretende es evitar el uso indebido y descontrolado del tiempo de trabajo en perjuicio económico, social y de la salud para la persona trabajadora.

En este contexto, algunos elementos favorecen este cambio conceptual, como la transformación digital, tal y como afirma la profesora Casas Baamonde (2017, p. 3):

[...] progresivamente los cambios en los sistemas productivos, últimamente por el poder de las tecnologías digitales, han hecho aparecer nuevos problemas en materia de tiempo de trabajo que reflejan en la realidad sociolaboral una variedad de situaciones que no se corresponden ya con el modelo típico de jornada ordinaria a tiempo completo y con distribución regular (8x8x8). Se han roto las coordenadas de tiempo y lugar, de la prestación de trabajo subordinado y por cuenta ajena.

Una vez contextualizado el tiempo de trabajo, es importante retomar el concepto de «tiempo de trabajo», para ello, aunque no es el primer referente normativo, ya el Convenio número 1 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1919, sobre las horas de trabajo en la industria, y el Convenio número 30 OIT de 1930, sobre las horas de trabajo

⁶ Vid. Resolución de 27 de julio de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2018, por el que se aprueba el Plan director por un trabajo digno 2018-2019-2020 (BOE de 28 de julio).

⁷ Vid. STJUE de 13 de julio de 2017, asunto C-354/16, Kleinsteuber.

en comercios y oficinas (hace extensivas las disposiciones del Convenio núm. 1), regulan la jornada de trabajo y fueron ratificados por España en 1929 y 1932, respectivamente.

El Convenio número 30 OIT precisa en su artículo 2 que la expresión «horas de trabajo» significa «el tiempo durante el cual el personal esté a disposición del empleador».

Este concepto de «tiempos a disposición del empleador» se incorpora a nivel europeo en la Directiva 2003/88, que tampoco es la primera, pero sí la actual norma de referencia a nivel europeo sobre el tiempo de trabajo. En particular, el punto 1 de su artículo 2 define «tiempo de trabajo» como: «todo periodo durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales»; y en el punto 2 del mismo artículo, el «periodo de descanso» como «todo periodo que no sea tiempo de trabajo».

Desde el punto de vista cuantitativo el Convenio número 1 OIT establece que la duración del tiempo de trabajo no podrá exceder de 8 horas al día y 48 horas por semana. En el artículo 2 de este mismo convenio se establece que:

[...] cuando, en virtud de una ley, de la costumbre o de convenios entre las organizaciones patronales y obreras [...] la duración del trabajo de uno o varios días de la semana sea inferior a 8 horas, [...] [se] podrá autorizar que se sobrepase el límite de 8 horas en los restantes días de la semana [...] [pero] [e]l exceso del tiempo previsto en el presente apartado nunca podrá ser mayor de una hora diaria.

Además, establece que, cuando los trabajos se efectúen por equipos, la duración de trabajo podrá sobrepasar de 8 horas al día, de 48 por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un periodo de 3 semanas, no exceda de 8 horas diarias ni de 48 horas por semana, mientras que la directiva lo calcula sobre un periodo de 4 meses.

Desde un punto de vista cuantitativo, algunos autores (como Basterra Hernández, 2019) ya plantean las discordancias entre el ET y el convenio de la OIT, por cuanto que el ET establece una jornada máxima de 40 horas semanales de promedio en cómputo anual, pero teniendo en cuenta la opción de acumular el descanso semanal y la posibilidad de establecer una distribución irregular de la jornada a lo largo del año; en el peor de los casos, una persona trabajadora podría trabajar durante 11 días consecutivos, a razón de 12 horas diarias, seguidos de 3 días de descanso, lo que supondría realizar 84 horas de trabajo en un ciclo de 7 días de la semana a las que se sumarían otras 48 prestadas en los 4 primeros días de la semana siguiente. Esta distribución del tiempo encuentra un difícil encaje con el respeto a la salud de la persona trabajadora, tal y como debe ser según la directiva.

«Promedio cómputo anual», «distribución irregular»...; esta flexibilidad con la que se puede organizar la jornada por esa dimensión temporal de 1 año para no sobrepasar la duración máxima permite a la empresa someter a excesos legales a la persona trabajadora,

como el supuesto anterior; por lo que esta circunstancia da lugar a numerosos conflictos⁸ de diferente índole. Tal y como se pone de manifiesto en Alfonso Mellado *et al.* (2020, p. 388):

Los escasos convenios que abordan este importante aspecto de la distribución irregular lo hacen con referencias poco precisas sin entrar en la regulación de todos los aspectos que condicionan su funcionamiento, echándose en falta, de un lado, el establecimiento de reglas de verificación y control de la ejecución de la jornada, sobre todo cuando el empresario además de distribuir irregularmente la jornada emplea otras fórmulas de gestión flexible como las horas extraordinarias. De otro, mecanismos que den prioridad a la opción del trabajador en la determinación de la fecha de disfrute del descanso derivado de los excesos de jornada, con lo que se evidencia de forma clara el carácter unidireccional de la distribución irregular.

Muchos de los mencionados conflictos han encontrado respuesta de los tribunales. Según la materia tratada, podemos ver algunos ejemplos sobre: transportistas⁹, colectivos que tienen que hacer guardias¹⁰ o estar disponibles¹¹, tiempos de presencia sin trabajo de personal sanitario¹², otros relacionados con cursos de formación¹³, convenciones de empresa, tiempo dedicado a colocarse los equipos de protección individual (EPI), desplazamientos¹⁴, exceso de horas de crédito sindical¹⁵, vacaciones, etc.

Varios de estos conflictos, según apuntaban algunas voces doctrinales y también de la jurisprudencia, se solucionaban con un mayor control del tiempo de trabajo. Desde hace años se venía reclamando la importancia de los registros y controles de jornada como instrumentos de seguridad jurídica necesarios para que las personas trabajadoras conozcan efectivamente cuál es el desarrollo temporal de su prestación de servicios, y ahora también, en mi opinión, como una medida preventiva para evitar abusos.

⁸ Para conocer un análisis profundo sobre la regulación legal y convencional del tiempo de trabajo, *vid.* Alfonso Mellado *et al.* (2020).

⁹ *Vid.* STJUE de 2 de marzo de 2017, asunto C-97/16, Pérez Retamero, y también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Cataluña de 13 de junio de 2017 (rec. 1531/2017).

¹⁰ *Vid.* Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) de 21 de febrero de 2006 (reces. 2921/2004 y 3338/2004).

¹¹ *Vid.* STSJ de Galicia de 23 de diciembre de 2014 (rec. 57/2014).

¹² *Vid.* SSTS de 7 de octubre de 2002 (rec. 1233/2001) y de 28 de marzo de 2006 (rec. 5114/2004).

¹³ *Vid.* Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) de 16 de febrero de 2015 (rec. 334/2014).

¹⁴ Entre otras, STSJ de Madrid de 1 de junio de 2018 (rec. 1469/2017) y STJUE de 10 de septiembre de 2015, asunto C-266/14, Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras.

¹⁵ *Vid.* STS de 30 de noviembre de 2016 (rec. 481/2016).

2. El control administrativo de la jornada de trabajo como medida preventiva de seguridad frente al abuso en el tiempo de trabajo

Hasta marzo de 2019, el ET no recogía la obligación del registro de la jornada; tan solo para las horas extraordinarias, que según el artículo 35.5 del ET:

A efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo de fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente.

Esta flexibilidad en la definición de la jornada viene acompañada de dudas sobre cómo se calculan las horas extraordinarias, algo complejo si la jornada es irregular y en promedio de cómputo anual; prueba de ello fueron los conflictos planteados por el caso Bankia¹⁶, Abanca¹⁷ o Banco Sabadell¹⁸. En estos casos, la AN interpretó que el artículo 35.5 del ET obligaba a la empresa a registrar y totalizar todas las horas efectivamente trabajadas para que así fuese posible contrastar el tiempo y determinar la eventual aparición de horas extraordinarias. Sin embargo, el TS casó y anuló todas estas sentencias de la AN e impuso su doctrina, vigente en ese momento, en la que se afirmaba que el artículo 35.5 del ET solo obligaba al registro de las horas extras.

El conflicto se volvió a plantear con la entidad Deutsche Bank, y la AN acudió al TJUE para plantearle una cuestión prejudicial. Las conclusiones del abogado general sobre el caso (asunto C-55/18) se conocieron el 31 de enero de 2019 y razonó lo siguiente: resulta inexcusable que las empresas implementen un sistema de registro de todas las horas realmente trabajadas cada día, pues, en otra forma, no sería posible determinar con objetividad y certeza la cantidad de trabajo efectivamente realizado y su distribución temporal, como tampoco es posible diferenciar entre horas ordinarias y extraordinarias de trabajo; todo lo cual se desprende de la Directiva 2003/88, cuyo principio inspirador es la protección de la salud y seguridad. El 14 de mayo de 2019, la Gran Sala del TJUE dicta sentencia¹⁹, por la que se declara que:

[...] los artículos 3, 5 y 6 de la Directiva 2003/88 [...] deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que, según la interpretación de esa normativa adoptada por la jurisprudencia nacional, no impone a los empresarios la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.

¹⁶ Vid. SAN 207/2015, de 4 de diciembre, que casó y anuló la STS de 23 de marzo de 2017 (rec. 81/2016).

¹⁷ Vid. SAN 25/2016, de 19 de febrero, que casó y anuló la STS de 20 de abril de 2017 (rec. 116/2016).

¹⁸ Vid. SAN 77/2016, de 6 de mayo, que casó y anuló la STS de 20 de diciembre de 2017 (rec. 206/2016).

¹⁹ Sobre el alcance y la significación de esta sentencia, *vid.* García Blasco (2020).

2 meses antes de dictarse esta última sentencia, en España ya se intentó poner freno a esta situación compleja, otorgar mayor seguridad jurídica y facilitar el control por parte de la ITSS. Así, a partir de marzo de 2019 y en virtud del Real Decreto-Ley (RDL) 8/2019, de 8 de marzo, se modificó el apartado 7 del artículo 34 del ET y se añadió un nuevo apartado 9 para corregir algunos aspectos sobre la jornada de trabajo. Esta modificación legal entraría en vigor 2 días antes de que se dictase la sentencia de la Gran Sala anteriormente comentada (12 de mayo de 2019).

La primera modificación, la del apartado 7 del artículo 34, consistió en delegar en el Gobierno la facultad de establecer ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos, así como especialidades en las obligaciones de registro de jornada, para aquellos sectores, trabajos y categorías profesionales que por sus peculiaridades así lo requieran. La anterior redacción ya reconocía al Gobierno la posibilidad de establecer ampliaciones o limitaciones de jornada, por ejemplo, en el sector de la minería. La novedad en la redacción radica en la posibilidad de establecer «especialidades en el registro de la jornada», con el fin controlar las horas extraordinarias, en ocasiones no declaradas, no retribuidas, no cotizadas e ilegales, que redundan en un abuso sobre la persona trabajadora que excede los límites de su jornada, menos ingresos para el sistema de Seguridad Social y menos personas contratadas. Anticipándose a la reforma legal, la profesora Casas Baamonde (2017, p. 18) ya afirmó que «[...] al legislador corresponde una inaplazable tarea de racionalización de los horarios de trabajo, que también debe acometer la negociación colectiva, haciendo la síntesis de los intereses de los trabajadores y de los empresarios».

La segunda modificación del artículo 34 ha consistido en añadir un nuevo apartado 9 relacionado con cómo se tiene que establecer ese registro de la jornada mencionado en el apartado 7. Así, establece que «[l]a 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». Además, confiere un papel fundamental a la negociación colectiva, puesto que delega la facultad de negociar cómo se va a organizar y documentar este registro. Al respecto, no podemos olvidar que también resultarán de aplicación las normas relativas a protección de datos de la persona trabajadora, que más adelante se mencionan. Asimismo, se pone también de manifiesto en Alfonso Mellado *et al.* (2020):

Aunque resulta muy pronto para el análisis de las regulaciones convencionales en la materia, el registro de jornada puede convertirse en un caballo de batalla en los procesos de negociación colectiva en los próximos años, al objeto de garantizar la eficacia del mandato legal, como instrumento de verificación del cumplimiento de las normas en materia de jornada y, en su caso, de prueba ante la autoridad laboral y los tribunales del orden social. En este sentido, no es descartable que la resistencia empresarial se fundamente en aspectos ligados a la protección de datos de las personas trabajadoras (p. 384).

[Además] [r]esulta interesante comprobar cómo a pesar de tratarse de convenios firmados con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 8/2019, en ocasiones se hace expresa referencia al registro horario de la jornada, aun cuando no se concrete, por lo común, el inicio y fin de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, como sí exige el nuevo art. 34.9 ET en redacción dada por el RDL antedicho. En esta dirección, se han detectado convenios que establecen que las empresas deberán garantizar un sistema de control de asistencia, sin que el tiempo reflejado en el registro signifique, *per se*, horas efectivas de trabajo (p. 394).

Como medida de control²⁰, este mismo apartado 9 del artículo 34 contempla que:

La empresa conservará los registros²¹ a que se refiere este precepto durante 4 años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Al hilo de estas modificaciones y controversias en la interpretación de cómo se calcula el tiempo de trabajo, otro conflicto que se ha resuelto hace escasos meses, concretamente el 4 de junio de 2020, es el planteado por el Grupo de Empresas Día y la empresa Twins Alimentación, SA, por el que de nuevo la AN plantea una decisión prejudicial al TJUE.

La causa principal tiene por objeto:

[unos] conflictos colectivos sobre las condiciones de aplicación de los permisos retribuidos contemplados en el artículo 46 del convenio colectivo [...]. Estos litigios versan, en particular, sobre si el cómputo de estos permisos retribuidos debe comenzar en un día en que el trabajador deba en principio trabajar y, con excepción del permiso por matrimonio, para el que se indica expresamente que ha de computarse en «días naturales», si deben disfrutarse en días en que el trabajador deba en principio trabajar. Los días en que el trabajador no debe trabajar para la empresa incluyen, en particular, los días feriados y de vacaciones.

En efecto, el convenio colectivo «reconoce permisos más favorables» que el artículo 37 del ET.

En concreto, la AN planteó las siguientes cuestiones prejudiciales:

²⁰ En profundidad, *vid.* Molina Navarrete (2019).

²¹ Según las SSTs de 23 de marzo y de 20 de abril de 2017 (recs. 81/2016 y 116/2016), se obligó a la empresa a conservar los resúmenes mensuales de los registros de jornada durante un periodo mínimo de 4 años.

- a) ¿El artículo 5 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite simultanear el descanso semanal con el disfrute de permisos retribuidos para atender a finalidades distintas del descanso?
- b) ¿El artículo 7 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite simultanear las vacaciones anuales con el disfrute de permisos retribuidos para atender a finalidades distintas del descanso, el ocio y el esparcimiento?

En esta labor de armonización de la directiva, el apartado 27 de la sentencia recuerda que la directiva en materia de ordenación del tiempo de trabajo tiene como fin promover la mejora de la seguridad y de la salud de las personas trabajadoras, permitiendo que estas disfruten de días de descanso. La STJUE de 4 de junio de 2020, asunto C-588/18, resuelve una cuestión prejudicial presentada por la AN al declarar que los permisos retribuidos «están indisociablemente ligados al tiempo de trabajo, como tal, de modo que los trabajadores no pueden reclamarlos en periodos de descanso semanal o de vacaciones retribuidas». La jurisprudencia europea descarta extender a los permisos retribuidos su doctrina del no solapamiento con las bajas médicas, en la línea de las conclusiones a las que llegó el abogado general presentadas el 12 de diciembre de 2019.

Sobre el comienzo del disfrute de un permiso, también ha tenido ocasión de pronunciarse el TS, en las Sentencias 229/2020, de 11 de marzo, y 257/2020, de 17 de marzo. En ambas ocasiones, la controversia se centraba en cómo y cuándo se deben disfrutar los permisos retribuidos recogidos en sendos convenios colectivos. Tanto el TS como el TJUE coinciden en asociar el permiso retribuido con la jornada laboral y en descartar su ejercicio en días de vacaciones o descansos.

El equilibrio se encuentra, precisamente, en iniciar el cómputo del permiso retribuido el primer día laborable, descartando su ejercicio en vacaciones y suspensiones contractuales. Ahora bien, esta solución debe estar condicionada al «mantenimiento de la necesidad» que debe ser cubierta por la persona trabajadora, en el marco de la regulación legal o convencional aplicable. La STS 229/2020, de 11 de marzo, apunta en esta dirección al afirmar, con buen criterio, que «el permiso solo tiene sentido si sirve para atender la causa que lo permite, de ahí que se exija una cierta inmediatez entre la necesidad que cubre el permiso y el efectivo disfrute de este». El inicio del cómputo del permiso retribuido en primer día laborable debe ir unido al mantenimiento de la «causa que lo permite», de la necesidad que debe ser cubierta, porque, de lo contrario, la persona trabajadora ya no puede disfrutarlo, al decaer su fundamento jurídico (Lahera Forteza, 2020, p. 173). El mantenimiento de la necesidad en el primer día laborable debe ser contrastado en cada permiso legal o convencional.

En conclusión, el cómputo del permiso retribuido se inicia el primer día laborable si subsiste el hecho causante, pues solo se puede activar su ejercicio en jornada de trabajo para

atender la necesidad de la persona trabajadora. Pero los días concedidos, en la ley o por la negociación colectiva, son, en principio, naturales, salvo previsión expresa contraria de un cómputo de días laborables (Lahera Forteza, 2020, p. 174).

En el caso del matrimonio, previamente el Alto Tribunal ya se había pronunciado respecto a que «la fecha [del mismo] debe estar incluida en los 15 días que concede el convenio salvo cuando la celebración de la ceremonia se realice en día no laborable para el trabajador, en cuyo caso el plazo comenzará a contar desde el primer día laborable inmediato siguiente».

3. Factores que, en la actualidad, desdibujan el concepto clásico de tiempo de trabajo

Muchos conflictos, algunos mencionados anteriormente, están asociados a problemas con la salud de las personas trabajadoras y, aún más si cabe, estos se ven agravados cuando la prestación de servicios no es la de la clásica persona trabajadora a tiempo completo que presta sus servicios en el centro de trabajo de la empresa. En este mismo sentido se pronuncian Alfonso Mellado *et al.* (2020, p. 389):

La regulación en la materia debería tener muy presente la dimensión preventiva de las pausas, descansos y vacaciones y en este sentido, por ejemplo, debería huirse de cláusulas que permitan cuestiones como sustituir los descansos por complementos salariales o que dificulten el efectivo disfrute de los mismos, por ejemplo exigiendo la permanencia en el puesto. Más allá de la posible ilegalidad de algunas de estas cláusulas, las mismas tienen efectos negativos para la seguridad y salud laboral y deberían evitarse, salvo en aquellos supuestos en los que fuese estrictamente necesario y ajustado a la legalidad.

A continuación y desde la óptica de la seguridad y la salud de la persona trabajadora, se mencionan algunos de estos supuestos más complejos, emergentes y pendientes de un cambio normativo o con cambios normativos eminentemente recientes.

3.1. Influencia de las «nuevas formas de trabajo» versus derecho a la seguridad y salud en tiempo de trabajo

La seguridad y la salud en el trabajo es un derecho de las personas trabajadoras garantizado en España por ley; en concreto, está regulado en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL). En ella, se reconoce el derecho de las personas trabajadoras a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, a la postre un deber ambicioso y garantista para las personas trabajadoras, el deber de protección eficaz de la empresa frente a los riesgos a los que están expuestas aquellas.

La empresa, para aplicar las medidas de prevención de riesgos laborales, se debe inspirar en algunos principios generales recogidos en el artículo 15 de la LPRL²²; uno de ellos –por cierto, de gran alcance en prevención, aunque, en mi opinión, pocas veces aplicado– consiste en:

[...] adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud.

Como apoyo y complemento de este derecho, en el artículo 4.2 b) del ET se contempla el derecho a recibir una formación para adaptarse a ese puesto de trabajo: «[derecho a] la promoción y formación profesional en el trabajo, incluida la dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad».

Después, el artículo 23.1 d) del ET establece el derecho:

A la formación necesaria para su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo. La misma correrá a cargo de la empresa, sin perjuicio de la posibilidad de obtener a tal efecto los créditos destinados a la formación. El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo.

Sin embargo, hay circunstancias en la realización de algunos trabajos que provocan que el ejercicio de determinados derechos pueda ser más complicado, por ejemplo, cuando estamos ante un trabajo a distancia, teletrabajo o trabajo con plataformas. En estos casos, no puede tener la misma consideración el clásico centro de trabajo que la casa de una persona trabajadora u otros lugares de trabajo, pues la aplicación de derechos como la intimidad, el descanso, reunión, seguridad y salud o la conciliación de la vida personal y familiar son diferentes. Esta compleja realidad da lugar a abusos y conflictos, hasta la fecha solucionados por los tribunales en los que se introducen elementos que ponderan estos derechos, como, por ejemplo, el juicio de proporcionalidad. Es el caso del trabajo mediante plataformas, tan discutido doctrinalmente y que, en estos momentos, está en manos de la justicia y pendiente de una regulación aparentemente inminente.

²² También regulado en el artículo 6.2 d) de la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

3.1.1. Trabajo con plataformas digitales

En marzo de 2020, la Unión Europea publicó un estudio²³ titulado *Study to gather evidence on the working conditions of platform workers* en el que han recopilado evidencias de los diferentes países sobre las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras de plataforma. En el mismo se pone de manifiesto que la continua transformación digital está cambiando tanto el contenido como la naturaleza de los trabajos. La mayor disponibilidad, aceptación y capacidad de las tecnologías digitales, junto con un gran grado de automatización, permiten un trabajo organizado de manera diferente. La digitalización puede conducir a reducir los costes de transacción, lo que permite la intermediación de trabajos más pequeños (unidades de trabajo) por separado. Cuando la intermediación de estos trabajos remunerados entre la persona trabajadora y la cliente se realiza mediante una plataforma en línea, se considera trabajo de plataforma.

El mencionado estudio persigue proporcionar un análisis basado en la evidencia de los desafíos que enfrenta el trabajo en plataforma en las condiciones de prestación de los servicios y protección social de las personas trabajadoras, así como respuestas políticas y legales propuestas o implementadas a esos desafíos a nivel nacional y a nivel de la Unión Europea, e informar a los responsables políticos a nivel de la Unión sobre la necesidad de una acción legislativa o no legislativa, en la que se defina a esta persona trabajadora y se regulen sus condiciones de trabajo, pues queda claro en este estudio que en el ámbito de la Unión Europea existe una gran diversidad de respuestas ante estos desafíos, de herramientas para afrontarlos, de diferentes tipos de trabajos y dificultades para el control administrativo de estos trabajos (ITSS, Seguridad Social y tributos fiscales).

En este aspecto, hasta la actualidad, la doctrina científica está dividida, siendo dos las opciones principales: una parte mayoritaria considera que las personas trabajadoras «de plataformas» son falsas personas trabajadoras autónomas y, por lo tanto, son personas trabajadoras subordinadas, mientras que la otra parte de la doctrina defiende que, efectivamente, son personas trabajadoras autónomas, tal y como consideran las empresas del sector con las que han firmado sus contratos mercantiles. Según se pone de manifiesto en el citado estudio, hasta el momento, la interpretación de los poderes judiciales nacionales del empleo no es unánime y a veces contradictoria dentro y entre los Estados miembros. Al mismo tiempo, la jurisprudencia del TJUE solo evoluciona gradualmente y aclara el concepto de «persona trabajadora». Los desarrollos legales son lentos y parecen estar continuamente rezagados con respecto al negocio que cambia rápidamente. Algunas plataformas parecen operar en los márgenes entre personas trabajadoras independientes y empleadas, ajustando las prácticas para maximizar el control sobre personas trabajadoras de la plataforma sin asumir inequívocamente el papel de las empleadoras.

²³ <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=22450&langId=en>.

La jurisprudencia del TJUE ha definido el concepto de «trabajador» con un enfoque central en la subordinación como requisito, el carácter económico y genuino del servicio y su remuneración. Además, la jurisprudencia del TJUE limitó el alcance de las actividades laborales marginales y auxiliares que quedan fuera de su competencia, mientras que la nueva Directiva 2019/1152, de 20 de junio, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsible, ha reducido en gran medida la posibilidad de excluir el trabajo a pequeña escala de su alcance, especialmente cuando se trata de trabajo impredecible.

A nivel europeo, un pronunciamiento judicial reciente es el Auto del Tribunal de Justicia de 22 de abril de 2020, asunto C-692/19, que aborda el tratamiento de las personas repartidoras a través de plataforma. En el caso concreto es un repartidor de mensajería a domicilio que inicia el procedimiento para reclamar una relación de subordinación con la empresa con quien tiene el contrato (Yodel Delivery Network Ltd.). El tribunal analiza algunos indicios: vehículo propio, móvil propio, aunque con un programa informático creado por la empresa; el repartidor hizo una formación a cargo de la empresa para manejar la aplicación, recibe una cantidad por paquete entregado que varía según la distancia recorrida, puede aceptar o no las diversas tareas ofrecidas por la empresa, puede prestar servicios para otras empresas al mismo tiempo; el repartidor recibe todos los paquetes a primera hora y después él elige la ruta y la hora de entrega, siempre que sea entre las 7:30 y las 21:00 horas salvo que la entrega sea especial con una hora fija, además puede ser sustituido por otra u otras personas para que hagan la entrega, siempre que den un «nivel» de prestación de servicios equivalente a la del prestador que tiene contratada la actividad; estas terceras personas pueden ser vetadas por la empresa si no dan el «nivel» requerido, siendo responsable el repartidor que tiene contratada la actividad.

En la cuestión prejudicial se relacionan algunas dificultades que, en este caso, la normativa británica plantea para aplicar la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre, de organización del tiempo de trabajo. En la legislación británica, al igual que en la española, hay varios rasgos que impiden que sean calificadas como personas trabajadoras subordinadas a los efectos de esta directiva, por ejemplo, que puedan ser sustituidas por otras personas para realizar el trabajo (*substitution*) o que puedan rechazar o limitar el trabajo encomendado (*mutuality of obligation*) y el control, pues tienen libertad para organizarse.

Por todo ello, en esta ocasión, el TJUE se inclina por entender que se trata de un trabajador autónomo²⁴ y no ha tenido en cuenta, por ejemplo, la imagen de marca ni la relevancia que, en otra ocasión, tuvo la aplicación informática para resolver la cuestión planteada en empresas de transporte basadas en plataformas digitales (SSTJUE de 20 de diciembre

²⁴ (§ 37 y ss.). A la vista de «las circunstancias específicas del caso en el procedimiento principal», el demandante aparenta serlo: su independencia «no parece ser ficticia» y «no parece existir, *a priori*, una relación de subordinación entre él y su supuesto empleador».

de 2017, asunto C-434/15, y 10 de abril de 2018, asunto C-320/16), en la que se inclinó por personas trabajadoras subordinadas. En definitiva, en esta cuestión no es posible generalizar; si no se produce un cambio en la legislación o en la jurisprudencia de los tribunales, habrá ocasiones que serán personas trabajadoras autónomas y otras que serán subordinadas; dependerá de los indicios y particularidades en los que se preste la actividad o servicio.

En España ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente la Sala de lo Social en Pleno del TS, en Sentencia de casación por unificación de doctrina²⁵ número 2924/2020, de 25 de septiembre, para el caso de la empresa Glovo. Esta sentencia supone un paso importante para aclarar la situación legal y laboral de las personas trabajadoras de plataformas, puesto que es unánime la decisión de la sala por la que declara que «la relación entre el recurrente y la mercantil Glovoapp23 SL tenía naturaleza laboral». La sentencia analiza con detalle las notas de la laboralidad del artículo 1.1 del ET y la definición y notas de la persona trabajadora autónoma dependiente recogidas en el artículo 11.2 de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo y revisa toda su doctrina al respecto. Una sentencia de la que, sin duda, se hará eco la doctrina y que viene a decir, en esta ocasión, que:

[...] el repartidor ni organiza por sí solo la actividad productiva, ni negocia precios o condiciones con los titulares de los establecimientos a los que sirve, ni recibe de los clientes finales su retribución. El actor no tenía una verdadera capacidad para organizar su prestación de trabajo, careciendo de autonomía para ello. Estaba sujeto a las directrices organizativas fijadas por la empresa. Ello revela un ejercicio del poder empresarial en relación con el modo de prestación del servicio y un control de su ejecución en tiempo real que evidencia la concurrencia del requisito de dependencia propio de la relación laboral.

En el futuro, este tipo de trabajos es un desafío tecnológico y social que, en mi opinión, es necesario abordar legalmente para dar seguridad jurídica a una práctica creciente compleja en la que, de nuevo, están en juego la seguridad y la salud de las personas trabajadoras, cualesquiera que sean estas. Un primer paso ya dado en esta nueva regulación es la «Consulta pública previa a la elaboración de un proyecto normativo consistente en la modificación del Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del ET y de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, sobre determinados aspectos de la prestación de trabajo por cuenta propia y ajena del trabajo a través de plataformas»²⁶, y que se cerró el día 22 de junio de 2020. En dicho documento de consulta se pone de manifiesto el objetivo de la futura norma:

²⁵ Sentencias de contraste: SSTSJ de Asturias de 25 de julio de 2019 (rec. 1143/2019) y de Madrid de 19 de septiembre de 2019 (rec. 195/2019).

²⁶ http://www.mites.gob.es/ficheros/participacion/historico/consulta-publica/2020/Proyecto_08_20200606_consulta_publica_gabinete_empleo.pdf.

Se trata de proporcionar una regulación suficiente que dé respuestas adecuadas al fenómeno descrito aclarando las notas de laboralidad y distinguiendo lo accesorio o instrumental –el uso de los medios tecnológicos– de lo esencial –la existencia de auténticas relaciones subordinadas y dependientes prestadas dentro del círculo rector y organizativo de la empresa–, evitando el uso desproporcionado de soluciones judiciales a veces contradictorias, con la inseguridad jurídica y la desprotección que esto genera para las personas trabajadoras afectadas.

Para concluir, a pesar de esta importante sentencia, desde mi punto de vista, en la actualidad, sin una regulación específica no es posible generalizar para decidir sobre la verdadera naturaleza de la relación de estas personas trabajadoras, laboral o autónoma, puesto que se debe analizar en profundidad cada caso para ver si se está dentro de la aplicación del ET o del Estatuto del Trabajo Autónomo. El encaje en nuestra legislación actual es complicado, pues es tal la variedad de supuestos y la velocidad con la que cambian las condiciones de trabajo de este tipo de personas trabajadoras que hace que sea difícil optar. Tal vez, en mi opinión, una solución para proteger a este colectivo de personas trabajadoras de plataforma sería una regulación propia en la que se garantizaran sus derechos y se permitiese un cierto grado de flexibilidad, tanto para la persona trabajadora, como para la empresa titular de la plataforma. Esta flexibilidad se alinea con el margen de maniobra que puedan tener las empresas para ser competitivas en el mercado, a la vez que se pudiera compensar con una cierta flexibilidad para la persona trabajadora de plataforma, por ejemplo, abstenerse de cláusulas de no competencia, permitir a las personas trabajadoras de la plataforma establecer sus propios precios y determinar el tiempo y la forma de prestación del servicio por sí mismas, sin ser sancionadas por ello.

En mi opinión, al igual que existen las personas trabajadoras económicamente dependientes dentro de la regulación de las personas trabajadoras autónomas, la nueva regulación podría ir encaminada a regular las personas trabajadoras con plataformas digitales como un tipo de personas trabajadoras autónomas con un régimen jurídico concreto y diferente al resto de personas trabajadoras autónomas que cubra todas sus necesidades personales, organizativas, económicas y, muy importante, con una protección social equivalente a la de las personas trabajadoras por cuenta ajena. Por supuesto, esto no es óbice para evitar la huida en aquellos casos en los que sean personas trabajadoras por cuenta ajena.

3.1.2. Teletrabajo. Distinción de tres momentos temporales: antes, en situación de crisis sanitaria y futuro inmediato

El teletrabajo es una forma de prestación de servicios, en auge por el contexto de pandemia que estamos viviendo, hasta hace unos días con escasa regulación²⁷, pero que ha

²⁷ Vid. RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (BOE de 23 de septiembre).

favorecido un mínimo de continuación de la actividad laboral en algunos sectores y que, en la actualidad, está en el punto de mira de muchos Gobiernos, agentes sociales, asociaciones, partidos políticos, doctrina científica, judicial...

Debido a una situación nunca antes vivida por la inmensa mayoría de la ciudadanía, una pandemia mundial, el teletrabajo ha marcado un hito en ese periodo de 2020, pues ha permitido a muchas personas trabajadoras continuar con su actividad laboral en condiciones de seguridad, sin estar presencialmente en su puesto de trabajo, y este cambio se ha producido en escasos días. Sin embargo, la situación de origen era bien distinta y todo parece apuntar a que en el futuro también lo será. Este tipo de trabajo se enfrenta a retos complejos como: el lugar de trabajo distinto al centro de trabajo clásico, las formas de ejercer el control empresarial, el ejercicio de derechos individuales y colectivos, la prevención de riesgos laborales, el control de los medios de producción y los gastos derivados de la misma, entre otros; retos que solo se pueden afrontar con responsabilidad.

A causa de que existen grandes diferencias en la materia según el momento temporal elegido, para abordar este epígrafe se van a distinguir tres periodos: antes de la crisis por COVID-19, durante la situación de la pandemia y en el futuro, pues, aunque todavía es una incertidumbre, ya se apuntan algunas luces. Para ello, no se va a seguir un orden cronológico, sino que se tratará primero la situación del teletrabajo antes de la crisis sanitaria, después el futuro y se finalizará con una exposición de las medidas adoptadas durante la situación de pandemia y confinamiento. La justificación de esta disfunción temporal es porque las medidas que se han adoptado en el momento de pandemia y confinamiento se supone que son temporales, y se quiere prestar más atención a la situación anterior y, sobre todo, a la de futuro. Si bien se advierte que, por el alcance de la materia, este epígrafe no puede pretender ser un estudio en profundidad, por las limitaciones de espacio y porque no es el objetivo del mismo.

Comenzando por la situación anterior a la crisis por COVID-19, los antecedentes se pueden situar en el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2003²⁸, prorrogado para el año 2004, que incorporó a la negociación colectiva el Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo²⁹ (AMET). Este acuerdo surgió en el año 2002 entre 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 (UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP).

²⁸ *Vid.* Resolución de 31 de enero de 2003, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003 (ANC 2003).

²⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10131>.

Según reza el propio acuerdo, el objeto del mismo es «elaborar un marco general a escala europea para las condiciones laborales de los teletrabajadores y compaginar las necesidades de flexibilidad y seguridad comunes a los empresarios y los trabajadores». El AMET otorga a estas personas trabajadoras la misma protección global que a las que ejercen sus actividades en los locales de la empresa.

Existen diferentes conceptos de teletrabajo según autores; el acuerdo lo define como:

[...] una forma de organización y/o de realización del trabajo utilizando las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación laboral, en la que un trabajo, que también habría podido realizarse en los locales del empresario, se ejecuta habitualmente fuera de esos locales.

Habida cuenta de que el teletrabajo cubre una amplia gama de situaciones, esta es la definición que eligieron los interlocutores sociales, puesto que permite abarcar distintas formas de trabajo regular.

En esta situación anterior a la pandemia sanitaria debida al coronavirus, apenas algunas grandes empresas, en determinados sectores y para determinadas personas trabajadoras, recurrían al teletrabajo. De hecho, según la Encuesta de Población Activa, de los casi 20 millones de personas ocupadas que había en España en 2019, el 8,4 % afirmó que trabajaba en su domicilio ocasionalmente y el 4,5 % que lo hizo más de la mitad de los días laborales. Luego el teletrabajo era una forma de trabajo residual, ejercida solo por unas pocas personas trabajadoras.

Tampoco antes existía en España una regulación específica de teletrabajo³⁰. El único referente normativo con el que se podía encontrar alguna similitud y amparo era el artículo 13 del ET, en el que se regulaba, como una modalidad de contrato de trabajo, la forma de prestar un trabajo a distancia. Sin embargo, a partir del RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, la situación ha cambiado sustancialmente (el art. 13 ET remite al RDL 28/2020).

Dados los inminentes cambios, siquiera brevemente, conviene hacer un ejercicio sencillo de comparar los textos legales, para ser conscientes de los cambios acontecidos. Para ello se prestará atención al antiguo artículo 13 del ET (en vigor hasta el 12 de octubre de 2020), al texto del anteproyecto de Ley de trabajo a distancia³¹ y el actual RDL 28/2020.

³⁰ Sobre la situación normativa del teletrabajo, se recomienda Quintanilla Navarro (2017).

³¹ http://www.mites.gob.es/ficheros/participacion/historico/informacion-publica/2020/LEY_11_202006_26_TextoProyecto_gabinete_empleo.pdf.

Según el artículo 13 del ET, se definía el trabajo a distancia 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.

La definición de trabajo a distancia regulada en el artículo 2.1 del anteproyecto es la siguiente:

[...] aquel trabajo que se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar libremente elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, de modo no ocasional.

Por su parte, trabajo a distancia ocasional, conforme al artículo 2.4 del anteproyecto de Ley de trabajo a distancia, sería:

[...] aquel trabajo que se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar libremente elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, de modo ocasional, en los términos establecidos en el capítulo IV de la presente ley.

Para delimitar mejor lo que es trabajo a distancia y diferenciarlo de otro tipo de trabajo, se añaden dos definiciones también recogidas en el mismo anteproyecto:

- Teletrabajo (art. 2.2): «aquel trabajo que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación».
- Trabajo presencial (art. 2.3): «aquel trabajo que se presta en el centro de trabajo o en el lugar determinado por la empresa».

Definitivamente, el RDL 28/2020 ha recogido las siguientes definiciones, diferentes a las anteriores:

- Trabajo a distancia (art. 2 a): «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».
- Teletrabajo (art. 2 b): «aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación».
- Trabajo presencial (art. 2 c): «aquel trabajo que se presta en el centro de trabajo o en el lugar determinado por la empresa».

Entre otros, los principales rasgos que se manejan para diferenciar todos estos conceptos son: el lugar de la prestación de servicios, el tiempo y el componente tecnológico.

Como se puede observar con la actual regulación del trabajo a distancia, el teletrabajo se ha integrado como un tipo de trabajo a distancia, mientras que anteriormente eran conceptos independientes. Tanto en el anteproyecto como en el RDL 28/2020 que lo regula en la actualidad se recogen definiciones diferentes, si bien en este último se han simplificado. Al principio, en el anteproyecto se distinguían cuatro conceptos: trabajo a distancia, teletrabajo, trabajo presencial y trabajo a distancia ocasional, mientras que en el RDL 28/2020 se contemplan solo tres, todos excepto el trabajo a distancia ocasional, que ha sido sustituido en el nuevo texto en vigor por la introducción, dentro de su ámbito de aplicación, de un elemento importante que otorga una «cierta» seguridad jurídica:

Se entenderá que es regular el trabajo a distancia que se preste, en un periodo de referencia de 3 meses, un mínimo del 30 % de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo.

Sin duda, en mi opinión, este porcentaje será de nuevo complejo de determinar si no hay voluntad, puesto que, como se ha puesto de manifiesto en anteriores epígrafes, la distribución de la jornada irregular no facilita el control de la misma.

Siguiendo con la comparación de ambos textos, así como en el anteproyecto se echaban de menos más referencias al teletrabajo, pues tras su definición apenas se mencionaba y, por lo tanto, cabía la duda de si algunas de las prescripciones expresas hechas al trabajo a distancia también se aplicaban al teletrabajo, ahora esto se ha corregido; hay muchas más referencias e incluso en el nuevo texto aprobado se ha modificado la definición del teletrabajo: «aquel trabajo a distancia que se lleva [...]», para que no quepa duda de que se ha incluido como un tipo de trabajo a distancia.

Algo importante en este tipo de trabajo es la voluntariedad del mismo. Así, en el anteproyecto se recogía el carácter voluntario del acceso al mismo en su artículo 4: «El trabajo a distancia será voluntario para la persona trabajadora y requerirá acuerdo de trabajo a distancia». Si bien, en la regulación actual (art. 5.1 RDL 28/2020) parece que el acuerdo es bilateral: «El trabajo a distancia será voluntario para la persona trabajadora y para la empleadora y requerirá la firma del acuerdo de trabajo a distancia regulado en este real decreto-ley, [...]».

Continuando con el régimen jurídico del trabajo a distancia, en la anterior regulación, en concreto en el apartado 3 del artículo 13 del ET, y para evitar abusos, se garantizaba la igualdad en los derechos reconocidos a las personas trabajadoras con trabajo a distancia, con algunas excepciones:

Los trabajadores a distancia tendrán los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial.

Esta misma redacción se incluyó sin modificaciones en el artículo 3.1, sobre igualdad de trato y no discriminación, del anteproyecto y con alguna modificación en el artículo 4 del RDL 28/2020:

Las personas que desarrollan trabajo a distancia tendrán los mismos derechos que hubieran ostentado si prestasen servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial, y no podrán sufrir perjuicio en ninguna de sus condiciones laborales, incluyendo retribución, estabilidad en el empleo, tiempo de trabajo, formación y promoción profesional.

Con más detalle continúa este artículo 4 regulando la «igualdad de trato, de oportunidades y no discriminación» de las personas con trabajo a distancia.

Además, el artículo 13.3 del ET continuaba con un inciso importante: «en especial, el trabajador a distancia tendrá derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional y funciones». Para garantizar los derechos de formación y promoción profesional, la empresa estaba obligada a «asegurar» los medios necesarios para:

[...] el acceso efectivo de estos trabajadores a la formación profesional para el empleo, a fin de favorecer su promoción profesional. Asimismo, a fin de posibilitar la movilidad y promoción, debía informar a los trabajadores a distancia de la existencia de puestos de trabajo vacantes para su desarrollo presencial en sus centros de trabajo.

Estos derechos están ahora regulados por los artículos 9 a 19 del RDL 28/2020³².

Efectivamente, el teletrabajo favorece una distribución irregular de la jornada de trabajo; una flexibilidad³³ en la ordenación del tiempo de trabajo que puede resultar un arma de doble filo, con ventajas e inconvenientes para ambas partes e incluso para la sociedad. Algunos de

³² Vid. dentro del capítulo III del RDL 28/2020, sección 1.ª, derecho a la carrera profesional; sección 2.ª, derechos relativos a la dotación y mantenimiento de medios y al abono y compensación de gastos; sección 3.ª, derechos con repercusión en el tiempo de trabajo; sección 4.ª, derecho a la prevención de riesgos laborales; sección 5.ª, derechos relacionados con el uso de medios digitales; y sección 6.ª, derechos colectivos.

³³ Vid. STS de 14 de diciembre de 2016 (rec. 17/2016), caso Panrico, SAU. Vid., asimismo, SSTSJ de Madrid 297/2014, de 16 de junio, y 2103/2002, de 13 de noviembre, sobre distribución irregular de la jornada.

los aspectos positivos del teletrabajo son: favorece la conciliación de la vida laboral y familiar, evita pérdidas de tiempo y gastos en desplazamientos, se contamina menos, aumenta la productividad, favorece la integración de personas con movilidad reducida, dinamiza territorios despoblados... Pero, si no se utiliza con responsabilidad, el poder de control empresarial puede terminar desbordado e infringiendo en algunos derechos de las personas trabajadoras e incluso en su salud. Al respecto, la exposición de motivos del mencionado anteproyecto recordaba que el Tribunal Constitucional ha establecido que los mecanismos de control tecnológico de la actividad laboral deben respetar los tres condicionantes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Estos mecanismos han sido incorporados al artículo 17 del RDL 28/2020.

Por otro lado, la seguridad y la salud es un derecho de la persona trabajadora, cualquiera que sea su forma de trabajo, si bien el régimen jurídico de dicha protección no es exactamente el mismo. En el caso del trabajo a distancia, el artículo 13.4 del ET establecía que:

Los trabajadores a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud resultando de aplicación, en todo caso, lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, y su normativa de desarrollo.

Este derecho también se contemplaba en los artículos 15 y 16 del anteproyecto y ahora del RDL 28/2020, sobre aplicación de la normativa preventiva en el trabajo a distancia y evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva, respectivamente. El artículo 15 viene a replicar el texto del anterior artículo 13.4 del ET, esto es, que las personas trabajadoras a distancia tienen derecho a que se les aplique la LPRL y sus normas de desarrollo. Por su parte, el artículo 16 contempla la forma en la que se tiene que realizar la evaluación de riesgos y, sobre todo, los aspectos principales, a saber:

La evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva del trabajo a distancia deberán tener en cuenta los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, poniendo especial atención en los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos. En particular, deberá tenerse en cuenta la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada.

De nuevo, tiempo de trabajo y seguridad se manifiestan unidos.

También en el AMET se protegieron estos derechos relacionados con la seguridad y la salud de las personas trabajadoras, de manera que:

El empresario es responsable de la salud y la seguridad profesional del teletrabajador con arreglo a la Directiva 89/391/CEE y a las directivas específicas, las legislaciones nacionales y los convenios colectivos pertinentes. Para comprobar la correcta

aplicación de las disposiciones aplicables en materia de salud y seguridad, el empresario, los representantes de los trabajadores y/o las autoridades competentes tendrán acceso al lugar del teletrabajo, dentro de los límites establecidos en las legislaciones y los convenios colectivos nacionales. Si el teletrabajador realiza su tarea en su domicilio, para poder acceder al mismo serán necesarias una notificación previa y el acuerdo del teletrabajador. El teletrabajador podrá solicitar una visita de inspección.

Con la actual norma, para entrar a evaluar el domicilio de la persona trabajadora «deberá emitirse informe escrito que justifique dicho extremo que se entregará a la persona trabajadora y a las delegadas y delegados de prevención», por lo demás «la referida visita requerirá, en cualquier caso, el permiso de la persona trabajadora, de tratarse de su domicilio o del de una tercera persona física» y, de no concederse dicho permiso, el desarrollo de la actividad preventiva por parte de la empresa «podrá efectuarse en base a la determinación de los riesgos que se derive de la información recabada de la persona trabajadora según las instrucciones del servicio de prevención».

Son bastantes e importantes los riesgos que hay que tener en cuenta en la evaluación del puesto de trabajo a distancia en la que se tienen que contemplar todas las especialidades (seguridad, higiene, ergonomía y psicología aplicada y medicina preventiva). Cobran especial importancia los riesgos relacionados con la ergonomía, teniendo en cuenta la carga de trabajo, las posturas forzadas, la fatiga visual, los riesgos organizativos derivados de una mala organización del tiempo de trabajo y los riesgos psicosociales, entre otros.

Por último, otro momento temporal al que se hacía alusión al principio de este epígrafe ha sido el teletrabajo durante la situación de pandemia y crisis, de la que todavía no se ha salido. Los datos del 2020 son muy diferentes a los del año anterior, pues, tras una situación de confinamiento y de emergencia sanitaria, las circunstancias han abocado a más personas trabajadoras a prestar sus servicios mediante el teletrabajo³⁴. Como se ha mencionado anteriormente, las tecnologías han permitido la continuidad de la actividad laboral de una parte importante de la población activa en España que anteriormente trabajaba en un sistema de presencialidad.

En la actualidad, el teletrabajo se ha convertido en una herramienta al servicio de la seguridad y la salud de las personas trabajadoras; prueba de ello son las diferentes normas que se han ido publicando a lo largo de estos últimos meses y en las que se hace mención al teletrabajo para recomendarlo, siempre que sea posible, como medida prevalente para preservar la salud de las personas trabajadoras. De este modo, por orden cronológico y sin ánimo de ser exhaustivos, se recogen algunas de las medidas extraordinarias que se han ido adoptando con relación al teletrabajo y al trabajo a distancia derivadas de la COVID-19:

³⁴ Los datos todavía no son fiables, son orientativos y según la fuente oscilan entre un 22 % y un 34 % de las personas ocupadas en España durante la época de confinamiento.

- RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. En su artículo 5 se contempla una medida excepcional y temporal que consiste en establecer como «preferente» el trabajo a distancia, así se recoge que:

Las medidas excepcionales de naturaleza laboral que se establecen en la presente norma tienen como objetivos prioritarios garantizar que la actividad empresarial y las relaciones de trabajo se reanuden con normalidad tras la situación de excepcionalidad sanitaria.

En particular, se establecerán sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del 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. Estas medidas alternativas, particularmente el trabajo a distancia, deberán ser prioritarias frente a la cesación temporal o reducción de la actividad.

Además, en este RDL el Estado se compromete a apoyar financieramente, mediante el Instituto de Crédito Oficial para las pymes, la compra y *leasing* de equipamiento y servicios para la digitalización de la pyme y las soluciones de teletrabajo, movilizándolo en los próximos 2 años más de 200 millones de euros.

- RDL 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19. En este caso, este permiso no se aplica a «las personas trabajadoras que puedan seguir desempeñando su actividad con normalidad mediante teletrabajo o cualquiera de las modalidades no presenciales de prestación de servicios».
- Después, en todas las órdenes ministeriales que regulan las fases 1³⁵, 2³⁶ y 3³⁷ de desescalada, se recoge, dentro de la misma sección 2.^a sobre medidas de higiene y prevención, el mismo artículo 3 sobre fomento de los medios no presenciales de

³⁵ Vid. Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad.

³⁶ Vid. Orden SND/414/2020, de 16 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 2 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad.

³⁷ Vid. Orden SND/458/2020, de 30 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad.

trabajo, para disponer que «siempre que sea posible, se fomentará la continuidad del teletrabajo para aquellos trabajadores que puedan realizar su actividad laboral a distancia». Sin embargo, en la orden ministerial que regula la fase 3, se añade un apartado 2 a este artículo 3 que establece lo siguiente:

No obstante lo anterior, las empresas podrán elaborar protocolos de reincorporación presencial a la actividad laboral, siempre de acuerdo con la normativa laboral y de prevención de riesgos laborales, que deberán incluir recomendaciones sobre el uso de los equipos de protección adecuados al nivel de riesgo, la descripción de las medidas de seguridad a aplicar, la regulación de la vuelta al trabajo con horario escalonado para el personal, siempre que esto sea posible, así como la conciliación de la vida laboral y familiar.

Algunas de estas medidas preventivas vienen recogidas en el artículo siguiente³⁸ y consisten en que «el director» debe asegurarse de que:

[...] todos los trabajadores tengan permanentemente a su disposición en el lugar de trabajo agua y jabón, o geles hidroalcohólicos o desinfectantes con actividad virucida. [...] Asimismo, cuando no pueda garantizarse la distancia de seguridad interpersonal de aproximadamente 2 metros, se asegurará que los trabajadores dispongan de equipos de protección adecuados al nivel de riesgo. En este caso, todo el personal deberá estar formado e informado sobre el correcto uso de los citados equipos de protección.

Por último, el apartado 3 de este artículo contempla una medida en relación con el tiempo de trabajo y que viene obligada para garantizar la seguridad y la salud de las personas trabajadoras. Así, establece que:

La disposición de los puestos de trabajo, la organización de los turnos y el resto de condiciones de trabajo existentes en los centros, entidades, locales y establecimientos se modificarán, en la medida necesaria, para garantizar la posibilidad de mantener la distancia de seguridad interpersonal de 2 metros entre los trabajadores, siendo esto responsabilidad del titular de la actividad económica o, en su caso, del director de los centros y entidades, o de la persona en quien estos deleguen.

³⁸ Vid. artículo 4 sobre medidas de higiene y prevención para el personal trabajador de los sectores de actividad previstos en esta orden.

- RDL 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y seguridad social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19. Dentro del ámbito económico, esta norma destina medidas económicas para fomentar la recuperación, entre otros, para el sector de las telecomunicaciones por la implicación que tiene en otros ámbitos, entre ellos, con el teletrabajo.
- RDL 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. De nuevo se insiste en fomentar el teletrabajo, de manera que su artículo 7 establece:

Sin perjuicio del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales y del resto de la normativa laboral que resulte de aplicación, el titular de la actividad económica o, en su caso, el director de los centros y entidades, deberá: [...] Adoptar medidas para la reincorporación progresiva de forma presencial a los puestos de trabajo y la potenciación del uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad laboral sea posible.

- RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, y que es de aplicación a «las relaciones de trabajo [...] en las que concurren las condiciones descritas en el artículo 1.1 del [...] Estatuto de los Trabajadores [...], que se desarrollen a distancia con carácter regular».
- RDL 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.

3.2. Influencia de la transformación digital de los procesos de trabajo frente al derecho a la desconexión digital como medida para preservar la salud de la persona trabajadora

En una sociedad avanzada, en la que las tecnologías están presentes en la mayoría de los procesos, de los equipos de trabajo, de las empresas, de los productos o servicios y de la forma en la que nos comunicamos con empresa/s y compañeros/as, garantizar el derecho a la desconexión digital es necesario para la vida de las personas trabajadoras, para su salud mental y fisiológica y el bienestar de toda la familia. Además, las personas trabajadoras tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por la empresa, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización³⁹ en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

³⁹ Vid. STS 3017/2020, de 15 de septiembre.

El derecho a la desconexión digital regulado en el artículo 88 de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), supone, en el ámbito laboral y también en el empleo público, garantizar el derecho al descanso en cualquier momento que no sea tiempo de trabajo y el derecho a la intimidad, ambos protegidos constitucionalmente. Así, a tenor del apartado 1 de este artículo 88:

Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.

Este derecho se incorporó⁴⁰ para las personas trabajadoras por cuenta ajena en el nuevo artículo 20 bis del ET sobre derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión (en vigor desde el 7 de diciembre de 2018).

También en el artículo 18.1 del anteproyecto se regula el derecho a la desconexión digital, remitiendo al mencionado artículo 88 de la LOPDGDD, precisando que:

El deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación absoluta del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables.

En la redacción actual del RDL 28/2020 se ha eliminado un matiz importante sobre la limitación «absoluta»: el deber empresarial «conlleva una limitación del uso de [...]». Con esta redacción, en mi opinión, no quedan garantizados estos derechos, pues recordemos lo mencionado anteriormente en relación con el tiempo de trabajo, en tanto cabe la posibilidad de una distribución irregular del mismo y, por lo tanto, el derecho a la desconexión queda en entredicho.

Para garantizar este derecho⁴¹, debería cobrar especial relevancia la negociación colectiva o, en su defecto, lo acordado entre la empresa y la representación de las personas trabajadoras, puesto que deberían ser ambas las que negociaran una política interna dirigida

⁴⁰ Vid. disposición final decimotercera de la LOPDGDD.

⁴¹ Vid. artículo 88.2 de la LOPDGDD:

Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

a las personas trabajadoras, incluidas las que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio de la persona empleada vinculada al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas. En este mismo sentido se pronunciaba el artículo 18.2 del anteproyecto:

Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa se establecerán los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con los tiempos de cuidado y la garantía de tiempos de descanso.

Sin embargo, según la actual redacción del artículo 18.2 del RDL 28/2020:

La empresa, previa audiencia de la representación legal de las personas trabajadoras, elaborará una política interna dirigida a personas trabajadoras, incluidas las que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio de la persona empleada vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas.

Los convenios o acuerdos colectivos de trabajo podrán establecer los medios [...].

De nuevo, con esta última redacción, las empresas tienen más libertad para elaborar la política a su voluntad, puesto que relega la negociación a una audiencia previa, lo que puede suponer un importante desequilibrio y riesgo para la salud de las personas trabajadoras.

La monotonía, la falta de *feedback* en la realización de las tareas, quizás una falta de formación en competencias digitales, la falta de medios informáticos para desarrollar bien las tareas encomendadas, la confusión entre el principio y el fin tanto de la tarea como del horario de trabajo son factores de riesgo que pueden ocasionar graves daños en la salud de las personas trabajadoras por la materialización de los riesgos a los que están expuestas, algunos mencionados en la propia LOPDGDD como la «fatiga informática» u otros, también psicosociales, como la ansiedad, la depresión o el estrés, y sobre los que la desconexión digital puede ser, no solo un derecho, sino una medida preventiva para preservar la salud de las personas trabajadoras.

4. Medidas adoptadas durante la situación actual de crisis sanitaria frente a la inminente necesidad de proteger la seguridad y la salud de las personas trabajadoras⁴²

En una situación inicial de pandemia, fueron pocas las personas trabajadoras que pudieron continuar con sus trabajos, algunas desde su domicilio mediante teletrabajo y otras, en los considerados sectores esenciales, realizando su actividad normal, pero con medidas excepcionales.

En este contexto excepcional en el que muchas personas trabajadoras pasan de estar un día trabajando en el centro de trabajo de la empresa a, en el mejor de los casos, al día siguiente trabajar desde su domicilio o incluso a no trabajar, se ven alterados muchos de los derechos y obligaciones que se sustentan en el derecho del trabajo, que, de repente, se pone al servicio del Estado para minimizar los daños en la economía⁴³, alterando todo el sistema organizativo y de seguridad y salud de las personas trabajadoras y de las empresas⁴⁴.

De nuevo, la seguridad y la salud y el tiempo de trabajo se presentan como dos elementos indisolubles en las relaciones laborales. Las medidas principales adoptadas durante esta situación de crisis sanitaria han sido varias: expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE), expedientes de regulación de empleo (ERE), autoevaluaciones en el domicilio de la persona trabajadora, adaptaciones de los puestos en las empresas y permiso retribuido recuperable.

⁴² Vid. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0509&qid=1522050991135&from=EN>.

⁴³ Según reza la exposición de motivos del RDL 8/2020:

Con el fin de ejecutar las medidas de contención previstas por la normativa aplicable, garantizando al mismo tiempo la continuidad de la actividad empresarial y las relaciones laborales, se priorizarán los sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia, debiéndose facilitar las medidas oportunas para hacerlo posible. Para ello, se facilitan los trámites previstos por la normativa aplicable y se pondrá en marcha un programa de financiación del material correspondiente mediante la activación de ayudas y créditos para pymes dentro del programa Acelera pyme de la empresa pública Red.es.

⁴⁴ En esta línea, la exposición de motivos del RDL 8/2020 justifica los cambios así:

Las recomendaciones de las autoridades sanitarias dirigidas a reducir la expansión del COVID-19 han puesto de manifiesto los beneficios de la modalidad del trabajo no presencial, en aquellos puestos en que resulta posible, por su capacidad potencial de reducir la probabilidad de exposición y contagio por COVID-19.

Gracias a las herramientas informáticas y digitales, pueden realizarse las tareas laborales diarias desde dispositivos conectados a internet, incluyendo reuniones *online*, llamadas «virtuales» vía voz, videoconferencias o envío de documentos internos.

Para las empresas y puestos en los que la modalidad del trabajo no presencial no estaba implementada con anterioridad, la urgencia de la actual situación de excepcionalidad exige una relajación de estas obligaciones, con carácter temporal y exclusivamente a los efectos de responder a las necesidades sanitarias de contención actualmente vigentes.

Comenzando por los ERTE y los ERE, estos han supuesto una medida para salvar de la quiebra a muchas empresas y, a la vez, una esperanza de continuidad laboral para muchas personas trabajadoras.

Por otro lado, la evaluación de riesgos en el domicilio de la persona trabajadora, un tema delicado por la posible colisión con algunos derechos fundamentales y laborales de esta, en este contexto de emergencia se ha «solucionado» al aplicar el artículo 5 del RDL 8/2020 por el que se establece lo siguiente:

Con el objetivo de facilitar el ejercicio de la modalidad de trabajo a distancia en aquellos sectores, empresas o puestos de trabajo en los que no estuviera prevista hasta el momento, se entenderá cumplida la obligación de efectuar la evaluación de riesgos, en los términos previstos en el artículo 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, con carácter excepcional, a través de una autoevaluación realizada voluntariamente por la propia persona trabajadora.

Evidentemente, esto solo se justifica por una situación de emergencia, puesto que sin formación ni medios resulta complicado que una persona trabajadora pueda hacer su propia evaluación de riesgos del puesto, a pesar de que existen algunas herramientas fiables que lo facilitan, como el programa Prevencion10⁴⁵.

Otras de las medidas adoptadas desde el estado de alarma han consistido en introducir cambios en la ordenación del tiempo de trabajo en las empresas, esto es, modificaciones de horarios, turnos, reducciones de jornada, etc. Estos cambios se han utilizado por las empresas como herramientas de primer orden para adaptar los puestos de trabajo, pues se han convertido en una de las principales medidas preventivas adoptadas, junto con los EPI (guantes, mascarillas, gafas...) y otras medidas de higiene.

El reto para las empresas ha sido, y es, intentar recuperar la producción sin aglomeraciones de personas trabajadoras, por lo que recursos como las entradas y salidas escalonadas de los centros de trabajo o la creación de nuevos turnos que eviten una excesiva concentración de personas en los lugares de trabajo son medidas preventivas a tener en cuenta por el personal técnico de prevención de riesgos laborales en sus nuevas evaluaciones de riesgos o en las revisiones de las ya existentes.

Sin embargo, algunas de estas medidas, como establecer turnos de trabajo, cambio de horarios, etc., suponen alterar unas condiciones de trabajo que tenían adquiridas las personas trabajadoras y que, en una situación normal, podrían ser consideradas como modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET). A pesar de esto, a diferencia de otras ocasiones, la causa que ahora motiva esa decisión empresarial es la sobreguarda de la

⁴⁵ https://www.prevencion10.es/p10_front/.

salud de las personas trabajadoras, según las recomendaciones de las autoridades sanitarias, y por ello, siempre que así sea, no seguirá las reglas del citado artículo 41 del ET. Así lo entendió el TS en Sentencia de 18 de diciembre de 2013 (rec. 2566/2012), según la cual:

[...] establecido el plan de prevención, en atención a la previa evaluación, las medidas que en los protocolos de prevención se establecen devienen imperativas para la empresa. Por consiguiente, la adopción de una medida prevista, como puede ser el cambio de turnos para evitar el trabajo nocturno mientras persista el riesgo detectado en la evaluación, no constituye una modificación sustancial de condiciones de las que regula el art. 41 ET, ni exige, por consiguiente, el cumplimiento del procedimiento allí establecido.

En este caso no se trata de una muestra de la facultad de organización de la empresa, sino que lo que prima es la protección de la salud de las personas trabajadoras, y por ello, si es resultado de la evaluación de riesgos, esa decisión empresarial se convierte en una obligación y, por tanto, justifica el cambio sin estar sujeto a los cauces formales del artículo 41 del ET, por supuesto, siempre que estén muy bien justificadas las medidas y se haya cumplido con la consulta y participación de las personas trabajadoras⁴⁶, según los artículos 33 y 34 de la LPRL.

En otras ocasiones, el TS ha seguido esta misma línea de argumentación. Así, la STS 126/2019, de 19 de febrero, razona que «los cambios introducidos en la relación laboral (aunque sean de relevancia) como consecuencia de los mandatos legales no han de sujetarse a las disposiciones del artículo 41 ET».

A pesar de todo lo anterior, es probable que surjan conflictos derivados de una interpretación diferente o de una vaga justificación de las medidas y, por tanto, una cierta discrecionalidad. En definitiva, estos cambios pueden suponer para las personas trabajadoras importantes inconvenientes a la hora de conciliar con su vida personal y familiar, y, en última instancia, serán los tribunales los que tengan que ponderar estos derechos y entender justificadas las medidas. Al fin y al cabo, si no se aplica el artículo 41 del ET, se está limitando el ejercicio del derecho que tiene la persona trabajadora a solicitar la extinción del contrato de trabajo indemnizada por no poder cumplir con la modificación sustancial de las condiciones de trabajo justificada e impuesta por la empresa; algo que no parece razonable, por muy justificada que esté la medida.

Otra de las opciones a las que se ha recurrido en esta situación de riesgo ha sido el permiso retribuido recuperable, regulado en el RDL 10/2020, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19. Este permiso regulado en el artículo 2 no modifica el artículo 37 del ET, porque tiene un marcado carácter temporal y un

⁴⁶ Vid. STSJ de La Rioja 165/2019, de 12 de septiembre.

objetivo claro⁴⁷: «limitar al máximo la movilidad. Y los sectores de actividad a cuyas personas trabajadoras se excluye del disfrute obligatorio del permiso se justifican por estrictas razones de necesidad». Para ello, se aprueba un nuevo permiso retribuido recuperable, de carácter obligatorio, para las personas trabajadoras que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación, por un periodo concreto: «entre el 30 de marzo y el 9 de abril de 2020, ambos inclusive». La retribución durante este tiempo será la «que les hubiera correspondido de estar prestando servicios con carácter ordinario, incluyendo salario base y complementos salariales».

De nuevo, se delega en la negociación entre empresa y representación legal de las personas trabajadoras para que, en el plazo máximo de «7 días», se pongan de acuerdo para establecer cómo se van a recuperar esas horas dentro del periodo comprendido desde «el día siguiente a la finalización del estado de alarma hasta el 31 de diciembre de 2020», es decir, desde el 22 de junio hasta el 31 de diciembre de 2020. Para el supuesto de que no exista representación legal de las personas trabajadoras, la comisión representativa de estas para la negociación del periodo de consultas estará integrada por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación. La comisión estará conformada por una persona por cada uno de los sindicatos que cumplan dichos requisitos, tomándose las decisiones por las mayorías representativas correspondientes. En caso de no conformarse esta representación, la comisión estará integrada por tres personas trabajadoras de la propia empresa, elegidas conforme a lo recogido en el artículo 41.4 del ET.

En el texto legal también se especifican algunas cuestiones tales como el plazo para constituir la comisión representativa, la obligación de negociar de buena fe, el requisito de la mayoría para tomar el acuerdo, la posibilidad de recurrir a la mediación o al arbitraje, el preaviso para que la persona trabajadora conozca el momento de la prestación de trabajo y otras cuestiones formales.

El acuerdo a alcanzar deberá tener en cuenta los límites que sobre el tiempo de trabajo ya están contemplados en el ET y, en su caso, en el convenio colectivo, esto es, se deberán respetar los periodos mínimos de descanso diario y semanal, y la jornada máxima anual prevista en el convenio colectivo que sea de aplicación. «Asimismo, deberán ser respetados los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar reconocidos legal y convencionalmente». A todo esto se añaden algunas medidas nuevas tomadas para proteger a las personas trabajadoras frente al riesgo de contagio de COVID-19. Un factor de riesgo podría ser fichar con huella dactilar y, para evitarlo, el artículo 4.2 de la Orden SND/458/2020 establece que:

⁴⁷ Vid. exposición de motivos del RDL 10/2020.

El fichaje con huella dactilar será sustituido por cualquier otro sistema de control horario que garantice las medidas higiénicas adecuadas para la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, o bien se deberá desinfectar el dispositivo de fichaje antes y después de cada uso, advirtiendo a los trabajadores de esta medida.

5. Reflexiones finales

En el mercado de trabajo actual, cada vez más digital, globalizado, competitivo y deslocalizado, se están desdibujando los límites del derecho del trabajo, de manera que cambios en las condiciones de trabajo inicialmente pactadas por las empresas con las personas trabajadoras pueden suponer un nuevo riesgo laboral que puede afectar seriamente a su salud.

Tener una jornada irregular, un trabajo a turnos o un horario de trabajo que no sea acorde con nuestras necesidades personales y familiares podrían ser factores de riesgo que pueden producir daños a la salud de la persona trabajadora. Un riguroso control del tiempo de trabajo, sea cual fuere la forma de trabajo, podría ser una medida preventiva frente a los riesgos derivados de una mala organización del mismo, al igual que la desconexión digital. Los límites deberían estar claros y, para poder ser eficaces, lo ideal sería que encajasen con las necesidades de la persona trabajadora.

La introducción de sistemas digitales en las empresas sin una correcta adaptación ni formación puede suponer un nuevo riesgo, sobre todo para las mujeres trabajadoras.

La integración de la prevención de riesgos laborales en las empresas debería avanzar no solo en la valoración de los riesgos de seguridad, higiene..., sino también en estos tipos de riesgos organizativos que son determinantes para la salud psicosocial de las personas trabajadoras.

La casuística de cuestiones que se presentan en materia de tiempo de trabajo es innumerable. Algunos autores como García Perrote-Escartín y Mercader Uguina (2017) califican el tiempo de trabajo como un «terreno sinuoso y enormemente complejo en la práctica», lo que con seguridad seguirá produciendo pronunciamientos en esta materia, y las circunstancias concurrentes en cada caso serán determinantes para la consideración del mismo en un sentido o en otro.

Lo deseable sería que, vía negociación colectiva, se pudieran resolver algunos de estos conflictos. En este sentido, la negociación colectiva tiene un importante papel para contribuir a la paz social, regular derechos y obligaciones de las partes y aunar intereses contrapuestos. Todo ello, en pro de garantizar el ejercicio de derechos reconocidos legalmente como la igualdad, la intimidad, la dignidad, la conciliación, la seguridad y salud, el descanso, la desconexión digital y cuantos otros están relacionados con el tiempo de trabajo en el ámbito de la empresa.

Las nuevas formas de trabajo, los llamados «trabajos de plataforma» y el teletrabajo, contribuyen a la necesidad de replantear o, al menos, analizar con detenimiento el tiempo de trabajo en su forma de trabajar. Ha llegado el momento de mostrar responsabilidad por ambas partes, compromiso, confianza mutua y no valorar los resultados del trabajo por base en el tiempo, sino en otros parámetros más justos y objetivos. De cara a un futuro, lo deseable sería que tanto en las nuevas regulaciones, como en la aplicación de las que acaban de llegar, no nos olvidemos de anteponer la salud a otros intereses, como bien propugna la directiva de tiempo de trabajo.

Referencias bibliográficas

- Alfonso Mellado, Carlos Luis; Almendros González, Miguel Ángel; Fabregat Monfort, Gemma; Lantarón Barquín, David; Merino Segovia, Amparo; Monereo Pérez, José Luis; Muñoz Ruíz, Ana Belén y Sanguinetti Raymond, Wilfredo. (2020). Conclusiones generales. En Carlos Luis Alfonso Mellado (Coord.), *La regulación legal y convencional del tiempo de trabajo* (pp. 381-400). Lefebvre-El Derecho, SA.
- Aragón Gómez, Cristina. (2018). La compleja delimitación del concepto de tiempo de trabajo y la aportación que, al respecto, ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista de Información Laboral*, 9, 113-143.
- Basterra Hernández, Miguel. (2019). El tiempo de trabajo en los instrumentos de la OIT: una perspectiva desde el ordenamiento español. *Documentación Laboral*, 116, 71-83.
- Casas Baamonde, María Emilia. (2017). Distribución irregular de la jornada, flexibilidad del tiempo de trabajo y tiempo de vida personal y familiar. *Revista Jurídica de la Universidad de León*, 4, 3-24. <http://revpubli.unileon.es/ojs/index.php/juridica/article/viewFile/5283/4107>.
- García Blasco, Juan. (2020). Tutela de la seguridad y salud y tiempo de trabajo: a propósito de la STJUE de 14 de mayo de 2019. *Revista Galega de Dereito Social*, 10, 9-17. <http://revistagalegadedereitosocial.gal/index.php/RGDS/article/view/100/233>.
- García Perrote-Escartín, José Ignacio y Mercader Uguina, Jesús Rafael. (2017). El concepto de «tiempo de trabajo efectivo» en la doctrina reciente de los tribunales. *Revista de Información Laboral*, 12.
- Lahera Forteza, Jesús. (2020). Ejercicio y cómputo de los permisos retribuidos. Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo 229/2020 y 257/2020, de 11 y 17 de marzo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 448, 169-174.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2019). Nuevas claves de gestión del tiempo de trabajo: problemas aplicativos, sentencias controvertidas y primeros desarrollos convencionales. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 440, 113-160.
- Quintanilla Navarro, Raquel Yolanda. (2017). El teletrabajo: de la dispersión normativa presente a la necesaria regulación normativa europea y estatal futura. En *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita, 28 de marzo de 2017, Palacio de Zurbano, Madrid. Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019)* (vol. II, pp. 107-122). Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.



Escenarios modernos de los tiempos de trabajo (y vida): actualidad (social y judicial) de un clásico en busca de su (¿imposible?) «soberanía»

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Jaén

cmolina@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>

Extracto

En varios países se debate hoy la reducción de la jornada de trabajo a 4 días a la semana (32 horas). Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo llama a una mayor autodeterminación (soberanía) individual de los tiempos de vida, también dentro del trabajo. Sin embargo, en el día a día de la mayor parte de las personas trabajadoras la cuestión más relevante parece ser la contraria, la prolongación de los tiempos de disponibilidad para el interés de la empresa más allá de la jornada de trabajo habitual. Guardias localizadas, tiempos de formación, tiempos para la socialización con la clientela, etc., dilatan el tiempo de trabajo y reducen los tiempos de descanso. Incluso la negociación colectiva, cuando negocia el derecho a la desconexión digital, más parece introducir obligaciones de reconexión digital fuera de la jornada habitual.

Asimismo, las personas trabajadoras cada vez necesitan mayor flexibilidad para organizar sus tiempos de trabajo adaptándolos a sus necesidades de conciliación de la vida laboral y familiar. Por lo tanto, la distribución flexible de la jornada parece ser el debate prevalente en nuestro tiempo, tanto por razones productivas como por razones de las personas trabajadoras. Tanta complejidad social y jurídica para ordenar los tiempos de trabajo y de vida incrementa de forma notable la conflictividad judicial. Este estudio hace un análisis detallado del estado del arte judicial y jurisprudencial en materia de tiempos de trabajo efectivo, tiempos de disponibilidad y de descanso.

Palabras clave: tiempo de trabajo; descansos; doctrina Matzak; doctrina Tyco; desconexión digital.

Fecha de entrada: 12-02-2021 / Fecha de aceptación: 19-02-2021

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). Escenarios modernos de los tiempos de trabajo (y vida): actualidad (social y judicial) de un clásico en busca de su (¿imposible?) «soberanía». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 456, 101-133.





Modern scenarios for working (and life) times: (social and judicial) actuality of a classic in search of its (impossible?) «sovereignty»

Cristóbal Molina Navarrete

Abstract

The reduction of the working day to 4 days a week (32 hours) is debated in several countries. For its part, the ILO calls for greater individual self-determination (sovereignty) of life times, also within work. However, in the day-to-day life of most people's workplaces, the most relevant issue seems to be the opposite: the extension of the availability times for the interest of the company beyond the normal working day and the problems to disconnect. Localized guards, training times –often digital and off-hours–, times for socializing with clients, etc., extend working time and reduce time for breaks. Even collective bargaining, when it regulates the right to digital disconnection introduces new obligations for digital reconnection outside the normal working day.

Likewise, working people need greater flexibility to organize their work times, adapting them to their needs to reconcile work and family life. Therefore, the flexible distribution of the working day seems to be the prevalent debate in our time, both for productive reasons and for worker reasons. So much social and legal complexity in ordering working and life times significantly increases judicial conflict. This study makes a detailed analysis of the state of the judicial and jurisprudential art in terms of effective working times, availability times and rest times.

Keywords: working time; break time; Matzak doctrine; Tyco doctrine; right to digital disconnection.

Citation: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). Modern scenarios for working (and life) times: (social and judicial) actuality of a classic in search of its (impossible?) «sovereignty». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 456, 101-133.





Sumario

1. Introito: el «labyrinth» moderno de los tiempos de vida y de trabajo
2. Dilución de fronteras entre tiempo de trabajo efectivo y descanso: desplazamientos al y desde el domicilio de la clientela, límites reales al rígido «código binario»
3. Modernos tiempos formativos, incluso *online*, dentro y fuera del lugar de trabajo en interés de las empresas y por razones promocionales
4. Los tiempos de guardia localizada, una disponibilidad de baja intensidad: otra aplicación nacional restrictiva de un criterio comunitario –doctrina Matzak–
5. Modernos tiempos de conciliación, ¿persistentes tiempos discriminatorios o aurora de un tiempo de corresponsabilidad?: de la reducción a la adaptación
6. Actualidades judiciales al otro lado de las –lábilés– fronteras: «tiempos de descanso» y «tiempos de permisos»
7. ¿«Derecho a la desconexión» digital extramuros de la jornada o «deber de reconexión digital» por fuerza mayor o por razones de imperiosa necesidad de la empresa?
8. De la ordenación de tiempos a su documentación: el registro de jornada a estrados y de forma ambivalente para los sujetos de la relación de trabajo (derecho-deber)
9. El hermoso horizonte de la «soberanía» («autodeterminación individual») sobre todos los tiempos de vida: ¿utopía o quimera?

Referencias bibliográficas

Ahí está la gran experiencia inglesa, ahí está la experiencia de algunos capitalistas inteligentes, que demuestran irrefutablemente que, para potenciar la productividad humana, es necesario reducir las horas de trabajo y multiplicar los días de pago y los feriados; pero el pueblo francés no está convencido.

P. Lafargue (*El derecho a la pereza*)

1. Introito: el «laberinto» moderno de los tiempos de vida y de trabajo

Terminaba su lúcido [editorial](#) la profesora Margarita Miñarro advirtiéndonos de lo poco útil que suele resultar simplificar la compleja realidad que subyace a la organización del tiempo de trabajo y que, al tiempo, es determinante para gobernar nuestros –demás– tiempos de vida. Y es que, institución axial del entero entramado jurídico de las relaciones de trabajo –también con incidencia en la protección social (principio de tratamiento diferenciado de las contingencias profesionales)–, en las economías y sociedades de nuestro tiempo, son cada vez más «líquidas» las fronteras entre lo que es «tiempo de trabajo» (al que el calificativo de «efectivo» ya pone de manifiesto una nota de complejidad, fuente de notables conflictos jurídico-sociales, que tienden a judicializarse) y «tiempo de descanso». El exceso del primero en la «sociedad del rendimiento» que hoy nos domina no solo nos (auto)degrada a las personas a «*animal laborans*», sino que hace de aquella una «sociedad del cansancio». No, no es solo una cuestión de filosofía (Byung-Chul, 2017), ya lo asumen incluso las instituciones comunitarias ([Parlamento Europeo, 2021](#)), que al defender su propuesta para una regulación comunitaria del derecho a la desconexión digital lo justifican de este modo:

No podemos abandonar a millones de trabajadores europeos que están agotados por la presión de estar siempre disponibles y por las largas jornadas laborales. Es el momento de colocarnos de su lado y darles lo que merecen: el derecho a desconectar [...]. Es hora de adaptar los derechos de los trabajadores a la nueva realidad de la era digital.

Por supuesto, aunque aquí la cuestión subyacente, la distinción entre el tiempo de disponibilidad para el trabajo y el tiempo de autodeterminación, se vincula a la faceta de la seguridad y la salud en el trabajo, no pueden perderse de vista las cuestiones retributivas o prestacionales. La conjunción de ambas facetas la hallaremos de continuo, incluso en el

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), por más que se afana en centrar la cuestión desde el plano de la salud laboral, por cuanto es ahí donde reside la competencia de la Unión Europea y, por ende, la suya. Piénsese en la ordenación de registro de jornada, nacida en España por una cuestión de afloramiento y retribución de horas extras, pero que el TJUE deriva hacia su dimensión de seguridad y salud. En otros asuntos aparecerá también esa conexión, como los resueltos por la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 670/2020, de 16 de julio, que declara como accidente de trabajo una lesión cardiovascular producida en la «pausa para el bocadillo», todo un clásico –que sigue dando lugar a una notable conflictividad, también ligada a la gestión de los contemporáneos registros horarios ex art. 34.9 Estatuto de los Trabajadores (ET)– en la delimitación entre lo que es tiempo efectivo de trabajo y lo que es tiempo de descanso, ante la diversidad calificativa abierta por la ley, mediante una «extraña fórmula legal», a la negociación colectiva.

Una negociación colectiva que, fiel a su espíritu transaccional, tiende a poner límites a su consideración como «tiempo de trabajo efectivo», sobre todo si concurren otro tipo de medidas de flexibilidad, como las jornadas reducidas por uso de bolsas de horas (por ejemplo, STS de 29 de abril de 2015, rec. 62/2014). No obstante, dada la conexión del tiempo de trabajo con la seguridad y salud en el trabajo, la tendencia actual es a una interpretación garantista expansiva, lo que resulta hoy de especial utilidad ante cambios recientes del empleo y la organización del trabajo, como sería su amplia «colonización digital». Lo que exigirá, para evitar la fatiga informática (arts. 88 Ley orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales –LOPDGDD– y 18 Real Decreto-Ley –RDL– 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia), el reconocimiento de interrupciones periódicas más habituales, en línea –pero modernizada y renovada– con lo que se prevé para el trabajo con pantallas de visualización de datos (PVD) desde hace tiempo, favoreciendo su número y consideración como tiempo de trabajo (por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Nacional –SAN– 115/2019, de 10 de octubre, sobre una interpretación literal y finalista del Convenio de *contact center*, concluye que toda persona trabajadora tiene derecho a una pausa por PVD por cada hora de trabajo efectivo en su jornada diaria, sea partida o continuada, que remite a la STS de 15 de abril de 2010, rec. 52/2009, evitando cómputos reductivos de aquella).

2. Dilución de fronteras entre tiempo de trabajo efectivo y descanso: desplazamientos al y desde el domicilio de la clientela, límites reales al rígido «código binario»

En este contexto, precisamente, de virtualización de las organizaciones de trabajo (reducción de centros físicos de trabajo físico y su asignación virtual a otro centralizado) y de digitalización de las prestaciones de servicios (conectividad a través de tecnologías de la información y la comunicación –TIC–), en el año 2015, el concepto restrictivo nacional de tiempo de trabajo «efectivo» (art. 34.1 ET), acotado locativa y funcionalmente (ubicación de la persona trabajadora en total disposición para prestar servicios –económicamente útil–

art. 34.5 ET), pareció destinado a «saltar por los aires». La amenaza provenía, cómo no, del TJUE, una vez reclamado por la AN para alterar la jurisprudencia social precedente con la que discrepaba y a expensas del concepto más expansivo comunitario de «tiempo de trabajo», en su rígida dualidad con el de «tiempo de descanso». Al menos así parecía en relación con una de las «zonas grises» o «zonas de penumbra» de mayor conflictividad en diversos sectores económicos, diferentes, desde la logística y los servicios de mantenimiento, hasta los servicios sociales de ayuda a domicilio: desplazamientos hacia (el primero) y desde el (último) domicilio de la clientela.

Falsa alarma –al menos de inicio–. Pese a ser reconocida, por supuesto, la [doctrina Tyco](#) (Sentencia del TJUE –[STJUE](#)– de 10 de septiembre de 2015, asunto C-266/14), nunca llegó a aplicarla con resultado estimatorio. El TS ha venido rechazando la concurrencia de los presupuestos fácticos de aquella para aplicar su doctrina y, en consecuencia, siempre consideró perfectamente ajustado el [artículo 34.5 del ET](#) al artículo 2 de la [Directiva 2003/88/CE](#). Un ejemplo ilustrativo de esa jurisprudencia restrictiva es la [STS 1008/2018, de 4 de diciembre](#) (sector de ayuda domicilio), consolidando otros precedentes. Si bien, en la doctrina judicial, podemos hallar decisiones de distinto signo, atendiendo en cada caso a las diferencias fácticas –más o menos relevantes desde el punto de vista normativo–, dominará la estricta o restrictiva (por ejemplo, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –[STSJ](#)– de Aragón 658/2019, de 5 de diciembre –vigilancia de seguridad–). Un buen ejemplo es la [STSJ del País Vasco 1142/2018, de 29 de mayo](#), que, en relación con una demanda de conflicto colectivo respecto de un grupo dedicado a la instalación y conservación de ascensores, concluyó que los tiempos de desplazamiento hacia la primera persona cliente y desde la última no eran de trabajo «efectivo», según el [artículo 34.5 del ET](#) y el artículo 2 de la [Directiva 2003/88/CE](#), en la aplicación que el TS venía dando al [asunto Tyco](#).

A mi juicio, si se compara de forma rigurosa la doctrina jurisprudencial precedente y esta doctrina de suplicación vasca, la aplicación realizada sería impecable. Cosa distinta sería el juicio que amerita desde una interpretación más fiel a la normativa comunitaria y a su finalidad (la lógica del efecto útil) y menos a la letra del [asunto Tyco](#), esto es, a sus concretas circunstancias. El derecho a aplicar no era el «precedente», sino el concepto comunitario de tiempo de trabajo.

Así pues, la [STS 605/2020, de 7 de julio](#), aunque no lo explicita, por tanto de manera silenciosa u opaca (lo que es reprobable desde el imperativo de seguridad jurídica, en términos de previsibilidad de las decisiones futuras para casos análogos), y con extrema parquedad en su razonamiento, ha rectificado, o, cuando menos, ha matizado esa jurisprudencia. Estimaré el recurso de casación para la unificación de doctrina contra la citada [STSJ del País Vasco 1142/2018](#). Para una mejor comprensión de la relevancia de este «cambio silencioso» (o invisibilizado) de la doctrina jurisprudencial, resumamos la cuestión fáctica y jurídica. En el asunto, la empresa tenía dos tipos de colectivos: 9 personas trabajadoras, afectadas por el conflicto, que atendían las funciones de la empresa en dos municipios, donde residían y trabajaban habitualmente, sin cambio alguno, de un lado; y

las demás, que realizaban idénticas tareas, pero en toda la provincia. Mientras que la empresa considera el tiempo de desplazamiento de este colectivo como de trabajo efectivo, para el primero no. Los sindicatos autonómicos demandantes consideran que se trata de una práctica de empresa discriminatoria y contraria a la [doctrina Tyco](#). Thyssenkrupp, en cambio, con razones acogidas por la sala de suplicación vasca, la entiende inaplicable, porque el colectivo al que se le niega tal calificación nada tiene que ver con las circunstancias del [caso Tyco](#), por tanto, se trataría de una distinción no solo legítima, sino justa (diferente trato a diferente situación¹).

Pues bien, el TS, tras recordar el concepto comunitario de tiempo de trabajo e insistir en la convergencia con el estatal, y, por tanto, de su doctrina con la comunitaria (dimensión normativa), así como de verificar la «consustancialidad del trabajo en el domicilio de los clientes» desempeñado por las personas trabajadoras implicadas en el conflicto (dimensión fáctica), afirma la aplicación de la [doctrina Tyco](#). Por dos razones básicamente. La primera axiológica y finalista: prevenir la «desnaturalización del concepto de tiempo de trabajo» que derivaría de la exclusión de tales tiempos de disponibilidad de las personas trabajadoras al servicio del interés empresarial, constituidos por los diferentes desplazamientos hacia y desde los domicilios de la clientela, con menoscabo de su derecho social fundamental comunitario a la protección de la seguridad y de la salud en el trabajo.

La segunda atiende a un juicio de comparabilidad fáctica de situaciones, de modo que siendo ambas igual de esenciales para la actividad la diferencia de trato en el cómputo del tiempo de trabajo carecería de razonabilidad. Las diferencias, en términos de menor dificultad –penosidad–, serían irrelevantes, en relación con la constatación de que en ambos casos «el desplazamiento forma parte esencial de la actividad empresarial, sin el que no podría desempeñarse» (consustancialidad del desplazamiento a la actividad). En definitiva:

[...] No hay razón [...] para considerar tiempo de trabajo [solo] a los desplazamientos de mayor distancia, puesto que, cuanto mayor sea la distancia mayor será el tiempo de cómputo de la jornada y menor cuanto más reducido sea el tiempo de desplazamiento (FJ 3.º)².

¹ Así, en síntesis: tienen centro de trabajo físico, desde siempre han iniciado su jornada en el domicilio de la clientela, son muy reducidos los trayectos, por lo que la mayor «penosidad» requiere compensarla con el favor en el modo del cómputo de tiempo de trabajo –a efectos, pues, de retribución y descansos–.

² En este mismo sentido, pero con mayor afinidad fáctica con la [doctrina Tyco](#), de interés la [SAN 127/2019, de 31 de octubre](#). Así, el colectivo afectado es el de «técnicos de campo», cuya jornada oficial se activa por la empresa a las 8:00, momento en el que deben estar en el domicilio de la clientela, predeterminado por la empresa el día anterior. Para efectuar esta actividad, la empresa les proporciona una furgoneta, dotada de GPS, así como un portátil y un móvil, que deben activar entre las 7:30 y las 7:45, según sea la distancia del domicilio de la persona cliente, para asegurar que están allí a las 8:00. También con anterioridad al modelo organizativo expuesto, las personas trabajadoras acudían al centro de Coslada, donde se ubica la delegación centro y su jornada computaba desde allí.

Es evidente el giro de garantía social experimentado por la jurisprudencia social, aunque no lo explicita, como se ha dicho. A mi juicio, debe valorarse positivamente en el fondo, porque resulta más conforme que la precedente con el concepto comunitario y su lógica de protección, sin que el apego circunstancial o fáctico al [asunto Tyco](#) tuviese la suficiente consistencia normativa, pues no son tales circunstancias las que definen el concepto de tiempo de trabajo, sino los criterios normativos de la directiva. Ahora bien, como se decía, el razonamiento seguido es muy criticable, por su debilidad, máxime cuando responde a una cierta «ley pendular», que, a mi juicio, hubiera merecido una explicitación y mayores desarrollos.

De un lado, no cita ni uno de sus precedentes, pese a tener varios y en sentido distinto, lo que no es nada usual en el modo de argumentar más reciente de la Sala Cuarta. De otro, actúa de manera radicalmente distinta a ellos, pues si en aquellos se centró –ya hemos dicho que en desmesura y, por tanto, erróneamente– en un juicio fáctico exhaustivo, aquí prescinde por completo de él. Así, desplaza el foco de ese juicio fáctico a otro valorativo: la inherencia del desplazamiento a la actividad –lo que sucederá en la gran mayoría de las ocasiones– debe ser razón protectora suficiente como tiempo de trabajo. Finalmente, deja en silencio que, para la doctrina comunitaria, este tipo de tiempos de trabajo no tienen por qué remunerarse del mismo modo que el tiempo de trabajo efectivo, quedando su decisión al derecho interno.

En suma, no es el TJUE ajeno a la demanda de flexibilidad que, Estados y empresas, vienen reclamando para la regulación comunitaria del tiempo de trabajo, cuya dualidad se revela muy rígida para estos tiempos de complejidad, y que impulsó un movimiento de reforma hace unos años, fallido. Pero lo reduce a una dimensión retributiva: la mayor o menor intensidad productiva del tiempo de puesta a disposición de la persona trabajadora al servicio del interés empleador no es relevante para su calificación como tiempo de trabajo efectivo, pero sí puede serlo para su retribución.

Precisamente, y quizás para compensar la conservación de una interpretación restrictiva de otro tipo de «desplazamientos previos» a la prestación de servicios, internos al lugar habitual de trabajo (centro físico), que mantiene excluidos del tiempo de trabajo efectivo, el TS sí apelará expresamente a esta posibilidad de retribución diferenciada para los tiempos de «disposición preparatoria» para el trabajo efectivo, pero no directamente productivo. De este modo, viene a suavizar, en el plano comunitario, esa rígida dicotomía o código binario. Me refiero ahora a la [STS 1012/2020, de 18 de noviembre](#).

Esta sentencia, conforme a la concepción clásica, convierte en doctrina jurisprudencial en sentido estricto el criterio mantenido por su [STS 784/2019, de 19 de noviembre](#) (estimó el recurso de unificación de doctrina contra la [STSJ de Baleares 9/2017, de 12 de enero](#)). Se recordará que no califica como tiempo de trabajo efectivo el empleado por el servicio de personas bomberas del aeropuerto para trasladarse, desde el edificio en el que fichan electrónicamente («bloque técnico») hasta el parque en que se realiza el relevo.

Esta situación no implica puesta (económicamente útil) a disposición del interés empresarial, sino solo la debida labor preparatoria (no es «tiempo de relevo»³, sino más bien de «toma y deje»).

De este modo, para el TS (lo reitera en su [STS 88/2021, de 26 de enero](#)), ni la constancia magnética de las horas de acceso y abandono puede significar «registro de jornada» ex [artículo 34.9 del ET](#) (y [STJUE de 14 de mayo de 2019, asunto C-55/18](#)) ni las limitaciones de dedicación a asuntos propios en tan escaso periodo lo impedirían de forma absoluta. Por lo tanto, la doble presunción del carácter laboral del tiempo de disposición al servicio del interés de la empresa y el de presencia en el centro no resultan definitivos, y admiten situaciones en las que, como en este caso, no cabría calificarlos –a mi juicio también discutiblemente atendiendo a la doctrina comunitaria y a la directiva– como de prestación de servicios. Y ello porque, en suma, no estarían «en disposición útil de hacerlo» (inmediata utilidad productiva del tiempo de prestación al servicio de la empresa)⁴.

3. Modernos tiempos formativos, incluso *online*, dentro y fuera del lugar de trabajo en interés de las empresas y por razones promocionales

Junto a los «tiempos de socialización» con la clientela extramuros de la jornada usual, domingos y festivos (no en pandemia), técnica de fidelización de clientela que dilata los tiempos de disposición ([STS 229/2019, de 19 de marzo](#)), incluso si voluntaria en el convenio (compensados con descansos), los «tiempos formativos» son otra vía «moderna» de incremento de la sujeción de la vida de las personas trabajadoras al interés productivo de las empresas, o a las razones de empleabilidad individual. Una vez más, las facilidades y liberaciones prometidas por la transformación digital tienden a mutar en más «cargas» y exigencia de dedicación para las personas trabajadoras –también, sobre todo, en el sector financiero, para la propia clientela por autogestión digital⁵–.

³ Vid. [STSJ de Andalucía/Sevilla 3668/2018, de 20 de diciembre](#) (sigue el criterio de la [STS 534/2017, de 20 de junio](#)).

⁴ Aplican esta doctrina jurisprudencial las SSTSJ de Canarias/Las Palmas [810/2020, de 26 de junio](#), y [885/2020, de 7 de julio](#), si bien para una central térmica.

⁵ Y que no solo lleva a una intensísima reducción de empleo en el sector (silenciado socialmente a través de prejubilaciones), sino también a una significativa movilidad funcional. Por ejemplo, se reducen las horas de atención al público, que debe, ahora, con cierta asistencia, telemática o, a veces, humana, ser gestor de su dinero, aunque ello no impida ver crecer las comisiones. No se trataría de novaciones sustanciales, tampoco del horario, como sí pretendía la demanda sindical, sino de movilidad funcional ordinaria, ex [artículos 39 del ET](#) y [38 de la Constitución española](#) (CE). Vid. [SAN 108/2020, de 25 de noviembre](#) (BBVA).

Al respecto, no solo requiere mayor dedicación para capacitarse en competencias digitales, determinantes para tener posibilidades de conservación-promoción laboral en estos tiempos de digitalización, sino que las diversas posibilidades formativas que abren las TIC, a través de la formación *online*, terminan habilitando también tiempos y lugares «privados» para esta formación, cuya utilidad, a menudo, está más al servicio de las expectativas de la empresa que de las propias, incluso si se ofertan como «voluntarias»⁶. Emblemática para ilustrar esta moderna ampliación del «tiempo de disposición formativa» de la persona trabajadora al interés de empresa (también social), sobre la base de las «facilidades» y «flexibilidad» que ofrece la formación *online*, en exclusiva o mixta (presencial y *online*), sería la [STS 962/2020, de 3 de noviembre](#) (Kutxabank).

En ella se confirma una doctrina jurisprudencial sentada el año anterior. La formación ofertada por las entidades financieras que ofrecen servicios de inversión a la clientela, en cumplimiento de las nuevas obligaciones de transparencia a tal fin en el marco de la Unión Europea y conforme a la [Guía técnica 4/2017](#) establecida en España por la autoridad reguladora (Comisión Nacional del Mercado de Valores), no es tiempo de trabajo efectivo cuando, antes del cambio de ley (2018: trasposición de la [Directiva MiFID II](#) y [Reglamento MiFIR](#)), se ofertaba genéricamente, no de forma nominativa, y para cubrir expectativas futuras (anticipación del cambio), no obligatoria. Por supuesto, y dado que se trata de demandas de tipo colectivo, deja abierta una ventana de calificación como laboral para casos individuales (si prueban la imperatividad de la formación y su vinculación con una novación del puesto).

El –pretendido– carácter voluntario aquí sería determinante para su exclusión como tiempo de trabajo (realizado, la mayoría, *online* y en el domicilio de las personas trabajadoras). En suma, pese a lo discutible de la posición, porque la voluntariedad ni es realmente tal, pues responde a las expectativas de anticipación de un cambio que obliga a la empresa y a ella beneficia, ni, como hemos visto, ha venido siendo un requisito determinante, el TS entiende que el debate no era jurídico, sino de regulación. Esto es, se trató de un conflicto económico, relativo a la regulación de las condiciones de una actividad formativa no obligatoria y, por lo tanto, al margen de los criterios sea del [artículo 23.1 d\) del ET](#), sea del [artículo 34 del ET](#) (tiempo de trabajo efectivo).

⁶ No obstante, como recuerda la [STSJ de Galicia de 11 de noviembre de 2020 \(rec. 3074/2020\)](#), el [artículo 23.1 a\) del ET](#), en su interpretación expansiva conforme al [artículo 27 de la CE](#), reconoce el derecho de la persona trabajadora a una organización del tiempo de trabajo que le permita seguir estudios reglados (incluidos los universitarios). Las modificaciones en tales condiciones, en especial los turnos de trabajo, se tendrán como sustanciales y requieren la vía del [artículo 41 del ET](#), pues no solo afectarán a ese derecho a la educación, sino a sus propios tiempos de vida y ocio. En el caso se reconoce al trabajador el derecho a resolver el contrato de trabajo con la indemnización del [artículo 41.3 del ET](#), por cuanto se constata un claro perjuicio personal, respecto de la posibilidad de cursar sus estudios universitarios y personales (autodeterminación tiempo de ocio).

Sea como fuere, guste más o menos, resulte más o menos solvente jurídicamente este criterio, lo cierto es que se trata de una doctrina jurisprudencial consolidada y así lo han venido entendiendo los diferentes niveles jurisdiccionales inferiores que se han topado con la cuestión, en especial la AN. Por eso, de forma análoga a lo que vimos respecto de la [doctrina Tyco](#) por sala de suplicación social vasca, la AN ha dictado diversas sentencias que no se han apartado ni un ápice de ese criterio jurisprudencial (sus sentencias son anteriores, pero sigue la misma doctrina que en las confirmadas luego por el TS). Sin embargo, una vez más con cierta sorpresa, la [STS 297/2020, de 7 de mayo](#) (caso Sabadell), estimará el recurso de casación y sí va a calificar esos periodos formativos como de tiempo de trabajo efectivo, con los efectos que de ello derivan (aplicación de límites legales, el eventual exceso horario como hora extra)⁷.

¿Otra rectificación jurisprudencial silenciosa o criterios equívocos del TS sobre una misma cuestión? No parece, porque, como hemos visto, la [STS 962/2020](#) es posterior y reitera el criterio. Ahora bien, sí es cierto que, de nuevo, el TS no es riguroso ni transparente, porque el precedente referido es totalmente silenciado por aquel pronunciamiento. En cambio, la [STS 297/2020, de 7 de mayo](#), sí que precisa que está ante un supuesto fáctico distinto, porque aquí sí que se trataría de un colectivo afectado de manera obligatoria por la formación y cuyo puesto depende de aprobar una prueba de aprovechamiento en un tiempo limitado (FJ 2.º, punto 3).

4. Los tiempos de guardia localizada, una disponibilidad de baja intensidad: otra aplicación nacional restrictiva de un criterio comunitario –doctrina Matzak–

Si para el derecho de la Unión Europea, en esa rígida dicotomía entre «tiempo de trabajo» (sin el adjetivo: «efectivo») y «tiempo de no descanso», la intensidad –productiva– del tiempo de la prestación de servicios es irrelevante para la calificación –no así para su retribución, como ya se ha indicado–, en la tradición del derecho legislado, y jurisprudencial, español, basada en mayor complejidad, en especial la tríada tiempo de trabajo-tiempo de espera (disponibilidad)-tiempo de descanso, ha venido teniendo mayor relieve. Piénsese en el [artículo 8.3 del RD 1561/1995](#), sobre jornadas especiales de trabajo, que, sobre la

⁷ El TS no se pronuncia sobre dos cuestiones relevantes. De un lado, la relativa a la atribución a la empresa de los sobrecostes de la conexión a internet para la formación en la plataforma –nada dijo la AN–. ¿Cabrá aplicar de forma análoga la regulación del teletrabajo, a la que, *obiter dicta*, apela la [STS 1025/2020, de 24 de noviembre](#) –atribución gastos del control del absentismo laboral, garantizando la indemnidad económica–? De otro, la eventual obligación de información a la representación legal de las personas trabajadoras en lo relativo al tiempo invertido en esta formación –y que la AN negó: ni la [disp. adic. tercera Real Decreto \(RD\) 1561/1995, de 21 de septiembre](#), ni el [art. 35.5 ET](#) lo impondrían–. Parece claro que la obligación de registro horario, en caso de considerarse tiempo de trabajo, sí que crearía una norma en la que fundamentar tal obligación de transparencia a cargo de las empresas.

distinción entre tiempo de trabajo y tiempo de presencia, fija un límite máximo –20– de horas de presencia semanales. Indisponible para la autonomía colectiva, sí puede organizar su distribución ([STS 316/2016, de 21 de abril](#)).

No sorprenderá, pues, que la calificación de los tiempos de disponibilidad como tiempo de trabajo efectivo constituya un tópico jurídico-laboral tan recurrente como conflictivo. De nuevo, el TJUE tendrá que ver en la apertura de nuevas incertidumbres interpretativas sobre una comprensión aplicativa que parecía estable, previsible, consolidada. Nos referimos a la [doctrina Matzak \(STJUE de 21 de febrero de 2018, asunto C-518/15\)](#): las guardias de localización fuera del centro son tiempo de trabajo si se fija un tiempo breve de respuesta o intervención (8 minutos).

Como con la [doctrina Tyco](#), el TS ha tenido diversas oportunidades de concretar su juego específico. Al igual que aquel, ha optado por una interpretación restrictiva. Lo ilustra la [STS 1076/2020, de 2 de diciembre](#) (confirma la [STSJ de Madrid 569/2018, de 25 de julio](#), seguida en amplia medida por otras doctrinas de suplicación). Descarta como tiempo de trabajo efectivo el valorado como «Disponibilidad 1» en el convenio relativo a la extinción de incendios forestales de la Comunidad de Madrid. A su tenor, exige que, desde que es recibida la llamada hasta la presencia en el lugar de encuentro, perfectamente pertrechado para la prestación útil del servicio, no deben transcurrir más de 30 minutos. Y ello porque ni restringiría el ámbito espacial del que dispone la persona trabajadora para atender sus tiempos de autodeterminación personal (y social), más si se tiene en cuenta que la vida en zonas rurales tiende a realizarse de forma próxima al lugar de trabajo y la ausencia de aglomeraciones y atascos circulatorios facilita la movilidad, ni supone una sujeción funcional, pues el tiempo de respuesta ni es «inmediato» ni siquiera «breve», sino «adecuado» para «poder programarse el resto de su tiempo de descanso».

En suma, la fijación de un tiempo limitado de respuesta no equivale a total limitación o impedimento para atender sus propios intereses (máxime si la disponibilidad es telemática), aunque sin autodeterminación o soberanía del tiempo (el concepto «revolucionario» de la Organización Internacional del Trabajo que parece deberá esperar en España), porque la restricción es inherente al concepto de disponibilidad. Por lo tanto: «la disponibilidad [...] no está sujeta a limitaciones que puedan calificarse como [...] gravosas en tanto que [...] se mantiene la libertad [relativa o condicionada] para administrar el tiempo en el que no es requerido»⁸.

⁸ También la [STS 485/2020, de 18 de junio](#), descarta calificar como tiempo de trabajo efectivo las denominadas guardias de disponibilidad fuera de la jornada de trabajo por la falta de sujeción geográfica y funcional. La empresa (servicios de consultoría: Capgeminy) suscribió un «acuerdo de disponibilidades». Dicho acuerdo, de adscripción voluntaria, regulaba la realización de guardias de disponibilidad fuera de la jornada ordinaria. Estos periodos de guardia se abonaban a través de un complemento de disponibilidad. Durante la guardia de disponibilidad no hay ni obligación de presencia en un lugar ni de atender la incidencia en un determinado y breve plazo.

Esta lectura estricta (para unos, fuente de seguridad jurídica, para otros, expresión de una posición restrictiva en la garantía del derecho a la seguridad y salud en el trabajo en juego) es claramente dominante⁹. Sin embargo, no es tan pacífica como cabe pensar. Por ejemplo, para la [STSJ de Cataluña 4101/2020, de 29 de septiembre](#), la [doctrina Matzak](#) excluiría que el tratamiento de la totalidad de permanencia de la persona empleada en un centro de trabajo sea tiempo efectivo de prestación de servicios, sea con carácter general, sea, en especial, para personas al servicio del hogar familiar (relación especial). En su valoración (*obiter dicta*):

[...] lo que se pacta es la pernocta del trabajador en el domicilio del cabeza de familia, que pasa a ser también su domicilio habitual, pero no que, en determinadas franjas horarias u horquillas, las 24 horas del día, el trabajador se encuentre a disposición del empleador (FJ 4.º).

Para la [STSJ de Castilla y León de 8 de octubre de 2018, rec. 1361/2018](#), toda hora de permanencia en el hogar ha de computarse, en cambio, como tiempo efectivo de trabajo, con independencia de que hubiese momentos en que, por no necesitarlo la persona usuaria, ella estuviese durmiendo o realizando actividades estrictamente personales –por medios digitales–. La razón estaría en que durante todo ese tiempo recaería sobre la persona empleada la obligación de atender, sin solución de continuidad, a los requerimientos laborales que se le realizasen. Cosa distinta es que no todas las horas deban retribuirse del mismo modo. Pero esa cuestión depende de la ley o del convenio colectivo y ni una ni otro prevén esa diferenciación retributiva, por lo que no queda otra opción que retribuir los excesos de jornada ordinaria como horas extras.

Asimismo, es posible identificar posiciones de doctrina judicial más expansivas. De un lado, llevan el tiempo mínimo de reacción más allá de los 8 minutos comunitarios (en unos casos, 15 minutos, en otros, incluso 30), sin que afecte a su calificación como tiempo efectivo de trabajo. De otro, a falta de previsión de un tiempo concreto de reacción-intervención, la sola llamada convencional a la «inmediatez» (la doctrina jurisprudencial parece tener un criterio distinto), ya determinaría la consideración como tiempo de trabajo, pues limita, en sí, la soberanía sobre el tiempo de no trabajo –descanso–. Así lo ha reflejado la [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 17 de septiembre de 2020 \(rec. 324/2020\)](#), también para el sector de extinción de incendios (personas trabajadoras fijas discontinuas adscritas al servicio de escucha de incendios).

⁹ Por ejemplo, la [STSJ de Madrid 569/2018, de 25 de julio](#), rechaza identificar «restricción» de tiempo por la necesaria brevedad de respuesta con «impedimento» para la vida personal. Análoga la [STSJ de Castilla-La Mancha 1283/2019, de 2 de octubre](#). Muy estricta, y discutible, es la [STSJ de Baleares 172/2019, de 24 de mayo](#), que descarta que el tiempo de permanencia de una persona vigilante de áreas marinas en una isla sea de tiempo laboral efectivo, pues la «disponibilidad telefónica no equivale a tiempo de trabajo» ni la puesta a disposición de alojamiento adecuado implica obligación de permanecer en él en tareas de vigilancia. Volver al domicilio impediría mayor descanso que permanecer en la isla (ir y volver dificultaría ese tiempo). El tiempo de descanso, a su juicio, no implicaría realizarlo en el domicilio, sino en lugar adecuado.

En ella se hace un análisis detallado del concepto normativo y jurisprudencial comunitario (criterio funcional –actividad–, criterio personal –disponibilidad–, criterio locativo –permanencia en el trabajo–), tanto de la [doctrina Tyco](#), cuanto de la [Matzak](#)¹⁰. De gran interés, aunque no podemos entrar en ello, tanto su reflexión sobre las dificultades para una distinción adecuada entre los tiempos de trabajo y de descanso atendiendo al criterio funcional, como la llamada a las diferencias retributivas. Destacamos aquí su reinterpretación de la regla colectiva que atribuye la naturaleza de tiempo de descanso a un tiempo de permanencia-disposición de 30 minutos en espera o expectativa de recibir instrucciones de la empresa, aunque no las reciba. Para la sala debe ser calificado como tiempo de trabajo efectivo. Tal calificación se ve reforzada porque exige «inmediatez» de incorporación, desapareciendo el que es principal elemento del tiempo de descanso, la autodeterminación para dedicarse a lo que libremente se decida. Así, la norma convencional evidenciaría que:

[...] en atención al carácter de servicio público de emergencias que tiene el dispositivo, de ser requeridos para ello, los trabajadores deberán incorporarse de inmediato a sus puestos de trabajo interrumpiendo el descanso que podrán reanudar en lo que reste, en otro momento posterior, de ser posible.

Vemos, pues, como esta doctrina judicial expansiva prefiere poner el foco en las razones de protección y los presupuestos genéricos, incluso indeterminados (sujeción temporal, sujeción locativa), más que en un análisis detallado de las circunstancias fácticas de la [doctrina Matzak](#). En cambio, la [STSJ de Extremadura 241/2020, de 9 de julio](#) (empresa de transportes sanitarios), haciendo una lectura estricta de las circunstancias del precedente comunitario de referencia, excluye la calificación como tiempo de trabajo efectivo del previsto por una norma convencional con la siguiente literalidad, relativa a las guardias de localización no presencial o domiciliaria –y distintas a las de presencia–:

[...] consistirá en estar inmediatamente localizable desde las 00:00 horas hasta las 24:00 horas para recibir los avisos que se le pueda encomendar al trabajador, mediante el sistema de localización que proporcione la empresa, y disponible para realizar todos los trabajos o tareas que se requieran en las intervenciones solicitadas, activando el recurso con el que se preste la asistencia sin demora tras recibir el aviso [art. 45.2 convenio colectivo].

Pues bien, a diferencia de la doctrina de suplicación vallisoletana, la extremeña considera que la previsión de inmediatez en la respuesta tan vaga no equivale a disponibilidad productiva:

Restricciones que no pueden compararse ni mucho menos con el «estar inmediatamente localizable» y el «activando el recurso con el que se preste la asistencia sin demora tras recibir el aviso» que en el art. 45.2 del convenio aquí se establece.

¹⁰ En el mismo sentido, su [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 7 de septiembre de 2020 \(rec. 188/2020\)](#).

En suma, reemerge, de este modo, la visión más restrictiva ya vista del concepto de tiempo de trabajo efectivo y que la propia sentencia extremeña recuerda, constituyendo, ciertamente, un «paquete de doctrina jurisprudencial y judicial» de remisiones cruzadas entre ellas. Especial fortuna alcanzan las SSTS [970/2016, de 18 de noviembre](#), y [784/2019, de 19 de noviembre](#), así como las SSTSJ de [Aragón 441/2018, de 17 de julio](#), y del [País Vasco 1875/2019, de 22 de octubre](#)¹¹. A las que hoy se suman otras más recientes, pero en la misma línea de política judicial del derecho de favor del tiempo de mera disponibilidad (el tradicional concepto de tiempo de presencia) en detrimento del tiempo de trabajo efectivo (por ejemplo, [STSJ de Madrid 309/2020, de 13 de marzo](#), etc.). Reseña especial merece, en esta dirección, la [STSJ del País Vasco 142/2020, de 20 de enero](#).

En ella se resuelve un conflicto colectivo en el que la demanda sindical (para el servicio de personas de escolta) pretendía que se reconociera como tiempo de trabajo la totalidad de los días activables (24 horas) o la totalidad de las horas que la empresa les obliga a estar disponibles como guardia de localización, sin prestación de servicios ni permanencia dentro del centro. Se descarta que estar «accesible permanentemente, sin estar presente en el lugar de trabajo», sea tiempo de trabajo efectivo, «aunque esté a disposición de su empresario, en la medida en que debe estar localizable», porque no perdería su capacidad de autodeterminación personal. Así:

[...] el escolta, durante los días activables, no tiene que estar en un lugar determinado físicamente por el empresario, sino que tiene que estar disponible a través del teléfono móvil, pero puede ocuparse de sus quehaceres cotidianos o familiares. Tampoco existe un tiempo mínimo [...] para realizar las intervenciones que le sean requeridas [...]. Por lo tanto, si bien se le exige respuesta inmediata a la llamada telefónica de la persona protegida, no tienen un tiempo impuesto de reacción o para acudir al lugar fijado por la protegida (FJ 3.º).

¹¹ Una trabajadora (categoría profesional de coordinadora en una empresa de servicios asistenciales a domicilio) presta auxilio domiciliario, como asistente telefónico para personas mayores, de lunes a viernes. Cada cuatro fines de semana debe permanecer desde el viernes al domingo pendiente de atender un teléfono móvil dispensado por la empresa y con acceso a internet para dar respuesta a eventuales incidencias (imposibilidad sobrevenida de asistir en el domicilio, afecciones graves de las personas dependientes). En este caso, la trabajadora solo se ve obligada a portar el teléfono móvil, pero no necesita estar localizada en un lugar específico (por lo que no puede ser tampoco tiempo de presencia), ni tiene que realizar un desplazamiento puntual, puesto que su respuesta lo es por medio del teléfono móvil, sin más eventualidades, sin perjuicio de que pueda haber ocasiones que sí requieran puntuales prestaciones de servicios, que deberán ser remuneradas como tales. En suma, distingue la «disponibilidad para la localización tecnológica» (conexión móvil con internet) de las horas de presencia, puesto que la trabajadora tiene libertad de movimientos y puede hacer vida ordinaria sin mayor restricción.

5. Modernos tiempos de conciliación, ¿persistentes tiempos discriminatorios o aurora de un tiempo de corresponsabilidad?: de la reducción a la adaptación

Sea tiempo de «disponibilidad localizable» (aun telemática), sea tiempo de «disponibilidad efectiva», aun con notable diferencia de intensidad, lógicamente, lo cierto es que ambos «usos temporales con valor de mercado» (de ahí que se retribuyan, de forma diversa, pero mercantil) constituyen una dificultad para la conciliación de la vida laboral y la familiar (también la personal), esto es, a fin de armonizarlos con los tiempos de trabajo reproductivo o trabajo de cuidar no remunerado (aquel socialmente útil, pero mercantilmente subestimado, si no ignorado, sin más). Un tiempo, hasta el momento, protagonizado prevalentemente por las mujeres, pese a la evolución legal hacia un reconocimiento de la titularidad individual, y en lo posible intransferible, de los «derechos de conciliación» de la vida laboral y familiar (DCVLF). Precisamente 2021 ha supuesto la equiparación plena entre los «permisos» por nacimiento (más bien suspensiones de contrato de trabajo ex [art. 48.4 ET](#)) de madre y padre, y viceversa («ambos progenitores»), sin que, además, quepa transferírseles de uno a otra, o de otra a uno, una vez finalizado el periodo de transitoriedad de 3 años establecido por el [RDL 6/2019, de 1 de marzo](#), de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

Estando completamente socializado ese coste del tiempo de trabajo de cuidar, a cargo del sistema de Seguridad Social, el modelo de corresponsabilidad que reflejaría está cumpliendo razonablemente su función. Modelo que también se difunde en el ámbito de la negociación colectiva, superando tiempos más equívocos –si no directa o indirectamente discriminatorios–, en la ordenación tanto del tiempo de trabajo como de descanso (por ejemplo, domingos y festivos). De interés, al respecto, la [STS 190/2020, de 3 de marzo](#), que valida el artículo 30 del Convenio colectivo de grandes almacenes (bloquea un número mínimo de descansos semanales al año para que coincidan con fin de semana, beneficiando a quienes tienen una distribución de jornada en la que trabajar en sábado es habitual), por ser conforme con la conciliación corresponsable, puesto en cuestión por el sindicato (tendría un efecto neutro de género, pese a ser un colectivo profesional muy feminizado). Su concesión indiferenciada por género fomenta la corresponsabilidad del trabajo de cuidar mediante medidas no sesgadas (FJ 2.º, punto 3). Y lo mismo podría decirse para las reglas convencionales sobre permisos, como el de lactancia –y otros–. Su diseño convencional e interpretación jurisprudencial favorece un modo de ejercicio (cómputo del momento de inicio) a favor de la corresponsabilidad (por ejemplo, [STS 224/2020, de 10 de marzo](#) –Convenio colectivo de CLH, SA–).

Ahora bien, no sucedería lo mismo con los DCVLF de los artículos [37.5 y 6](#) y [34.8](#) del ET. Si los repertorios de jurisprudencia y doctrina judicial evidencian un crecimiento notable de la conflictividad en torno a los mismos, también arrojan la continuidad del protagonismo muy destacado femenino. La gran mayoría de las demandas son planteadas por trabajadoras.

Consecuentemente, no solo la regulación legal de estos DCVLF, así como su regulación –escasa– convencional, sino también, y sobre todo, su interpretación jurisprudencial, tendrán un marcado impacto de género. De ello suelen ser conscientes los diversos niveles judiciales, aquí especialmente relevantes también los de instancia social, ante la inexistencia –formal– de recurso de suplicación, aunque de una forma –cuantitativa y cualitativamente– desigual. Solo en muy contadas ocasiones esa dimensión es preterida o ignorada, siendo reprobada ahora ya no solo por el Tribunal Constitucional (TC), como en su día la célebre Sentencia del TC (STC) 3/2007, de 15 de enero, sino también por el TS, como ha hecho la STS 713/2020, de 23 de julio (Carrefour). En ella se estimó un recurso de unificación de doctrina (la sala de suplicación apreció cosa juzgada respecto de una modificación sustancial de condiciones de trabajo –MSCT–, sin atender a la dimensión de género que provoca la ampliación de domingos como laborables para atender, aun solidariamente entre todo el personal, los imperativos de liberalización de horarios comerciales –en su día–), utilizándose como sentencia de contraste aquella histórica sentencia constitucional.

Un efecto práctico (no solo laboral, sino sociocultural de gran calado, más del que ahora quizás pueda apreciarse) de primer orden de esta dimensión constitucional de los DCVLF, ahora reforzada con la nueva redacción dada al artículo 34.8 del ET, es la constatación de una evolución nítida en la pretensión típica a estos efectos. Pese al gran enfriamiento que supuso la muy rígida y formalista doctrina jurisprudencial interpretativa de la versión original del artículo 34.8 del ET (2007), todavía no oficialmente corregida –dicho sea de paso¹²–, impulsó una nueva tipología de demandas de reorganización del tiempo de trabajo productivo a fin de adaptarlo al tiempo de trabajo reproductivo. Ahora se añadía, a la reducción de la jornada ex artículo 37.5 y 6 del ET –con rebaja salarial–, una novación (cambio de turno –para que deje de ser rotatorio–, cambio del horario, liberación de las obligaciones de trabajar en fines de semana y festivos, etc.).

Este movimiento se ha visto reforzado con la nueva redacción del artículo 34.8 del ET (RDL 6/2019). Este, además, está promoviendo otra más «radical» evolución: se normaliza la adaptación de la jornada laboral que implica cambios de índole sustancial para acomodarla al trabajo de cuidar, sin conllevar reducción (según la STC 26/2011, de 14 de marzo). Todo ello en aras de la mayor autodeterminación de la persona –mujer– que cuida (enfoque de infancia –interés superior de la persona menor– y también enfoque de atención a la dependencia)¹³. A partir de aquí –donde hay un razonable consenso–, prácticamente no hay ni un solo aspecto de la aplicación práctica del artículo 34.8 del ET vigente que sea pacífico en la doctrina judicial.

¹² Vid. STS 661/2017, de 24 de julio.

¹³ Ampliamente la STSJ de Andalucía/Sevilla 3310/2020, de 29 de octubre. Reconocen la especial importancia del cambio legal de 2019 en la «superación» de la precedente doctrina jurisprudencial las SSTSJ de Madrid 525/2020, de 2 de julio, o de Asturias 1275/2020, de 21 de julio.

Por supuesto, no es posible aquí entrar con mínimo detalle en tan compleja y extensa problemática, cuya trascendencia y especial actualidad requerirán de análisis específicos, y así se hará en números próximos de esta revista. En este momento –volveremos sobre el tema en la sección de Diálogos con la jurisprudencia de este número por su conexión con las «leyes anti-COVID-19», con ocasión de la [STSJ de Aragón 553/2020, de 17 de noviembre](#)– solo enunciaré los cinco puntos (cuatro sustantivos, uno procesal) que considero más conflictivos en la práctica forense. A saber:

- a) La naturaleza jurídica de la medida de política de favor conciliatorio entre razones de las personas trabajadoras con responsabilidades familiares y las razones productivas: ¿un auténtico derecho subjetivo –fundamental o no– a la adaptación razonable de la jornada o una mera expectativa de adaptación?

Aunque no hay acuerdo pleno en la comprensión del impacto de la nueva regulación, parece ganar adhesiones la constatación de un auténtico derecho subjetivo de la persona trabajadora. No ya a la automática novación unilateral (organización flexible, en términos de la [Directiva 2019/1158/UE](#), canon hermenéutico asumido) en aras de favorecer sus razones de conciliación –sí cuando se trata tan solo de concreción del horario de la reducción–, sino a su adaptación razonable (ponderada) tras un proceso negociador de buena fe¹⁴. En cambio, más restrictiva parece la posición de la sala de suplicación vasca.

En efecto, sobre una visión de continuidad sustancial entre los redactados del artículo 34.8 del ET en sus diferentes versiones, introduce mayores condicionantes al juicio ponderativo si media la novación, no si se trata de reducción (derecho de concreción autodeterminada según la [STSJ del País Vasco 2143/2019, de 26 de noviembre](#)). Así, ni cabe MSCT en perjuicio de intereses de terceras personas (compañeros/as) ni la dimensión constitucional justifica una intervención incisiva en la organización, materia de la negociación, individual y colectiva ([STSJ del País Vasco 1385/2019, de 9 de julio](#), FJ 3.º). En todo caso, remite a un análisis circunstancial pormenorizado, debiendo probar cada parte sus razones –conciliadora, organizativas– y sin deber judicialmente «recrear disposiciones normativas [...] por mucho que [...] constituyan derechos fundamentales» (FJ 3.º). Posteriormente (por ejemplo, [STSJ del País Vasco 190/2020, de 22 de enero](#) –excluye el enfoque por no ejercerse DCVLF, siendo un contrato a tiempo parcial, que no equipara, si bien prevalece esta forma de empleo en las mujeres–), si bien sobre aspectos prestacionales, muestra una posición más proactiva en aras tanto de la protección de la infancia, como de la equidad de género (SSTSJ del País Vasco [1500/2020, de 17 de noviembre](#) –incapacidad temporal–, y [1217/2020, de 6 de octubre](#) –acumulación de permisos en la unidad monoparental–).

¹⁴ Vid. [STSJ de Andalucía/Sevilla 3310/2020, de 29 de octubre](#). En sentido análogo, la [STSJ de Galicia 4497/2020, de 6 de noviembre](#), que, además, habla de un auténtico «derecho social fundamental». Y la [STSJ de Canarias/Las Palmas 996/2020, de 1 de septiembre](#).

- b) ¿Debe valorarse la razón de necesidad (no solo conveniencia) de conciliación de forma individual o atendiendo a la situación de la pareja?

Lejos de disiparse esta duda, cuya diversidad de posiciones hermenéuticas trae causa de la propia doctrina constitucional, se ha ido agudizando. Recordemos que la equivocidad proviene de la propia doctrina constitucional (a favor de valoración de la situación laboral del cónyuge o de la otra persona progenitora, la [STC 26/2011, de 14 de marzo](#) –reconoció el cambio de turno sin reducción a un trabajador, otorgando el amparo–; en contra de esta valoración expresamente, el [Auto del TC 1/2009, de 12 de enero](#); no entra en esta cuestión la [STC 24/2011, de 14 de marzo](#) –negó el cambio de turno a una trabajadora, rechazando el amparo–). La división interpretativa es nítida en los diversos niveles jurisdiccionales, sin una línea significativamente dominante, menos concluyente, si bien parece mayoritaria la tendencia, especialmente presente en el nivel de suplicación, a un enfoque de valoración individual (tesis, a mi juicio, más adecuada), sin dar especial relieve a la situación de la otra persona progenitora (por ejemplo, la [STSJ de La Rioja 137/2020, de 8 de octubre](#), reconoce el derecho novatorio al trabajador conciliador –*rara avis*– petionario–, sin tal valoración –quizás la presupone–, y la [STSJ de Galicia 4497/2020, de 6 de noviembre](#), especialmente crítica con las doctrinas de instancia de su jurisdicción que siguen ponderando de forma determinante la situación laboral del padre).

No obstante, persisten decisiones, muchas firmes, que insisten en el deber de valorar, para la prueba de la razón de necesidad conciliadora, la situación laboral del padre (por ejemplo, las Sentencias del Juzgado de lo Social –SSJS– núm. 3 de Gijón [294/2019, de 27 de junio](#), y [338/2019, de 29 de agosto](#)). En esa línea, incluso se recurre a argumentos renovados. Así sucedería con el interés superior de la persona menor a un cuidado compartido y con el imperativo de equidad de género; ambos exigirían promover, desde el juicio ponderativo judicial, la conciliación corresponsable (por ejemplo, [SJS núm. 11 de Bilbao de 19 de noviembre de 2019, rec. 927/2019](#) –invoca a favor de esa valoración tanto el art. 18.1 [Convención sobre los derechos del niño](#), cuanto la [Directiva 2019/1158/UE](#)–).

- c) El papel del interés de las demás personas trabajadoras y cómo lo gestiona la empresa. ¿El interés individual –autodeterminación– debe hacer las cuentas con un interés grupal o, cuando menos, plural? ¿La razón conciliadora y novatoria de una persona trabajadora es causa para la novación ex [artículo 41 del ET](#) del horario laboral de las restantes?

La tendencia a la valoración individualizada de las razones conciliatorias ex [artículo 34.8 del ET](#) se encuentra con otra dificultad o duda en su aplicación judicial. Y ello en la medida en que, sobre todo en empresas más pequeñas, la novación temporal reclamada incide en otras personas de la empresa. Consecuentemente, no se ponderan solo razones organizativas, también el impacto en las razones de conciliación de otras personas empleadas en la empresa.

Así lo refleja claramente, entre otras muchas, la [SJS número 4 de Valladolid 165/2020, de 21 de julio](#)¹⁵. En el mismo sentido se pronunciaron, también en la instancia social, las citadas SSJS número 3 de Gijón [294/2019, de 27 de junio](#), y [338/2019, de 29 de agosto](#), así como, para el nivel de suplicación social, las SSTSJ de [Cantabria 635/2020, de 15 octubre](#), y [Madrid 312/2020, de 27 de mayo](#), entre otras. Tampoco hay acuerdo a la hora de determinar si la obligación de adaptación razonable de la empresa en virtud del [artículo 34.8 del ET](#) es o no un título habilitante para que la empresa modifique las condiciones laborales de las demás personas empleadas, en virtud o no del [artículo 41 del ET](#), sin perjuicio, claro está, de que quienes resultaran afectadas por las mismas podrían ejercitar en plenitud los derechos que les correspondan, también para sus razones conciliadoras. De ahí, la importancia de la regulación colectiva –también sectorial, para pymes–, ante el crecimiento, en número y complejidad, de los conflictos de conciliación de los tiempos de vida y de trabajo en las empresas –que irán a más en el futuro, incorporándose más varones a estas pretensiones–.

- d) Cuestión indemnizatoria y en clave de género (diligencia judicial debida para reparar de forma íntegra y disuasoria ex [art. 181 Ley reguladora de la jurisdicción social](#) –LRJS–), evitando la actual infravaloración del daño de obstaculización de las razones de conciliación y, por tanto, del derecho fundamental.

Sin duda, es uno de los aspectos más conflictivos, también más deficientes en la práctica. De nuevo sin perjuicio de algún comentario adicional que se hará en la sección de Diálogos con la jurisprudencia a propósito de las decisiones judiciales relacionadas con la pandemia, no será ocioso recordar aquí que mientras unas doctrinas –de instancia¹⁶ y suplicación– valoran la existencia de un derecho indemnizatorio automático, aplicando el [artículo 183 de la LRJS](#) (por ejemplo, SSTSJ de [Canarias/Las Palmas 996/2020, de 1 de septiembre](#), y de [Andalucía/Sevilla 3310/2020, de 29 de octubre](#), entre otras), otras, en cambio, sobre la base de tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria ex [artículo 139 de la LRJS](#), entienden que deben probarse los daños. No ya solo los de naturaleza patrimonial, también los de carácter extrapatrimonial o personales, incluso si se acredita violación de un derecho fundamental. En suma, para tal posición, no habría automaticidad alguna en la reparación del daño derivado del impedimento o la obstaculización empresarial de las razones de

¹⁵ Deniega la adaptación novatoria pedida por la trabajadora por su:

[...] importante repercusión organizativa en la asignación de los turnos sucesivos que vienen realizando sus compañeros, [...] sin que tampoco resulte razonable obligar a la empresa a efectuar una nueva contratación, en el contexto socioeconómico en el que nos hallamos, derivado de la pandemia originada por el COVID-19, en que la empresa ha utilizado la vía del ERTE [expediente de regulación temporal de empleo] (FJ 4.º).

¹⁶ La [STSJ de Cataluña 3724/2020, de 31 de julio](#), conoce de un caso en el que la instancia social reconoció el DCVLF, pero negó la indemnización, sin que el recurso insistiera en la pretensión indemnizatoria –una práctica de defensa jurídica tan frecuente en este ámbito como incomprensible social y jurídicamente–.

conciliación (por ejemplo, [STSJ de Madrid 927/2020, de 28 de octubre](#)). En otras ocasiones, la negativa al derecho indemnizatorio se debe a la ausencia de intención discriminatoria en el incumplimiento de las obligaciones de negociación ex [artículo 34.8 del ET](#) (por ejemplo, [STSJ de Madrid 883/2020, de 17 de noviembre](#)).

Ni que decir tiene que, si divergentes resultan las doctrinas judiciales en el reconocimiento del derecho indemnizatorio por daño conciliatorio de la vida laboral y familiar, extremadamente dispares se muestran a la hora de fijar la cuantía indemnizatoria, tanto en el método valorativo, como en la determinación del *quantum* concreto. Por ejemplo, la [STSJ de Galicia 4624/2020, de 13 de noviembre](#), valora que, además de declarar la nulidad de la MSCT de una trabajadora, al no tener en cuenta sus DCVLF, limitándose a ponderar criterios profesionales y de utilidad empresarial:

[...] debe [...] indemnizarse [...] por los daños [...], que, en el caso que nos ocupa se valoraron en demanda, en la cantidad de 50 euros por cada día, en que dicha medida tuvo efectos para el actor [otra *rara avis* de varón peticionario], que fueron un total de 7 días [...] (FJ 7.º).

Sin embargo, la opción interpretativa más seguida es la que utiliza como referente valorativo de daños el [artículo 7.5 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social](#) (LISOS), con una marcada tendencia a situar el estándar indemnizatorio en este caso en 3.125 euros (el «justo medio» entre los 626 y los 6.250 € previstos para esta infracción en el [art. 40.1 b\) LISOS](#))¹⁷. No obstante, aun aceptando ese parámetro objetivado de cuantificación –errado, a mi juicio, porque toma como referente valorativo para la violación de las garantías de efectividad de un derecho fundamental una infracción de legalidad ordinaria, contradiciéndose en el ejercicio del deber de diligencia reparadora que, sin embargo, esgrimen–, luego las cuantías concretas divergen, según cada juicio prudencial, rebajándose, a menudo, respecto del umbral citado, o, en pocas ocasiones, aumentándose hasta el máximo de los 6.250 euros (por ejemplo, [STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife 712/2020, de 25 de septiembre](#)).

e) Cuestión procesal. ¿Es susceptible de recurso esta cuestión del derecho conciliatorio de tiempos de vida y de trabajo, pese a la regla general excluyente ex [artículo 139 de la LRJS](#), salvo acumulación de una acción indemnizatoria?

Son frecuentes las decisiones jurisdiccionales (por ejemplo, [STSJ del País Vasco 1385/2019, de 9 de julio](#)) que explicitan sus suspicacias respecto de la acción indemnizatoria en estos

¹⁷ Así lo estableció la [STSJ de Canarias/Las Palmas 996/2020, de 1 de septiembre](#) (estimatoria del recurso contra una decisión de instancia social que denegó la reducción de jornada con adaptación novatoria), alcanzando creciente predicamento en diversas instancias sociales y doctrinas de suplicación (por ejemplo, [STSJ de Castilla y León de 26 de octubre de 2020, rec. 478/2020](#), que estima el recurso de suplicación en aras de la protección de la «debida diligencia en materia de reparación integral»).

casos, por considerarla estratégica o de uso oportunista por la defensa de la persona trabajadora, a fin de abrir una vía de recurso que, de otro modo, estaría vedada ([art. 191 LRJS](#)). Sin embargo, hallamos pronunciamientos que sí lo afirman e inadmiten el recurso, salvo que la acción indemnizatoria –suficiente para abrirlo– o la vulneración de derechos fundamentales sean objeto relevante de la pretensión. Es el caso, entre otras, de la [STSJ de Madrid 1036/2020, de 25 de noviembre](#), que niega que la obstaculización conciliatoria sea siempre expresión de una violación de derechos fundamentales.

Una visión claramente restrictiva (e incluso de desmedido formalismo procesal) que, no se puede ignorar, contaría con respaldo de la doctrina jurisprudencial, a su vez rectificadora de otra más permisiva ([STS de 24 de abril de 2012, rec. 3090/2011](#)). En este sentido, la [STS de 16 de septiembre de 2013 \(rec. 2326/2012\)](#) (reiterando otros precedentes del mismo año) reafirma la prohibición general (orden público procesal) de recurso en los procesos de DCVLF ex [artículo 139 de la LRJS](#), sin que baste la mera invocación de derechos fundamentales, que debe formar parte de la pretensión de forma relevante o determinante. Al respecto, no solo reprochará las estrategias de acudir a la vía procesal del [artículo 139 de la LRJS](#) y luego recurrir, en caso de fallo desestimatorio, con base en la pretendida violación de un derecho fundamental, descartando la opción del proceso de tutela, sino que, además, como aviso a navegantes, concluirá:

No puede sostenerse que el recurso sea una garantía adicional que haya de aplicarse a un procedimiento que lo excluye, precisamente, para lograr así las garantías de una solución rápida y eficaz respecto a las reclamaciones de conciliación, cuando, además, la protección de cualquier derecho fundamental que pudiera considerarse vulnerado quedaría garantizada, en su caso, a través del recurso de amparo (FJ 2.º).

Que la cuestión, pese a todo, no está clara, se acredita por la propia admisión, e incluso la estimación, del recurso de casación para la unificación de doctrina, sin referir a problema de índole procesal alguno –fuera de la cuestión de la cosa juzgada–, en la citada [STS 713/2020, de 23 de julio](#). Ciertamente, en este caso, la acción no fue del [artículo 139 de la LRJS](#), sino del [artículo 138 de la LRJS](#) (MSCT), pero también en este caso se veta legalmente el recurso, salvo acumulación de una acción de indemnización o de violación de derechos fundamentales. Una violación que estima el TS y que ha significado la devolución de los autos a la sala de suplicación para que pondere el derecho fundamental a la no discriminación indirecta por razón de DCVLF (en el caso, la trabajadora que se vio afectada por una MSCT tenía una reducción de jornada por guarda legal).

Cuestiones análogas de carácter procesal se producen en otros casos, como el resuelto por la [STSJ de Galicia 4624/2020, de 13 de noviembre](#). Esta sentencia –estimatoria del recurso contra la decisión de instancia social que validó una MSCT sin ponderar los derechos de conciliación debidamente–, en la disyuntiva entre decidir si el proceso debía reconducirse por la vía del [artículo 139 de la LRJS](#) en relación con el [artículo 34.8 del ET](#), o de enjuiciar la MSCT a la luz de la posible vulneración de derecho fundamental a tenor de lo preceptuado

en los artículos 24 y 39.2 de la CE, opta por la segunda. Y ello por entender, conforme a la [STC 26/2011](#) y sus precedentes, que los DCVLF siempre son una cuestión de «derechos fundamentales» por su directa conexión con los artículos 14 (derecho a la no discriminación sexista) y 18 (derecho a la intimidad familiar) de la CE. Doctrina que compartimos.

Por supuesto, los «tiempos de conciliación» y su deriva en «tiempos discriminatorios» tienen otras muchas manifestaciones que aquí no podemos afrontar, amén de que ya han tenido análisis en números precedentes. Por lo tanto, a ellos remitimos¹⁸.

6. Actualidades judiciales al otro lado de las -lábilis- fronteras: «tiempos de descanso» y «tiempos de permisos»

En la referida concepción binaria comunitaria, el tiempo de descanso se entiende en sentido negativo: será descanso todo lo que no sea trabajo (y viceversa). Cierto, así, clarifica poco, como hemos visto, sobre todo en unos tiempos en los que la transformación digital y la prevalencia del valor del rendimiento hace que se dilaten los momentos productivos, sin perjuicio de que estos se vean penetrados, con creciente frecuencia, como acabamos de ver con los «tiempos conciliatorios» (todavía más para las mujeres), por los «tiempos de no trabajo» mercantil, pero sí de trabajo reproductivo. La característica de estos tiempos de no trabajo sería, pues, la «soberanía», la plena disposición, blindándose frente a toda injerencia empresarial.

Para ilustrarlo, de interés la [STSJ del País Vasco 2143/2019, de 26 de noviembre](#). Revocando la sentencia de instancia, que declaró procedente el despido de una trabajadora con reducción de jornada por un eventual ejercicio desleal de sus tiempos de trabajo y conciliación, la sala de suplicación reprobará a la empresa el ejercicio de fiscalización (también de presión laboral mediante continuas modificaciones que se saldaron con sendas sentencias condenatorias de su proceder) en tiempos extralaborales. De ahí, la nulidad del despido y la condena a una indemnización (la media estándar) de 6.261 euros. En otro caso, no solo se incurriría en un «feudalismo industrial», sino que iría contra la dignidad de la persona (aquí de la mujer), según la célebre [STC 192/2003, de 27 de octubre](#): la libre disposición es

¹⁸ Sería el caso de la [STC 129/2020, de 21 de septiembre](#), la última, por el momento, de la larga saga de recursos de amparo a médicas que, con reducción de jornada por guarda legal, tenían un diferente sistema de cómputo y, por lo tanto, de retribución, de las guardias, tratándose de una discriminación indirecta por razón de género (trabajo de cuidar). Una perspectiva de género que, a mi juicio, debió explicitarse en la [STSJ del País Vasco 73/2020, de 14 de enero](#). Anula el nuevo sistema de incentivos de una empresa «consistente en establecer la obligatoriedad de recuperar las horas empleadas en estos supuestos: Asistencia a consulta o prueba médica de empleados. Visita médica acompañando a parientes hasta segundo grado. Tutorías escolares». La nulidad es por razón de falta de procedimiento (el precedente sistema de incentivos en el que se exigía la recuperación adquirió la cualidad de condición más beneficiosa, por lo que su novación unilateral es contraria al [art. 41 ET](#)).

incompatible con pautas de deber o de fiscalización en tiempo extralaboral, salvo prueba acreditada de competencia desleal.

Tan libre debiera ser (pese al empeño loable de la sala de suplicación vasca, la realidad suele ir por otros derroteros) esa disposición de los tiempos de vida extralaborales, desde luego los de descanso, que no se admite su monetización, como norma. Se trata de reglas de orden público, asociadas a derechos de gran trascendencia, como la seguridad y salud. Así se prevé para el descanso anual (también en situaciones de pandemia, como luego se verá).

En efecto, como se sabe, debe disfrutarse de forma efectiva su duración (la preferencia aplicativa del [art. 84.2 ET](#) no alcanza a la duración, solo a la planificación de las vacaciones anuales: [STS 1077/2020, de 2 de diciembre](#)). Y ello sin perjuicio de los muy frecuentes conflictos sobre cuál ha de ser la retribución, dimensión también comunitaria¹⁹. Así, la [STS 986/2020, de 10 de noviembre](#), excluye el complemento de festivos especiales de la retribución de vacaciones por no usuales.

También la [STS 1132/2020, de 18 de diciembre](#), reafirma el carácter excepcional de la remuneración suplementada (al menos un 75 % respecto de la jornada ordinaria) del trabajo en festivos no compensados con días ([art. 47 RD 2001/1983](#), sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos). La regla general sería la compensación por días de descanso; la regla excepcional, su retribución. Pero cuando procede esta, el suplemento debido es indisponible para el convenio colectivo.

En ella se hace un esfuerzo notable por precisar que no se trata de reconocer la mayor retribución para el trabajo en festivo (o de los días de descanso semanal²⁰), sino tan solo «excepcionalmente y por razones técnicas u organizativas», si no se pudiera disfrutar de ellos. Un afán loable, pero que, como también recuerda, debe hacer las cuentas con un contraste no baladí entre representación normativa del trabajo y su devenir práctico: en el diseño legal, debe tenerse como excepcional el trabajo en domingos y festivos, en cambio, en la vida práctica, hay muchos sectores en que esos tiempos de trabajo son «normales», en cuyo caso, obviamente, no juega la regla referida. En estos casos, el descanso será entre semana.

La –renovada– función jurisprudencial de garantía del disfrute efectivo de los diversos tiempos de no trabajo (no solo efectivo) se manifiesta también respecto de los «permisos»

¹⁹ Sin perjuicio a reclamar la compensación si no hay disfrute por causa empresarial. La [STSJ de Andalucía/Sevilla 2461/2020, de 17 de julio](#), recuerda la doctrina comunitaria ([STJUE de 29 de noviembre de 2017, asunto C-214/16, King](#)), pero rechaza la aplicación en el caso: no acredita que la falta de disfrute durante un periodo de 5 años previa a la extinción fuera una imposición empresarial, «que, además [...] podría haber sido impugnada». Distinto será que se produzca una MSCT del modo de disfrute de las vacaciones anuales, para lo que se necesitará seguir el cauce del [artículo 41 del ET](#). En otro caso, de ser una condición más beneficiosa, será nula tal disposición unilateral ([STS 1/2020, de 7 de enero](#)).

²⁰ Al igual que se prevé para otros sistemas horarios laborales en los que concurre una especial «penosidad», como la nocturnidad ex [artículo 36.2 del ET](#) ([STS 219/2020, de 10 de marzo](#)).

ex artículo 37.3 del ET. En este sentido, la [STS 811/2020, de 29 de septiembre](#), tiene el mérito de sintetizar el polémico periplo –incluido el TJUE, aquí haciendo de Pilatos se lavó las manos ([STJUE de 4 de junio 2020, asunto C-588/18](#))–, en orden a la interpretación de las normas convencionales que reconocen permisos (día de inicio –*dies a quo*– para el cómputo de su tiempo o de su periodo de goce). Sin insistir en lo sabido (hemos dedicado diversos análisis a este debate jurisprudencial, en el que, en este caso, la AN no le ha podido doblar el pulso al TS, pues el gran pretor comunitario eludió su llamada para tal justa), nos limitaremos a precisar sus pautas básicas.

En este sentido, la sentencia consolida la regla general de favor, sin perjuicio de mantener un papel destacado al tenor de la norma colectiva –lo que no deja de generar alguna inquietud interpretativa en este intento de crear un bálsamo de seguridad jurídica en un ámbito de asuntos otrora atormentado²¹–, por el disfrute en el primer día laborable, aun posterior al hecho causante. También confirma que la fecha del matrimonio debe incluirse en el permiso de 15 días (en caso de festivo, computará el primer día laborable). Tres criterios interpretativos resultan especialmente significativos de esta consolidación de doctrina jurisprudencial para la resolución de otros asuntos análogos, aun distintos a estos. A saber:

De un lado, en el plano más conceptual (dogmática jurídica), la distinción precisa entre diversas figuras jurídicas relativas a la liberación de tiempo de trabajo (tiempo de descanso, permisos y suspensión del contrato de trabajo). De otro, en el plano de las interacciones entre las fuentes de las relaciones de trabajo, la reafirmación del papel de mejora de la norma colectiva²². Finalmente, en el plano de la interpretación, se debe primar el fin como criterio hermenéutico («lo normal es que los permisos se refieran a días laborables, salvo previsión normativa en contrario; si comenzara en día feriado no tendría sentido»).

²¹ Sería el caso de la [STS 577/2020, de 1 de julio](#) (no derecho a disfrutar los permisos por asuntos propios de las personas trabajadoras a turnos en periodos inferiores a 7,5 horas respecto al art. 81 h) I Convenio colectivo Grupo Aena). En ella se descarta su carácter discriminatorio, incluso cuando está en juego la CVLF, atendiendo a la literalidad de la norma –y a la diferencia del modo de organización del tiempo de trabajo entre un régimen de trabajo a turnos inferiores a 7,5 horas y el ordinario–. Conforme a la [STJUE de 18 de septiembre de 2019, asunto C-366/18](#), niega «el derecho a trabajar con un horario fijo cuando su régimen de trabajo habitual es un régimen de turnos con horario variable». En consecuencia, resultaría «razonable y justificada» una diversa repercusión organizativa, por el distinto sistema horario.

²² Por ejemplo, la [STS 1098/2020, de 9 de diciembre](#), considera que el permiso previsto en convenio colectivo «para el acompañamiento a los servicios de asistencia sanitaria de hijos o hijas menores de catorce años y de familiares mayores de primer grado de consanguinidad y afinidad que no puedan valerse por sí mismos» no puede subsumirse en el [artículo 37.3 d\) del ET](#). En estos supuestos, por tratarse de permisos no retribuidos, podrán establecerse mecanismos de compensación horaria conforme a las pautas convencionales, por cuanto no reflejan un deber público inexcusable, sino un deber privado. Se echa de menos una perspectiva de género, pues es evidente que este tipo de permisos son de uso mucho más frecuente por mujeres que hombres –*vid.* [STC 71/2020, de 29 de junio](#)–, habiendo sido importante la prueba estadística. Para el ámbito comunitario, de interés la [STJUE de 18 de noviembre de 2020, asunto C-463/19](#): la acumulación de permisos en las mujeres solo puede obedecer a su diferencia biológica, no al trabajo de cuidar.

De esta doctrina podremos extraer, como se decía, pautas interpretativas de interés, a fin de afrontar soluciones razonablemente ciertas a otras cuestiones que continúan conflictivas. Sería el caso, por ejemplo, de las abiertas por el permiso retribuido recuperable ([RDL 10/2020](#)), en especial si, una vez vencido el plazo para su recuperación (31 de diciembre de 2020), cabría su descuento por la empresa, en caso de no haberse pactado en su momento el modo. Veremos esta cuestión con algún detalle en la sección de Diálogos con la jurisprudencia. Asimismo, esta doctrina jurisprudencial podía arrojar luz para resolver la discrepancia judicial sobre si pervive el permiso convencional por nacimiento de hijo pese a su derogación legal, absorbido por la regla de equiparación del [artículo 48.4 del ET](#) –y que 2021 estrena en todos sus términos–, o bien si debía perecer, una vez desaparecido el derecho legal sobre el que se sustentaba. Otra cosa es el sentido en que se cabría proyectar dicha luz interpretativa.

El favor hacia la tesis de la convivencia que viene mostrando la AN (últimamente, [SAN 93/2020, de 30 de octubre](#), para el Convenio colectivo de paradores) contrasta con el rechazo por la [STSJ del País Vasco 1428/2019, de 16 de julio](#) –con fundado voto particular disidente–:

No puede aceptarse la vigencia en el convenio [de la empresa Ferrocarriles Vascos, SAU] de la mejora de un derecho legal que ya no existe; ni resulta legítimo, en relación con idéntica materia y derecho, que los trabajadores pretendan acogerse a dos fuentes distintas (el convenio y la ley) (FJ 2.º).

A mi juicio, la doctrina consolidada y reafirmada por la citada [STS 811/2020, de 29 de septiembre](#), tenía el mérito de evidenciar que, siendo diferente un «permiso» de una «suspensión contractual», y ante la diferencia sustancial de regímenes jurídicos, la tesis de la compatibilidad parece razonable aunque haya semejanza de fines. Sin embargo, la [STS 98/2021, de 27 de enero](#), atribuye a la equiparación legal de los «permisos por nacimiento» (que no son tales, sino suspensiones de contrato) un efecto derogatorio de las normas convencionales de mejora de un derecho legal ya inexistente. En suma, el TS opta por dar preferencia a una solución de favor hacia las razones de la empresa, sobre una de garantía de las razones de la persona trabajadora, fijando el que considera justo o razonable equilibrio, sin esperar a las decisiones de negociación colectiva en aras del conveniente reajuste adaptativo al cambio legal.

7. ¿«Derecho a la desconexión» digital extramuros de la jornada o «deber de reconexión digital» por fuerza mayor o por razones de imperiosa necesidad de la empresa?

No deja de ser curioso que, al tiempo que renace el debate de la reducción generalizada de la jornada, ahora con el buque insignia de las «32 horas» (sobre el mismo muy ilustrativo el [editorial de este número](#), a cargo de la profesora Margarita Miñarro), arrecie el relativo a la

dificultad real de mantener, en la era de la digitalización, la jornada «normal» y la soberanía sobre el tiempo de no trabajo, esto es, de descanso. La Eurofound (Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo) ha evidenciado que las personas que teletrabajan a domicilio con regularidad tienen el doble de riesgo de superar el límite máximo de 48 horas semanales y, en consecuencia, de verse privadas del efectivo goce o disfrute del descanso diario. La conectividad total haría más plausible aquella sociedad del cansancio (digital).

Tan relevante sería este riesgo que la legislación española no ha tenido suficiente con reconocer una vez el derecho a la desconexión digital ([art. 88 LOPDGDD](#)), sino que habría necesitado dos ([art. 18 RDL 28/2020](#)). En consecuencia, la pretendida nueva cultura laboral del tiempo de trabajo reducido conviviría con la cultura sociolaboral de la conectividad continuada.

Como expresa –en sentido crítico con el Parlamento Europeo– la [Confederación Europea de Sindicatos \(2021\)](#), las personas encuentran, en la realidad, muchas dificultades para garantizar el derecho a desconectarse digitalmente tras finalizar su jornada de trabajo. De ahí que inste a la Comisión a presentar inmediatamente una propuesta de directiva, sin atender la posición del Parlamento, claramente errada, de retrasarla al menos 3 años, tiempo de espera para el desarrollo del acuerdo marco autónomo sobre digitalización. Se asume un auténtico derecho social fundamental comunitario inherente a los «nuevos modelos de trabajo en la nueva era digital».

El 21 de enero de 2021, el Parlamento Europeo aprobó la [resolución](#) donde incluye recomendaciones dirigidas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión digital²³ y su regulación en el marco del artículo 153.2 b) del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#), siguiendo el anexo (articula una propuesta de directiva). Responde a su visión –coincidente aquí con el Comité Económico y Social Europeo– de adaptar las normas de seguridad y salud en el trabajo a la era digital, evitando el agotamiento laboral por la «cultura del siempre conectados»²⁴. Sin liberarse de la ambigüedad del derecho, centrado en su faceta negativa («no realizar actividades o comunicaciones relacionadas con el trabajo por medio de herramientas digitales, directa o indirectamente, fuera del tiempo de trabajo» –art. 2.1 propuesta–), no debe infravalorarse, por su valor hermenéutico, la previsión del artículo 4.1 a) de la propuesta. A su tenor, el Estado debe exigir de las empresas que garanticen, como mínimo, «las modalidades prácticas para apagar las herramientas digitales con fines laborales [...]».

Parecería, pues, poner el acento en una dimensión positiva y organizacional, esto es, en la obligación empresarial de prevenir conexiones, o reconexiones, indebidas, liberando a la persona trabajadora de la carga psicosocial de decidir si la comunicación recibida fuera de la jornada requiere o no de una gestión inmediata, respetando su autonomía o soberanía en

²³ Un análisis crítico en [Rojo Torrecilla \(2021\)](#).

²⁴ *Vid.* [Parlamento Europeo \(2021\)](#).

el tiempo de no trabajo. Ahora bien, siguiendo la ambivalencia típica de la norma comunitaria («cal y arena») y perdiendo la claridad ganada en la letra a), volviendo a la zona de sombras, su letra d) habilita a los Estados para «establecer excepciones a la obligación [...] de aplicar el derecho a la desconexión de los trabajadores». A tal fin, fija un régimen mínimo:

- Deben ser supuestos realmente excepcionales: «fuerza mayor u otras emergencias».
- Debe justificarse la necesidad de reconexión cada vez que se recurra a ella.
- Deben compensarse esas horas de trabajo en tiempo de descanso con descanso en otro tiempo (Directivas [89/391/CEE](#), [2003/88/CE](#), [2019/1152/UE](#) y [2019/1158/UE](#)).

Sin entrar en honduras, y dejando de lado mi perplejidad por lo superficial del (excesivo) debate (bajo el esnobismo tecnológico, el derecho de desconexión está vacío fuera de ser una garantía de la efectividad del clásico derecho al descanso en la era digital), esta propuesta aporta, al menos, dos utilidades para la comprensión de la regulación nacional en materia. De un lado, para su naturaleza jurídica y fundamento. De otro, para enjuiciar la regulación colectiva.

En el primer plano, clarifica que la desconexión actúa como una garantía esencial del derecho a la autodeterminación del tiempo de descanso, adaptada a la evolución tecnológica. En el fondo reencontramos, actualizado, el viejo debate entre la pretensión de flexibilidad más allá de la esfera contractual y la razón de protección contra ella (muta descanso por trabajo) ([Rodríguez Contreras y Vargas Llave, 2020](#)). Por lo tanto, se trata de un derecho social fundamental, pese a la ubicación ex [artículo 40 de la CE](#) y en línea con el artículo 31.2 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) (CDFUE) ([STJUE de 6 de noviembre de 2018, asuntos C-569/16 y C-570/16](#))²⁵.

En el segundo, más operativo, sirve para frenar la desviación convencional que, a mi juicio, se está produciendo. Más que regular el derecho a la desconexión (arts. [88 LOPDGDD](#) y [18 RDL 28/2020](#)), lo más significativo de las normas convencionales es la creación de una obligación de reconexión digital fuera de la jornada de trabajo. Las excepciones ganan terreno. Para muestra, un botón. En el [Acuerdo colectivo del Grupo BBVA](#) (25 de septiembre de 2019) se puede leer –la cláusula es análoga en todos–:

[...] las personas trabajadoras tendrán derecho a no responder a ninguna comunicación, fuere cual fuere el medio utilizado [...] una vez finalizada su jornada laboral, salvo que concurren excepciones justificadas que supongan un grave o evidente perjuicio empresarial, cuya urgencia temporal necesite de una respuesta inmediata.

²⁵ Así lo sostendrá la [STSJ de Madrid 628/2020, de 8 de julio](#). Esta sentencia plantea dificultades estructurales para adaptar el régimen ordinario comunitario del tiempo de trabajo al régimen de teletrabajo.

El protagonismo hasta hoy desplegado por la negociación colectiva comienza a conocer una etapa de decisiones judiciales, poco clarificadoras y garantistas. Así, la [STSJ de la Comunidad Valenciana 3431/2020, de 1 de octubre](#), pese a reconocer una situación de conexión continuada con el trabajo fuera de jornada, sería solo coadyuvante de sus dolencias, no la causa principal. Por lo tanto, niega la etiología laboral. Por su parte, la [STSJ de Madrid 962/2020, de 4 de noviembre](#), revoca la sentencia de instancia que, respecto del personal de control aéreo, al que se exige un tiempo de formación *online* fuera del lugar de trabajo, consideró violado el derecho (calificado como fundamental –inherente a la persona–) a la desconexión. De un lado, no era tiempo de descanso –presupuesto de la garantía–, sino de trabajo, aun realizado «fuera del horario normal», sea asumido voluntariamente (pudiendo ser hora extra) o de forma obligatoria (en tal caso podría tenerse como MSCT). De otro, la instancia –varios juzgados lo defienden: núm. 22 y núm. 23 de Madrid– habría ignorado la complejidad: no distingue «límite de jornada» de «límite a la actividad aeronáutica», ni la variedad de tiempos formativos (formación continua, para la práctica). Finalmente, no es cuestión de derecho fundamental, sino de límite al descanso (principio rector).

A mi juicio, esta afirmación es extremadamente discutible, porque tratándose de una cuestión comunitarizada (tiempos de descanso), la primacía interpretativa debe concederse al artículo 31 de la [CDFUE](#), que sí es un derecho social fundamental comunitario. La conservación de la rígida clasificación constitucional que distingue radicalmente entre «principios rectores» y «derechos fundamentales» debe ceder a la más moderna comunitaria, incluso europea, que los integra, más si la materia está comunitarizada, incluso en espera de esta directiva para el derecho a la desconexión, como ilustra la [STJUE de 14 de mayo de 2019, asunto C-55/18](#), respecto del registro horario, cuya obligación también se recoge en la propuesta de directiva promovida por el Parlamento. Una cuestión nada especulativa ni baladí, no ya solo por su impacto interpretativo, también por sus manifiestas consecuencias prácticas. Por ejemplo, la sanción de infracciones administrativas por el incumplimiento de este derecho –en principio no tipificadas expresamente–, conforme a la práctica que ya parece abrirse camino en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) ([Olías, 2020](#)) (no solo es relevante el contenido –¿se prohíbe exigir respuesta o enviar correos fuera de la jornada?–, sino la naturaleza jurídica –¿es una infracción de legalidad ordinaria [ex art. 7.5 LISOS](#) o constitucional, pese a que el [art. 88 LOPDGDD](#) no tiene naturaleza orgánica?– de la garantía de desconexión digital).

8. De la ordenación de tiempos a su documentación: el registro de jornada a estrados y de forma ambivalente para los sujetos de la relación de trabajo (derecho-deber)

En efecto, si bien no comparten –de momento– norma estatutaria laboral (sí con la adaptación, aún novatoria, de jornada por razones de conciliación [ex art. 34.8 ET](#)), pues la garantía de desconexión continúa –toda una anomalía jurídica– extramuros del ET (aunque ya aparece en normas laborales –[art. 18 RDL 28/2020](#)–), su interrelación con la garantía de documentación

de los tiempos de trabajo (también de descanso) a través del registro de jornada ([art. 34.9 ET](#)) es manifiesta y múltiple. No por casualidad suelen aparecer de la mano en los acuerdos colectivos (registro y desconexión) desarrollados tras las reformas legales. Cedido el testigo del protagonismo regulador por la ley a la negociación colectiva, el registro horario está volviendo a la fuente que forjó su nacimiento: los estrados judiciales, en especial el de la AN.

En ella se fraguó otro capítulo en el juego de tronos por el poder jurisdiccional social (en este caso, la AN sí dobló el pulso del TS, por el aval que encontró en el gran pretor comunitario). Ahora bien, este retorno a estrados, también con protagonismo –no en exclusiva– de la AN, a propósito de las cuestiones aplicativas derivadas de la nueva obligación legal y convencional, ha evolucionado y reserva alguna sorpresa. La originaria lógica de garantías se tiñe de ambivalencia.

La mayor parte de los conflictos jurídicos hasta ahora son colectivos y estatales (la [SAN 87/2020, de 19 de octubre](#) –registro horario del BBVA–, desestima la demanda por inadecuación de procedimiento, al considerar que los problemas novatorios de la jornada del sistema informático eran individuales). Superada materialmente la doctrina jurisprudencial abstencionista (si bien se mantiene formalmente en el tiempo: [STS 824/2019, de 4 de diciembre](#)), se asume el carácter documental de esta obligación y su función instrumental al servicio del cumplimiento del régimen de tiempo de trabajo (y descanso) establecido (documenta la jornada y su distribución, sin modificarla). Y ello en su doble dimensión de protección de la salud laboral y retributiva –y cotización ex [art. 141 Ley general de la Seguridad Social](#)– ([SAN 144/2019, de 10 de diciembre](#): no considera MSCT un sistema de fichaje para corregir la política de dejación del control de jornada a la confianza individual de cada persona trabajadora, sin devenir condición más beneficiosa colectiva el uso de las pausas breves –para el desayuno, para fumar, para tomar un café, etc.– como tiempo de trabajo).

Ahora bien, frente a la visión unilateral de garantía de derechos laborales que pareció asumir en su formulación jurisdiccional originaria, no parece dudoso afirmar que tiende a asumir ahora, al igual que en el ámbito convencional, una mayor bidireccionalidad o ambivalencia. Añade facultades a la empresa y cargas a la persona trabajadora (como vimos para el derecho a la desconexión, acompañado del deber de reconexión, excepcional, pero indeterminado). En este sentido, y como vislumbrara la [STSJ del País Vasco 1169/2018, de 29 de mayo](#) (firme por [Auto del TS de 16 de julio de 2019, rec. 4331/2018](#)), para un sistema de cómputo de jornada en la empresa (Ambubask) a través de GPS instalado en los vehículos, el registro beneficia tanto a las personas empleadas (en el caso concluyó su inadecuación como sistema de garantía por ineficaz –no fiable²⁶, al dejar de computar la parte de jornada anterior y posterior a acceder al vehículo), como a las empresas.

²⁶ La [STSJ de Extremadura 241/2020, de 9 de julio](#) (demanda conflicto en empresa de ambulancias), tampoco considera fiable un sistema de control mediante teléfonos móviles, por falta de fiabilidad del modo en que se asignan los tiempos y por no constar la garantía colectiva ex [artículo 34.9 del ET](#) –procedimiento colectivo– (FJ 8.º).

Prueba de su funcionalidad como garantía bidireccional es la doctrina –discutida y muy discutible– de la AN que permite acumular, en virtud de su automatización informática, facultad disciplinaria por los eventuales retrasos en el ingreso al trabajo, y facultad civil de compensación con el descuento automático en nómina del tiempo no trabajado ([SAN 82/2019, de 20 de junio](#)). Tampoco repara el deber de autogestión o autodeclaración informatizada a cargo de la persona trabajadora (nueva obligación controlable disciplinariamente), sobre la base de la presunción de legalidad de un régimen convencional, sin perjuicio de eventuales aplicaciones indebidas en cada empresa ([SAN 116/2020, de 9 de diciembre](#), que valida el sistema acordado en el Convenio de sector de cajas de ahorros).

Contrasta esta «generosidad» o complacencia valorativa con los sistemas de registro que la negociación colectiva –a la que se remite casi en blanco la ley– viene estableciendo con las más estrictas exigencias, normativas y por parte de la jurisprudencia del TJUE, con las condiciones de validez de tales sistemas. Estos no solo han de ser objetivos, fiables y accesibles, sino también plenamente respetuosos con la normativa de protección de datos, de modo que frente al viejo –y convencionalmente revalidado; también en las guías ministeriales y de la ITSS– principio de libertad de opción (principio de oportunidad), hoy rige el principio de menor intrusión (principio de calidad de datos). Así lo observan las agencias de protección de datos autonómicas, tanto la vasca como la catalana, de modo que condicionan la legitimidad de la opción empresarial o convencional a la evaluación de impacto sobre protección de datos ex artículo 35 del [Reglamento general de protección de datos](#) (línea que atisba, respecto de los controles biométricos –huella dactilar, registro facial–, la [SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de septiembre de 2019, rec. 774/2018](#)).

La bidireccionalidad del registro (suma facultades y derechos) también se comprueba en sus opciones de uso en favor de facilitar el incumplimiento eventual de las personas trabajadoras (por ejemplo, [STSJ de Andalucía/Granada 2074/2019, de 19 de septiembre](#) –si bien, en este caso, la transgresión de la buena fe está en fichar por otra persona compañera–), como, en cambio, a favor de la mayor flexibilización de la prueba de las horas extras frente a la rigidez de la doctrina jurisprudencial vigente. No hay total consenso de doctrina de suplicación, en espera de doctrina jurisprudencial que reafirme, corrija o module la precedente (el [art. 217.6 Ley de enjuiciamiento civil](#) no permite presumir la realización de horas extras cuando no se lleva su registro –¿y cuando se lleva?–, pero sí juega en contra de quien no lo lleva cuando la persona empleada prueba –¿ahora con el registro?– que las realizó). Ciertas salas actuaban la presunción a partir de la existencia (o incumplimiento) de la obligación de registro, si consta un indicio de realización normalizada (por ejemplo, [STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife 75/2019, de 31 de enero](#); también la [STSJ de Madrid 87/2020, de 24 de enero](#)). Otras se mantenían algo más aferradas a la doctrina jurisprudencial precedente (por ejemplo, [STSJ de Cataluña 2047/2019, de 17 de abril](#)): ni la ausencia de apunte registral, ni la testifical, ni meros *emails*²⁷ tendrían este valor presuntivo

²⁷ Como prueba documental, no necesariamente «litosuficiente», lo tiene la [STS 706/2020, de 23 de julio](#).

(por ejemplo, [STSJ del País Vasco 68/2020, de 14 de enero](#)). A mi juicio, la [STJUE de 14 de mayo de 2019 \(asunto C-55/18\)](#) deja en evidencia este uso presuntivo de los registros horarios y, por tanto, exige revisión.

Finalmente, otro bloque de conflictos que empieza a tener presencia en estrados es el relativo a la eficacia retroactiva o no de esta garantía documental, sí, pero también instrumento al servicio de la protección efectiva de la salud en el trabajo (derecho social fundamental *ex art.* 31.2 [CDFUE](#)). Un problema análogo al también suscitado respecto de la garantía de desconexión.

Sin embargo, si tanto la doctrina de instancia social como la doctrina de suplicación saldan la cuestión de la garantía de desconexión digital para el disfrute efectivo del derecho al descanso, en sentido positivo, reconociendo vigencia anterior al cambio legal, por inherente al derecho de autodeterminación de los tiempos de no trabajo, para la garantía de registro de la jornada ordinaria parecen decantarse en contrario. Al menos cuando del derecho sancionador social se trata, por los principios de tipicidad e irretroactividad que lo caracterizarían (arts. [9.3](#) y [25 CE](#); arts. [25](#) a [31](#) Ley del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas). Es el caso, por ejemplo, de la [SJS número 13 de Barcelona 242/2020, de 11 de diciembre](#), según la cual, siendo una doctrina jurisprudencial consolidada la ausencia de obligación de registro, no cabe sanción administrativa sin tipificación expresa antes del nuevo redactado del [artículo 7.5 de la LISOS](#) en relación con el [artículo 40.1 b\)](#) del mismo texto legal (por eso anula la sanción de 1.251 € impuesta).

9. El hermoso horizonte de la «soberanía» («autodeterminación individual») sobre todos los tiempos de vida: ¿utopía o quimera?

Si algo ha podido quedar claro ante este panorama de complejidad, diversidad y dinamismo de los nuevos escenarios y contextos sobre los tiempos de trabajo, y de vida asociados a ellos –de ahí que fuera, es y será siempre una institución nuclear de las relaciones de trabajo y su regulación jurídica–, es que ni las cuestiones de la reducción generalizada de la jornada son las que predominan social y judicialmente, sino más bien las de redistribución más flexible, aun en sentidos cada vez más bidireccionales (razones organizativas, razones propias de la conciliación), ni la auspiciada –por la Organización Internacional del Trabajo– «soberanía» de los tiempos de vida prevalece, ni siquiera allí donde debería reinar o dominar, en los «tiempos de descanso». La era digital, pero también la era de la necesidad del desarrollo sostenible (socialmente), evidencia una doble difuminación de fronteras entre los tiempos de vida y de trabajo.

El tiempo de trabajo productivo (tiempos de mercado), cualificado por la sujeción a la disponibilidad en interés de empresa, en detrimento de las decisiones de autodeterminación de vida, cada vez estará más penetrado por el tiempo de trabajo reproductivo (tiempos de

trabajo de educar o de «obligaciones de conciliación»), por tanto, por razones extralaborales (personales y familiares, o sociales). Pero el tiempo de no trabajo-rendimiento productivo, caracterizado por la autodeterminación de fines, también se ve cada vez más afectado –de forma más extendida e incisiva–, a través de una amplia gama de modalidades y vías, por el tiempo productivo. En estos escenarios confusos y difusos, convivirían diversos debates y modelos de cultura sobre la gestión de los tiempos de vida y de trabajo, siendo en exceso reductivo, además de irrealista, acotarlos en una única dimensión –reducción–. A mi juicio, este debate es muy necesario (para redescubrir y propiciar la utilidad de los tiempos de «vida contemplativa», más de las virtudes del moderno «derecho a la pereza»), incluso loable, pero más quimérico que utópico.

Referencias bibliográficas

Byung-Chul, Han. (2017). *La sociedad del cansancio* (2.ª ed.). Herder.

Confederación Europea de Sindicatos. (20 de enero de 2021). Derecho a desconectar. Carta conjunta de ETUC/ETUF a los diputados al Parlamento Europeo. <https://www.etuc.org/en/document/right-disconnect-joint-etucetufs-letter-members-european-parliament>.

Oliás, Laura. (6 de octubre de 2020). La Inspección de Trabajo insta a Prosegur a que deje de llamar y mandar correos a sus empleados fuera del horario laboral. *elDiario.es*. https://www.eldiario.es/economia/inspeccion-trabajo-insta-prosegur-deje-llamar-mandar-correos-empleados-fuera-horario-laboral_1_6272926.html.

Parlamento Europeo. (21 de enero de 2021). El «derecho a la desconexión» debería ser un derecho fundamental en la UE. <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20210114IPR95618/el-derecho-a-la-desconexion-deberia-ser-un-derecho-fundamental-en-la-ue>.

Rodríguez Contreras, Ricardo y Vargas Llave, Óscar. (10 de noviembre de 2020). El derecho a la desconexión en el trabajo: breves apuntes de la propuesta debatiéndose actualmente en el Parlamento Europeo. <https://www.transformaw.com/blog/el-derecho-a-la-desconexion-en-el-trabajo-breves-apuntes-de-la-propuesta-debatien-dose-actualmente-en-el-parlamento-europeo>.

Rojo Torrecilla, Eduardo. (1 de febrero de 2021). Sobre el derecho a la desconexión digital en el trabajo... y sobre los intentos de devaluar la importancia del diálogo social europeo y su trascendencia jurídica. A propósito de la Resolución del Parlamento Europeo de 21 de enero de 2021 (y unas notas sobre las conclusiones del abogado general del TJUE en el asunto C-928/19). *El blog de Eduardo Rojo*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/search?updated-max=2021-02-02T11:49:00%2B01:00&max-results=5>.





Medidas sociolaborales españolas de adaptación a la situación de Estado tercero del Reino Unido tras el Brexit.

Comentario del Real Decreto-Ley 38/2020, de 29 de diciembre

Thais Guerrero Padrón

*Profesora contratada doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Cádiz*

thais.guerrero@uca.es | <https://orcid.org/0000-0002-4814-6266>

Extracto

Con la entrada en vigor el 31 de enero de 2020 del Acuerdo de retirada, el derecho de la Unión ha dejado de aplicarse al Reino Unido –y, por tanto, a Gibraltar–, perdiendo la condición de Estado miembro de la Unión Europea y pasando a tener la consideración de tercer país. El Acuerdo de retirada dio inicio a un periodo transitorio que se extendería hasta el 31 de diciembre de 2020, durante el cual, en paralelo, la Unión Europea y el Reino Unido fueron negociando sus relaciones futuras. La incertidumbre sobre los resultados de este proceso negociador y la conciencia de que el Brexit comportaría importantes cambios y problemas en múltiples áreas a partir del 1 de enero de 2021 motivaron que España adoptase el Real Decreto-Ley 38/2020 fijando las oportunas medidas de adaptación a la situación de tercer Estado del Reino Unido. Esta norma, coincidente en el tiempo con la firma del Acuerdo de comercio y cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido, es objeto de análisis en el presente trabajo, en particular las medidas de índole social, laboral y de seguridad social, consideradas en un contexto tan singular que supera a la propia norma.

Palabras clave: cualificaciones profesionales; seguridad social; asistencia sanitaria; Gibraltar; Brexit.

Fecha de entrada: 15-02-2021 / Fecha de aceptación: 15-02-2021

Cómo citar: Guerrero Padrón, Thais. (2021). Medidas sociolaborales españolas de adaptación a la situación de Estado tercero del Reino Unido tras el Brexit. Comentario del Real Decreto-Ley 38/2020, de 29 de diciembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 456, 135-158.





Spanish socio-labour measures to adapt to the situation of the United Kingdom as a third country after Brexit.

Commentary on Royal Decree-Law 38/2020, of 29 December

Thais Guerrero Padrón

Abstract

The entry into force of the Withdrawal Agreement on 31 January 2020 means that EU law ceases to apply to the UK –and therefore to Gibraltar– losing its status as an EU Member State and becoming a third country. The Withdrawal Agreement initiated a transition period until 31 December 2020, during which, in parallel, the EU and the UK were negotiating their future relations. Uncertainty about the results of this negotiation process and the awareness that Brexit would entail major changes and problems in many areas as of 1 January 2021, led Spain to approve Royal Decree-Law 38/2020 establishing the appropriate measures for the adaptation to the UK's status as a third state. This regulation, which coincided in time with the signing of the Trade and Cooperation Agreement between the EU and the UK, is the subject of analysis in this article, in particular the social, labour and social security measures, considered in such a unique context that goes beyond the regulation itself.

Keywords: professional qualifications; social security; health care; Gibraltar; Brexit.

Citation: Guerrero Padrón, Thais. (2021). Spanish socio-labour measures to adapt to the situation of the United Kingdom as a third country after Brexit. Commentary on Royal Decree-Law 38/2020, of 29 December. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 456, 135-158.





Sumario

1. Antecedentes
 - 1.1. A propósito de Gibraltar
2. RDL 38/2020. Aspectos generales
 - 2.1. Normativa aplicable. Temporalidad y reciprocidad. Vigencia
3. Aspectos sociolaborales
 - 3.1. Acceso y ejercicio de profesión
 - 3.2. Acceso y mantenimiento de la condición de personas empleadas públicas
 - 3.3. Desplazamiento temporal de personas trabajadoras en el marco de una prestación de servicios
 - 3.4. Mantenimiento de los comités de empresa europeos
 - 3.5. Ejercicio de actividades de investigación e innovación
 - 3.6. Legislación aplicable en materia de Seguridad Social
 - 3.7. Acceso a las prestaciones por desempleo
 - 3.8. Acceso a la asistencia sanitaria
 - 3.9. Acceso a la universidad
 - 3.10. Otras cuestiones

Nota: trabajo realizado en el marco de la red de investigación de excelencia «La protección social y la coordinación de sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea e Iberoamérica: los desafíos del Brexit y el pilar europeo de derechos sociales» (RED2018-102508-T).

1. Antecedentes

El 23 de junio de 2016 se celebraba en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte el referéndum por el que este país decidía sobre su permanencia en la Unión Europea (UE). En este contexto, una de las materias objeto de debate fue, en particular, la coordinación de la Seguridad Social y la asistencia sanitaria en la UE en el marco de la libre circulación de las personas trabajadoras y ciudadanía comunitaria.

El positivo resultado del referéndum, aun con un margen muy estrecho de éxito, condujo a que el 29 de marzo de 2017 el Gobierno británico notificara al Consejo Europeo su intención de retirada de la UE, invocando el artículo 50 del [Tratado de la Unión Europea](#) para comenzar el proceso de salida. Los fallidos intentos de la primera ministra, Sra. May, para obtener el respaldo del Parlamento al Acuerdo de retirada que había negociado con los 27 Estados miembros, determinaron que la UE aplazara la fecha límite de retirada del Reino Unido de la Unión, en un primer momento al 12 de abril de 2019 y con posterioridad al 31 de octubre del mismo año.

Con la entrada en vigor el 31 de enero de 2020 del Acuerdo por el que se fijan las condiciones de retirada del Reino Unido de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica ([Acuerdo de retirada](#), en lo sucesivo, publicado en el [DOUE L 29, de 31 de enero](#)), el derecho de la Unión deja de aplicarse al Reino Unido, perdiendo la condición de Estado miembro de la UE y pasando a tener la consideración de tercer país.

El Acuerdo de retirada daba inicio a un periodo transitorio que se extendería hasta el 31 de diciembre de 2020, durante el cual, en paralelo, la UE y el Reino Unido fueron negociando sus relaciones futuras. Las prioridades durante este periodo transitorio consistían, de un lado, en garantizar una salida ordenada del Reino Unido, proporcionando protección recíproca a los ciudadanos/as de la UE y a los/las nacionales británicos que hubieran ejercido el derecho de libre circulación antes del final del periodo transitorio; y, de otro, en dotar de estabilidad al proceso negociador evitando en la medida de lo posible perturbaciones que hicieran peligrar el mismo. De este modo se justifica que durante el periodo transitorio y hasta su finalización siguiera aplicándose el derecho de la UE en y al Reino Unido, desplegando los mismos efectos que en los propios Estados miembros («hasta el 31 de diciembre de 2020, el derecho de la Unión Europea se aplica al Reino Unido y en el Reino Unido en su totalidad», con las excepciones del art. 127 [Acuerdo de retirada](#), que no trata aspectos sociolaborales).

Al margen de cómo evolucionara el proceso negociador entre ambas partes, resultaba evidente que la salida del Reino Unido de la Unión comportaría importantes cambios en múltiples áreas a partir del final del periodo transitorio, y ello con independencia de que finalmente se llegue o no a un acuerdo sobre una futura asociación entre la UE y el Reino Unido. De este modo, la Comisión Europea ([Comunicación sobre los preparativos para el final del periodo transitorio entre la Unión Europea y el Reino Unido, 9.7.2020 COM \(2020\), 324 final](#)) advertía en julio de 2020 que:

La salida del mercado único y de la unión aduanera generará obstáculos adicionales al comercio y a la movilidad transfronteriza de las personas, lo que requerirá ajustes tanto por parte de la Unión como del Reino Unido. Al dejar la Unión, el Reino Unido abandona también, de forma automática y por imperativo legal, todos los acuerdos internacionales de la Unión.

Las Administraciones públicas, las empresas y los ciudadanos de la Unión que aún no lo hayan hecho deben adoptar urgentemente todas las medidas necesarias para prepararse frente a estos cambios a fin de minimizar el coste de las perturbaciones en la mayor medida posible.

A esta comunicación siguen muchas otras preparatorias sobre materias de diversa índole, tratando de anticiparse a los cambios que inevitablemente se producirán a partir del 1 de enero de 2021. En el plano nacional, las medidas preparatorias para las consecuencias de la salida del Reino Unido de la UE, una vez concluya el periodo transitorio, se contemplan en el Real Decreto-Ley ([RDL 38/2020, de 29 de diciembre](#)), por el que se adoptan medidas de adaptación a la situación de Estado tercero del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte tras la finalización del periodo transitorio previsto en el Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 31 de enero de 2020.

En otro orden de cosas, la expectativa de finalizar las negociaciones sin llegar a un acuerdo entre la UE y el Reino Unido motivó, en el marco de la UE, la adopción de reglamentos de contingencia sobre transporte ferroviario, por carretera y aéreo, y sobre pesca, cuyo propósito era evitar trastornos que pudieran acarrear graves perjuicios para la UE. En España se aprobó el [RDL 5/2019, de 1 de marzo](#), por el que se adoptan medidas de contingencia ante la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea sin que se haya alcanzado el acuerdo previsto en el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea; norma que nunca entró en vigor debido a que se había adoptado efectivamente el Acuerdo de retirada. Su expresa derogación tendría lugar a través de la [disposición derogatoria única.2 del RDL 38/2020](#), citado.

Finalmente, las negociaciones sobre la relación futura entre la Unión y el Reino Unido culminaron el 24 de diciembre de 2020 con el compromiso de un Acuerdo de comercio y cooperación, un Acuerdo sobre seguridad de la información y un Acuerdo relativo a la cooperación sobre usos pacíficos de la energía nuclear entre la UE y el Reino Unido.

En efecto, el 30 de diciembre de 2020, la Unión y el Reino Unido firmaron el Acuerdo de comercio y cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra ([DOUE L444/14, de 31 de diciembre](#)), que define las relaciones futuras entre ambos. La Cámara de los Comunes ratificó el acuerdo, que de manera provisional entra en vigor el 1 de enero de 2021. No obstante, queda pendiente la ratificación por parte del Parlamento Europeo, que previsiblemente tendrá lugar en el pleno del mes de marzo. Posteriormente, el Consejo adoptará la decisión de celebración, lo que supondrá la ratificación del acuerdo por parte de la UE. Como señala el propio acuerdo, la aplicación provisional cesará en la fecha en la que ocurra primero una de las dos siguientes cosas: a) «el día 28 de febrero de 2021 u otra fecha que decida el Consejo de Asociación» (es decir, el organismo conjunto acordado por la UE y el Reino Unido para gestionar de manera eficaz este acuerdo) o b) «el primer día del mes siguiente a aquel en que ambas partes se hayan notificado mutuamente que han cumplido sus respectivos requisitos y procedimientos internos para establecer su consentimiento a vincularse» (art. FINPROV.11).

1.1. A propósito de Gibraltar

A partir de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo de retirada, el derecho comunitario dejaba de aplicarse al Reino Unido y, por lo tanto, a Gibraltar. La singular posición de Gibraltar en el proceso de salida del Reino Unido de la UE se plasmó en el Acuerdo de retirada a través de un protocolo específico por el que se establecían disposiciones separadas para ese territorio, tratando de dar una respuesta adecuada a todo posible efecto negativo en las estrechas relaciones sociales y económicas entre Gibraltar y la zona circundante. El Protocolo sobre Gibraltar señalaba en su artículo 1.1 el compromiso que adquirirían España y el Reino Unido para cooperar en la ejecución efectiva de la segunda parte del Acuerdo de retirada relativa a los «Derechos de los ciudadanos», de modo que las personas trabajadoras por cuenta ajena o por cuenta propia que residen en Gibraltar y trabajan en España (especialmente en el territorio de los municipios que componen la Mancomunidad de Municipios del Campo de Gibraltar), o viceversa, disfruten de los derechos recogidos en los artículos 24 y 25 del [Acuerdo de retirada](#), reconociendo en particular su derecho a la salida y entrada en el Estado de trabajo y a la conservación de todos los derechos laborales de que disfrutaban antes del Brexit en virtud de la legislación comunitaria. Finalizado el periodo transitorio, el citado protocolo ha dejado de estar vigente.

Cabe destacar, asimismo, el [Memorando de entendimiento sobre los derechos de los ciudadanos](#), firmado entre España y el Reino Unido (29 de noviembre de 2018), según el cual:

Se garantizarán los derechos de las personas trabajadoras del Campo de Gibraltar, incluyendo sus beneficios sociales, que disfrutarán en igualdad de condiciones que los locales conforme al principio de no discriminación. Se prevén, además, mecanismos de coordinación y el intercambio de información entre autoridades

para garantizar su efectivo cumplimiento. Asimismo, las autoridades británicas se han comprometido a reembolsar a la Hacienda española la diferencia en las prestaciones por desempleo adelantadas por España a trabajadores trasfronterizos.

Por su parte, el Acuerdo de comercio y cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido señala de manera contundente que «no se aplicará a Gibraltar ni tendrá efectos en dicho territorio» (art. FINPROV.1.3), lo que significa que la relación futura entre la UE y el Reino Unido sobre Gibraltar se regirá por un acuerdo separado que, de conformidad con la Declaración de 25 de noviembre de 2018 del Consejo Europeo y de la Comisión, requerirá un acuerdo previo del Reino de España.

El 31 de diciembre de 2020, España y el Reino Unido llegaron a un «principio de acuerdo» acerca de los elementos fundamentales que deben estar presentes en la negociación de un futuro tratado entre la UE y el Reino Unido con respecto a Gibraltar. Entre otros aspectos, se abordan cuestiones de relevancia para quienes prestan servicios transfronterizos, como la garantía del principio de igualdad de trato con las personas nacionales respecto al empleo, la retribución y sus condiciones laborales, la adquisición de un documento específico que acredite su condición de persona trabajadora fronteriza o la tramitación de una autorización de trabajo que dé acceso preferente al mercado laboral, al margen de su situación y sin limitaciones por ocupación, permitiendo, asimismo, la posibilidad de cambio de empresa. En este marco se pretende que tanto la persona empleadora como la trabajadora estén facultadas para solicitar la pertinente autorización de trabajo, que permitirá a esta última desplazarse con el propósito de buscar empleo. En materia de Seguridad Social se establecerán reglas de coordinación similares a las que prevé el Acuerdo de comercio y cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido, para garantizar la protección y los derechos de las personas que residen en España y trabajen en Gibraltar, y viceversa.

2. RDL 38/2020. Aspectos generales

Desde el 1 de enero de 2021, el Reino Unido ha dejado de participar en las políticas y programas de la Unión y ha abandonado por imperativo legal todos los acuerdos internacionales suscritos por la UE. Asimismo, ha salido del mercado único comunitario y de la unión aduanera, poniendo fin a la libre circulación de personas, mercancías y servicios, con el evidente riesgo de generar obstáculos adicionales al comercio y a la movilidad transfronteriza de personas.

Para hacer frente a las consecuencias de todo orden que conlleva la retirada del Reino Unido de la Unión, se ha aprobado en nuestro país el [RDL 38/2020, de 29 de diciembre](#) (BOE de 30 de diciembre), por el que se adoptan medidas de adaptación a la situación de Estado tercero del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte tras la finalización del periodo transitorio previsto en el Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica,

de 31 de enero de 2020. La justificación de acudir a este instrumento jurídico previsto para casos de extraordinaria y urgente necesidad es, precisamente, el inminente fin del periodo transitorio y las consecuencias que va a provocar la inaplicación de los tratados y la totalidad del acervo comunitario en las relaciones con el Reino Unido.

La norma tiene por objeto, por tanto, fijar las medidas de adaptación necesarias para facilitar el tránsito a la nueva situación creada a partir del 1 de enero de 2021. Evidentemente, tales medidas quedan limitadas al marco competencial del Estado, con lo que se pretende «contrarrestar los efectos indeseados del fin del periodo transitorio, y tutelar los intereses de ciudadanos y operadores económicos que ejercieron sus derechos al amparo de las libertades conferidas por los tratados». Precisamente, para preservar los intereses de los/las nacionales británicos y sus familiares residentes en España, se adoptan en el marco del referido RDL una serie de disposiciones de carácter temporal, condicionadas en general a que el Reino Unido garantice, en condiciones análogas, la protección de los intereses de los/las nacionales españoles de acuerdo con el principio de reciprocidad ([preámbulo](#), VI).

2.1. Normativa aplicable. Temporalidad y reciprocidad. Vigencia

Con carácter general, «a partir del 1 de enero de 2021, la normativa aplicable a los ciudadanos del Reino Unido será la propia de los ciudadanos de un Estado tercero». Cambia sustancialmente su estatuto jurídico al pasar de ser «ciudadanos» de la UE a nacionales de un tercer país. No obstante, esta regla general tiene las excepciones que prevé el propio precepto, que señala: «salvo lo dispuesto en el Acuerdo de retirada, en el presente real decreto-ley y su normativa de desarrollo, y en los futuros acuerdos internacionales que puedan celebrarse por España o por la Unión Europea» ([art. 2.1](#)).

Algunas medidas previstas en el RDL 38/2020 están sujetas a un plazo de vigencia, de modo que dejarán de estar en vigor por el mero transcurso del mismo, a no ser que el Gobierno decida expresamente prorrogarlas ([art. 2.2](#)). Otras, en cambio, dependen del funcionamiento del mecanismo de la reciprocidad. A tal efecto, el [artículo 3.1 del RDL](#) establece lo siguiente:

Transcurrido un plazo de 2 meses desde la entrada en vigor del presente real decreto-ley, serán suspendidas las medidas reguladas en él, cuando así se prevea expresamente, si las autoridades competentes no conceden un tratamiento recíproco a las personas físicas o jurídicas de nacionalidad española en el Reino Unido o en Gibraltar en cada uno de los ámbitos afectados.

Añade el [apartado 2 del citado precepto](#) que:

La suspensión se hará efectiva mediante acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del titular del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación,

y previo informe del ministerio competente por razón de la materia, en el cual se especificará la fecha efectiva de la suspensión.

Los artículos 4 a 12 de la norma que analizamos regulan aspectos de contenido socio-laboral, esencialmente entre los capítulos II y III. El capítulo II, dedicado a las relaciones profesionales y laborales, se estructura en varias secciones que versan sobre el acceso y ejercicio de profesión (sección 1.^a), las relaciones laborales (sección 2.^a), las actividades de investigación e innovación (sección 3.^a), la Seguridad Social (sección 4.^a) y el acceso a las prestaciones por desempleo (sección 5.^a). Por su parte, el capítulo III aborda en dos artículos (11 y 12) la asistencia sanitaria y el acceso a la universidad.

Ninguna de las medidas contempladas en los capítulos II y III del RDL prevé expresamente su suspensión cuando transcurran 2 meses desde la entrada en vigor de esta norma, en los términos estrictos del artículo 3.1, es decir, condicionado a que «las autoridades competentes no conceden un tratamiento recíproco a las personas físicas o jurídicas de nacionalidad española en el Reino Unido o en Gibraltar en cada uno de los ámbitos afectados».

En cambio, sí hay remisión expresa al artículo 3.1 en los siguientes preceptos: artículos 4.5, tercer párrafo, y 4.8 (acceso y ejercicio de profesión); 5.4 (acceso y mantenimiento de la condición de empleados/as públicos); 6.3 (desplazamiento de personas trabajadoras); 9, primer párrafo (legislación de Seguridad Social aplicable); y 11.3 (asistencia sanitaria). En otras ocasiones, en cambio, la condición de un tratamiento recíproco no va acompañada de la mención expresa del artículo 3.1, como en los artículos 6.2 (desplazamientos temporales) y 8.1 (ejercicio de actividades de investigación, desarrollo e innovación).

Este panorama suscita ciertas dudas interpretativas. En particular, si los artículos 4 a 12 no prevén la posible suspensión expresa de las medidas reguladas en los términos señalados, o si, por el contrario, la sola remisión al artículo 3.1 en aquellos preceptos debe considerarse que abre la posibilidad a la suspensión de la oportuna medida cuando hayan transcurrido 2 meses sin observarse un tratamiento recíproco por las autoridades británicas, bajo las formalidades del apartado 2 del artículo 3.

Sobre el tema, el preámbulo señala que:

[...] algunas de las medidas reguladas en el real decreto-ley serán suspendidas por el Gobierno una vez transcurrido un plazo mínimo de 2 meses desde su entrada en vigor, si las autoridades británicas competentes no conceden un tratamiento equivalente a las personas físicas o jurídicas de nacionalidad española en cada uno de los ámbitos afectados.

En estos términos, parece que podría acogerse la segunda interpretación de las dos señaladas. No obstante, con todas las cautelas, suscribimos lo que sostenía la Sentencia 150/1990, de 4 de octubre, del Pleno del Tribunal Constitucional, al indicar que «los preámbulos o

exposiciones de motivos de las leyes carecen de valor normativo», pero evidentemente marcan las líneas interpretativas de las normas que regulan (FJ 2.º).

Cuestión nuclear, en otro orden de cosas, es la entrada en vigor y vigencia del RDL ([disp. final sexta](#)). Como regla general, la entrada en vigor es el día 1 de enero de 2021. No obstante, y como excepción, la entrada en vigor de varios de sus preceptos queda condicionada a la celebración de un acuerdo de relación futura entre la UE y el Reino Unido que contemple expresamente las previsiones establecidas en los mismos, en concreto los artículos 4 –acceso y ejercicio de profesión–, 9 –Seguridad Social–, 11 –asistencia sanitaria– y 14.2 –contratación pública–. Como señalan los [apartados 2 y 3 de la disposición final sexta](#), no aplicables a Gibraltar (apdo. 4), aquellos artículos no entrarán en vigor en el supuesto de que el citado acuerdo entre la UE y el Reino Unido entre en vigor el 1 de enero de 2021, o perderán su vigencia si en cualquier momento posterior al día 1 de enero de 2021 entra en vigor tal acuerdo. En cambio, si el acuerdo fuera de aplicación provisional y perdiera vigencia a causa de no ratificarlo cualquiera de las partes, en la fecha que esto acontezca entrarían en vigor aquellos artículos del RDL.

Realmente, nos encontramos en la primera parte de este último escenario. En la misma [fecha en la que se publica en el BOE el RDL 38/2020](#), se firma el Acuerdo de comercio y cooperación entre la Unión y el Reino Unido, publicándose en el [DOUE el día 31 de diciembre de 2020](#) y entrando en vigor provisionalmente el día 1 de enero de 2021. Como hemos señalado, se ha previsto el cese de la aplicación provisional, bien el 28 de febrero de 2021 (u otra fecha que decida el Consejo de Asociación), o el primer día del mes siguiente en que ambas partes se notifiquen el cumplimiento de las condiciones internas necesarias para expresar su consentimiento a vincularse. Salvo que la UE no ratificara el acuerdo (algo que parece improbable), los artículos 4, 9, 11 y 14.2 del RDL no entrarán en vigor y las materias que regulan se regirán por lo establecido en el citado Acuerdo de comercio y cooperación entre la UE y el Reino Unido, con la importante salvedad de Gibraltar. En efecto, el acuerdo citado no se aplica a este territorio ni las salvedades previstas en relación con los artículos 4, 9, 11 y 14.2 del RDL.

3. Aspectos sociolaborales

3.1. Acceso y ejercicio de profesión

Como se ha señalado con anterioridad, el [artículo 4 del RDL](#), que regula el acceso y ejercicio de profesión, probablemente no entre en vigor. El Acuerdo de comercio y cooperación suscrito entre la Unión y el Reino Unido se está aplicando provisionalmente y en breve será ratificado por la UE, con lo que adquirirá plena vigencia. Esta situación obliga a hacer un breve apunte sobre la regulación de esta materia en el citado acuerdo, sin perjuicio de un tratamiento pormenorizado del [artículo 4 del RDL](#).

En lo relativo a los servicios profesionales, el acuerdo de referencia permite la entrada y estancia temporal en su respectivo territorio de «profesionales independientes» de la otra parte. En principio, y salvo los compromisos que puedan asumirse, cada parte aplicará su legislación nacional en lo relativo a la entrada y estancia temporal de personas físicas, así como sobre trabajo y seguridad social. Específicamente, el acuerdo destaca la concesión de un trato no menos favorable que el que se concede, en situaciones similares, a las propias personas prestadoras de servicios. Para las personas profesionales independientes, el acceso al territorio de la otra parte se circunscribe al servicio del objeto del contrato, sin facultar, por tanto, para ejercer la profesión en la parte donde se preste el servicio, con la estancia limitada a un periodo acumulativo de 12 meses, o por la duración del contrato, si es inferior (art. SERVIN.4.4).

Sobre las cualificaciones profesionales, el acuerdo señala, como regla general, que a partir del 1 de enero de 2021 las partes pueden exigir a los/las nacionales tener reconocidas las cualificaciones profesionales necesarias especificadas en el territorio donde se realice la actividad, sobre la base de las normas aplicables a las cualificaciones de los/las nacionales de terceros Estados, lo que no impide negociar entre las partes acuerdos concretos adicionales sobre el reconocimiento mutuo de cualificaciones profesionales para profesiones específicas (art. SERVIN.5.13).

El [artículo 4 del RDL](#) contempla una serie de supuestos relacionados con el acceso y ejercicio de profesiones para las que se ha obtenido o se quiere obtener el reconocimiento de cualificaciones profesionales. En su mayoría, afectan a nacionales del Reino Unido que se encuentran en España con anterioridad al 31 de diciembre de 2020. Como denominador común a todos los supuestos, existe una prolongación del régimen jurídico vigente (con una duración variable según el caso), quedando postergados los efectos de su nueva condición de nacionales de tercer país, lo que supone un tratamiento cualificado o más favorable, probablemente motivado por haber ejercido un derecho cuando eran ciudadanos/as de un Estado miembro o bajo la vigencia del periodo transitorio. Salvo alguna excepción justificada, este tratamiento queda condicionado a la concesión, por las autoridades británicas competentes, de una regulación recíproca para las personas físicas o jurídicas de nacionalidad española en el Reino Unido o en Gibraltar ([art. 4.8](#) en relación con [art. 3.1 RDL 38/2020](#)). Los supuestos son los siguientes:

Primero. Nacionales del Reino Unido que ejercen de forma permanente una profesión o actividad profesional para cuyo acceso y ejercicio se requiere ser nacional de un Estado miembro ([art. 4.1](#)). Tratándose de nacionales del Reino Unido que antes del 31 de diciembre de 2020 se encontraban en España ejerciendo de forma permanente tal profesión o actividad profesional, pueden «continuar ejerciéndola en las mismas condiciones y sin necesidad de realizar trámites adicionales», siempre que cumplan las demás condiciones a las que se somete su ejercicio. Previsión sujeta a que las autoridades británicas competentes concedan un tratamiento recíproco a los/las nacionales españoles en situación análoga ([art. 4.8 RDL](#)).

Segundo. Participación en la realización de pruebas de aptitud para el acceso al ejercicio de determinadas profesiones. En este caso, los/las nacionales del Reino Unido quedan eximidos de solicitar el trámite de dispensa de nacionalidad, cuando este fuera exigible, siempre que tales pruebas hubieran sido convocadas antes del 1 de enero de 2021 (art. 4.2). Regla sujeta a reciprocidad (art. 4.8).

Tercero. Solicitud de reconocimiento de cualificaciones profesionales. El régimen jurídico vigente continúa aplicándose a: 1) las solicitudes de reconocimiento de cualificaciones profesionales obtenidas en el Reino Unido o en cualquier otro Estado miembro que sean presentadas por nacionales británicos ante las autoridades españolas (art. 4.3, primer párrafo); y 2) las solicitudes de reconocimiento de cualificaciones profesionales obtenidas en el Reino Unido por españoles/as o nacionales de otros Estados miembros que fueran presentadas ante las autoridades españolas (art. 4.4, primer párrafo). En ambos casos, la presentación de la solicitud se habrá realizado antes de la entrada en vigor del RDL o en los 5 años siguientes, siendo preceptivo que la admisión al inicio de los estudios o actividades conducentes a su obtención se hubiera efectuado antes del 1 de enero de 2021. Si bien lo establecido en el primer supuesto está condicionado a la concesión de un tratamiento recíproco por las autoridades británicas, en el segundo no se menciona la reciprocidad, dado que no se espera del Reino Unido ningún tratamiento hacia las personas de nacionalidad española en aquel país en este caso particular (art. 4.8 RDL).

Cuarto. Solicitudes de reconocimiento automático de títulos de formación. Tales solicitudes, presentadas por nacionales del Reino Unido, así como por españoles/as o nacionales de otros Estados miembros ante las autoridades españolas antes de la entrada en vigor del RDL o en los 5 años siguientes, pueden ser objeto de reconocimiento siempre que la admisión al inicio de los estudios o actividades conducentes a su obtención se hubiera efectuado antes del 1 de enero de 2021, con independencia de la fecha de expedición del título. Debe destacarse que el reconocimiento por parte de las autoridades españolas quedará condicionado a que el Reino Unido no haya modificado la formación necesaria para la obtención de alguna de estas titulaciones, apartándose sustancialmente de las condiciones mínimas de formación establecidas a nivel europeo; circunstancia que se constatará mediante acuerdo del Consejo de Ministros (arts. 4.3, segundo párrafo, y 4.4, segundo párrafo, RDL).

El reconocimiento automático de títulos de formación se rige por lo dispuesto en los artículos 29 y siguientes del Real Decreto (RD) 581/2017, de 9 de junio, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/55. La finalidad en este campo es eliminar las trabas al ejercicio de los derechos de la ciudadanía de la UE y aliviar la burocracia que conlleva el reconocimiento de las cualificaciones profesionales. Como señala el RD 581/2017 (preámbulo):

Dichos principios comunes de formación deben adoptar la forma de «marcos comunes de formación» basados en un conjunto común de pruebas de formación normalizadas sobre conocimientos, aptitudes y competencias. Los marcos comunes de formación también deberían poder incluir especialidades, que en la

actualidad no se acogen a las disposiciones sobre reconocimiento automático. Los marcos comunes de formación relativos a dichas especialidades, en particular las especialidades médicas, deben ofrecer un elevado nivel de protección de la salud pública y la seguridad de los pacientes.

Una modificación unilateral de la formación necesaria para obtener alguna de esas titulaciones podría alterar los principios comunes de formación alentados por la normativa comunitaria para profesiones como las de «médico, médico especialista, enfermera responsable de cuidados generales, odontólogo, veterinario, farmacéutico y arquitecto», entre otras, que menciona el [RD 581/2017](#).

Bajo estas consideraciones y sin perjuicio de la regla de reciprocidad aplicable para las solicitudes de reconocimiento automático de títulos de formación presentadas en España por personas con nacionalidad británica, quedaría justificado denegar el reconocimiento automático de títulos de formación, aplicando al/a la nacional del Reino Unido las reglas que rigen esta materia para las personas extranjeras en España, cuyas exigencias de calidad no son menores (sirva de ejemplo el [RD 459/2010, de 16 de abril](#), por el que se regulan las condiciones para el reconocimiento de efectos profesionales a títulos extranjeros de especialista en Ciencias de la Salud, obtenidos en Estados no miembros de la Unión Europea).

Quinto. Prestación de servicios profesionales en España de forma temporal u ocasional. Los/las nacionales británicos establecidos en el Reino Unido o en un Estado miembro de la UE, o los ciudadanos/as comunitarios establecidos en el Reino Unido, que ejercen en España una profesión o actividad profesional de forma temporal u ocasional, en las condiciones previstas por el [título II del RD 581/2017](#) y normas concordantes, pueden continuar ejerciendo tal profesión o actividad profesional con la exclusiva finalidad de cumplir los contratos vigentes celebrados con anterioridad al 1 de enero de 2021.

Tratándose del primer desplazamiento que requiere haber formulado por parte de la persona prestadora del servicio una declaración previa ante la autoridad competente española para informar de la prestación que se pretende realizar (bajo las condiciones señaladas en el [art. 13.1 RD 581/2017](#)) con vistas a ejercer su profesión o actividad profesional de manera temporal u ocasional, podrá continuar ejerciéndola en las condiciones previstas por el título II del citado RD durante la validez de la declaración, sin posibilidad de renovaciones, siempre que se respeten las demás condiciones aplicables ([art. 4.5, segundo párrafo, RDL](#)).

A tal fin y condicionado al principio de reciprocidad, los/las nacionales británicos que se encontrasen en España antes del 1 de enero de 2021 podrán permanecer en nuestro país, sin necesidad de obtener autorización previa de residencia y trabajo ([párrafo tercero del citado art. 4.5 RDL](#)).

Sexto. Sociedades profesionales constituidas en el Reino Unido que operan habitualmente en España:

Hasta el 30 de junio de 2021, las sociedades profesionales constituidas de conformidad con la legislación del Reino Unido, cuyo domicilio, administración central o centro de actividad principal se encuentre en el Reino Unido, que viniesen operando habitualmente en España con anterioridad a esa fecha al amparo de lo previsto en la disposición adicional séptima de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, podrán continuar ejerciendo en España la actividad que constituya su objeto social ([art. 4.6 RDL](#)).

Por tanto, hasta la fecha señalada se aplica la legislación vigente sin perjuicio de la regla de reciprocidad, advirtiendo que el ejercicio del objeto social de esas sociedades deba ser realizado por personas colegiadas en España en el colegio profesional correspondiente.

Séptimo. Auditores/as de cuentas y sociedades de auditoría inscritos en el Registro Oficial de Auditoría de Cuentas. La legislación vigente se aplicará durante 2021 a aquellas personas auditoras de cuentas y sociedades de auditoría que se encuentren inscritas en el mencionado registro a fecha 31 de diciembre de 2020, sin que les afecte la nueva condición de tercer país del Reino Unido a los efectos del cumplimiento de los requisitos exigidos en los artículos 10 y 11 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de auditoría de cuentas ([art. 4.7 RDL](#)). Este supuesto está igualmente condicionado a un tratamiento recíproco por las autoridades británicas ([art. 4.8 RDL](#)).

3.2. Acceso y mantenimiento de la condición de personas empleadas públicas

El [artículo 5 del RDL 38/2020](#) regula la situación de los/las nacionales británicos que prestan servicios en las Administraciones públicas españolas como personal funcionario y personal laboral. En general, no se advierten diferencias sustanciales de tratamiento por haber pasado el Reino Unido a ser un tercer Estado, advirtiendo que las previsiones del artículo 5 están sujetas a la concesión de un tratamiento recíproco a los españoles/as en el Reino Unido o Gibraltar por las autoridades británicas competentes, en los términos previstos en el [artículo 3.1 \(art. 5.4 RDL\)](#).

Considerando la singularidad de la función pública y su ejercicio por personas extranjeras, la [Ley del Estatuto Básico del Empleado Público](#) permite el acceso de los/las nacionales de los Estados miembros de la UE a los empleos públicos como personal funcionario, en igualdad de condiciones que los españoles/as ([art. 57.1](#)); previsión que se extiende, cualquiera que sea su nacionalidad, al/a la cónyuge (no separado de derecho) y descendientes de los españoles/as y de los/las nacionales de otros Estados miembros de la UE ([art. 57.2](#)) y, asimismo, a las «personas incluidas en el ámbito de aplicación de los tratados internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España en los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores» ([art. 57.3](#)). Fuera de los supuestos señalados,

se deduce que los/las nacionales de terceros países (personas extranjeras que precisan autorización de residencia para permanecer en España, conforme a la [Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero](#), sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) tienen vetado el acceso a la condición de funcionario/a público en nuestro país; no ocurre así para acceder a las Administraciones públicas como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles/as, como expresamente señala el [artículo 57.4 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público](#).

Volviendo al [artículo 5 del RDL 38/2020](#), el mantenimiento de la condición de funcionario/a en España y el acceso al proceso de selección correspondiente se rigen por la regla de la continuidad, con algunas cautelas en cuanto a las fechas de adquisición de esa condición o de presentación de la solicitud para participar en el proceso de selección. Las personas nacionales británicas que hubieran accedido o iniciado una prestación de servicio funcional antes del 1 de enero de 2021 pueden continuar prestando tales servicios en las mismas condiciones. De igual manera, se permite la participación de las personas nacionales del Reino Unido en los procesos de selección de personal funcionario de las Administraciones públicas españolas cuando la fecha de expiración del plazo de presentación de solicitudes para participar sea anterior al 1 de enero de 2021 ([apdos. 1 y 2 art. 5 RDL](#)).

La continuidad también se aplica a las personas de nacionalidad británica que prestan servicios en las Administraciones públicas como personal laboral. Lo singular en este caso es que la norma ([art. 5.3](#)) no supedita el mantenimiento de tal condición a haber accedido a la prestación del servicio antes del 1 de enero de 2021, precisamente porque el acceso al empleo público como personal laboral –en igualdad de condiciones que los españoles/as– es posible para cualquier persona extranjera con residencia legal en España, y no solo para los ciudadanos/as de la UE. En este punto no hay otras variaciones que las que pudieran derivar en caso de que las autoridades británicas no observaran un tratamiento recíproco para los españoles/as en el Reino Unido o en Gibraltar ([ex art. 3.1 RDL](#)).

3.3. Desplazamiento temporal de personas trabajadoras en el marco de una prestación de servicios

A partir del 1 de enero de 2021, la [Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre](#), sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, deja de aplicarse al Reino Unido. Como señala el [documento preparatorio de la Comisión Europea de 6 de octubre de 2020 sobre desplazamiento de trabajadores](#), a partir de esa fecha, las personas trabajadoras de empresas del Reino Unido o de la UE que ya se encontraran desplazadas en el territorio de la UE o del Reino Unido, respectivamente, dejarán de estar comprendidas en el ámbito de aplicación de la [Directiva 96/71](#). Esto supone que su derecho a seguir prestando servicios, una vez concluido el periodo transitorio, dependerá, para las personas trabajadoras desplazadas

al Reino Unido, de la legislación nacional del Reino Unido; y para quienes fueran desplazados a la UE, de la legislación de la UE (acervo comunitario en materia de migración legal, como la [Directiva 2003/109/CE](#) sobre residentes de larga duración y la [Directiva 2009/50/CE](#) sobre la tarjeta azul de la UE, o por otras disposiciones del derecho de la UE) y el derecho nacional de los Estados miembros de la UE, sin que, con carácter general, las personas trabajadoras desplazadas sean consideradas beneficiarias del Acuerdo de retirada.

No obstante, el [artículo 6 del RDL 38/2020](#) regula un régimen transitorio que, bajo la regla de la reciprocidad, supone continuar aplicando la citada directiva a los desplazamientos efectuados antes del final del periodo transitorio cuya duración se prolongue más allá del 31 de diciembre de 2020. No ocurre así para los desplazamientos que tengan lugar a partir del 1 de enero de 2021, a los que será de aplicación la normativa española de extranjería.

Primero. Desplazamientos efectuados antes del 31 de diciembre de 2020 que se mantienen con posterioridad a esta fecha.

Los [apartados 1 y 2 del artículo 6 del RDL](#) contemplan el supuesto de empresas establecidas en España que, antes del 1 de enero de 2021, hayan desplazado temporalmente personas trabajadoras al Reino Unido o Gibraltar, conforme a las reglas de la [Directiva 96/71](#).

En este caso, se aplica la normativa británica de trasposición de la citada directiva durante todo el periodo de desplazamiento; regla condicionada al reconocimiento, por las autoridades británicas competentes, de un tratamiento recíproco a las personas trabajadoras de empresas establecidas en el Reino Unido o Gibraltar que hubieran sido desplazadas a España, igualmente de conformidad con la [Directiva 96/71](#). Por tanto, siempre que se observe un tratamiento recíproco, los desplazamientos efectuados antes del final del periodo transitorio cuya duración se extienda después de esa fecha siguen afectados por las normas de trasposición de la [Directiva 96/71](#) hasta su finalización.

Los [apartados 3 y 4 del artículo 6 del RDL](#) regulan el supuesto de empresas establecidas en el Reino Unido o Gibraltar que hubieran desplazado personas trabajadoras a España antes del 31 de diciembre de 2020 y continúen desplazadas tras esta fecha, distinguiendo si se atienden a la duración inicialmente prevista para el desplazamiento o, en otro caso, se quiere extender aquella.

En el primer supuesto, las personas trabajadoras desplazadas pueden permanecer en España «para la prestación de dicho servicio» hasta que concluya la duración prevista del desplazamiento que fue comunicado a la autoridad laboral correspondiente, sin que sea necesario obtener autorización previa de residencia y trabajo (trámites administrativos reservados en la normativa de extranjería española para personas trabajadoras procedentes de terceros países, no así para las comunitarias). Este tratamiento más favorable exige, asimismo, la concesión de un tratamiento recíproco por las autoridades competentes a quienes hubieran sido desplazadas al Reino Unido o Gibraltar por empresas establecidas en España.

En el segundo caso –extensión de la duración del desplazamiento inicialmente prevista– se aplica (parcialmente) la normativa española de extranjería, de modo que se exige la obtención de autorización previa de residencia y trabajo, mas no de visado. Esta autorización deberá solicitarla la empresa establecida en España a favor de la persona trabajadora desplazada, sin que sea de aplicación la situación nacional de empleo.

Segundo. Desplazamientos efectuados con posterioridad al 1 de enero de 2021.

Finalmente, el [apartado 5 del artículo 6 del RDL](#) se refiere literalmente a «los trabajadores de empresas establecidas en el Reino Unido o en Gibraltar que sean desplazados a España a partir del 1 de enero de 2021». En este caso, se aplica sin paliativos la normativa española de extranjería, de modo que es preceptivo obtener los correspondientes visados o autorizaciones de residencia y trabajo, «sin perjuicio de los compromisos que se asuman en el marco de un eventual acuerdo entre la Unión Europea y el Reino Unido».

3.4. Mantenimiento de los comités de empresa europeos

El final del periodo transitorio conlleva dejar de aplicar al Reino Unido la [Directiva 2009/38/CE, de 6 de mayo](#), sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

Como advierte la [Comunicación de la Comisión de 21 de abril de 2020 sobre retirada del Reino Unido y normas de la Unión en los comités de empresa europeos](#), son varias las consecuencias que derivan del hecho de que el Reino Unido ya no cuente como un Estado miembro y las personas trabajadoras por cuenta ajena de este país dejen de considerarse como tales en los Estados miembros, entre otras: 1) influirá numéricamente para calificar una empresa o un grupo de empresas como empresas de dimensión comunitaria a las que se aplica la [Directiva 2009/38/CE](#); 2) afectará a la obligación de la dirección central de iniciar las negociaciones para la constitución de un comité de empresa europeo o, alternativamente, un procedimiento de información y consulta; 3) puede resultar decisivo para la elección o designación de quienes integren la comisión negociadora en proporción al tamaño de la plantilla empleada en cada Estado miembro por la empresa o el grupo de empresas de dimensión comunitaria; 4) incluso en el caso de que se hubiera establecido el comité de empresa europeo, la pérdida de plantilla que implica no alcanzar los límites mínimos supondrá dejar de estar sujeto a los derechos y obligaciones derivados de la [Directiva 2009/38](#).

En esta materia, el [artículo 7 del RDL](#) ha optado por que el comité de empresa europeo siga funcionando bajo los términos de la legislación nacional. Brevemente señala lo siguiente:

Los comités de empresa europeos o los procedimientos alternativos de información y consulta a los trabajadores constituidos, en los que participen trabajadores

o empresas del Reino Unido y que tengan su dirección central en España, y que hayan sido acordados con anterioridad al 1 de enero de 2021, de conformidad con lo establecido en la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, seguirán vigentes en los términos previstos en dicha ley, en tanto no se proceda a la modificación de los mismos en los términos previstos en la citada norma.

3.5. Ejercicio de actividades de investigación e innovación

La retirada del Reino Unido de la UE puede tener repercusión sobre aquellas personas de nacionalidad británica en España y de nacionalidad española en el Reino Unido que se encuentren ejerciendo actividades de investigación, desarrollo e innovación. Como en supuestos precedentes, para los/las nacionales del Reino Unido en España rige la regla de la continuidad, de modo que sigue aplicándose la legislación española vigente si el ejercicio de esas actividades se estuviera llevando a cabo antes del final del periodo transitorio, continuando con posterioridad a esta fecha; previsión condicionada a que los/las nacionales españoles que ejercen ese tipo de actividades en el Reino Unido bajo los mismos parámetros temporales reciban un tratamiento recíproco por parte de la autoridad competente.

En concreto, el [artículo 8 del RDL](#) señala:

Aquellos nacionales del Reino Unido que, a 31 de diciembre de 2020, estén ejerciendo en España actividades de investigación, desarrollo e innovación [...], con o sin ánimo de lucro, podrán continuar ejerciéndolas en los mismos términos en que lo tengan reconocido, siéndoles de aplicación la legislación española vigente, siempre y cuando se reconozca un tratamiento recíproco a los nacionales españoles por parte de las autoridades competentes en el Reino Unido o en Gibraltar.

Específicamente quedan incluidos en este supuesto el personal investigador, de acuerdo con lo dispuesto en la [Ley 14/2011, de 1 de junio](#), de la ciencia, la tecnología y la innovación ([art. 13](#)), así como el personal docente e investigador, definido en la [Ley orgánica 6/2001, de 21 de diciembre](#), de universidades ([arts. 47 y ss.](#)).

El [artículo 13.1 de la Ley 14/2011](#) ofrece una amplia definición de lo que debe entenderse por actividades de investigación, desarrollo e innovación, entendidas, en los siguientes términos:

[...] trabajo creativo realizado de forma sistemática para incrementar el volumen de conocimientos, en cualquiera de las áreas de la ciencia, incluidos los relativos al ser humano, la cultura y la sociedad, así como el uso de esos conocimientos para crear nuevas aplicaciones y servicios, su transferencia y divulgación [tanto en entidades de naturaleza pública como en aquellas de naturaleza privada, con o sin ánimo de lucro].

Se infiere del [artículo 8](#) mencionado la aplicación de la normativa española vigente a las personas nacionales británicas en España que ejercen las actividades de investigación, formación e innovación en los términos señalados, en igualdad de condiciones que los propios españoles/as. En caso de no haber reciprocidad en el tratamiento a las personas nacionales españolas en el Reino Unido que ejercitan las actividades señaladas, el tratamiento jurídico en España sería el aplicable a las personas investigadoras extranjeras. En este punto resulta ineludible el [RDL 11/2018, de 31 de agosto](#), de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, que específicamente traspone la [Directiva 2016/801, de 11 de mayo](#), relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*.

En la labor de trasposición de la [Directiva 2016/801](#), el [RDL 11/2018](#) modificaba la sección de movilidad internacional de la [Ley 14/2013, de 27 de septiembre](#), de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, e igualmente la [Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero](#), sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y su reglamento, aprobado por [RD 557/2011, de 20 de abril](#). Con todo, es posible apreciar un tratamiento jurídico ventajoso o, al menos, mejor que el establecido con carácter general para las personas extranjeras, en lo relativo a las condiciones de entrada, residencia y movilidad para las personas nacionales de terceros países dedicadas a labores de investigación, formación e innovación. A falta de reciprocidad y un convenio bilateral o multilateral que regulara estos aspectos, cabría preguntarse acerca del tenor de la normativa de extranjería británica aplicable a las personas nacionales españolas.

3.6. Legislación aplicable en materia de Seguridad Social

El [artículo 9 del RDL](#) se ocupa de señalar las reglas para determinar la legislación aplicable en materia de Seguridad Social a aquellas personas que puedan estar sujetas a las legislaciones de Seguridad Social de España y el Reino Unido. Importante en este punto resulta la advertencia, desde el primer momento, de condicionar lo establecido en este apartado a que las autoridades británicas actúen en reciprocidad, según lo señalado en el [artículo 3.1 del RDL](#).

La entrada en vigor del artículo citado está condicionada en los términos señalados en la [disposición final sexta del RDL](#), como se ha comentado con anterioridad. En este caso concreto, el Acuerdo de comercio y cooperación entre la Unión y el Reino Unido regula, en un protocolo específico, la legislación aplicable en materia de Seguridad Social prácticamente en los mismos términos que el [artículo 9 del RDL](#), a su vez reproduciendo sustancialmente las reglas establecidas en los artículos 11 y 12 del [Reglamento \(CE\) 883/2004](#),

de 29 de abril, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social. De este modo, dando continuidad a la situación anterior a la fecha de retirada del Reino Unido de la UE, se establece el principio de una única legislación aplicable determinando en cada caso, según las circunstancias descritas, qué legislación –española o británica– resultará de aplicación conforme a las siguientes reglas generales (art. 9.1 y 2 RDL):

- Las personas que perciben una prestación en metálico por el hecho o como consecuencia de su actividad por cuenta ajena o propia serán consideradas como si ejercieran dicha actividad. Esta regla no se aplicará a las pensiones de invalidez, de vejez o supervivencia, a las rentas por accidente de trabajo o enfermedad profesional, ni a las prestaciones por enfermedad en metálico que sean de duración ilimitada.
- Las personas que ejercen una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado, sea España o el Reino Unido, se rigen por la *lex loci laboris*.
- Las personas empleadas públicas estarán sujetas a la legislación del Estado del que dependa la Administración, España o Reino Unido.
- Para quienes son llamados o vueltos a llamar al servicio militar o civil de un Estado, bien España o el Reino Unido, se aplica la legislación de ese Estado (regla omitida en el Acuerdo de comercio y cooperación entre la Unión y el Reino Unido).
- Por último, a quienes no queden encuadrados en ninguno de los supuestos precedentes se aplica la legislación del Estado de residencia, España o Reino Unido.

En los casos de trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia normalmente a bordo de un buque, y como tripulante de vuelo o de cabina en el marco de una prestación de servicios de transporte aéreo de pasajeros/as o mercancías, la norma contempla reglas específicas para determinar la legislación de Seguridad Social aplicable. En el primer caso, rige la legislación del Estado, España o Reino Unido, cuyo pabellón enarbola el buque. Sin embargo y pese al pabellón, si la empresa que abona la retribución a la persona trabajadora tiene su sede o su domicilio en el otro Estado, se aplicará a dicha persona trabajadora la legislación de este último si reside en el mismo (art. 9.5 a) RDL). En el segundo caso, la actividad desarrollada se considera realizada en el Estado, España o Reino Unido, en el que se encuentra la correspondiente sede o base aérea, siendo su legislación aplicable a dichas personas tripulantes (art. 9.5 b) RDL).

Para el supuesto de actividades realizadas en dos o más Estados, se aplican igualmente reglas particulares. El artículo 9.5 del RDL contempla dos supuestos de desplazamiento de España al Reino Unido, o viceversa, cuya duración previsible sea inferior a 24 meses. El primero se refiere a la persona asalariada que presta servicios en un Estado, Reino Unido o España, por cuenta de una persona empleadora que ejerce normalmente en aquel sus actividades y al que esta envía para realizar un trabajo por su cuenta en el otro Estado, que

en ningún caso conlleve sustituir a otra persona. El segundo, similar, afecta a quien normalmente ejerce una actividad por cuenta propia en un Estado, Reino Unido o España, y que vaya a realizar una actividad similar en el otro Estado. En ambos casos, la legislación de Seguridad Social aplicable sigue siendo la del primer Estado, donde normalmente la persona realiza su actividad.

3.7. Acceso a las prestaciones por desempleo

El [preámbulo del RDL](#) señala que las medidas incluidas en el [artículo 10](#) persiguen favorecer el acceso a las prestaciones por desempleo de los/las nacionales de la UE que tuvieran periodos cotizados en el Reino Unido antes de la finalización del periodo transitorio, siempre que hubieran realizado en España las últimas cotizaciones.

Los dos primeros apartados del precepto citado reparan en las prestaciones españolas por desempleo o cese de actividad (títulos [III](#) y [V](#) Ley general de la Seguridad Social) y la posibilidad de cálculo y adquisición de las mismas contabilizando, conforme al principio de totalización (art. 6 [Reglamento 883/2004](#)), los periodos de seguro cubiertos hasta el 31 de diciembre de 2020 por ciudadanos/as de la UE en el Reino Unido, y por personas de nacionalidad británica en otros Estados miembros y en su propio país. En ambos casos resulta preceptivo, siguiendo el artículo 65 del [Reglamento 883/2004](#), haber cotizado en último lugar en España, y, además, para las personas de nacionalidad británica, mantener el derecho a residir legalmente en España, condición justificada por su nuevo estatuto de nacionales de tercer país a quienes se aplican las normas españolas de extranjería.

El [tercer apartado del artículo 10 del RDL](#) contempla la situación de «los ciudadanos de la Unión Europea que se desplazan diariamente a Gibraltar para realizar una actividad laboral y que mantienen la residencia en España y no se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Acuerdo de retirada». Con una finalidad claramente tuitiva dirigida a mantener sus derechos en materia de prestaciones por desempleo, el precepto que comentamos establece que este colectivo podrá acceder a dichas prestaciones hasta el 31 de diciembre de 2022, por los periodos de seguro acreditados en Gibraltar antes y después de la finalización del periodo transitorio, sin necesidad de haber cotizado en último lugar en España. Como precisa literalmente el [preámbulo del RDL](#):

Esta medida se justifica en un contexto de una elevada tasa de desempleo en la Comarca del Campo de Gibraltar y de unos trabajadores fronterizos no cubiertos por el Acuerdo de retirada que podrían dejar de estar protegidos cuando, al dejarse de aplicar los Reglamentos comunitarios de coordinación [sic]. Se trataría de una medida que se aplicaría sin la exigencia del requisito de reciprocidad debido a las peculiaridades existentes en torno a los trabajadores fronterizos de la comarca del Campo de Gibraltar.

En adelante y como señala el [artículo 10 in fine](#):

En los supuestos de periodos de seguro acreditados o realizados en Gibraltar a partir del 1 de enero de 2021, se reclamará a las autoridades británicas correspondientes el reembolso de las prestaciones abonadas por España [actuación que deberá llevarse a cabo al amparo de un futuro] instrumento internacional que establezca los mecanismos de colaboración necesarios para el reembolso y la concesión de prestaciones por desempleo a los trabajadores mencionados en este artículo.

Por último, la [disposición transitoria única del RDL](#) señala:

Los beneficiarios de prestaciones por desempleo en España que tuviesen autorizada la exportación de su derecho antes del 1 de enero de 2021 para realizar acciones de perfeccionamiento profesional o de búsqueda de empleo en el Reino Unido o en Gibraltar, podrán continuar percibiéndolas hasta la finalización del periodo inicial de 3 meses por el que se les hubiese autorizado la exportación, no contemplando en estos casos la prórroga del mismo, siempre que los servicios de empleo británicos garanticen el mantenimiento de la inscripción de estos hasta el final del derecho inicialmente concedido.

Continuidad, por tanto, para una situación creada antes del final del periodo transitorio, condicionada a que los servicios de empleo británicos ejerzan un control sobre la persona desempleada desplazada en los términos señalados y en sintonía con lo establecido en el artículo 64 del [Reglamento 883/2004](#).

3.8. Acceso a la asistencia sanitaria

En tanto no exista un instrumento internacional, bilateral o multilateral, que regule expresamente el acceso a la asistencia sanitaria, España continuará, hasta el 30 de junio de 2021, prestando asistencia sanitaria en los mismos términos y condiciones establecidos antes del 1 de enero de 2021 a las personas con derecho a esta prestación en el Reino Unido o en Gibraltar, con cargo a las entidades correspondientes, siempre y cuando el Reino Unido garantice estas mismas condiciones a los españoles/as y nacionales de otros países que tengan derecho a recibir asistencia sanitaria con cargo a España. Continuidad y reciprocidad son, por tanto, los principios rectores en esta materia regulada en el [artículo 11 del RDL](#).

La aplicación provisional del Acuerdo de comercio y cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido, y su probable entrada en vigor en cuanto la UE lo ratifique, previsiblemente afectará a la entrada en vigor del mencionado precepto, salvo en lo que respecta a Gibraltar ([disp. final sexta.4 RDL](#)). El acuerdo regula, en el protocolo dedicado a

la Seguridad Social, disposiciones particulares sobre las prestaciones en especie en caso de enfermedad, maternidad y paternidad asimiladas, en favor de las personas aseguradas por la legislación de uno o varios Estados (por lo que aquí interesa, España y Reino Unido), definiendo las prestaciones en especie como aquellas «admitidas como tales por la legislación que aplique el Estado y que estén destinadas a proveer, facilitar, abonar directamente o reembolsar los costes de la atención sanitaria y de los productos y servicios accesorios de dicha atención» (art. SSC.1 [acuerdo](#)). Bajo estas consideraciones, el acuerdo contempla la situación de residencia y estancia (temporal) en un Estado distinto del Estado competente (el que asume el coste de la prestación) y el supuesto específico de los tratamientos programados que implican un desplazamiento desde el Estado de residencia al otro Estado para recibir la asistencia adecuada, fijando en cada caso la forma de acreditar mediante una certificación expedida *ad hoc* el derecho a las prestaciones en especie y las reglas o condiciones para el reembolso de la cobertura prestada a cargo de la entidad competente (arts. SSCI.19 y ss. [acuerdo](#)).

Bajo directrices análogas, el [artículo 11 del RDL](#) regula el acceso a la asistencia sanitaria. Con el objeto de asegurar una correcta prestación de la asistencia sanitaria en los servicios del Sistema Nacional de Salud, se declara expresamente la validez, hasta el 30 de junio de 2021, de las tarjetas sanitarias que hubieran sido expedidas a favor de los ciudadanos/as mencionados que residan en España; no obstante, la falta de esta tarjeta puede suplirse presentando ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) un documento acreditativo de la cobertura sanitaria a cargo de las entidades británicas correspondientes, emitido por estas a tal efecto. Para el supuesto específico de estancia temporal y tratamientos programados, deberá aportarse un documento acreditativo de la cobertura sanitaria a cargo de las entidades correspondientes, que será admitido por todos los centros sanitarios que integran el Sistema Nacional de Salud.

El [artículo 11 del RDL](#) destaca particularmente la prioridad del derecho a la asistencia sanitaria a cargo de las entidades británicas correspondientes de quienes tienen reconocido ese derecho en el Reino Unido o Gibraltar, frente a cualquier posible derecho derivado de la residencia o estancia en España (probablemente por alusión a los arts. [3.1](#) y [3 ter](#) Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud).

Las condiciones para proceder al reembolso de los costes de la asistencia sanitaria prestada en el sistema público de salud británico con cargo a España son las mismas que regían con anterioridad al 1 de enero de 2021; regla sujeta expresamente a un tratamiento recíproco por parte de las entidades británicas correspondientes.

No habrá variaciones con respecto a las reglas seguidas hasta el 31 de diciembre de 2020 en lo relativo a los procedimientos de facturación y reembolso de los costes de la asistencia sanitaria prestada en los términos del precepto que comentamos, ni en los importes y criterios de cálculo para su actualización y pago, quedando atribuida la gestión de tales procedimientos al INSS o al Instituto Social de la Marina.

Tampoco experimenta variaciones la dispensación de recetas de medicamentos extendidas en el Reino Unido y en Gibraltar, manteniendo su vigencia en los términos del [RD 1718/2010, de 17 de diciembre](#), sobre receta médica y órdenes de dispensación; previsión nuevamente condicionada a que el Reino Unido y Gibraltar actúen en reciprocidad ([art. 11.2 RDL](#)).

Para terminar, el [apartado 3 del artículo 11 del RDL](#) señala lo siguiente: «En el caso de que no se produzcan el trato equivalente o el reembolso de gastos que prevén los apartados 1 y 2, se procederá de la forma establecida en el artículo 3.1 del presente real decreto-ley»; advertencia que podría conllevar la suspensión de las medidas establecidas en este artículo 11 por el Gobierno una vez transcurrido un plazo mínimo de 2 meses desde su entrada en vigor, si las autoridades británicas competentes no conceden un tratamiento equivalente a las personas físicas o jurídicas de nacionalidad española en cada uno de los ámbitos afectados (ex [art. 3.1 RDL](#)).

3.9. Acceso a la universidad

El principio de continuidad se extiende al ámbito del acceso a la universidad, regulando el [artículo 12 del RDL](#) que los procedimientos previstos para estudiantes procedentes de sistemas educativos de Estados miembros de la UE seguirán aplicándose a alumnos y alumnas procedentes de los sistemas educativos del Reino Unido, siempre que cumplan los requisitos académicos exigidos en sus sistemas educativos para acceder a sus universidades. Nada añade al respecto sobre reciprocidad en el tratamiento para los alumnos/as españoles en las universidades del Reino Unido.

3.10. Otras cuestiones

En otro orden de cosas, el [RDL 38/2020](#) prorroga la vigencia del [RD 231/2020, de 4 de febrero](#), por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2020, bajo los siguientes términos:

Hasta tanto se apruebe el real decreto por el que se fija el salario mínimo interprofesional para el año 2021 en el marco del diálogo social, en los términos establecidos en aquel, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 27 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, se prorroga la vigencia del Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2020.

Tema cuya implantación, sin perjuicio de que pueda influir en la negociación colectiva, ocasiona tres efectos principales: el salarial, su retroactividad y el efecto derivado de la cotización a la Seguridad Social.

CORRECCIÓN DE ERRORES

del análisis de actualidad «Del (dulce) sueño de los ERTE al (abrupto) despertar del concurso: impacto laboral de una "codificación" *ultra vires*. A propósito del Real Decreto legislativo 1/2000, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal»

Advertidos errores en el título del análisis de actualidad «Del (dulce) sueño de los ERTE al (abrupto) despertar del concurso: impacto laboral de una "codificación" *ultra vires*. A propósito del Real Decreto legislativo 1/2000, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal», de don Cristóbal Molina Navarrete, publicado en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, número 455 (febrero 2021), páginas 167-209, se procede a efectuar las oportunas rectificaciones (que ya han sido trasladadas al documento en su versión electrónica):

En la página 3 (sumario), donde dice: «Del (dulce) sueño de los ERTE al (abrupto) despertar del concurso: impacto laboral de una "codificación" *ultra vires*. A propósito del Real Decreto legislativo 1/2000, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal», debe decir: «Del (dulce) sueño de los ERTE al (abrupto) despertar del concurso: impacto laboral de una "codificación" *ultra vires*. A propósito del Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal».

En la página 167, tanto en el título del análisis como en la referencia a «Cómo citar», donde dice: «... A propósito del Real Decreto legislativo 1/2000, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal», debe decir: «... A propósito del Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal».

En la página 168, tanto en el título en inglés del análisis como en la referencia a «Citation», donde dice: «... With regard to the Royal Legislative Decree 1/2000, of 5 May, which approves the revised text of the Bankruptcy Law», debe decir: «... With regard to the Royal Legislative Decree 1/2020, of 5 May, which approves the revised text of the Bankruptcy Law».

Por último, en el encabezado de todas las páginas impares (169 a 209), donde dice: «... A propósito del Real Decreto legislativo 1/2000...», debe decir: «... A propósito del Real Decreto legislativo 1/2020...».





Las leyes de emergencia pandémica a juicio de los tribunales: entre avales (diálogo) y reveses (conflicto)

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Extracto

La catarata de leyes de emergencia dictadas para hacer frente a las necesidades de regulación de empleo está dejando un inmenso océano de problemas interpretativos y aplicativos, lo que genera una intensa conflictividad judicial y una extrema inseguridad para las empresas y para las personas trabajadoras. Tras los meses de protagonismo prácticamente exclusivo de los criterios de autoridad político-gubernativa, ahora llega el tiempo del control judicial de aquel actuar. En este trabajo se hace un repaso completo, expositivo y crítico de las primeras respuestas dadas, a menudo dispares, por la doctrina jurisprudencial y por la judicial a los puntos más críticos de las leyes de emergencia en materia laboral y de seguridad social.

Palabras clave: fuerza mayor; *factum principis*; COVID-19; permiso retribuido recuperable; despido nulo; prevención de riesgos laborales.

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). Las leyes de emergencia pandémica a juicio de los tribunales: entre avales (diálogo) y reveses (conflicto). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 456, 161-210.





Pandemic emergency laws as judged by the courts: between endorsements (dialogue) and setbacks (conflict)

Cristóbal Molina Navarrete

Abstract

The cataract of emergency laws enacted to meet the needs of employment regulation is leaving an immense ocean of interpretive and application problems. These regulatory deficiencies are contributing to intense judicial conflict and extreme legal insecurity. This is the case for a short time since judicial solutions are foreseeable for companies and workers. After the months of practically exclusive domain of the criteria of political-governmental authority, now comes the time of judicial control of that emergency legislation. This study makes a complete review, with an expository and critical scope at the same time, of the first answers given, often with disparate interpretative criteria, also of jurisdictional social and economic policy, by jurisprudential doctrine and by the judicial one to the most critical points of the emergency laws on labor and social security.

Keywords: force majeure; *factum principis*; COVID-19; recoverable paid leave; null dismissal; occupational risk prevention.

Citation: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). Pandemic emergency laws as judged by the courts: between endorsements (dialogue) and setbacks (conflict). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 456, 161-210.



Sumario

Prólogo. ¿Decisionismo de autoridad gubernativa vs. decisionismo de autoridad judicial?

1. ¿Qué recorrido judicial para el legalmente reinventado concepto jurídico de «fuerza mayor pandémica» en la regulación de empleo?
2. ¿Qué cabida tienen los ERTE/FM en el sector de la contratación pública? ¿Y en las empresas públicas?
3. ¿Es el ERTE la única medida de gestión flexible –y obligatoria– para afrontar la COVID-19?
4. ¿Es MSCT si deriva de una obligación de cumplir con reglas preventivas anti-COVID-19?
5. ¿Los periodos de baja vinculados a la COVID-19 (contagios, cuarentenas) están cubiertos por las mejoras voluntarias de la IT?
6. ¿Qué aceptación tiene en los tribunales de orden social la prevalencia del teletrabajo como una medida vinculada a la pandemia?
7. ¿Es realmente recuperable el permiso «retribuido recuperable»? ¿De qué manera?
8. ¿Son aplazables los días de confinamiento social que coincidieron con las vacaciones anuales?
9. ¿Identifica la doctrina judicial la «prohibición de despido» en los tiempos de la COVID-19 que la ley difumina?
10. ¿La jubilación de la empleadora excepciona el compromiso de seguridad en el empleo (disp. adic. sexta)? ¿Qué efectos tiene su incumplimiento?
11. ¿Cuál es la consecuencia para la persona trabajadora de no cumplir con las medidas de protección en el centro de trabajo previstas por las autoridades sanitarias?
12. ¿Cómo se debe calificar el despido de las personas trabajadoras a causa del contagio por COVID-19?

Epílogo. ¿De la «legalidad excepcional anti-COVID-19» al «derecho racional» por la mediación de la autoridad judicial?

Si alguna vez cuentan mi historia ¡que digan que caminé con gigantes!,
¡que digan que viví en los tiempos de Aquiles, el de los pies alados!, ¡que
digam que viví en la época de Héctor, domador de caballos!, porque los
hombres [las personas] se elevan y caen como el trigo en el invierno,
pero estos nombres nunca morirán [...].

Homero (*La Ilíada*)

En la modernidad líquida, la alegría de «deshacerse» de las cosas, que
se transforman de forma súbita de emblema de honor en estigma, de
arrojarlas al cubo de la basura, es la verdadera pasión de nuestro tiempo.

Z. Bauman (*Los retos de la educación en la modernidad líquida*)

Prólogo. ¿Decisionismo de autoridad gubernativa vs. decisionismo de autoridad judicial?

La actualidad normativa manifiesta que no frena la incesante maquinaria de producción legislativo-gubernativa en los sucesivos estados de alarma y respecto del denominado «estado socioeconómico y laboral». Pero hoy, ese protagonismo del principio de autoridad ejecutiva en un escenario de emergencia-excepción se ve obligado a compartirlo con las manifestaciones, algunas de ellas generadoras de no menor perplejidad o inquietud jurídico-social y, en todo caso, aún más numerosas, del principio de autoridad judicial. Fuera de la llamada «rama social del derecho», pero con indudable incidencia en el ámbito de las relaciones de trabajo, no ya solo de las relaciones mercantiles (economía) y sociales (convivencia cívica), dos decisiones judiciales se han convertido en tendencia mediática (*trending topic*), con distinto signo, una de revés muy intenso, pues afecta a medidas determinantes de las autoridades sanitarias contra la pandemia, otra de aval.

De un lado, el difundido Auto del Tribunal Superior de Justicia (ATSJ) del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de febrero de 2021 (rec. 94/2021), firme por renuncia de la autoridad vasca a recurrir. Como es sabido, causando auténtico revuelo, ha dejado en suspenso, si bien cautelarmente, el cierre de bares en Euskadi, por considerarlo una medida desproporcionada para el riesgo real de contagio de COVID-19 que representaría realmente. Los despachos de abogacía se llenan en estos días de pretensiones de demanda en el mismo sentido. Esta decisión judicial ha alentado una genuina «rebeldión de la hostelería» contra el principio de autoridad gubernativa a través del principio de autoridad judicial.

No puede infravalorarse este impacto, de resultados hoy imprevisibles (como casi todo lo que se judicializa). Un efecto convulsivo del actual estado de cosas, más allá incluso del plano de las decisiones gubernativas, afectando al entero sector asegurador –primero tiembla, luego se prepara para neutralizarlo–, que podría aumentar de una forma notable de consolidarse la doctrina judicial de la Audiencia Provincial de Girona ([Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona 59/2021, de 3 de febrero](#)). Esta ha condenado (es firme) a una entidad aseguradora a abonar una indemnización de 6.000 euros a una pizzería por la interrupción del negocio provocada por decisiones gubernativas de paralización de la actividad. La paralización de un negocio de restauración a consecuencia de la legislación estatal dictada por la pandemia está cubierta en el concreto seguro en litigio, porque de forma expresa habla de «paralización de actividad», sin especificar la causa¹. Entre los precedentes que se citan estaría la decisión de la Corte Suprema británica de hacer responsables a las entidades de seguro de una parte del coste de esta hecatombe (casi 2.000 millones de € deben pagar las aseguradoras británicas a las pymes, según la prensa británica reflejada en la sentencia).

Parecían las señales que esperaban en el sector para expresar su hartazgo. Los sectores de la hostelería y la restauración sufren pérdidas millonarias (cierres al inicio, las restricciones continuas, sin compensación ni ayudas directas significativas). A estas alturas de la hecatombe, pese a seguir recetándose (Real Decreto-Ley –RDL– 2/2021, de 26 de enero –[que analiza el profesor Jaime Cabeza en este número](#)–), ni el «analgésico laboral» de los –no milagrosos– expedientes de regulación temporal de empleo por fuerza mayor (ERTE/FM) ni «de Seguridad Social», para personas trabajadoras autónomas, resultan suficientes para reducir su «dolor» (económico y emocional). Por supuesto, estas atípicas resoluciones ([no son mayoritarias](#): la mayoría de tribunales superiores de justicia rechazan la paralización gubernativa de decisiones judiciales, pro apertura de los bares) de favor hacia la actividad mercantil frente al principio de prevención-precaución (favor hacia la salud pública), y pro indemnización, cuestionan algunos estados de cosas.

De otro, hay que destacar la Sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala 3.ª, 1796/2020, de 17 de diciembre, confirmatoria (por tanto, crea jurisprudencia en sentido estricto) de otra precedente en la que se declara ajustada a derecho la obligatoriedad del uso de mascarillas durante la crisis sanitaria derivada de la COVID-19 ([Orden SND/422/2020, de 19 de mayo](#)). La restricción del derecho fundamental tendría suficiente rango normativo, pese a ser recogida en órdenes ministeriales (pues deriva de la norma que declara el estado de excepción) y no resultaría desproporcionada, porque el sacrificio es mínimo para un beneficio social elevado.

No son las únicas decisiones judiciales sobre cuestiones nodales de la crisis pandémica de gran interés mediático (y social, claro). La STS, Sala 3.ª, 1271/2020, de 8 de octubre (menos difundida que el auto judicial de medidas cautelares que la precedió), estima parcialmente el recurso que la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos interpuso contra la inactividad del Ministerio de Sanidad en los primeros meses de pandemia. De ahí que

¹ La cláusula dice: «Pérdida de beneficios/Paralización de la actividad» (200 €/día con un límite de 30 días).

concluya, tras un razonamiento jurídico detenido, que las personas profesionales sanitarias carecieron de los medios de protección individual (equipos de protección individual –EPI–) necesarios, creándose un serio riesgo para los derechos fundamentales ex [artículo 15](#) en relación con los artículos [43.1](#) y [40.2](#) de la Constitución española (CE). Por tanto, se reconoce que la autoridad sanitaria (entendida no solo como el Ministerio de Sanidad –único demandado en este procedimiento–, sino como conjunto del Sistema Nacional de Salud), aun en un contexto de crisis mundial que dificultó su compra y distribución nacionales, «no fue capaz de dotar a los profesionales de la salud de los medios precisos para afrontar protegidos la enfermedad y que así corrieron el peligro de contagiarse y de sufrir la enfermedad» (FJ 7.º).

De aquellos polvos, estos lodos: efectivamente se contagiaron muchos, bastantes fallecieron [la prevalencia de contagios de profesionales evidencia la vulneración del derecho fundamental –sin embargo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de [La Rioja 135/2020, de 1 de octubre](#), aprecia incumplimiento de medidas preventivas frente a la COVID-19 de personal de residencias, pero no deriva violación de su derecho fundamental–]. Eso sí, para prevenir de futuras demandas advierte que esta declaración no supone un juicio de imputación de responsabilidades (FJ 7.º), ni describiría el estado actual de cosas, ya normalizado (FJ 8.º), ni le competirá más conocer en primera instancia, pues ahora la gestión es autonómica (FJ 8.º). Pese al intento de poner coto a futuras demandas, los reveses judiciales –también para las autoridades autonómicas– suman y siguen. Así, el [Auto del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de 16 de febrero de 2021 \(rec. 12/2021\)](#), suspende el adelantamiento de la hora del «toque de queda» (a las 20:00, cuando la norma estatal la fija a las 22:00) en Castilla y León. Aunque, por ahora de efecto cautelar, es evidente que supone un nuevo aviso a navegantes de vulneración de derechos fundamentales en la gestión –autonómica ahora– de la pandemia, aun en aras de la precaución o prevención del riesgo de contagio.

Aunque aquí la significación económica es muy importante, también la cívico-social, no puede perderse de vista la política. Como sucediera también, aún más intensamente, con el auto que ordenó celebrar las elecciones autonómicas en Cataluña, suspendidas gubernativamente. Se trata del determinante [ATSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de enero de 2021 \(pieza separada de suspensión 17/2021\)](#), conforme al cual se mantenían las fechas previstas para hacer los nuevos comicios en Cataluña, ya celebrados (14F). En tal decisión judicial se han ponderado las razones y derechos en juego, primando otro derecho fundamental, el de sufragio, por encima del derecho fundamental a la vida e integridad psicofísica, por entender proporcionado el riesgo y prevalente el beneficio colectivo (recuperación de la normalidad democrática –algo ingenua, aun loable, la esperanza del alto tribunal autonómico–).

En este escenario crecientemente judicializado, ¿no hay espacio para que los demás órdenes judiciales, en especial –a nuestros efectos– el social, tengan también sus «minutos de gloria» en tiempos de leyes COVID-19, atendido que uno de los ámbitos más afectados es, precisamente, el de las relaciones de trabajo y de seguridad social? Por supuesto que sí y mucho, pero más para el control de la actividad de los sujetos obligados al

cumplimiento de esa legislación excepcional (las empresas), sin perjuicio del enjuiciamiento de la práctica administrativa de autorización de los ERTE/FM. De hecho, ya ha reivindicado mediáticamente un mayor protagonismo.

Semanas antes de que esté la sentencia (o sentencias), el Consejo General del Poder Judicial ha comunicado que la Sala Social del TS va a apreciar vulneración –como la Sala 3.^a– de los derechos fundamentales de las personas profesionales sanitarias del Servicio Vasco de Salud (así como de la policía autonómica vasca, la Ertzaintza) por la falta de equipos de protección contra la COVID-19. De este modo –no deja de ser protagonista la justicia vasca– se confirman sendas sentencias dictadas a tal fin por el TSJ del País Vasco (la [STS 217/2021, de 17 de febrero](#), también confirma otra de la sala vasca relativa al personal sanitario, pero en este caso asume que el Servicio Vasco de Salud sí cumplió con las normas preventivas, salvo en dos centros). En ellas se declaró que los empleadores públicos, sanitarios y de la policía autonómica, incurrieron en insuficiencia protectora, lesiva de derechos fundamentales. El TSJ del País Vasco ha sido señero en la estimación de demandas contra el Gobierno vasco por inobservancia de sus obligaciones de prevención de riesgos laborales frente al riesgo cierto de contagio. En ese control garantista incluye el deber de practicar test suficientes al personal con una notable mayor exposición al riesgo de contagio de COVID-19², no solo al personal sanitario, que va de suyo, sino a otros colectivos.

Este será el caso de la policía autonómica ([STSJ del País Vasco 705/2020, de 3 de junio](#)). Pero también del personal técnico del servicio de transporte sanitario en contacto, sea directo o indirecto, con pacientes de COVID-19 ([STSJ del País Vasco 688/2020, de 2 de junio](#)). No dejará de ser relevante en la práctica sociolaboral esta última referencia, y ello en la medida en que este colectivo (tampoco otros que trabajan presencialmente en centros sanitarios, como el servicio de limpieza) ha quedado expresamente fuera de la letra del [artículo 6 del RDL 3/2021, de 2 de febrero](#), relativo a la calificación como originadas en una enfermedad profesional propiamente, no ya en accidente de trabajo –según prevé–, las prestaciones causadas por las personas profesionales de centros sanitarios y sociosanitarios que durante su servicio hayan contraído el virus SARS-CoV-2, esto es, en el ejercicio de su profesión. Podría ser «carne de cañón» judicial esta previsión excluyente, por más que sea evidente que no es el mismo riesgo de contagio de unos colectivos y otros aun dentro del mismo sector sanitario.

Como puede apreciarse, no dejan de existir espacios de concurrencia conflictiva, entre ambos órdenes jurisdiccionales. Piénsese, en primer lugar, que la declaración de obligatoriedad de las mascarillas ([STS, Sala 3.^a, 1796/2020, de 17 de diciembre](#)) incide de plano en las prevenciones de seguridad y salud en el trabajo frente al riesgo de contagio. La medida de higiene pública es también una obligación preventiva en los centros de trabajo ([Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la](#)

² *Vid.* Instrucciones sobre la realización de pruebas diagnósticas para la detección del COVID-19 en el ámbito de las empresas.

exposición al SARS-CoV-2, actualizado a 15 de febrero de 2021). Naturalmente, su aplicación (como otras tantas medidas, por ejemplo, la vacunación) no estará exenta de problemas individualizados, abriéndose a un nuevo foco de conflictos. La Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) número 6 de Santander, 24/2021, de 22 de enero, declara procedente el despido de una trabajadora que se encaró con una cliente que le había recordado su obligación de llevar la mascarilla.

En segundo lugar, y volviendo a la confirmación jurisprudencial de la doctrina judicial –garantista– de suplicación social vasca, la propia sala de casación evidencia una visión conflictiva con la Sala 3.^a sobre un mismo asunto. No por razones de fondo, sino procesales, en la medida en que ha aprovechado el comunicado de prensa para evidenciar su defensa del fuero, de la competencia material en estos asuntos. Se trata de cuestiones de prevención de riesgos laborales, por lo que la garantía corresponde al orden social (art. 2 e) Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–), incluso si se elige para la defensa la modalidad especial de tutela de derechos fundamentales.

No será la única oportunidad que tendrá la sala de casación social para dejar su huella en la escritura (o reescritura) del derecho para los tiempos de COVID-19, confirmando o revisando las decisiones de autoridad gubernativa (leyes de excepción). También lo será –probablemente– a propósito de una nueva decisión de ese laboratorio jurídico en que lleva años instalado el TSJ del País Vasco. Me refiero ahora a la también muy mediática STSJ del País Vasco 119/2021, de 26 de enero (confirmada en la STSJ del País Vasco 331/2021, de 23 de febrero, aunque en esta encontraremos un voto particular nada desdeñable).

Frente a las precedentes posiciones de doctrina de suplicación –y desde luego de la gran mayoría de la doctrina de instancia social–, que niegan la existencia de una genuina «prohibición de despedir» ex artículo 2 del RDL 9/2020, de 27 de marzo, en tiempos de COVID-19 (por causas asociadas a la pandemia), la mayoría de la sala de suplicación vasca deriva de su existencia la nulidad. Por supuesto, no desconoce ni la disparidad de criterios, tanto en sede de doctrina judicial como científica, ni la profunda deficiencia de técnica legal, al omitir la norma la calificación que ameritan los despidos en estos casos. Pero considera que puede integrarse la laguna jurídica tanto con las reglas de derecho común (la prohibición de fraude del art. 6.4 Código Civil –CC–) cuanto con los derechos constitucionales (la garantía de efectividad del derecho social al trabajo ex art. 35 CE, que es lo pretendido por la ley de excepción, no se lograría sin la nulidad).

En suma, ha pasado el tiempo del adormecimiento de la Justicia, e incluso la fase cauterar, para abrirse un tiempo de control pleno judicial de la actividad desplegada, por autoridades y sujetos privados, en esta –duradera– pandemia. Consecuentemente, dejando de lado las –numerosas– causas penales (en relación con la –pésima– gestión de las residencias de mayores; también las fronteras entre las conductas de inobservancia administrativa y la penal frente a las restricciones gubernativas de la movilidad), en estado apenas embrionario (y que se aventuran largas en la instrucción), e incluso civiles, que crecerán, es

buen momento para un primer balance, sucinto pero ilustrativo, sobre la interpretación y aplicación por el orden social de los principales aspectos (puntos más críticos) de las leyes de emergencia sanitaria.

Para una mayor fluidez y operatividad del comentario se ha elegido, en vez del formato más habitual de selección de un reducido número de decisiones judiciales de especial relevancia (*case law*), sobre las que reconstruir el estado del arte jurisprudencial y judicial en materia, otro en el que las diferentes cuestiones se agruparán en torno a las instituciones más determinantes de las «leyes de excepción laboral» para la pandemia. En su seno, tratará de responderse de una forma directa y ágil, básica también, lógicamente, a las principales cuestiones jurídicas abiertas en su interpretación y aplicación. De ahí que, por lo general, utilicemos la fórmula de pregunta, si bien la respuesta no siempre será tan directa y clara, aunque se procurará, en lo posible, dado que, en efecto, la gran mayoría de las mismas están pendientes de un criterio unificador, sin que la doctrina judicial ofrezca siempre la deseada (y deseable) univocidad de posiciones, por lo que es todavía pronto para adquirir los niveles de certeza y previsibilidad esperables en las soluciones jurídico-laborales.

1. ¿Qué recorrido judicial para el legalmente reinventado concepto jurídico de «fuerza mayor pandémica» en la regulación de empleo?

1.1. ¿Discute la autoridad judicial el criterio dominante de autoridad gubernativa, según el mandato legal, o tiende a su confirmación, aun expansiva y flexible?

Frente a la política laboral promovida en la crisis precedente, y plasmada en la norma común u ordinaria vigente, pendiente el debate sobre la contrarreforma laboral, que sitúa el eje de la regulación en la flexibilidad externa (despidos), la política laboral abanderada para afrontar la honda crisis de empleo derivada de la pandemia acentúa la gestión adaptativa (y resiliente) basada en la flexibilidad interna (suspensión de contrato, reducción del tiempo de trabajo). La jungla normativa diseñada conoce dos vías básicas para esta regulación conservativa (suspensiva o novatoria) sobre la extintiva, la del [artículo 22](#) (ERTE/FM) y la del [artículo 23](#) (expedientes temporales de regulación de empleo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción –ERTE/ETOP–) del RDL 8/2020, de 17 de marzo (y sucesivas modificaciones y prórrogas). Pero la más relevante es aquella.

Todo el enjambre regulador y de gestión (no pretendemos ahora volver sobre ello, bastante conocido; puede verse una visión autorizada –muy personal, por lo tanto, discutida y discutible– en el sugerente [estudio del profesor Jaime Cabeza](#), incluido en este

número), incluido el arsenal –menguante– de exoneraciones de cuotas y situaciones de protección por desempleo, depende de un concepto legal «fabricado» o «inventado» para tan excepcional –esperemos– crisis: relativo a la fuerza mayor pandémica. La voluntad legislativa es clara, en orden a reservarse el contenido para la palabra legal, de ahí que lo califique como «concepto legal» (pese a que la fuerza mayor es un concepto jurídico arraigado ex [art. 47 Estatuto de los Trabajadores](#) –ET–: suceso extraordinario externo a la empresa, imprevisible o inevitable, que tiene como efecto la imposibilidad, temporal o definitiva, de trabajar) y de concreción operativa por la autoridad laboral (estatal y autonómicas). Ahora bien, siendo obligado el control judicial, la última palabra no será legal ni gubernativa (pese a su activismo en forma de criterios interpretativos, no vinculantes, por doquier, tanto de oficio como por la infinidad de consultas promovidas en la materia ante la incertidumbre extrema de la regulación y su extrema inestabilidad). No obstante, un primer balance arroja un significativo seguidismo jurisdiccional de la palabra legal y de la hermenéutica gubernativa laboral.

Cierto, la creciente conflictividad judicial que muestran, al respecto, los repertorios judiciales (más de dos centenares las sentencias, la mayoría de instancia) manifiesta un extremo casuismo. El relato fáctico impone su ley del caso. Es complicado, pues, hacer una valoración general, a fin de alcanzar conclusiones generales.

No obstante, sí que pueden vislumbrarse orientaciones de doctrina judicial no estrictamente coincidentes. Unas muestran visiones más extensivas del concepto legal, y de la práctica administrativa, y otras, en cambio, una comprensión más restrictiva y servil respecto del uso legal-gubernativo (por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Nacional –[SAN- 97/2020, de 30 de octubre](#) –que asume literalmente la decisión de rechazo del ERTE/FM presentado por una empresa gestora de *parking*, copiando lo fundamental de la resolución–). En cualquier caso, domina el favor, mediante interpretaciones flexibles y finalistas (también se traduce en la mayor informalización comunicativa de los efectos del ERTE/FM, en virtud de la adaptación a la realidad de crisis –[SAN 59/2020, de 29 de julio](#): bastará con las telemáticas–), hacia la utilidad del ERTE/FM para que la conservación del empleo hoy, aun adormecido (suspensión) o novado (reducción), evite la destrucción mañana.

En algunos casos, tras marcar las diferencias de régimen entre el ERTE/FM y el ERTE/ETOP, así como entre su regulación de excepción y la ordinaria, resaltando más los puntos en común que las «especialidades», por lo general para agilizar los trámites (una síntesis de doctrina hallamos en la [SAN 109/2020, de 30 de noviembre](#)), se toma conciencia de la creciente desvinculación de esta regulación respecto del estado de alarma. Un complejo marco regulador nacido con una vocación temporal y transitoria, pues, termina prolongándose.

Al respecto, muy interesante es el intento de sistematización de los elementos dogmáticos y operativos del concepto de fuerza mayor pandémica a efectos de regulación de empleo, de la doctrina de suplicación de la sala vallisoletana (por ejemplo, últimamente

STSJ de Castilla y León/Valladolid de 4 de noviembre de 2020, rec. 1388/2020). Frente a la corriente que mantiene más asociada la dinámica del ERTE/FM al estado de alarma (SAN 97/2020, de 30 de octubre), la doctrina ahora de referencia enfatiza la existencia de un concepto más «amplio y genérico», que abre un campo de actuación, al artículo 22 del RDL 8/2020, más extenso que las causas derivadas de la declaración del estado de alarma (anexo Real Decreto –RD– 463/2020, de 14 de marzo). En suma, esta «desconexión» o «desvinculación» del concepto-procedimiento de ERTE/FM respecto del estado de alarma se concretaría en que:

- a) la fuerza mayor queda vinculada, no al estado de alarma, sino a la crisis sanitaria;
- b) las medidas de ajuste no se condicionan por la naturaleza de la actividad (sector), sino por la concurrencia de circunstancias involuntarias, perentorias y obstativas resultantes de dicha crisis (efectos impositivos o limitativos). En suma, se trata de *numerus clausus*;
- c) entre las medidas laborales (suspensiva, reducción de jornada) y las causas externas (las pérdidas de actividad) debe existir «una relación de causalidad directa e inmediata». Se establece, así, una doble vinculación: las medidas son consecuencia de la pérdida de actividad y esta, en sus distintas modalidades, es, a su vez, consecuencia de la COVID-19;
- d) la pérdida puede ser parcial, objetiva (actividad) o subjetivamente (plantilla).

Siendo pronto para contar con un suficiente recorrido jurisprudencial (la única decisión de este tipo conocida –STS 83/2021, de 25 de enero– orilla toda hermenéutica de concreción, limitándose a reproducir la definición legal), a fin de calibrar qué alcance tiene este intento de doctrina sistematizadora, en lo que sí hay una suficiente certeza es en la vinculación que se hace del nuevo concepto legal con el precedente concepto de fuerza mayor impropia o *factum principis*. Una asimilación o encuadramiento que no obsta, sin embargo, a que, en ocasiones, se considere que el nuevo concepto legal de fuerza mayor ex artículo 22 del RDL 8/2020 en relación con el artículo 47 del ET se aproxima más que a una medida de excepción del *pacta sunt servanda* (lo que se pacta obliga), liberando del cumplimiento de la obligación contractual (laboral) previa, a una técnica de adaptación del pacto contractual al contexto de crisis pandémica ex artículo 3 del CC. Esto es, se asemejaría más a una cláusula *rebus sic stantibus ex lege*, más operativa que la interpretación y consideración de la fuerza mayor (SAN 97/2020, de 30 de octubre, FJ 4.º).

En el presente caso, la demandante se dedica a prestar servicios auxiliares en *parkings*, tanto públicos como privados, y no se considera una actividad esencial y, como tal, excluida de la paralización de actividades a las que se refiere el artículo 10 y el anexo del RD 463/2020. Por tanto, su continuidad posibilitada impediría considerarla en una situación de fuerza mayor.

1.2. ¿Un establecimiento de servicios estéticos, que incorpora tratamientos a ejecutar por profesionales de la medicina, es un establecimiento sanitario a efectos de ERTE/FM?

Sí, para la autoridad laboral, con criterio cicatero, no para la autoridad judicial. Existente el evidenciado casuismo extremo en esta materia, podemos ilustrar el relativo contraste entre la posición –más restrictiva– de la autoridad laboral y la –algo más extensiva– de la autoridad jurisdiccional con ciertos ejemplos relevantes. Así, la [STSJ de Madrid 809/2020, de 27 de octubre](#), desautorizará la resolución que negó el ERTE/FM a una empresa dedicada a servicios estéticos, por tenerlo como establecimiento sanitario –sin actividad suspendida–. La empresa probó que realizaba tratamientos estéticos (6 empleadas: masajes, corporales y faciales, limpiezas de cara, hidratación, etc.).

Ni la omisión de este tipo de establecimientos en la suspensión ordenada por la declaración del estado de alarma ni la constatación de que algunos de ellos requieren titulación médica (bótox, infiltraciones de ácido hialurónico y otros) fueron argumentos determinantes para la sentencia. Al contrario, lo relevante era el efecto del estado de alarma en sus servicios (claramente obstativo) y los servicios mayoritariamente prestados (estéticos, no de salud).

1.3. ¿La restricción de la movilidad social, incluida la de las personas trabajadoras, aunque la actividad productiva continúe abierta, puede constituir causa para un ERTE/FM?

En esta misma línea de perplejidad de ciertos criterios de autoridad gubernativa laboral de rechazo de la concurrencia de fuerza mayor ex [artículo 22 del RDL 8/2020](#), merece reseña la [STSJ de Madrid 995/2020, de 11 de noviembre](#), que refleja más que una visión más «generosa» más «razonable». En este asunto, la instancia anuló la resolución de la autoridad laboral que rechazó el ERTE/FM para 65 personas trabajadoras (desde el 30 de marzo al 9 de abril) pese a que no pudieron acudir al centro por no ser actividad esencial, paralizándose la fabricación de ventiladores centrífugos y de sistemas de ventilación. La sala de suplicación, tras expresar una comprensión más flexible del concepto legal de fuerza mayor pandémico que el de la precedente jurisprudencia social («ni la imprevisibilidad ni la inevitabilidad pueden exigirse con carácter absoluto y rigorista»), recuerda que sin desplazamientos al centro de las personas trabajadoras no hay actividad (fabricación de sistemas de ventilación), integrando la relación laboral misma. Invocará una aplicación analógica del [artículo 156 de la Ley general de la Seguridad Social \(LGSS\)](#) (carácter laboral del accidente sufrido en las idas y vueltas al, y del, trabajo).

A veces, la comprensión estrecha del concepto de fuerza mayor respecto a las restricciones de movilidad y su impacto en la actividad de las empresas no lo exhibe la autoridad –que reconoce la causa de fuerza mayor–, sino el sujeto sindical, que se opone al

ERTE/FM. La defensa del concepto expansivo ha de hacerse en la impugnación que se efectúa de estas decisiones (o de sus efectos suspensivos o de reducción). Es el caso de la [STSJ de la Comunidad Valenciana 2825/2020, de 21 de julio](#) (ERTE/FM de suspensión de 58 contratos de empresa de transporte de combustibles, Ayora Gea Transportes Petrolíferos, SA, que distribuye en exclusiva para las estaciones de servicio de Repsol). Para la visión sindical, la empresa no solo continuaba su actividad, sino que, en ocasiones, promovía horas extras. Por lo tanto, a lo sumo, procedería un ERTE/ETOP (causa económica y productiva). En cambio, la empresa, que no niega que pueda continuar y que, para cumplir ciertos pedidos urgentes, se hagan horas extras, considera que la limitada movilidad impide ofrecer el servicio en idénticas condiciones, sufriendo una drástica pérdida de actividad al ser Repsol su único cliente (50 %, incluso hasta un 72 %).

Para la sala de suplicación, la empresa probó, a través de los gráficos de actividad, que el ser servicio esencial no impidió esta drástica reducción, de modo que la pérdida de actividad no fue total, pero sí muy significativa. La notable pérdida de clientela, y por lo tanto de facturación, en las estaciones de servicio, con la disminución del consumo de combustible, traería causa de la crisis sanitaria y sus medidas de contención. Entonces, a su juicio, la causa es de ERTE/FM, no de ERTE/ETOP, como demandaba la parte sindical.

Con todo, este tipo de casos y otros muchos ponen de manifiesto que no siempre es fácil la delimitación de fronteras entre la fuerza mayor pandémica y las causas ETOP en un contexto de pandemia, pese a ser tan diferentes los procedimientos y los efectos. Así, si en un supuesto de transportes la [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 19 de octubre de 2020 \(rec. 1207/2020\)](#) justifica el ERTE/FM, con exclusión expresa del ERTE/ETOP, la [SJS número 1 de Segovia 194/2020, de 23 de octubre](#), rechaza que una empresa dedicada al transporte haya acreditado que concurran las circunstancias para reconocer un ERTE/FM. En este supuesto también se abre la vía a un ERTE/ETOP.

1.4. ¿La suspensión de plazos procesales –y la parálisis de la justicia– fue equiparable a una suspensión de actividad jurídica habilitadora de un ERTE/FM?

Precisamente, este conflicto de fronteras entre una vía y otra (más privilegiada y ágil una que la otra para las empresas) constituyó el centro del debate jurídico de la [STSJ de Madrid 820/2020, de 12 de noviembre](#). Una vez más, la autoridad laboral negó el ERTE/FM, en el asunto, solicitado por un despacho especializado en derecho mercantil. Para la autoridad laboral, ni la parálisis judicial fue total ni un despacho jurídico se dedica solo a la abogacía contenciosa.

No hizo la misma valoración la instancia judicial, anulando la resolución administrativa. En el caso, habría quedado probado que el estado de alarma no solo supuso una drástica pérdida de facturación del despacho (pasó de facturar más de 100.000 € en el primer trimestre

de 2019 a prácticamente la mitad en ese mismo trimestre de 2020), sino una parálisis radical (desde el 15 de marzo de 2020 no facturó servicio alguno). Además, tratándose de un despacho dedicado al asesoramiento de la gestión empresarial, la drástica reducción de la actividad económica impactará en aquella actividad profesional. En consecuencia, reconoce causa suficiente para un ERTE/FM (reducción de jornada de una abogada, suspensión de los dos contratos del personal de gestión administrativa del despacho). Sin embargo, para la sala, no existiría una conexión directa o inmediata entre la situación creada por la COVID-19, con las medidas de restricción de movilidad derivadas, y la pérdida de facturación del despacho.

Ni su actividad fue suspendida (arts. 9 y 10, así como [anexo RD 463/2020](#)), ni la suspensión de plazos procesales es equiparable a la suspensión de actividades, porque previó excepciones, ni la actividad procesal es la única de un despacho jurídico. Al contrario, la catarata de disposiciones derivadas de la pandemia incrementó la necesidad de asesoramiento extraprocesal que, además, cabe prestar telemáticamente³, por lo que las restricciones de movilidad dificultarán el servicio, pero no lo impiden ni obstaculizan de forma significativa. Otra cosa es que, claro está, la notable pérdida de facturación evidenciada abra la vía de un ERTE/ETOP ex [artículo 23 del RDL 8/2020](#) (causa económica y causa productiva), línea que es la dominante para estas empresas (por ejemplo, [SJS núm. 1 de Zamora 101/2020, de 27 de abril](#)).

En cambio, la reducción del asesoramiento (contabilidad y gestión de empresas) prestado habitualmente en los centros de las empresas cliente que ven cerradas sus instalaciones, por la pandemia, sí justificará un ERTE/FM ([STSJ de Castilla y León/Valladolid de 24 de septiembre de 2020, rec. 1132/2020](#)). El profundo (e incómodo, para la previsibilidad de las decisiones futuras en casos análogos, pero no idénticos) casuismo de esta cuestión, ya reseñado, se refleja en la autorización que sí reciben los despachos de procuraduría, al entender que su actividad sí que se vincula básicamente a la acción procesal. Por lo tanto, suspendida, o muy reducida esta, debe entenderse existente una causa directa de la pérdida de actividad del despacho con la COVID-19 y sus medidas gubernativas. No, tampoco la autoridad gubernativa suele ser proclive a esta vía, promoviendo la del ERTE/ETOP, pero la autoridad judicial sí (por ejemplo, [STSJ de Madrid 834/2020, de 27 de octubre](#), y la [SJS núm. 1 de Ávila 130/2020, de 28 de mayo](#) –ambos despachos de procuradoras–).

1.5. ¿La concurrencia de fuerza mayor en la empresa contratista puede justificarse en la incidencia de la crisis por COVID-19 para la empresa principal?

Sí. Esta parece ser la posición de doctrina judicial mayoritaria. Hemos recordado que el [artículo 22 del RDL 8/2020](#) exige una relación de causalidad directa, no indirecta o mediata,

³ Precisamente, la SJS número 1 de Ávila 129/2020, de 28 de mayo, negará que una empresa dedicada a la televenta acredite que la situación de alarma sanitaria haya provocado una imposibilidad objetiva.

como, de inicio, sucedería en estos casos (el mismo problema nos encontraremos a la hora de interpretar el [art. 2 RDL 9/2020](#)). Y que la doctrina judicial insiste en su centralidad a la hora de configurar la operatividad práctica del concepto de fuerza mayor. Sin embargo, no parece que se considere un escollo para tener por justificada la causa para un ERTE/FM, en vez de un ERTE/ETOP (causas productivas), aunque, por supuesto, la autoridad gubernativa, autonómica por lo común, sí tienda a rechazarlo.

Así lo entienden, entre otras, la [STSJ de Madrid 1055/2020, de 25 de noviembre](#). En ella se asume que concurre una causa de fuerza mayor en una empresa contratista por reducción de actividad de la principal afectada por la crisis sanitaria (obligada disminución temporal significativa de la actividad del 46 % del servicio de mantenimiento de infraestructuras logísticas, al menos hasta el próximo día 11 de abril). Y en la misma línea se sitúa la [STSJ de Madrid 1049/2020, de 25 de noviembre](#). Esta, una vez más confirmando la sentencia de instancia que, a su vez, corrigió el criterio negativo de la autoridad laboral autonómica, llega a la misma conclusión, esto es, concurre la causa de fuerza mayor para el ERTE en la contratista por reducción de la actividad en la principal a causa de la COVID-19: si su principal cliente que le suponía el 90 % de la facturación total fue declarada sin actividad por causa de fuerza mayor, esta misma causa es la que provocó de forma directa la inactividad de la contratista. En suma, la causa última o indirecta (el efecto de la COVID-19 en la empresa principal) de la causa formalizada o directa (reducción de la contrata) es la causa de la negativa situación provocada en la empresa contratista (FJ 3.º)⁴.

1.6. ¿Diversa causalidad y regulación entre los ERTE/FM y ERTE/ETOP conlleva diferente tramitación procesal, o cabe la acumulación de impugnaciones?

La trascendencia evidenciada –también las dificultades prácticas– para la distinción entre las dos vías de gestión flexible del impacto de la crisis en las empresas y en el trabajo no resulta solo en el plano sustantivo, a comenzar por el causal. Además, es determinante en el procesal. Ilustrativa –e instructiva– es la [STSJ de Galicia de 13 de noviembre de 2020 \(rec. 3195/2020\)](#), asumiendo la doctrina de la AN (resumida en la [SAN 113/2020, de 3 de diciembre](#) –ERTE/FM Air Nostrum–).

Frente a una práctica inicial algo confusa, la referida doctrina judicial (tangencialmente reafirmada por la [STS 83/2021, de 25 de enero](#)) aclara que:

⁴ En cambio, la [SJS número 13 de Barcelona 9/2021, de 8 de enero](#), no valora acreditada la condición de empresa integrante de la cadena de valor (indirectamente dependiente de empresas clasificadas con CNAE-09 del [anexo RDL 30/2020, de 29 de septiembre](#)).

- a) En el caso del ERTE/ETOP (causas ETOP en la empresa o grupo –[SAN 109/2020, de 30 de noviembre](#): reconoce la legitimación al grupo para promover este tipo de ERTE–), los cauces de impugnación procesal serán los del [artículo 153 de la LRJS](#) (demanda de conflicto colectivo⁵) o del [artículo 138](#) del mismo texto legal (demandas individuales), dado que se impugna la decisión empresarial, sin que medie resolución de la autoridad laboral.
- b) En el ERTE/FM se ha de impugnar por la vía del [artículo 151 de la LRJS](#) (impugnación de actos administrativos en materia laboral; [STS de 24 de febrero de 2015, rec. 165/2014](#)), si es colectiva, mientras que la individual, para cada persona trabajadora, por la vía del [artículo 138 de la LRJS](#) o, en su caso, del [153](#), según se superen o no los umbrales.

1.7. ¿Es correcto incluir a las trabajadoras con contrato suspendido por riesgo durante el embarazo en un ERTE/FM?

Sí, al menos para la [STSJ de Madrid 1011/2020, de 30 de octubre](#). Brevemente, el relato fáctico es el siguiente. Varias trabajadoras (3 tripulantes de cabina –azafatas– de Air Europa, las 3 con un contrato indefinido, pero a tiempo parcial –parece claro el sesgo de género, dicho sea de paso–) que perciben una prestación por riesgo durante el embarazo (anteriores al estado de alarma) son incluidas en un ERTE/FM ex [artículo 22 del RDL 8/2020](#) (reconocido en la Resolución de 30 de marzo 2020 dictada por la autoridad laboral, lo que motivó la suspensión de la actividad de la empresa a raíz de la declaración del estado de alarma y sus consecuencias en términos de restricción de la movilidad aérea). Las trabajadoras demandan pretendiendo su exclusión.

El principal argumento en el que radica su solicitud se centra en señalar que el contrato ya estaba suspendido y que, por consiguiente, carece de lógica suspenderlo otra vez. A ello, añade que la inclusión en el ERTE/FM no está prevista como causa extintiva de la prestación ([art. 35.4 RD 295/2009, de 6 de marzo](#)). Además, la Guía básica del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) sobre cómo solicitar, de forma colectiva por la empresa, las prestaciones por desempleo por ERTE por COVID-19 prevé expresamente que se incluirán en él solo a personas trabajadoras en activo, no con un contrato suspendido (incapacidad temporal –IT–, maternidad, paternidad, excedencia o situaciones similares). Ni la instancia ni la suplicación estimaron esta argumentación, con idéntico criterio mantenido

⁵ Naturalmente, siempre por sujeto legitimado, respetando el principio de correspondencia (*vid.* [SAN 122/2020, de 10 de diciembre](#) –la niega al sindicato que solo tiene representación en un centro de los múltiples afectados–).

por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones favorable⁶. Para la sala de suplicación, frente al razonamiento de carácter lógico o racional, la incoherencia de suspender lo suspendido con anterioridad, la sala recuerda que lo incoherente es mantener suspendido el contrato por un riesgo durante el embarazo que ya no existe, precisamente por la suspensión generalizada de la actividad laboral a causa del ERTE/FM. No obstante, fija condiciones de legitimidad:

- a) El advenimiento de una causa distinta y sobrevenida a la suspensión inicial (embarazo).
- b) Un cambio sustancial respecto a las circunstancias que motivaron la suspensión inicial.
- c) Que no se derive perjuicio para ellas respecto del resto de las personas trabajadoras afectadas al ERTE/FM por causa derivada del riesgo de contagio. Esta cuestión no es baladí, pese a que se orilla (se sabe que la situación de ERTE/FM genera una prestación de desempleo equivalente al 70 % de la base reguladora, que se calcula tomando como referencia la media de las bases de cotización de los últimos 6 meses cotizados –180 días–, sin reducción al 50 % a partir del séptimo mes –como sí sucede en el desempleo «normal»–, en cambio para la prestación por riesgo durante el embarazo –y lactancia– es el 100 % de la base reguladora). La diferencia de cobertura, por lo tanto, es notable.

Lógicamente, cuando el riesgo resurja (finalización del ERTE, tránsito de la suspensión de actividad a reducción de jornada, desafectación parcial, etc.), deberá reactivarse la prestación por riesgo, pues en tales casos vuelve a haber posibilidad real (y jurídica) de trabajar e imposibilidad de llevar a cabo dicho trabajo en un entorno compatible con el embarazo. En definitiva: «[...] la actividad empresarial se configura como [...] presupuesto necesario del que nace la situación [...]. Por lo tanto, la inactividad determina la suspensión de la prestación por inexistencia de RE [riesgo por embarazo]» (FJ 2.º).

En una línea análoga, la [SAN 52/2020, de 17 de julio](#) (respecto de una empresa de *contact center*), tampoco aprecia anomalía alguna, ni indicio de discriminación (indirecta), en que de más de 900 personas trabajadoras afectadas por un ERTE/ETOP asociado a la COVID-19 más de 1/3 se hallaban en situación de IT (finalmente fueron «solo» 267). Ni la IT fue un criterio selectivo específico en el proceso negociador, ni consta tampoco que se les haya causado perjuicio alguno en comparación con el resto de las personas empleadas afectadas en el ERTE.

⁶ [Circular de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 17 de abril de 2020.](#)

1.8. ¿Cabe incluir a personas representantes unitarias o sindicales en el ERTE/FM?

También ha llegado a los tribunales la cuestión relativa al respeto en estos ERTE de las preferencias de permanencia para la representación de las personas trabajadoras ([art. 51.5 ET](#) –al que remite el [art. 47.3 ET](#)– en relación con el [art. 68 ET](#)). A falta de previsión específica en la ley de emergencia, se entiende que rige la regla ordinaria. Las empresas suelen ser conscientes de ello en los criterios de selección, a fin de excluirlos del ERTE⁷. Pero no siempre sucede así.

Para la [STSJ de Madrid 645/2020, de 16 de julio](#), la inclusión en un ERTE/FM de una representante de las personas trabajadoras constituye una discriminación por razón sindical, por lo que vulneraría el [artículo 28 de la CE](#). Se trataría de una laguna legal a integrar con la norma estatutaria. En cambio, no identifica lesión jurídica la [STSJ de la Comunidad Valenciana 4478/2020, de 17 de diciembre](#). En este asunto, se descarta que la inclusión en el ERTE/FM de personas representantes no liberadas implica discriminación sindical, porque los «débiles indicios» de violación se han despejado por la empresa probando que no había puestos adecuados para ellos. El ERTE/FM no fue total, se previeron diferentes excepciones (personas jubiladas parcialmente, liberadas sindicales, teletrabajadoras y personal necesario para la retoma de la actividad tras la suspensión). Una vez más evidenciando la importancia de la norma del caso, la sentencia valenciana descarta analogía con el caso madrileño.

2. ¿Qué cabida tienen los ERTE/FM en el sector de la contratación pública? ¿Y en las empresas públicas?

2.1. ¿Es compatible el ERTE/FM con el derecho de la empresa concesionaria al restablecimiento del equilibrio económico del contrato ex artículo 34 del RDL 8/2020?

En el ámbito de las empresas que prestan servicios habitualmente en los sectores de la contratación pública, una cuestión especialmente polémica, hasta la citada [STS 83/2021, de 25 de enero](#), ha sido dilucidar si son compatibles los instrumentos de gestión de la crisis derivada de la COVID-19 en las empresas reconocidos en el [artículo 22 del RDL 8/2020](#) (ERTE/FM) y en el [artículo 34 del RDL 8/2020](#) (la solicitud de indemnización al poder adjudicador por los

⁷ Por ejemplo, en el ERTE enjuiciado por la [SJS número 1 de Palma de Mallorca 232/2020, de 16 de septiembre](#), se utilizó como criterio de selección de personas empleadas no afectadas, junto al de la edad (el personal más joven por ser menor el riesgo de contagio por COVID-19) y garantías de protección de ciertos colectivos (personal sustituto de prejubilación, para no ponerlo en riesgo), a las personas integrantes del comité de empresa.

daños y perjuicios derivados en virtud de las decisiones suspensivas de los contratos). Aquí hallamos un contraste intenso entre un sector de autoridad administrativa (criterio de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social –ITSS–), que defendió la incompatibilidad (el [art. 34](#) excluye el [art. 22 RDL 8/2020](#)), y la mayoría de las decisiones de autoridad judicial, defensoras de la compatibilidad. Esta será la posición del TS (demanda de conflicto colectivo contra el ERTE/FM de Ana Naya García, SL, adjudicataria de la gestión de centros de educación infantil).

Dejando fuera de este análisis los aspectos procesales (congruencia) y administrativos (silencio positivo)⁸, en el asunto de fondo, la sentencia pasa de soslayo por el concepto de fuerza mayor, lo que nos deja sin conocer, de momento, cuál es su posición en esa dialéctica entre visión expansiva y menos. Lo que sí deja claro es que el ERTE/FM es compatible con el derecho del concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato ex [artículo 34 del RDL 8/2020](#). Rechazará de raíz las extendidas críticas sindicales, que consideran estos ERTE/FM expresión tanto de fraude, como de un instrumento de enriquecimiento injusto: mientras que las personas trabajadoras ven cómo se les reduce hasta un 30 % su remuneración en la situación de ERTE (sin que haya obligación empresarial de complementarla –[STSJ de Galicia de 13 de noviembre de 2020, rec. 3195/2020](#)–), los costes laborales, pese a ser indemnizables por la Administración concesionaria, se trasladan también al SEPE, en forma de prestaciones por desempleo, así como a la ciudadanía, en forma de menor recaudación. El TS asume que se trata de dos vías autónomas. En suma, frente a la práctica de los informes –no vinculantes– de la ITSS, excluyendo la fuerza mayor en estos casos, los artículos [22](#) y [34](#) del RDL 8/2020 no mantienen una relación de *lex specialis* entre ellos, no reflejan dos políticas laborales alternativas, sino complementarias⁹.

2.2. ¿Una entidad que se financia mayoritariamente con ingresos públicos puede acogerse a un ERTE/FM o queda excluida ex disposición adicional decimoséptima del ET?

También encontraremos esta general oposición o contraste entre la autoridad gubernativa laboral y –cierto sector de– la autoridad hermenéutica judicial respecto a las relaciones

⁸ Aprecia incongruencia omisiva, pero prima la economía procesal y no la invalida devolviendo las actuaciones, sino que da solución a la cuestión de fondo; también indica que la demanda razona una discrepancia con la resolución administrativa que constata la fuerza mayor, pero debió instrumentarla por la vía del [artículo 151 de la LRJS](#), limitándose la demanda de conflicto colectivo a la decisión de la empresa. En lo que hace al silencio positivo, figura que la sala de casación sí entiende que opera, integra la laguna del [artículo 22.2 del RDL 8/2020](#) por el [RDL 9/2020](#), que remite al [artículo 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre](#), del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (FJ 6.º).

⁹ En este sentido, también la [SAN 72/2020, de 21 de septiembre](#), y la [STSJ de Castilla y León/Burgos 357/2020, de 20 de octubre](#), así como la [STSJ de Galicia de 13 de noviembre de 2020 \(rec. 3195/2020\)](#) (aunque lo deja en el aire, por razones procesales). Más reticente parece la [STSJ del País Vasco de 15 de septiembre de 2020 \(rec. 822/2020\)](#).

entre la [disposición adicional decimoséptima del ET](#) –que excluye el [art. 47](#) para las entidades del sector público que no se sostengan mayoritariamente con ingresos provenientes de mercado– y los artículos [22](#) y [23](#) del RDL 8/2020 (ERTE/FM y ERTE/ETOP). Ciertamente, ni el preámbulo de la norma de excepción ni el literal de sus preceptos aportan pauta interpretativa sería alguna, sencillamente porque no hay ni la más mínima referencia a la [disposición adicional decimoséptima del ET](#), sí al [artículo 47 del ET](#). Algún sector doctrinal entiende que, precisamente, al no excluirse de forma expresa ni remitirse a la [disposición adicional decimoséptima del ET](#), cabría considerar como especialidad de las leyes de emergencia sanitaria la inclusión en los ERTE por COVID-19 de las entidades del sector público empresarial, frente a la ley ordinaria.

A mi juicio, la doctrina judicial sí deja claro que la [disposición adicional decimoséptima del ET](#) es plenamente aplicable –y, en mi opinión, carece de razón de ser jurídica sería lo contrario– a los ERTE por COVID-19. Otra cosa es la interpretación que de la misma se haga a estos efectos, donde no hay una posición clara. De hecho, la [STSJ del País Vasco 1315/2020, de 16 de octubre](#), concluye, revocando el criterio contrario de instancia (así como el de la autoridad laboral, también de la ITSS –siguiendo, a su vez, el criterio de la Abogacía del Estado¹⁰), que una sociedad mercantil con un 100 % de capital público (propiedad de un Ayuntamiento de Vitoria –Tuvisa–) pertenece al sector público institucional ([art. 2.2 b\) Ley 40/2015, de 1 de octubre](#), de régimen jurídico del sector público, y [art. 3.3 Ley 9/2017, de 8 de noviembre](#), de contratos del sector público), pero no es una Administración pública ni una entidad de derecho público vinculada a una de ellas.

Siendo así, Tuvisa puede acudir al [artículo 47.3 del ET](#). Con esta decisión revoca la [SJS número 2 de Vitoria 63/2020, de 27 de mayo](#), que excluyó esta entidad del ERTE/FM porque aparece expresamente en el catálogo vasco de las entidades públicas consideradas como Administración pública (criterio sustantivo o naturaleza de su financiación –prevalece el ingreso público en su funcionamiento– y formal o transparencia –está inventariada como entidad pública excluida–). Para la sala de suplicación, el carácter prohibitivo de la [disposición adicional decimoséptima del ET](#) impediría interpretaciones expansivas y entidades como Tuvisa estarían fuera del precepto (trae también el precedente de la [STS 618/2016, de 6 de julio](#)).

Sorprendentemente, no hace referencia alguna la referida sentencia a los ingresos sobre los que se sostiene tal entidad. En cambio, la [STSJ del País Vasco de 15 de septiembre de 2020 \(rec. 822/2020\)](#), para una asociación de naturaleza social (de familiares de personas con alzhéimer y otras demencias de Bizkaia), que se financia con cuotas privadas y ayudas públicas, considera que sí puede acogerse a un ERTE/FM, porque ni es entidad pública ni

¹⁰ El 16 de abril de 2020 se publicó en el portal de la ITSS consulta de la Dirección General de Trabajo sobre los ERTE aplicados por sociedades mercantiles municipales de transporte urbano en relación con el criterio de la Abogacía General del Estado del Ministerio de Justicia de fecha 19 de marzo de 2020.

depende mayoritariamente de ingresos públicos. Desarbola, así, el argumento de la demanda sindical que también excluía tal entidad de causa para un ERTE/FM.

Una línea que también sostendrá la [SJS número 2 de Murcia 93/2020, de 10 de junio](#) (demanda de conflicto colectivo por parte del sujeto sindical). En este caso, la Fundación Veterinaria Clínica de la Universidad de Murcia queda excluida de la [disposición adicional decimoséptima del ET](#), porque pese a ser sus medios (instalaciones y servicios) de estricta titularidad pública, en su funcionamiento ordinario sería determinante el ingreso de mercado de 750.000 euros.

Finalmente, lo que no parece dudoso es que las entidades del sector público administrativo sí están excluidas íntegramente, a diferencia del sector público empresarial, donde se precisará un análisis más casuístico. Así lo reconoce la [SJS número 1 de León 167/2020, de 14 de julio](#), que rechaza la posibilidad de acudir a un ERTE/FM por parte de un Ayuntamiento (Valverde de la Virgen), sin que haya discriminación, pues así lo entendió la Sentencia del Tribunal Constitucional ([STC](#)) [8/2015, de 22 de enero](#).

3. ¿Es el ERTE la única medida de gestión flexible -y obligatoria- para afrontar la COVID-19?

3.1. ¿Cabe reducción de jornada en virtud de otras reglas de flexibilidad pactadas diversas al ERTE por COVID-19 o estas resultan obligatorias para afrontar la crisis?

En principio sí. En el asunto conocido por la [SJS número 2 de Burgos 120/2020, de 23 de julio](#), se actuó una vía pactada previamente para distribuir irregularmente el tiempo de trabajo. Sucintamente, el relato fáctico es este: Sacyr Social, SL, dedicada a la actividad de atención en su domicilio a personas ancianas, discapacitadas y desvalidas, debido a la situación generada por la pandemia, vio como numerosas personas se daban de baja en el servicio para evitar la entrada en su domicilio. Ello provocó un descenso en el número de horas realizadas por las personas trabajadoras, lo que ha supuesto, aplicando un acuerdo colectivo de bolsas de horas, la reducción de su jornada de más del 25 % para 1/3 de la plantilla (118 de 350), pues en tales casos había una diferencia teórica de más del 25 % entre las jornadas teóricas y las jornadas efectivamente realizadas. Una vez finalizada la situación del estado de alarma actual, la empresa se compromete a revisar los datos de personas usuarias del servicio a la finalización de cada mes, para reajustar periódicamente su jornada laboral en la medida en que el nivel de personas usuarias y horas a prestar vaya alcanzando los niveles existentes antes. El acuerdo se firmó, dentro del marco del convenio regional del sector de ayuda a domicilio de Castilla y León (art. 9), para tratar de flexibilizar la jornada y garantizar el salario mejorando lo dispuesto en dicho precepto.

En tal situación, para la sentencia no se debía llevar a cabo ningún trámite previsto en el [artículo 41 del ET](#), ni es necesario más requisito que acreditar que se cumplen las circunstancias que dan lugar a la aplicación del acuerdo, lo que se realiza en este caso, no pudiendo considerar su aplicación ninguna decisión empresarial que tenga el cariz de algún ERTE (FJ 5.º). Al respecto, no cabe esgrimir que el acuerdo está en vigor a unos efectos y no a otros:

[...] pues ello implicaría dar cabida a la «técnica del espiguelo», lo que en modo alguno puede ser admitido, teniendo en cuenta que, si no se aplicara el acuerdo, resultaría de aplicación el artículo 9 del Convenio colectivo regional de Castilla y León para la actividad de ayuda a domicilio, menos favorable para los trabajadores (FJ 6.º).

3.2. ¿Una reducción de jornada como garantía de recolocación voluntaria para la empresa es una modificación sustancial en el contexto de las medidas anti-COVID-19?

Parece bastante polémico, de inicio, pero cuenta con cierto aval de la doctrina judicial. Las SSTSJ de Asturias [1951/2020, de 10 de noviembre](#), y [2088/2020, de 24 de noviembre](#), excluyen que la novación del horario, el turno y jornada, con reducción salarial y cambio de centro (movilidad locativa, no geográfica), adoptada por una empresa contratista de limpieza tras la decisión de la principal (forzada por la pandemia a parar la actividad), deba ser calificada como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo (MSCT). Aquí no habría obligación legal (a diferencia de las novaciones por razones preventivas), sino decisión voluntaria de la empresa a fin de favorecer medidas de gestión interna más garantistas para las personas trabajadoras, al menos en su visión. Y ello tanto por su efecto temporal limitado (el plazo de parálisis derivado de las decisiones de la autoridad sanitaria), como por su razón de ser garantista, puesto que implica una decisión de recolocación sin obligación y –a su juicio– más favorable que la que supondría acudir al ERTE.

¿El fin justifica los medios? La finalidad perseguida es proteger el empleo existente (política de empresa que da preferencia a la medida de gestión flexible interna menos incisiva). En el presente caso, en lugar de acudir a alguna de las dos vías que habilitaba el RDL 8/2020 (arts. [22](#) y [23](#)), la contratista adoptó una medida de recolocación, sin venir obligada ([STS 78/2018, de 31 de enero](#)). En consecuencia, la modificación no es sustancial, aunque tenga tal naturaleza, pues ni es suprimida ni se afecta de forma intensa.

4. ¿Es MSCT si deriva de una obligación de cumplir con reglas preventivas anti-COVID-19?

La continuación de la actividad económica (esencial o no) sigue requiriendo, en el contexto persistente de crisis, de nuevas e intensas obligaciones de prevención higiénica frente

al riesgo de contagio. Normas y [procedimientos](#) convierten a la empresa en un sujeto obligado no solo a la prevención de riesgos laborales, sino también a la reducción al mínimo del riesgo higiénico o biológico (contagio COVID-19). Junto a la obligación empresarial de poner a disposición de las personas empleadas tanto EPI (no solo mascarillas), como medidas colectivas de forma efectiva (por ejemplo, [STSJ de Asturias 31021/2020, de 24 de noviembre](#), excluye el plus de peligrosidad por este riesgo al exigirse una protección específica), todas las normas y criterios sucesivos –según avance en la desescalada–¹¹ elaborados por las autoridades sanitarias habilitan medidas organizativas, incluso novaciones de jornada y horarios, esto es, novación de condiciones sustanciales de trabajo.

Cierto, es doctrina jurisprudencial que puede haber modificaciones sustanciales sin que se requiera acudir a tal procedimiento estatutario, cuando deriven del cumplimiento ineludible de obligaciones legales, de carácter preventivo de riesgos laborales, conforme a los protocolos de salud (por ejemplo, [STS de 18 de diciembre de 2013, rec. 2566/2012](#)), o de otra naturaleza, siempre que no quede un amplio margen de discrecionalidad en tal cumplimiento de la obligación legal (por ejemplo, [STS 126/2019, de 19 de febrero](#))¹². De ahí que un cambio de turno, por ejemplo, exigido a raíz de una obligación preventiva temporal (para evitar el trabajo nocturno mientras persista el riesgo detectado en la evaluación), no constituye una MSCT del [artículo 41 del ET](#) (una síntesis jurisprudencial reciente sobre el concepto en [STS 185/2020, de 27 de febrero](#)), sin que tampoco pueda incluirse en su *ius variandi* ([STS de 18 de diciembre de 2013, rec. 2566/2012](#), FJ 3.º, punto 3). Es obvio que ello no hace unilateral la decisión, ante el deber de consulta a las personas trabajadoras sobre tales medidas y sus consecuencias ex [artículo 33.1 a\) de la Ley de prevención de riesgos laborales](#) (LPRL).

En este escenario de innovación e intensificación de obligaciones preventivas, la [STSJ de Madrid 688/2020, de 25 de junio](#), concluye que las diversas medidas colectivas organizativas y de ordenación del trabajo adoptadas unilateralmente, y con alcance temporal, por la empresa (Inditex-Zara) en el marco del estado de alarma no constituyen una novación sustancial, sino el cumplimiento con la diligencia debida de sus obligaciones preventivas (FJ 3.º). A su índole excepcional y provisional, vinculada a la evolución de la pandemia (y del estado de alarma), así como a la existencia de una voluntad negociadora, tanto específica como general (finalmente se produjo un acuerdo marco estatal en Zara/Lefties –21 de mayo de 2020– para gestionar el proceso de recuperación de la actividad en condiciones de seguridad y salud) ex [artículo 83.3 del ET](#) (acuerdo marco sobre materia concreta

¹¹ Por ejemplo, [artículo 9 de la Orden SND/386/2020, de 3 de mayo](#); [artículo 4 de la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo](#); [artículo 5.3 de la Orden SND/458/2020, de 30 de mayo](#), etc.

¹² Se entiende que «la regulación que hace la norma legal es tan detallada que para su implementación no hacía falta acudir al procedimiento del artículo 41» ([STS de 26 de noviembre de 2015, rec. 347/2014](#)).

con valor de convenio colectivo estatal), habría que sumar, y sería el argumento fundamental para rechazar la calificación de MSCT ex [artículo 41 del ET](#), que las medidas tratan de conjugar las obligaciones derivadas de la normativa del estado de alarma con las de prevención de riesgos laborales. De ahí la referida obligación de diligencia máxima en su función de garante de la seguridad y salud de las personas trabajadoras en todos los aspectos, circunstancias o condiciones de trabajo.

En consecuencia, en estos escenarios, la empresa viene obligada a adoptar cuantas medidas sean necesarias para garantizar la protección eficaz de la seguridad y salud de sus personas empleadas ([art. 14 LPRL](#)). La sala de suplicación madrileña hace, pues, una relectura en virtud del contexto fáctico y normativo específico asociado a la COVID-19.

En sentido análogo, se pronunciará la [STSJ de Madrid 600/2020, de 23 de julio](#) (para Actren, empresa dedicada al mantenimiento ferroviario)¹³. De este modo, la doctrina judicial se abre, en estos casos, a reconocer un cierto margen de elección de los cambios en la organización del tiempo de trabajo (afecta a horarios de entrada y de salida o turnos) como medidas preventivas adecuadas, exigiéndose, pues, la consulta.

Sin embargo, fuera del contexto pandémico, ya la [STSJ de La Rioja 165/2019, de 12 de septiembre](#), reconoció a la empresa una libertad organizativa a fin de determinar, de entre varias opciones razonables, cuál se aplicaría a una trabajadora cuyo:

[...] reconocimiento médico no señala limitaciones [...] para actividades concretas, cargas de pesos por encima de cierto número, elevación de los brazos por encima de lo horizontal, sino que se limita a señalar que se debe evitar el turno de mañana por ser de mayor carga ergonómica [...] (FJ 3.º).

En suma, se trata de obligaciones legales de reorganización de turnos con finalidad de salud laboral y pública. Pese a lo difuso o confuso de estas normas, «que establecen nuevas obligaciones, se remiten a la normativa laboral y convencional¹⁴.

¹³ Tras rechazar la caducidad de la acción de conflicto colectivo, conforme a la doctrina jurisprudencial en la materia ([STS 185/2020, de 27 de febrero](#)).

¹⁴ Por ejemplo, el [artículo 5.3 de la Orden SND/458/2020, de 30 de mayo](#), para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad: «Los ajustes a los que se refiere el apartado anterior deberán efectuarse teniendo en cuenta las instrucciones de las autoridades competentes, así como, en su caso, lo previsto en la normativa laboral y convencional que resulte de aplicación». Nuevo ejemplo, pues, de reclamo de una armonización entre la ley excepcional y ley ordinaria sin ofrecer pautas precisas, presumiendo una homogeneidad que la realidad desmiente.

5. ¿Los periodos de baja vinculados a la COVID-19 (contagios, cuarentenas) están cubiertos por las mejoras voluntarias de la IT?

La excepcionalidad de una situación pandémica inaudita, y que crecía de forma alarmante, de un lado, y las dificultades de las empresas de hacerse cargo del pago de los primeros 15 días de las numerosas bajas por contagios y sospechas (cuarentenas), de otro, llevaron –tras una primera decisión administrativa en tal sentido– a una solución jurídica tan mestiza (mixta o híbrida) como excepcional. A saber: los procesos de IT vinculados a la COVID-19 se asimilan al accidente de trabajo. Se traslada, así, directamente el coste a las entidades gestoras (o de las colaboradoras) y se mejora la prestación. La «generosidad» legal para la calificación quedaba acotada a la prestación de IT ([art. 5 RDL 6/2020, de 10 de marzo](#) –sucesivas veces modificado–):

[...] exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social, aquellos periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocados por el virus COVID-19, salvo que se pruebe que el contagio de la enfermedad se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo [...].

Evidentemente, toda norma jurídica restrictiva en un contexto de masiva concurrencia de las situaciones de necesidad que protege (IT) está llamada a provocar conflictos interpretativos.

De un lado, la referencia a la «prestación económica» de IT del «sistema», sin distinguir si lo es solo respecto de la prestación básica o también de la complementaria (mejora voluntaria), siendo ambas prestaciones económicas del sistema ([art. 43 LGSS](#)), permitiría integrar ambas (donde la ley no distingue, no debe distinguir el intérprete). De otro, teniendo en cuenta que es una norma excepcional (exige interpretación restrictiva), que solo habla de «prestación», no de «prestaciones» (no tiene la básica el mismo régimen que la complementaria), que se trata de la técnica de asimilación, no de equiparación y la finalidad de no cargar a las empresas con más costes, podría llevar a la interpretación contraria. ¿Qué opción valorativa elegirán los tribunales?

Según la [STSJ de la Comunidad Valenciana 3324/2020, de 29 de septiembre](#), la correcta debe ser la restrictiva. En una demanda de conflicto colectivo, en la que se reclamaba que la empresa (del sector sociosanitario) reconociera el complemento previsto en el convenio colectivo aplicable para las contingencias derivadas de los accidentes de trabajo propiamente a las asimiladas a ella en virtud del [artículo 5 del RDL 6/2020](#) (a las bajas por COVID-19). Para la sala valenciana no ha lugar a tal reconocimiento, porque, siendo una norma excepcional y no teniendo el mismo régimen jurídico la prestación básica y la mejora voluntaria, no se puede hacer tal extensión. Incluso valora que, «abonando su naturaleza

absolutamente singular, las sucesivas reformas del precepto¹⁵ vienen a dar nueva redacción al mismo, que clarifican [...] lo expuesto» (FJ 2.º, punto 4, b).

No obstante, hace una advertencia final, de clarificación, que resulta especialmente útil hoy. La sala de suplicación precisa que la solución dada es la propia de un conflicto colectivo, en el que se interpreta una norma en relación con una práctica, pero no los casos individualizados. Por lo tanto, en todos los casos en los que se acredite que la contingencia por la cual se emiten los partes de enfermedad de las personas trabajadoras sociosanitarias de la empresa sea el propio de una enfermedad de trabajo (tratada como accidente laboral ex [art. 156 LGSS](#)) o el de una enfermedad profesional, será necesario estudiarlos «de manera singular en cada proceso y para cada persona afectada» (FJ 2.º, punto 4, c). Pues bien, al respecto, sabido es que, para este sector de actividad profesional, de forma idéntica al sanitario, el [artículo 6 del reciente RDL 3/2021, de 2 de febrero](#), califica las prestaciones causadas por el virus SARS-CoV-2 durante el ejercicio de su profesión como «enfermedad profesional», no ya como accidente de trabajo. En consecuencia, debemos entender derogada –tácitamente, porque el legislador no nos ayuda en nada a una técnica jurídica depurada, más bien lo opuesto– la [disposición adicional cuarta del RDL 28/2020](#), que sigue dando a estos mismos supuestos la calificación de accidente de trabajo, lo que, evidentemente, es incompatible (*lex posterior derogat priori*).

6. ¿Qué aceptación tiene en los tribunales de orden social la prevalencia del teletrabajo como una medida vinculada a la pandemia?

Sin duda, en el diseño (improvisado y deficiente) de las leyes de emergencia pandémica, la mejor medida para conciliar continuidad de la actividad, y la prestación de trabajo, con el menor riesgo de contagio por COVID-19 fue la promoción de una migración masiva al teletrabajo. A tal fin, se dotó –de forma difusa– de preferencia legislativa ([art. 5 RDL 8/2020](#)).

A diferencia de la regulación estructural específica posterior ([RDL 28/2020, de 22 de septiembre](#), de trabajo a distancia), el teletrabajo de emergencia tuvo –tiene– dos finalidades concretas. De un lado, la prevención del riesgo de contagio (de ahí que continúe incluida como medida organizativa preferente en el procedimiento vigente –actualizado a 21 de febrero de 2021– de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales). De otro, la facilitación de la conciliación de la vida laboral y familiar ([art. 6 RDL 8/2020](#) vigente hasta el 31 de mayo de 2021 –[disp. adic. tercera RDL 2/2021](#)–), en un escenario en el que el confinamiento social representó también el cierre de colegios y, en consecuencia, una

¹⁵ La última a través de la [disposición final décima del RDL 28/2020, de 22 de septiembre](#) (trabajo a distancia), lo que vino a cubrir el vacío regulador generado por la [no convalidación parlamentaria del RDL 27/2020, de 4 de agosto](#). Precisamente, la sentencia referida llama la atención sobre ese vacío –que ya no es tal–.

dificultad añadida (y que se mantiene –más situaciones de contagios o de cuarentenas de menores escolarizados– abiertos los centros).

No nos detenemos aquí en la cuestión relativa a la legislación efectivamente aplicable para el teletrabajo como medida preventiva ex [artículo 5 del RDL 8/2020](#). Y no porque no sea problemática, pues la –tautológica y muy confusa– [disposición transitoria tercera del RDL 28/2020](#) remite a la «normativa laboral ordinaria», pero sabido es que ya no existe, porque el [artículo 13 del ET](#) se limita a remitir, a su vez, a la ley laboral especial ([RDL 28/2020](#)). Otra evidencia de pésima técnica legal en tiempos de COVID-19. Sin embargo, aquí exponemos la recepción de ambas finalidades del teletrabajo de emergencia en la doctrina judicial reciente, superada aquí también la fase de justicia cautelar en la que el teletrabajo también tuvo su protagonismo, aun con fallos de sentido opuesto¹⁶.

6.1. ¿Tiene el profesorado derecho a impartir docencia *online* como precaución frente al riesgo de contagio o solo el especialmente vulnerable?

En un momento en el que cada universidad toma sus decisiones respecto a la modalidad de docencia, presencial, semipresencial u *online*, es de especial interés la [SJS número 1 de Orense 318/2020, de 5 de octubre](#). En ella se reconoce el derecho que tiene un profesor asociado a la docencia *online*, por ser persona de especial riesgo (por su edad y por su historial médico), de un lado, y atendido al reconocimiento de esa modalidad de docencia a otros dos compañeros por las dificultades de movilidad a raíz de las limitaciones dictadas por las autoridades. Frente al criterio del servicio de prevención, que clasificó al trabajador en el nivel de riesgo 1, conforme al anexo V del procedimiento de actuación fijado para los servicios de prevención de riesgos laborales (vigente a 14 de julio de 2020), la sentencia considera que el nivel de riesgo adecuado es el 2, no solo por las condiciones personales del profesor, también porque las clases se realizan en un lugar cerrado donde el virus es más contagioso (FJ 2.º).

En suma, considera existente una violación del derecho a la no discriminación por razón de edad y otras circunstancias personales. De ahí que condene a la universidad a autorizar la impartición *online* de las clases, pese a reconocer que la clase presencial es contenido esencial del derecho social fundamental a la educación ex [artículo 27 de la CE](#) –tema hoy

¹⁶ Lo reconoció el [Auto del Juzgado Contencioso-Administrativo número 2 de Toledo 41/2020, de 20 de mayo](#), admitiendo una medida cautelar contra la Resolución de la Dirección General de la Función Pública sobre medidas organizativas y de prevención de riesgos laborales para la reincorporación presencial del personal, de la Junta de Castilla-La Mancha, que exigía el retorno bajo ciertas condiciones. En cambio, lo negó, por imposibilidad técnica, la [STSJ del País Vasco 921/2020, de 14 de julio](#), para el personal de la Administración de Justicia vasca.

en plena discusión—. No se pidió, por tanto no se condenó a indemnización por daño moral y efecto disuasorio ex [artículo 183 de la LRJS](#), pese a la doctrina jurisprudencial de su automaticidad (*res ipsa loquitur*: la cosa habla por sí misma –regla de apariencia de prueba o culpa virtual: el daño por violación de derecho fundamental de una persona trabajadora habla por sí mismo a efectos indemnizatorios–).

6.2. ¿El teletrabajo como prevención frente al contagio en estado de alarma libera, *rebus sic stantibus*, de la obligación de pago de ciertos beneficios –por ejemplo, vales comida–?

Era práctica empresarial precedente a la pandemia de COVID-19, a menudo regulada convencionalmente, mantener el componente de remuneración extrasalarial de vales comida (tique restaurante) aunque se teletrabajara. Sin duda, la garantía de conservación tiene sentido por la escasísima implantación de esta modalidad no presencial de trabajo. Prueba del desinterés empresarial –entonces– en tal modalidad organizativa del trabajo, así como, igualmente, de la limitada comprensión que el banco social de la negociación tenía sobre ella, fueron los acuerdos de participación en este tipo de ensayos organizativos (más de esnobismo que de innovación) que, al tiempo que incluían un compromiso de conservación de condiciones de trabajo, como si presencial fuese (mantenían el horario laboral igual de rígido o cerrado), liberaban a la empresa de toda compensación de gastos en que incurriese la persona teletrabajadora (pese a la previsión contraria del [Acuerdo marco comunitario de 2002](#)). Ejemplo –normalizado– fue Capgemini.

Esta empresa, como otras, al producirse la declaración del estado de alarma, impuso una migración masiva al teletrabajo (en el caso, del 14 de marzo hasta el 30 de abril). A raíz de ello, entendió que si no había trabajo presencial, estando, además, en un severo régimen de confinamiento, no podría haber comida fuera de casa para quienes, en el trabajo presencial, tenían jornada partida, por lo que la empresa excluyó esos días del beneficio extrasalarial consistente en vales comida. Impugnada esta decisión, la [SAN 114/2020, de 9 de diciembre](#) (en línea con la [SAN 57/2020, de 27 de julio](#)), valoró que la consultora informática suprimió unilateralmente una condición más beneficiosa sin acudir al [artículo 41 del ET](#) y, en consecuencia, anuló la decisión, sin que el duro contexto de la pandemia la justifique.

Ciertamente, en términos de hipótesis dogmática, la AN asume que la neutralización de esa condición más beneficiosa no solo puede hacerse mediante acuerdo novatorio o por la vía del [artículo 41 del ET](#) –o la técnica de la absorción y compensación ex [art. 26 ET](#)–, sino también mediante la cláusula *rebus sic stantibus*. Ahora bien, recordó que su uso es aún más restrictivo en lo laboral que en lo civil para legitimar una novación unilateral al margen del [artículo 41 del ET](#) (FJ 3.º). Siendo cierta esta doctrina jurisprudencial social restrictiva,

sorprende, sin embargo, que la AN no entre ni tan siquiera a razonar por qué una crisis como la pandémica no incide en el mantenimiento de una condición de este tipo, que no supone retribución sino compensación de un gasto realizado fuera del domicilio, con el plus de coste de ello derivado para la persona trabajadora. También causa cierta perplejidad que valore una regla pactada colectivamente que, si garantiza el blindaje de condiciones de trabajo, asegura el no reembolso de gastos o compensación económica por eventuales gastos adicionales con ocasión del teletrabajo. Una previsión que, lógicamente, choca de raíz con la previsión legal actual, y con la del [Acuerdo marco comunitario](#), pero que la referida –confusa– [disposición transitoria tercera del RDL 28/2020](#) parece legitimar, remitiendo la cuestión a la negociación colectiva.

Al respecto, de futuro, hay que tener en cuenta que el principio de igualdad de trato, así como el de garantía de indemnidad frente a cualquier perjuicio por la forma no presencial del trabajo ([art. 4 RDL 28/2020](#)), no puede desconocer la especificidad de las circunstancias fácticas. No, no es igual teletrabajar que trabajar presencialmente. En esta dirección más transaccional, el artículo 45 del [Convenio colectivo de la empresa Lyntia Network, SAU \(Madrid y A Coruña\)](#), prevé que si con carácter general el personal con régimen de jornada partida (con interrupción para la comida) tendrá derecho a percibir el vale comida por día de trabajo efectivo (precisando que la cantidad está exenta de tributación fiscal, una cuestión indisponible convencionalmente, además de que es incompatible con cualquier otra compensación o dieta por comida que se perciba): «El vale de comida no se abonará los días que el personal efectúe teletrabajo».

¿La regla convencional de exclusión del beneficio social del vale comida para las personas teletrabajadoras está amparada en una razón objetiva o resultaría arbitraria? A mí me parece que estaría justificada. El hecho causante es la comida fuera de domicilio, no el gasto de comida en sí, pues no se prevé para las personas con jornada continuada y no por ello se plantea problema alguno. Del mismo modo que sí serán las personas teletrabajadoras beneficiarias de las compensaciones por el teletrabajo, lo que no se produce si el trabajo es presencial.

6.3. ¿Cómo se controla la jornada –y horario– de la persona teletrabajadora, así como la efectividad de su derecho a la desconexión digital?

Junto a la garantía retributiva ([art. 12 RDL 28/2020](#)), el control de jornada –y horario– será también crucial en el teletrabajo (y en remoto). El [artículo 22 del RDL 28/2020](#) es inequívoco, aunque muy genérico. De ahí la importancia del acuerdo individual ([art. 7](#)) y de la negociación colectiva.

Ahora bien, antes de estas previsiones legales, también existía la facultad de control, de un lado, y las obligaciones de registro horario en el teletrabajo ([art. 34.9 ET](#); hoy [art. 14](#)

RDL 28/2020), de otro, así como la obligación de respetar el derecho a la desconexión digital (art. 88 Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales –LOPDGDD–; fuente del actual art. 18 RDL 28/2020). Curiosamente, y como ya se evidenció en el análisis de actualidad relativo a los nuevos escenarios de regulación y gestión de los –diversos y contradictorios– tiempos de vida y de trabajo, la disposición adicional primera del RDL 28/2020 prevé que los convenios o acuerdos colectivos puedan modular este derecho a la desconexión en la modalidad de teletrabajo. En una primera lectura, parece confortar la previsión convencional muy extendida, desde el «pecado original» que supuso el Convenio colectivo del Grupo Axa¹⁷, de incluir excepciones de «reconexión digital» fuera de la jornada habitual, en línea con el Parlamento Europeo en su propuesta de regulación comunitaria de este derecho.

Por supuesto, no pretendemos –ni podemos– volver sobre esta cuestión –espinosa–. Solo traemos a colación la inicial doctrina judicial que deja constancia tanto de las posibilidades de control, cuanto de los problemas de especial calado para adecuar la normativa (comunitaria y nacional ordinaria) a las modalidades de trabajo remoto. Si en una situación de teletrabajo «normalizado» el acuerdo individual será clave, el problema se ha planteado de forma radical en el teletrabajo de emergencia, donde todo ha sido precipitado. En todo caso, inadecuado será la dejación de facultades de control (de resultados, no de la unidad de tiempo; exigencia de horarios flexibles, que deja más «soberanía» a la persona trabajadora –art. 9 Acuerdo marco europeo de teletrabajo; hoy art. 13 RDL 28/2020–; fijación de un horario cerrado), que perjudica la posición empresarial (STSJ de Castilla y León/Valladolid 198/2016, de 3 de febrero: la ausencia de pautas y registro hace presumir la índole de horas extras del exceso). Pero también es peligrosa la autotutela de la persona teletrabajadora (por ejemplo, STSJ de Cataluña 136/2019, de 15 de enero: no habiendo pacto de flexibilidad horaria, tal disponibilidad en perjuicio del interés de empresa supone una infracción laboral muy grave –avalando el despido hecho–).

No ve fácil la adaptación de la norma al teletrabajo la STSJ de Madrid 628/2020, de 8 de julio. Un trabajador (indefinido y con jornada completa de 37,5 horas) presta servicios sumando trabajo presencial, un pacto de disponibilidad fuera de la jornada habitual y guardias de 24 horas (en expectativa de servicios), 1 semana cada 4, para asistencia informática al resto de personas empleadas que lo requieran. Esta tarea la realiza también telemáticamente. La conexión se hace mediante teléfono aportado por la empresa y recibe plus de disponibilidad.

El trabajador pretende que se le reconozca un número de horas extras superior al que se le ha abonado, oponiéndose la empresa porque ni ha acreditado la realización de las horas extras reclamadas, siendo su carga procesal probarlas, ni las horas de guardia en

¹⁷ Y que se repite una y otra vez. A los ejemplos indicados en el análisis de actualidad, cabe añadir mucho más. Por ejemplo, artículo 44 del Convenio colectivo del Grupo Selecta (AB Servicios Selecta España, SLU, Acorn Spain 1, SL, y Servecave, SL).

las que se está a disposición de la empresa serían tiempo de trabajo efectivo, por lo que el exceso sobre este no serían horas extraordinarias. En apretada síntesis, su demanda será desestimada, por falta de la prueba necesaria del carácter de horas extra, pero la sala de suplicación desliza una abundante fundamentación en la que reflexiona (*obiter dicta*) sobre las dificultades de adecuar la normativa comunitaria sobre el tiempo de trabajo, y su jurisprudencia (recuerda expresamente la [doctrina Matzak](#) –que hemos examinado con detalle en el [análisis de actualidad](#)–), a la complejidad que hoy presentan las diversas modalidades de trabajo remoto en general y el teletrabajo domiciliario en particular. La opción por el régimen de flexibilidad horaria (variable entre dos extremos: la obligación de estar conectada o prestando servicios durante un horario concreto, cerrado, de un lado, y la plena libertad para decir los momentos de conexión/prestación, de otro) complicará todavía más la diferenciación –ya bastante difusa– entre la mera disponibilidad no constitutiva de tiempo de trabajo y lo que es prestación de servicios.

A juicio de la sala madrileña:

[...] en aplicación estricta del criterio jurisprudencial resultaría que en [...] los casos en los que no se exija al trabajador su presencia en un lugar concreto durante un determinado horario establecido (incluso en el propio domicilio, siguiendo el criterio de la sentencia Matzak) resulta posible organizar un sistema de contratación totalmente flexible (*zero hour contract*) en el que el trabajador estaría conectado y a disposición de la empresa, incluso de forma permanente cualquier día de la semana a cualquier hora, y solamente se consideraría tiempo de trabajo aquel tiempo en que se le requiriera la prestación efectiva de servicios a distancia (FJ 2.º).

Lógicamente, un régimen de esta guisa quiebra no solo la razón sino también el derecho a la desconexión digital ([art. 88 LOPDGDD](#) –[art. 18 RDL 28/2020](#)–), porque, en una interpretación literal –no recomendable–, no habría tiempo de descanso ([Directiva 2003/88/CE](#)). Por lo tanto, determinaría «la ilegalidad de todo sistema de guardias de localización que obliguen a la conexión durante esos periodos», salvo que la negociación colectiva –a la que se remite– flexibilizara el régimen –ya hemos visto que parece hacer lo contrario–. En todo caso, concluye la sala, la solución no es clara y requiere redefinir el concepto de tiempo de (tele) trabajo con arreglo a la directiva, estando en juego derechos sociales comunitarios fundamentales ([art. 31.2 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) –CDFUE–; Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –[STJUE](#)– de [13 de diciembre de 2018](#), asunto [C-385/17](#), Hein).

Aunque discutible, por su maximalismo y rigidez, el planteamiento es sugerente. Sin embargo, no merece la pena abundar en él aquí, porque la sentencia considera que el objeto del recurso no fue el adecuado para entrar en tal consideración. En todo caso, a tenor de la posterior –aun también comentada en el [análisis de actualidad](#)– [STSJ de Madrid 962/2020, de 4 de noviembre](#), que presupone una visión más limitada del derecho a la desconexión,

revocando la decisión de instancia que sí apreció vulneración, como expresión de un derecho fundamental, parece que esta valoración crítica de la sala se mueve entre penumbras.

6.4. ¿Tiene derecho la representación sindical a acceder a los correos personales creados para facilitar el teletrabajo ordenado en emergencia pandémica?

No solo las facultades de control ([art. 22 RDL 28/2020](#)), todo el entramado del teletrabajo se asienta en un uso intensivo en tecnología de la información y la comunicación, puesto que, justamente, esta organización digital o telemática es un rasgo inherente a la modalidad del teletrabajo, dentro de las más amplias formas de trabajo remoto o a distancia. Por eso, de forma paralela, en su diseño legislativo «normalizado», se articula un sistema de garantías frente al riesgo de violación de los derechos fundamentales de las personas teletrabajadoras, también en relación con la protección de datos ([art. 17 RDL 28/2020](#)), además de, por el lado igualmente de sus obligaciones, garantías para la protección del derecho a la ciberseguridad de la empresa ([arts. 20 y 21 RDL 28/2020](#)). A ello hay que añadir el derecho de la representación sindical a un tablón comunicativo virtual, «cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia» ([art. 19.2 RDL 28/2020](#)).

Ahora bien, aquel diseño garantista está huérfano para el teletrabajo en emergencia. La consecuencia será, como ilustra la [SAN 130/2020, de 30 de diciembre](#), si no una pérdida, sí un debilitamiento de ciertos derechos, individuales y, muy especialmente, colectivos. Esta sentencia, en aplicación de la doctrina jurisprudencial ([STS 134/2019, de 21 de febrero](#)), niega el derecho sindical a conocer los correos personales de la plantilla de una empresa de *contact center* usados para organizar la logística del teletrabajo en emergencia promovido en el estado de alarma. La razón estribará, sentado el carácter excepcional del modelo organizativo de teletrabajo –por la emergencia– y constatado que se trata de correos electrónicos que debieron abrir las personas empleadas para el funcionamiento del sistema de trabajo no presencial impuesto por la empresa, en que no es de aplicación la nueva regulación al supuesto enjuiciado:

[...] porque su ámbito de aplicación se limita a los supuestos en que se desarrolle el trabajo a distancia con carácter regular, supuesto no concurrente en el presente caso puesto que se trata de un supuesto excepcional y temporal provocado por la situación de pandemia [...] (FJ 3.º, punto 6)¹⁸.

¹⁸ Para la tensión entre las políticas de ciberseguridad y el derecho a la información sindical, de interés la [STS 1033/2020, de 25 de noviembre](#), que prima el segundo sobre el primero al no probarse razones que evidencien que la información sindical pone en riesgo la seguridad de la empresa. Por su relevancia será objeto de análisis en el próximo número de esta revista.

6.5. ¿La sobrecarga de conectividad en el teletrabajo, fuente de riesgos psicosociales, abre la espita de las enfermedades del trabajo?

Junto a la garantía de protección de los datos personales, sobre todo ante la sobreexposición que deriva de ellos en el trabajo intensivo en digitalización, como el teletrabajo, otro ámbito de garantías especialmente atendido –también con sus deficiencias y ambigüedades, por supuesto– por el [RDL 28/2020](#) es la seguridad y salud en el trabajo, en especial frente a los riesgos de tipo ergonómico y, por lo que aquí interesa, psicosociales ([art. 16](#)). La propia –repetida– garantía del derecho a la desconexión digital coadyuva a esa protección reforzada (o al menos promovida). La sobrecarga de tiempo de trabajo en la modalidad telemática de prestación es una constante o lugar común de los estudios estadísticos realizados en este ámbito. Pues bien, comienza también a tener reflejo judicial. [Así lo ha evidenciado una sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Girona.](#)

Una trabajadora, de 44 años, presta sus servicios como auxiliar administrativa en el área de servicios sociales –en la oficina de vivienda– del Ayuntamiento de Palafrugell (Girona). Mientras teletrabajaba, sufrió un ictus. La mutua no lo reconoció como accidente laboral por tratarse de una contingencia común y acaecer en su domicilio. Presentada la correspondiente demanda, tras la reclamación administrativa, el ictus recibió la calificación judicial de accidente de trabajo. En la sentencia se deja constancia de que, durante el día anterior al ictus, la trabajadora gestionó 45 correos electrónicos y atendió 45 llamadas telefónicas, lo que supone una sobrecarga de trabajo respecto de la habitual, según quedó registrado. En consecuencia, no habiendo probado la mutua un origen externo, debe presumirse el carácter laboral del ictus, porque se produjo en horario laboral [ex artículo 156 de la LGSS.](#)

6.6. ¿El teletrabajo en pandemia como medida para su adaptación razonable por razones de conciliación es un derecho subjetivo, más si media una cuestión de género?

Además de medida preventiva ([art. 5 RDL 8/2020](#)), el teletrabajo en la pandemia ha sido un instrumento pensado también para facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar (CVLF), de ahí su inclusión en el «Plan MeCuida» ([art. 6 RDL 8/2020](#) –de vigencia prorrogada hasta el 31 de mayo de 2021 [por el RDL 2/2021](#)–). Esta instrumentación hacia la CVLF se ha querido diluir de forma notable en el [RDL 28/2020](#), a fin de evitar el riesgo de regresión en la equidad de género, de modo que se identifique el teletrabajo con la promoción del retorno de la mujer al domicilio, ahora convertido también en su oficina (lugar de trabajo).

De todos modos, la ley laboral común ([art. 34.8 ET](#)) consagra, también para periodos de normalidad, el teletrabajo como modalidad para dar contenido al derecho subjetivo a una adaptación razonable (y negociada de buena fe) del trabajo (organización flexible) para

satisfacer necesidades de CVLF (en la doble perspectiva actual de equidad de género y protección de la infancia, analizadas en la «[crónica de actualidad](#)» de este número). Al respecto, podemos hallar sentencias previas al teletrabajo en pandemia que enfrentaron esta cuestión, con suerte dispar¹⁹.

Siendo nuestro objeto reflejar el estado del arte judicial sobre el teletrabajo en el estado de alarma (doble dimensión preventiva y de CVLF), sugerente es la [STSJ de Aragón 553/2020, de 17 de noviembre](#). Esta sentencia resuelve la petición de teletrabajo realizada por una trabajadora, mediante la entrega por la empresa, o la puesta a disposición por parte de la propia trabajadora, de un ordenador portátil, que fue denegada. En el primer caso, por no disponer de suficientes portátiles para todas las trabajadoras que lo solicitan y por análogas causas (la sobrecarga de cuidar que se derivó del confinamiento –cierre de colegios–), debiéndose programar la compra de una forma gradual, y, en el segundo, por la imposibilidad de efectuarlo con el ordenador personal, por razones de ciberseguridad. En cambio, en esas fechas, otras dos trabajadoras en análogas condiciones sí obtuvieron una respuesta positiva. Finalmente, tras su alta después de un periodo de IT, la demandante fue incluida en un ERTE.

Para la sala, ni la carencia de posibilidades económicas es creíble, dado el bajo coste de la inversión (500 €), ni la diferencia de trato justificada. Por lo tanto, la empresa habría incurrido en discriminación (arts. [14 CE](#) y [17 ET](#)), sin ofrecer razones objetivas.

En su conclusión fue determinante un doble argumento –por cierto, contrario al informe de la ITSS que entendió objetivamente acreditada la imposibilidad técnica de la empresa para conceder más teletrabajo–, uno estructural (la doctrina de la [STC 26/2011, de 14 de marzo](#)) y otro coyuntural: «La decisión debe valorar [...] las circunstancias sociales y la normativa legal relativa a la pandemia COVID-19 [...]» (FJ 7.º). Además, la sentencia condena a la indemnización por los daños morales derivados de la violación de un derecho fundamental, asumiendo la doctrina de la automaticidad de este daño cuanto la (cómoda) estandarización judicial de su cuantía (6.251 €: grado mínimo de la sanción por infracción del [art. 8.12 Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social](#) –LISOS–). No obstante, para el caso concreto, introducirá un doble factor de corrección a la baja (su situación de afectada por el ERTE apenas se produjo la negativa por parte de la empresa de su petición

¹⁹ La SJS número 6 de Barcelona 381/2019, de 28 de noviembre, lo niega a un trabajador que, con dos hijos en edad escolar, pretende revertir su reducción de jornada volviendo a jornada completa, combinando el trabajo presencial con el teletrabajo (proponiendo dos opciones). La negativa se debe a dos motivos. El primero que la empresa no tiene implantada la modalidad de teletrabajo, por lo que obligarla a ello sería gravoso. Segundo, la falta de prueba de esa necesidad conciliatoria, por cuanto ni habría probado la disponibilidad de cuidar de su cónyuge ni la ineficacia de otras formas de flexibilidad horaria que ofrece la empresa para organizar la ampliación, a la que no se opone.

de teletrabajo y la situación económica negativa –preconcurso– de la empresa), dejando la indemnización en 2.000 euros, «que se entiende más proporcionada» (FJ 8.º).

En cualquier caso, conviene dejar claro que se precisa una razón fundada y probada, sea de salud, sea de conciliación, no contemplándose el derecho a la prestación mediante teletrabajo como un derecho subjetivo generalizado o normalizado de las personas trabajadoras, menos en el ámbito público, donde rige el principio de prevalencia de las necesidades del servicio público (por ejemplo, [art. 47 bis Estatuto Básico del Empleado Público, introducido por RDL 29/2020, de 29 de septiembre](#)). Así lo entiende la [STSJ de Castilla y León de 2 de diciembre de 2020 \(rec. 924/2020\)](#), para un analista del servicio de Sistemas de Información del Servicio de Informática de la Consejería de Presidencia de la Junta de Castilla y León, que reclamó (Decreto 16/2018, de 7 de junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo para la Junta) el trabajo no presencial 4 días a la semana. De un lado, constaba un informe sobre la afectación a la calidad del servicio de tal medida. De otro, tampoco se justificaría la necesidad de CVLF, sin que sirvan razones solo personales, pues «[...] no consta [...] circunstancia familiar alguna [...]».

6.7. ¿La preferencia del teletrabajo desactiva la legitimidad para solicitar un ERTE/FM?

No. La [SAN 43/2020, de 29 de junio](#), que asume una comprensión muy flexible de la dinámica de gestión empresarial en la pandemia de COVID-19 (dado lo incierto y vertiginoso del escenario), considera compatible en este escenario la prioridad legal del teletrabajo con la facultad de solicitar un ERTE/ETOP. La AN rechaza la visión sindical según la cual la priorización legal del teletrabajo debería implicar un esfuerzo de las empresas en poner los medios para que sea posible, así como el deber de especificación de, entre los puestos laborales, cuáles pueden desarrollarse a distancia y cuáles no, debiendo quedar desafectados aquellos puestos de trabajo que se haya determinado que pueden desarrollarse a distancia. ¿Por qué?

Porque para la AN se trata de medidas con diferente finalidad. Así:

[...] la [...] priorización del teletrabajo durante la pandemia [...] obedece, principalmente, a motivos sanitarios [...] mientras que la suspensión [...] obedece a un objeto diferente, esto es, ajustar el volumen de plantilla a la actividad efectiva de la empresa. Y resulta carente de toda lógica suponer que la situación de crisis patronal que pudiera implicar un excedente [...] desaparezca por el hecho de que los servicios se presten en régimen de teletrabajo (FJ 4.º, punto II).

7. ¿Es realmente recuperable el permiso «retribuido recuperable»? ¿De qué manera?

7.1. ¿Es técnicamente un «permiso», una forma de distribución irregular de jornada *ex lege* o una causa de *factum principis*? ¿Tiene consecuencias?

Otra de las medidas más conocidas de la legislación excepcional de emergencia pandémica fue el –impropiamente– denominado «permiso retribuido recuperable». Se reconoció a todas las personas trabajadoras asalariadas (en activo –no con contrato suspendido, salvo que lo fuera por ERTE de reducción de jornada, pudiendo entonces conciliarse–) de actividades no esenciales para atajar la crisis sanitaria en un momento muy «violento» de contagios por COVID-19 ([RDL 10/2020, de 29 de marzo](#)). De ahí que retrate laboralmente una etapa muy dura del confinamiento social (30 de marzo a 9 de abril). Como es bien conocido, esta medida garantizaba el salario íntegro, pero, como contrapartida, obligaba a su recuperación, a través de un proceso de negociación colectiva y una fecha de caducidad: 31 de diciembre de 2020.

Mucho antes de superarse esa fecha se presentaron conflictos jurídicos sobre esta medida, de diversa índole, si bien la mayoría deriva –e irán a más– de ese condicionante relativo a la recuperación de un «permiso». Una medida de la que se duda hasta de su naturaleza jurídica, si es un verdadero «permiso de trabajo» (interrupción temporal de la prestación de servicios), en cuanto que asignar a una licencia la condición de «recuperable» parece un oxímoron jurídico-laboral. Aunque tampoco es inusitado en la práctica convencional y de empresa, como para los «permisos por asuntos particulares», cierto, no sin equivocidad ([STS 888/2019, de 20 de diciembre](#)).

Por eso, se propone una alternativa, pareciendo más bien una modalidad (muy) especial de distribución irregular de jornada *ex lege*, diferenciándose, así, de la prevista en el [artículo 34.2 del ET](#), si bien sería su institución referencial. En última instancia no se trata sino de una forma de bolsa de horas a distribuir hasta el 31 de diciembre de 2020. El [artículo 3.3 del RDL 10/2020](#) así parece hacerlo: su regla de preaviso es el límite mínimo para respetar por el acuerdo de recuperación.

Así lo ha entendido –terciando en un irresoluto, seguramente irresoluble, debate de doctrina científica– la AN. La [SAN 43/2020, de 29 de junio](#), valoró que la afectación del periodo temporal del ERTE suspensivo a días en los que podría disfrutarse de tal «permiso» no permitiría declararlo no ajustado a derecho. En efecto, siendo realmente una medida de distribución irregular de la jornada *ex lege*, como sostiene, no excluye expresamente su aplicación ni al colectivo de las personas trabajadoras contratadas por las empresas que estén aplicando un ERTE de suspensión ([art. 1.2 c\) RDL 10/2020](#)) ni a las que puedan seguir desempeñando su actividad con normalidad mediante teletrabajo ([art. 1.2 e\) misma norma](#)).

En consecuencia, concluye, nada obsta a la extensión temporal de un ERTE por COVID-19 a los días afectados por tal permiso retribuido recuperable (FJ 4.º, punto III). En la medida en que el contrato de trabajo no estaría ni suspendido ni propiamente interrumpido, sino que se beneficiaría de una forma particular de distribución de la jornada anual, la empresa mantiene intactas sus facultades de suspensión colectiva por la vía del ERTE. A mi juicio, la posición resulta razonable, pero no deja de chirriar con la finalidad de la medida, no con la letra (deficiente, una vez más, hasta en la denominación).

Por su parte, la [STSJ de Asturias 2088/2020, de 24 de noviembre](#), si bien *obiter dicta*, parece dar a entender que estamos ante un supuesto de fuerza mayor impropia o *factum principis*. La naturaleza diferenciada respecto de la fuerza mayor pandémica, aunque conectada, se refleja en la posibilidad de la empresa de acudir para gestionar la crisis, no a un ERTE por COVID-19, sino a una forma alternativa, más flexible y al tiempo garantista. Así:

[...] la modificación temporal de su jornada y centro de trabajo [...] debido a la suspensión de la contrata de limpieza con el Real Club Náutico, como consecuencia de lo dispuesto en el RD-Ley 10/2020, lo que le obligaba a reorganizar los servicios al no poder hacer uso del permiso retribuido recuperable allí regulado con su propia plantilla, de modo que en cuanto el club volviera a abrir sus instalaciones sería reintegrada a su anterior centro de trabajo [...].

7.2. ¿Podría compensarse con días de vacaciones, si la persona trabajadora así lo solicita?

Con algo de perplejidad para mí, para la AN sí. Esta visión comprensiva de las medidas de gestión de emergencia por parte de la AN (como sucediera para los despidos colectivos con la reforma 2012-2014, ha tomado protagonismo, asumiendo una opción de política del derecho opuesta, en la medida en que allí fue garantista y aquí parece comprensiva con la necesidad de flexibilidad para gestionar la incertidumbre) se refleja también en la [SAN 91/2020, de 28 de octubre](#). Esta sentencia concluye que las horas no satisfechas por el «permiso retribuido recuperable» podrían compensarse con días de vacaciones, si la persona empleada así lo solicita.

Recuerda que la empresa no tiene disponibilidad unilateral (tampoco por vía colectiva, porque el derecho a vacaciones es un derecho social fundamental comunitario y su regulación imperativa) a tal fin. A su juicio, verificada la buena fe del proceso de consultas-negociación (la ausencia de un acuerdo no crea tacha alguna sobre su legitimidad, ni siquiera sobre su bondad), descarta que se trate de una MSCT ex [artículo 41 del ET](#) o de una cláusula de inaplicación de convenio, así como de una vulneración de la libertad sindical. No obstante, y aclarado que tiempo de confinamiento social y tiempo de vacaciones son realidades jurídico-sociales opuestas (tranquilidad y esparcimiento del descanso

versus ansiedad y angustia del confinamiento), la AN considera que nada impediría que la persona trabajadora quisiera dedicar una parte de vacaciones a compensar tal periodo, como una más de las diversas posibilidades abiertas. La verdad, no parece coherente.

7.3. ¿Se puede interrumpir unilateralmente el disfrute del permiso por la empresa por la confianza legítima que crea una nota ministerial excluyente del permiso?

Ya hemos visto que ni la persona empleadora podía negarse a reconocer el permiso retribuido, por su carácter imperativo, siempre que no se tratase de actividades esenciales –excluidas de él–, ni es posible su recuperación de forma unilateral, pues debe mediar acuerdo. Ahora bien, ¿y si resulta ser la propia autoridad estatal, aun distinto departamento ministerial al de salud, la que induce o avala esa interrupción unilateral del disfrute por la calificación genérica de ciertas actividades –por ejemplo, la exportación– como esenciales mediante nota a modo de interpretación auténtica?

Para la [STSJ del País Vasco 257/2021, de 9 de febrero](#) (demanda de conflicto colectivo), a diferencia del fallo de instancia –que asumió su licitud–, tal interrupción es ilegal. El Ministerio de Industria carece de competencia, en la medida en que solo competen a la autoridad sanitaria. Más aún. Tal decisión empresarial –pese a adoptarse bajo el influjo del principio de confianza legítima en una actuación pública con apariencia de legalidad– pondría en riesgo la vida e integridad física de las personas trabajadoras. Por tanto, vulneraría un derecho fundamental ([art. 15 CE](#)), condenándola a una indemnización de 50.000 euros por «los daños morales causados».

7.4. ¿Se puede obligar a las personas trabajadoras de una empresa a disfrutar del permiso retribuido recuperable si su actividad es esencial, a fin de maximizar la salud?

El mismo sindicato que en el caso anterior pretenderá lo contrario en otro conflicto colectivo en este asunto: que se anule la decisión empresarial de reconocer el citado permiso retribuido recuperable, pese a estar incluida su actividad entre las esenciales, por más que se justifique en el objetivo de la empresa de adecuar su producción a lo que no era estrictamente aplazable, con lo que contribuir a limitar la movilidad y, por ende, los contagios. Para la SJS número 3 de Bilbao 242/2020, de 19 de noviembre, las empresas no estaban autorizadas por el [RDL 10/2020](#) para llevar a cabo este tipo de ponderaciones, fácticas y valorativas, pues si caían dentro de su ámbito aplicativo, estaban obligadas a reconocer el permiso, y si quedaban extramuros de él, no podían reconocer este tipo de medida excepcional. Otra cosa es que, dentro de la regulación ordinaria, hay vías,

acordadas, para llevar a cabo estos reajustes de producción, limitándola solo a lo urgente e inaplazable, a fin de maximizar la protección de la salud de las personas trabajadoras –y pública, en general–.

7.5. ¿Son indemnizables por la vía del artículo 34 del RDL 8/2020 los costes salariales durante este periodo o se trata de un abono a cuenta?

Para la [SJS número 3 de Pamplona 298/2020, de 10 de diciembre](#), sería más adecuado la segunda calificación jurídica. Así, respecto del eventual procedimiento de reequilibrio económico en el marco de los contratos públicos ex [artículo 34 del RDL 8/2020](#) (que, antes de la STS 85/2021, de 25 de enero, ya consideró compatible con su art. 22, sin prevalencia –ni es la opción de política laboral de la ley excepcional ni sería un límite aceptable a la libertad de empresa, no siendo de naturaleza vinculante el criterio en contrario de la ITSS–), esta fundada decisión judicial matiza:

En caso de que entre el personal [...] se encuentren personas afectadas por el permiso retribuido recuperable, de carácter obligatorio [...] para las personas trabajadoras [...] que no presten servicios esenciales [...] el abono de los gastos salariales de dichas personas no tendrá carácter de indemnización, sino de abono a cuenta por la parte correspondiente a las horas que sean objeto de recuperación conforme a lo previsto en el artículo tres del mismo, que se tendrán en cuenta en la liquidación final del contrato.

7.6. ¿Superado el periodo de caducidad *ex lege* para el acuerdo, el «permiso retribuido» sería recuperable realmente?

Se trate de una forma especial de distribución irregular de jornada (sobre esta figura, la [STS 857/2019, de 11 de diciembre](#)), sea un «permiso» (para las diversas opciones cuando la regulación es convencional, de interés la [STS 888/2019, de 20 de diciembre](#) –en el caso se considera no recuperable–), lo cierto es que, si se deja pasar el periodo legal para alcanzar un acuerdo de recuperación, no parece que quepa descuento posterior. La llegada del término sin acuerdo caduca la facultad empresarial de su recuperación.

Quizás su calificación como permiso retribuido, aun excepcional (*factum principis ex lege*), lo que evoca un periodo de liberación del deber de trabajar y la retribución (no todos los permisos la garantizan), facilite la tesis de la caducidad de la facultad de descuento pasado el término. No obstante, sin desmerecer el gusto por el debate sobre «naturalezas jurídicas», esa conclusión se alcanzaría también atendiendo a la finalidad del «permiso» ([STS 257/2020, de 17 de marzo](#)) y a la imperatividad del término.

8. ¿Son aplazables los días de confinamiento social que coincidieron con las vacaciones anuales?

Sí. Así lo reconoce, con buenas razones, la [SJS número 3 de Santander 283/2020, de 16 de septiembre](#). La persona trabajadora tiene derecho a disfrutar sus vacaciones en un periodo distinto (del 28 de septiembre al 2 de octubre) al pactado, por coincidir con el confinamiento (13 a 17 de abril). Partiendo de la caracterización de esta epidemia como enfermedad «básicamente equivalente a una peste de corte medieval, esto es, una enfermedad vírica que se transmite entre seres humanos con apenas control y que afecta a la práctica totalidad de los ciudadanos», rechaza que una situación de fuerza mayor pueda penalizar el disfrute del derecho a vacaciones debidamente autorizadas por la empleadora. Aplica análogicamente el [artículo 38.3 del ET](#).

Una comprensión garantista confirmada por la [SJS número 1 de Melilla 149/2020, de 3 de noviembre](#), que igualmente reconoce el derecho de la trabajadora al disfrute en un periodo posterior (9 a 15 de diciembre) al inicialmente previsto y acordado (30 de marzo a 5 de abril) por coincidir con la medida de confinamiento decretado frente a la pandemia. En este caso se apela directamente a la norma civil ([art. 1.575.2 CC](#)), además de a la interpretación análoga del [artículo 38.3 del ET](#).

9. ¿Identifica la doctrina judicial la «prohibición de despido» en los tiempos de la COVID-19 que la ley difumina?

Si una cuestión es polémica en la regulación de emergencia es la relativa a la comprensión del [artículo 2 del RDL 9/2020](#), en especial la calificación del despido por causa COVID-19. Al margen de que la realidad suele rebelarse contra los corsés normativos (por ejemplo, «[NH anuncia un despido colectivo en sus servicios centrales y corporativos que afectará a 300 trabajadores](#)»), en el estricto plano jurídico ya contamos con un amplio abanico de decisiones judiciales que han explorado todas las opciones calificadoras: la improcedencia (opción mayoritariamente seguida), la nulidad (minoritaria, pero que ganaría adeptos poco a poco) e, incluso, la procedencia (marginal, sino anecdótica, de momento).

Ahora bien, con ser la cuestión conflictiva más frecuente en estos momentos, no es la única. Haremos en las páginas que siguen una breve síntesis de los puntos críticos más señeros en torno al juego del [artículo 2 del RDL 9/2020](#). Pero también haremos incursiones por el estado del arte judicial respecto de otras situaciones extintivas vinculadas a la crisis sanitaria que resultan de interés creciente (por ejemplo, calificación de los despidos por contagio –que pueden servir de ariete para los posibles despidos por negativa a la vacunación, tema en el ojo del huracán–).

9.1. ¿Si el artículo 2 del RDL 9/2020 contiene una «ley prohibitiva», es coherente realizar una interpretación restrictiva de su ámbito o ha de ser expansiva?

La finalidad garantista del [artículo 2 del RDL 9/2020](#) es evidente, también su excepcionalidad. Su título es inequívoco («Medidas extraordinarias para la protección del empleo»). Pero, a partir de él, su sentido se vuelve incierto. Ni la fuerza mayor (ex [art. 22 RDL 8/2020](#)) ni las causas ETOP ([art. 23 RDL 8/2020](#)) pueden ser «causas justificativas» de ceses (extinciones y despidos).

Ciertamente, su vocación garantista de un derecho constitucional ([art. 35 CE](#)) y fundamental comunitario (art. 30 [CDFUE](#)) debería llevar a lecturas expansivas y de garantía de su efecto útil, al margen de las notables deficiencias legislativas (deliberadas). Ahora bien, no sería correcto, ni honesto científicamente, ignorar que esa garantía supone simultáneamente la restricción de una libertad económica constitucional ([art. 38 CE](#)) y fundamental comunitaria (art. 16 [CDFUE](#)). En consecuencia, requiere de un cuidadoso método ponderativo de los valores y razones en juego. Lógicamente, esa valoración diferirá en los diversos niveles jurisdiccionales y así se proyecta ya en el estado del arte judicial en materia, a comenzar por el propio ámbito aplicativo del [artículo 2 del RDL 9/2020](#). En este sentido, en síntesis, cabe distinguir dos corrientes de doctrina judicial:

- a) Una línea de política judicial restrictiva: reducen su ámbito aplicativo a las empresas que formalizan y se benefician de un ERTE o exigen una relación de causalidad directa con la COVID-19.

Para ilustrar esta línea (a mi juicio errada), cabría citar, últimamente, la SJS número 14 de Valencia 37/2021, de 1 de febrero (declara la procedencia del despido objetivo). Concluye que solo sería de aplicación el [artículo 2 del RDL 9/2020](#) «para el caso que la empresa [promoción inmobiliaria] haya decidido acogerse a estas medidas extraordinarias que suponen un ERTE [...] cuyo origen sea la COVID-19 [...]». Por su parte, la [STSJ de Cataluña 66/2020, de 11 de diciembre](#), propone una interpretación sistemática del [artículo 2 del RDL 9/2020](#) con los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020, exigiendo que medie «causa directa» de la pérdida de actividad con la crisis sanitaria, no indirecta o mediata (también la [SJS núm. 3 de León 439/2020, de 9 de octubre](#): procedencia del despido objetivo por causas productivas –dicho sea de paso, descarta discriminación por afectar el despido a más mujeres–).

- b) Líneas de política jurisdiccional hermenéutica expansiva (procede aplicar el [art. 2 RDL 9/2020](#) con formalización o sin ella, directa o indirecta, con acuerdo o sin él).

Si la línea político-interpretativa precedente ignora la literalidad de la norma, restringiendo su alcance más allá de lo previsto por su redactado, esta segunda línea omite la necesidad de una interpretación sistemática (contexto normativo, axiológico y fáctico), porque lleva el ámbito aplicativo del [artículo 2 del RDL 9/2020](#) a su máxima expresión, pese a

que parte de estar ante una norma prohibitiva y, en consecuencia, exigir una hermenéutica restrictiva. Así, la [SJS número 3 de Pamplona 304/2020, de 21 de diciembre](#) (asume el criterio gubernativo en boca de la doctrina consultiva de la Dirección General de Trabajo), incluye: «Cualquier empresa queda dentro del ámbito de aplicación de la norma excepcional [...] (criterio interpretativo DGT-SGON-863CRA)». También cabe citar aquí la [STSJ de Madrid 1036/2020, de 25 de noviembre](#) (despido colectivo con acuerdo).

En la misma línea expansiva se sitúa la [STSJ de Aragón 493/2020, de 27 de octubre](#), pues no solo aboga por la nulidad, sino que aplica el [artículo 2 del RDL 9/2020](#) incluso si la causa trae razón de ser en tiempos anteriores a la COVID-19. No obstante, la principal razón de ser de la calificación de nulo será un defecto procedimental (al igual que para la [STSJ del País Vasco 1493/2020, de 12 de noviembre](#), que declara la nulidad del despido por prescindir del procedimiento de consultas exigible, al superar los umbrales numéricos –contando también 25 ceses por no superar el periodo de prueba–, sin plantearse la aplicación temporal del [art. 2 RDL 9/2020](#) –aunque las extinciones se produjeron entre el 16 de marzo y el 30 de abril–).

9.2. ¿El cierre anticipado de la temporada en una estación de esquí a causa de la pandemia equivale a un despido del personal fijo discontinuo?

El personal fijo discontinuo ha estado especialmente expuesto a las inclemencias de la crisis, habiendo sido necesarias sucesivas modificaciones de las leyes de emergencia pandémica para dotarlo de una razonable protección (el [RDL 2/2021](#) ha vuelto a incidir en ello). Sus condiciones contractuales lo exponen particularmente a crisis de este tipo, sin que tampoco la regulación haya alcanzado la debida claridad y suficiencia. En este azaroso escenario, las SSTSJ de La Rioja [190 y 191/2020, de 2 de diciembre](#), concluyen que la extinción del contrato de una trabajadora fija discontinua en una estación de esquí, con un pacto sobre el nuevo calendario por falta de nieve y anticipación de cierre (marzo 2020) a causa de la pandemia, no debe ser calificada como un despido. El cese anticipado responde a circunstancias objetivadas y pactadas (condiciones climatológicas): «aunque a ella se hubiera superpuesto la imposibilidad para el público de acudir a la estación por las restricciones de movilidad impuestas por el estado de alarma» (FJ 3.º, L). La falta de voluntad extintiva en la comunicación también excluiría la noción de despido.

9.3. ¿La exclusión de las personas trabajadoras fijas discontinuas del ERTE por COVID-19 y su tutela por la vía del artículo 25.6 del RDL 8/2020 son discriminatorias?

No, al menos para la sala de suplicación valenciana. La sala (SSTSJ de la Comunidad Valenciana [2027/2020, de 2 de junio](#), y [3414/2020, de 29 de septiembre](#)) entiende que,

anticipado el fin de la temporada, en este caso de termalismo, por la declaración del estado de alarma y pese a que, para entonces, la empresa ya había llamado a 19 de las 40 personas fijas discontinuas, no estaba obligada a presentar un ERTE/FM. Y ello a la luz de la nueva redacción del apartado 6 del artículo 25 del RDL 8/2020 (tras la [modificación del RDL 15/2020](#) –posteriormente ha experimentado otras, incluso con el citado [RDL 2/2021](#)–). El dato de iniciar o no la campaña sería irrelevante a tal fin.

La razón de ser estaría en la «irregular y especial situación» de las personas trabajadoras fijas discontinuas y que justificaría su trato desigual, sin desmerecer en la protección al resto de la plantilla (en ERTE/FM). Tampoco aquí habría –como en el caso anterior– despido colectivo alguno –ni para las personas ya llamadas ni para las que todavía no lo han sido, por interrupción de los programas de termalismo–. En suma:

Atendida la sucesión normativa [...] con el nuevo contenido del art. 25.6 del RDL 8/2020, no se puede apreciar [...] que la exclusión de los trabajadores fijos discontinuos de la garantía del ERTE constituye una diferencia de tratamiento lesivo del derecho [...] a la igualdad [...] al privarles de una garantía esencial que se reconoce al resto de la plantilla incluida en el ERTE [...] a pesar de la correspondencia de la causa determinante de su situación legal de desempleo con el resto de personal de la empresa [...] dado que el marco de protección fijado por la norma especial para unos y para otros, es el mismo, una vez publicado el nuevo RDL 15/2020 (FJ 3.º).

9.4. ¿Una revocación del llamamiento de las personas fijas discontinuas por la COVID-19 es equivalente a causa objetiva, conforme a la jurisprudencia precedente?

Aunque el asunto presenta diferencias fácticas, la [SAN 125/2020, de 14 de diciembre](#), parece más proclive a la protección de las personas fijas discontinuas, favoreciendo su inclusión en el ERTE/FM ex [artículo 22 del RDL 8/2020](#), en detrimento de su [artículo 25.6](#). En el caso, centenares de personas, con contratos fijos discontinuos, empleadas en una empresa de aviación (Air Europa), fueron avisadas, en virtud de *email* certificado (*certimail*), el 30 de enero de 2020 (previo al estado de alarma), de la fecha de incorporación para la temporada de verano –mayo y junio–. A tal fin, debían firmar el llamamiento en marzo (16-27). El día 13 de marzo de 2020 recibieron nuevo *certimail* que cancelaba el llamamiento alegando la situación provocada por la pandemia. De este modo, la empresa rehusará la incorporación al trabajo y, al tiempo, las excluye del ERTE/FM que planteó y obtuvo.

La empresa esgrime dos razones. Primero, la jurisprudencia viene defendiendo la licitud de omitir el llamamiento cuando obedece a circunstancias objetivas, tales como la disminución de la producción por fin de la campaña programada. Segundo, entiende que, en todo

caso, en el contexto fáctico y normativo de la crisis sanitaria, la solución jurídico-laboral para las personas fijas discontinuas que no hayan recibido el llamamiento será que estarán en situación legal de desempleo.

Presentada la correspondiente demanda de conflicto colectivo, la AN refuta el presupuesto de la empresa. El derecho de precedentes invocado parte de la inexistencia de llamamiento, pero, en el caso, sí lo hubo. Por lo tanto, no sería aplicable. Estamos ante una revocación del llamamiento, por causas objetivas, cierto, como son las vinculadas a la pandemia. Ahora bien, en tal escenario, su gestión correcta no es la vía del [artículo 25.6](#), sino la del [artículo 22 del RDL 8/2020](#).

En efecto, para la AN, el [artículo 25.6 del RDL 8/2020](#) (en la redacción vigente, habiendo sido afectado por el [RDL 2/2021](#)), relativo a la protección extraordinaria por desempleo de las personas trabajadoras fijas discontinuas, no incluiría este supuesto. Así las cosas, esto es, persistiendo el deber de la empresa de incorporación, so pena de incurrir en vulneración del derecho a la ocupación efectiva:

[...] si dicha incorporación no pudo llevarse a cabo por la existencia de una fuerza mayor que obliga a suspender su prestación efectiva de servicios (art. 45.1 i del ET), lo correcto hubiera sido actuar con relación a los mismos en la forma en que prescriben con carácter general el art. 47 ET y con carácter excepcional el art. 22 del RDL 8/2020²⁰.

9.5. ¿Cabe la sucesión de un ERTE/FM por un expediente de regulación de empleo (ERE) por causas ETOP si las causas que lo justifican son previas a la crisis de la COVID-19?

No parece haber acuerdo en la doctrina judicial en torno a la vigencia para esta crisis del derecho de precedentes que sí lo admite ([STS 257/2016, de 31 de marzo](#)), con condiciones estrictas, si bien bajo la ley ordinaria, sin atender a la ley excepcional, que parece excluir tal transición. La [STSJ de Andalucía/Sevilla 3301/2020, de 29 de octubre](#), comprensiva con «la difícil situación económica que atravesaba la empresa por causas económicas anteriores a la declaración de estado de alarma» y «distintas de las que causaron la suspensión temporal» por ERTE por COVID-19, concluye que el precedente criterio jurisprudencial sigue siendo aplicable. Por tanto, cabe «iniciar un despido colectivo [...] durante el periodo de suspensión de las relaciones laborales a causa de la pérdida de la actividad derivada [...] del COVID-19» (FJ 5.º). Ahora bien, tal contexto y opción no eximen de su deber de negociar de buena fe, lo que no hizo. Por lo tanto, declara la nulidad ex [artículo 124.11 de la LRJS](#).

²⁰ En esta misma línea, la [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 13 de octubre de 2020 \(rec. 1586/2020\)](#).

Sí avalará –orillando por completo el [art. 2 RDL 9/2020](#)– el ERE realizado la [STSJ de Madrid 953/2020, de 28 de octubre](#). En este caso, la empresa (de limpieza) solicitó ERTE/FM, denegado por la autoridad laboral. Este rechazo motivó un ERE, terminando este con acuerdo y la empresa en concurso voluntario. Se constata la imposibilidad objetiva de seguir con la actividad de empresa y, por tanto, con los contratos. De distinto, incluso opuesto, criterio es la [STSJ del País Vasco 119/2021, de 26 de enero](#). A diferencia de la sentencia de instancia, la sala entiende que, si la empresa no ha ejecutado antes la causa –que existe–, hacerlo ahora evidenciaría un fraude de ley.

9.6. ¿El despido fundamentado en una causa vinculada a la pandemia debe calificarse con improcedencia o nulidad?

Precisamente, esta última sentencia abre la cuestión más problemática de este precepto: ¿cómo se sanciona un despido (individual o colectivo) que traiga causa de la crisis de la COVID-19? No nos detendremos mucho en esta cuestión, que venimos siguiendo casi sentencia a sentencia novedosa en la materia. Sabemos que la gran mayoría opta por calificar estos despidos como improcedentes, pues la jurisprudencia social precedente ha descartado de forma reiterada la sanción de nulidad para los despidos fraudulentos, con causa falsa o irreal, o sin causa seria ([STS de 5 de mayo de 2015, rec. 2659/2013](#)), salvo si concurre un interés colectivo o de índole social, en cuyo caso se aplica la doctrina jurisprudencial sobre nulidad de los despidos de tipo colectivo en fraude de ley. Doctrina forjada y mantenida incluso si la causa de nulidad ya no tiene referente legal expreso, una vez fue derogado por el legislador con la reforma del [artículo 124 de la LRJS](#) (en 2014).

Aunque la citada [STSJ del País Vasco 119/2021, de 26 de enero](#), declara la nulidad de estos despidos, no hay ni la más mínima referencia a esta doctrina jurisprudencial, ni la que refuta sus razones ni la que permitiría avalarlas. Afortunadamente (la completa anomalía de ese modo de razonar jurídico-social, que consciente de que introduce una solución contraria al derecho jurisprudencial ni siquiera razona el por qué se aparta de él), la posterior [STSJ del País Vasco 331/2021, de 23 de febrero](#), contiene una mucho más cuidada argumentación (FF. JJ. 4.º y 5.º). Si la insistencia en la norma común ([art. 6.3 y 4 CC](#)) sigue sin convencer (tampoco al voto particular que incorpora esta sentencia, evidenciando que las dudas emergen en la sala también), los argumentos vinculados a normas sociales sí, como vengo sosteniendo desde hace un tiempo.

La [STSJ del País Vasco 331/2021, de 23 de febrero](#), sí recuerda la doctrina jurisprudencial social –sobre la que tanto insisto y que tanto resulta ignorada por todos los fallos multinivel, de un lado y de otro– que enfatiza el interés social que preside la atmósfera reguladora de los despidos por causa de COVID-19, al margen de su profunda deficiencia técnica. Por eso, pondrá el acento en que la regulación de los despidos *ex* artículos [51](#) y [52](#) del ET contemplaría una visión de la nulidad «más comprensiva que en los supuestos del despido ordinario, pues a los previstos –*ex* art. 55.5 ET– se suman otros, y es la normativa del art. 22

RDL 8/2020 claramente integrativa de los supuestos de los despidos objetivos [...]» (FJ 4.º). Por lo tanto, los eventuales casos de fraude de ley ex [artículo 6.4 del CC](#) –al igual que la vulneración de normas imperativas– no siempre obtienen una idéntica respuesta en las normas sociales, siendo regla general que, cuando concurre interés colectivo, esa sanción es la más pertinente (por ejemplo, [STS 141/2021, de 2 de febrero](#), aun en un asunto tan dispar como la ausencia de negociación real de un convenio, acarreado su nulidad –igual para despidos colectivos–). En todo caso, las dudas anidan en su seno, al ir emergiendo votos particulares –y habrá más–.

9.7. ¿La reducción por la principal de la contrata a causa de la COVID-19 es causa justificativa de despidos en la empresa contratista?

No hay acuerdo en la doctrina judicial sobre si la exigencia de causalidad directa entre la pérdida de actividad y las medidas suspensivas laborales ex [artículo 22 del RDL 8/2020](#) también debe integrar la interpretación del [artículo 2 del RDL 9/2020](#), o, no existiendo esta exigencia, en su texto, debe admitirse que tan injustificado sería el despido basado directamente en las circunstancias de la pandemia, cuanto si esa conexión causal es indirecta o mediata. Requiere la causalidad directa la citada [STSJ de Cataluña 66/2020, de 11 de diciembre](#) (con voto particular).

La también citada [STSJ de Madrid 1036/2020, de 25 de noviembre](#), alcanza la calificación de improcedente, como se vio, basándose en la integración de ambos tipos de conexión causal, directa e indirecta, pues la vocación prohibitiva de la norma exigiría este efecto útil de garantía. Aunque descarte expresamente la nulidad, porque la ley no lo ha afirmado de forma expresa, cuando ha tenido decenas de oportunidades de clarificarlo. A mi juicio, la tesis expansiva, que incluye la doble modalidad de conexión causal, directa e indirecta, es la adecuada al criterio literal y finalista, en otro caso se introduce un formalismo obstaculizador injustificado.

9.8. ¿Cabe declarar el carácter injustificado –o nulo– del despido colectivo vinculado a la COVID-19 incluso si media un acuerdo sindical?

Dado el carácter imperativo que asumiría esta norma en tiempos de pandemia y de estado de alarma, pese a la doctrina jurisprudencial, dictada en situaciones ordinarias que blindaría en los procesos individuales la impugnación del despido colectivo con acuerdo de reestructuración, por la presunción de certeza que supone el pacto, parece claro que el órgano judicial podrá entrar a conocer de la eventual concurrencia de causa justificativa asociada a la COVID-19. Dejando ahora de lado la existencia de una corriente judicial que pone en cuestión esta doctrina jurisprudencial, en virtud del juicio de convencionalidad ex [artículo 96 de la CE](#), aplicando preferentemente el [Convenio 158 de la Organización Internacional del](#)

Trabajo, hay que insistir, una vez más, en que no estamos en una situación ordinaria, sino excepcional, y, en consecuencia, se hace preciso adecuar la interpretación al contexto, normativo y socioeconómico, que debe, en virtud del [artículo 3.1 del CC](#), dominar el proceso de comprensión hermenéutico de las normas. Y aquí queda claro el carácter imperativo de la norma, por lo que no es disponible para la autonomía colectiva (así se deduce, entiendo que correctamente, de la [STSJ de Madrid 1036/2020, de 25 de noviembre](#)).

10. ¿La jubilación de la empleadora excepciona el compromiso de seguridad en el empleo (disp. adic. sexta)? ¿Qué efectos tiene su incumplimiento?

Junto al sentido y alcance del [artículo 2 del RDL 9/2020](#), la otra medida de garantía de seguridad o estabilidad en el empleo que más debate ha venido generando es el compromiso previsto, a tal fin, en la [disposición adicional sexta del RDL 8/2020](#). Una garantía que ha vuelto a conocer una prórroga –sin modificaciones reguladoras– con el [RDL 2/2021](#). Hasta el momento, la enorme incertidumbre generada por el sentido y alcance de la cláusula se ha traducido en una intensa actividad consultiva, ante las autoridades laborales, que vienen, por lo común, manteniendo una visión amplia de su funcionamiento. Sin embargo, comienzan ya a conocerse las primeras decisiones judiciales en la materia, inicialmente coincidentes con los criterios consultivos.

En este sentido, la SJS número 5 de Bilbao de 5 de febrero de 2021 (autos 670/2020) califica la extinción del contrato por jubilación de la empresaria (titular de 2 tiendas de ropa en Bilbao) 1 día después del ERTE de reducción de jornada por fuerza mayor ex [artículo 22 del RDL 8/2020](#), en un escenario de cierre del establecimiento y fin de la actividad (venta al por menor de ropa), como improcedente por incumplimiento de la cláusula de salvaguarda del empleo ex [disposición adicional sexta del RDL 8/2020](#).

Asume la doctrina administrativa dictada en este asunto por parte de la Dirección General de Trabajo, que no excepciona del compromiso causas extintivas que dependan de la voluntad de la persona empleadora y, además, se conozcan de forma previa a acogerse al ERTE, como es la jubilación, reafirmando la inconsistencia del razonamiento que pretende mantener los beneficios de una regulación (para empresas y personas trabajadoras), como es un ERTE asociado a la COVID-19 y liberarse de sus condiciones. En consecuencia, siendo una norma de equilibrios y compromisos recíprocos, debe aplicarse en su integridad (FJ 3.º). En la sentencia se afirma la improcedencia de forma pacífica, sin advertir debate alguno en torno a si podría considerarse nulo, por lo que se limita a fijar los efectos de aquella calificación respecto a la trabajadora (readmisión obligatoria, lo que no será posible por el cierre de tienda, o indemnización –en este caso elevada, pues asciende casi a 47.000 €–; FJ 4.º). Tampoco se hace en ella referencia alguna al eventual reintegro de las cuotas sociales de las que se haya podido exonerar en virtud del ERTE/FM.

11. ¿Cuál es la consecuencia para la persona trabajadora de no cumplir con las medidas de protección en el centro de trabajo previstas por las autoridades sanitarias?

Ya hemos tenido la oportunidad de recordar la convicción de la doctrina judicial sobre la obligatoriedad del cumplimiento, por parte de las personas trabajadoras en los centros, no solo para la dirección de las empresas, con la densidad de medidas higiénicas y de seguridad frente al riesgo de contagio. En consecuencia, su inobservancia habilitaría a la empresa para ejercer su potestad disciplinaria. En este sentido, la [SJS número 4 de Gijón 265/2020, de 4 de noviembre](#), ha avalado el despido de un trabajador (de empresas de mensajería – reparto de comida–) que se negaba reiteradamente al uso de EPI (mascarillas higiénicas, guantes), así como al lavado de manos con gel hidroalcohólico, pese a dedicarse a la recogida de pedidos de comida (en restaurantes conectados al sistema informático de la empresa). A su juicio, una vez acreditados los hechos que se le imputan en la carga, serían de suficiente entidad para ameritar la sanción máxima, la de despido, también teniendo en cuenta «el contexto tan extraordinario en el que nos encontrábamos entonces y que desgraciadamente persiste hoy [...]» (FJ 2.º).

Una situación análoga, también en el sector de la alimentación, pero en una versión más tradicional (venta en un centro comercial), y con circunstancias semejantes (negativa por parte de la trabajadora –en este caso es una mujer– a un uso correcto de las mascarillas, pese a que se le había advertido varias veces y conflicto con un superior, y una cliente, a consecuencia de todo ello), se produce en el asunto conocido por la citada [SJS número 6 de Santander 24/2021, de 22 de enero](#). En tales circunstancias, también esta sentencia avala el despido realizado por la empresa. De nuevo es relevante el contexto de crisis sanitaria, junto al tipo específico de actividad realizada.

12. ¿Cómo se debe calificar el despido de las personas trabajadoras a causa del contagio por COVID-19?

12.1. ¿El despido por contagio sigue la regla general del despido por enfermedad –improcedencia– o es una enfermedad estigmatizadora –nulidad por discriminación–?

La máxima actualidad ahora está en el eventual despido por la negativa a la vacunación. No se ha producido todavía, pese a que sí se ha abierto el debate, no solo en España. Ahora bien, con lo que sí contamos ya, y podría servir de referencia, es con varias decisiones de doctrina judicial de instancia social sobre la calificación que ameritan los despidos hechos en virtud de una situación de contagio por COVID-19. La mayoría están optando por la nulidad, siendo más escasos los pronunciamientos de improcedencia.

Habiendo dado las leyes de emergencia un tratamiento a estas situaciones de asimilación a accidentes de trabajo ([art. 5 RDL 6/2020, de 10 de marzo](#), modificado por la [disp. final décima RDL 28/2020](#)), generando la correspondiente baja, la racionalidad jurídico-económica y social parece ir contra la lógica de despidos basados en este tipo de situaciones. Pero la realidad, a menudo, no es racional. Como se sabe, no siendo la enfermedad un concepto equivalente al de discapacidad, la regla sería la improcedencia, salvo (1) enfermedad equivalente a la discapacidad ([STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto C-354/13](#)) o (2) estigmatizante socialmente ([STC 62/2008, de 26 de mayo](#)). Si en relación con el despido por contagio de COVID-19 no parece aplicable la primera excepción para calificar tal despido como discriminatorio, sí la segunda.

Justamente, este efecto estigmatizante de una enfermedad altamente contagiosa, que está creando ciertos conflictos cívicos, se aprecia en diversas decisiones judiciales (por ejemplo, [SSJS núm. 9 de Murcia 231/2020, de 10 de diciembre](#), y núm. 1 de Mataró 39/2021, de 1 de febrero). En ambas, junto a la readmisión y pago de salarios de tramitación, se condena a la indemnización por daño moral (violación arts. [14](#) y [15 CE](#)), en la típica cuantía estándar para estos casos (6.251 €; [art. 8.12 LISOS](#)) y conforme a la jurisprudencia sobre su automaticidad ([STS 768/2017, de 5 de octubre](#)).

En todo caso, no deja de generar alguna duda, pues se trata de una enfermedad de corta duración y las restricciones de contacto social vienen de suyo en el periodo de cuarentena o curación, por lo que las dificultades de participación profesional o tienen fecha de caducidad o son inherentes a la restricción de movilidad. No sorprende que haya otros fallos que rechacen la nulidad y opten por la improcedencia. Es el caso de la [SJS número 2 de Palencia 110/2020, de 8 de octubre](#), que declara el despido improcedente por inasistencia al trabajo tras comunicar que es posible positivo, por no ser ni incierto ni dilatado el periodo de curación (FJ 4.º).

12.2. ¿Cuál debe ser la actuación de la empresa ante la negativa de una persona empleada que rechaza incorporarse al puesto por miedo cerval al contagio?

En la [SJS número 1 de Cáceres 182/2020, de 5 de octubre](#), se discute si una trabajadora, que se negó reiteradamente a acudir al trabajo por miedo cerval al contagio de COVID-19, renunció (desistimiento) o no (despido) a su trabajo. Para la sentencia, el «dramatismo de lo vivido en los primeros momentos de la pandemia» no justifica la actitud de la trabajadora, aunque hay que atender el momento de «conmoción social». Pero, en este escenario, la empresa no fue transparente: ni anuncia acción disciplinaria (despido o sanción menor), ni despido objetivo, por ineptitud sobrevenida, o una baja por IT, sino que opta por la solución más espuria, la que ocasiona menor coste para la empresa –0 céntimos– con mayor perjuicio a la trabajadora –0 protección: ni siquiera desempleo–. En suma, se trata de un



despido disciplinario que, al carecer de la debida forma, debe ser calificado como improcedente (readmisión o indemnización –9.000 €–).

Epílogo. ¿De la «legalidad excepcional anti-COVID-19» al «derecho racional» por la mediación de la autoridad judicial?

El tiempo de improvisación y deficiencia técnica extremas de la técnica legislativa debe dejar paso a la palabra serena y racional de la jurisprudencia. Esta debe ser orden, en tiempos de caos; paz, en tiempos de conflicto; coherencia, en tiempos de excepción; rigor jurídico, en tiempos de pésima técnica legal. Previamente, sin embargo, hay que pasar por otro tiempo de zozobra, inquietud e imprevisibilidad de la regla aplicable en el actual contexto normativo y fáctico de excepción: son los tiempos de las múltiples y heterogéneas visiones (concepciones) de doctrina judicial multinivel que pugna, en este juego de tronos entre autoridades togadas y autoridades gubernativas, por dejar su propia huella en la conformación «última» del derecho excepcional en tiempos de COVID-19. Me temo que será con menos poesía, y menos perdurable en la memoria (y escritura) que la vida de Ulises en tiempos de Héctor, el domador de caballos, y en tiempos de Aquiles, el de los pies alados. Otra vez malos tiempos para la lírica (en general) y para el rigor de la razón jurídica frente al exceso de política (voluntarista) del derecho.

El enfoque psicosocial del suicidio en el ámbito laboral: prevención y manejo del riesgo autolítico

Emilio Amezcua Ormeño

Abogado e investigador jurídico
eamezcua@icav.es

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Manuel Fernández Ríos, doña Eva Cifre Gallego, don Antonio Ortega Parra, doña Vanesa Pérez Torres, don José Ramos López, don Alfredo Rodríguez Muñoz y doña Raquel Sanz Valle.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato.

Extracto

Las relaciones laborales pueden repercutir sobre los comportamientos suicidas. Es más, hay factores potenciadores de la conducta autolítica relacionados con la actividad del trabajo. Los datos estadísticos sobre suicidio laboral suscitan muchos interrogantes y la primera premisa para establecer respuestas es superar la estigmatización de este problema de salud creciente. Aprovechando el mayor eco de los medios de comunicación acerca de las conductas suicidas y, también, que la jurisprudencia está cambiando al aceptarse la calificación del acto suicida como accidente de trabajo cuando la prueba procesal manifiesta la conexión entre muerte/lesión autoprovocada y situación de trabajo, debe abrirse la discusión pública sobre el aumento del riesgo de suicidio entre las personas trabajadoras. No un debate de mínimos sin querer molestar las modernas formas de organización del trabajo ni herir susceptibilidades, sino un debate profundo sobre la necesidad de abordar la ideación suicida como riesgo psicosocial en el trabajo. Las personas responsables de la seguridad y la salud en el ámbito laboral tienen la tarea de acometer el manejo eficaz de la conducta suicida a partir de estrategias de prevención e intervención directas, dinámicas y participadas por la empresa y actores de otros ámbitos. Así se lograrán ambientes y condiciones laborales más saludables, y se evitarán muertes/lesiones intencionadas.

Palabras clave: suicidio; riesgo psicosocial en el trabajo; factores precipitantes; concienciación; prevención.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: Amezcua Ormeño, Emilio. (2021). El enfoque psicosocial del suicidio en el ámbito laboral: prevención y manejo del riesgo autolítico. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 456, 211-246.



The psychosocial approach to suicide in the workplace: prevention and management of autolytic risk

Emilio Amezcua Ormeño

Abstract

Work relationships can have an impact on suicidal behaviours. Furthermore, there are enhancing factors of autolytic behaviour related to work activity. Statistical data on workplace suicide raises many questions and the first premise to establish answers is to overcome the stigmatization of this growing health problem. Taking advantage of the greater echo of the media about suicidal behaviours and, also, that case law is changing by accepting the classification of the suicidal act as a work accident when the procedural evidence shows the connection between death/self-injury and work situation, the public discussion on the increased risk of suicide among workers should be opened. Not a minimal discussion without wanting to upset modern forms of work organization or hurt susceptibilities, but rather a deep debate on the need to address suicidal ideation as a psychosocial risk at work. Those responsible for safety and health in the workplace have the task of undertaking the effective management of suicidal behaviour based on direct, dynamic and participatory prevention and intervention strategies by the company and actors from other areas. This will achieve healthier work environments and conditions, and will prevent intentional deaths/injuries.

Keywords: suicide; psychosocial risk at work; precipitating factors; awareness; prevention.

Citation: Amezcua Ormeño, Emilio. (2021). The psychosocial approach to suicide in the workplace: prevention and management of autolytic risk. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 456, 211-246.





Sumario

1. Introducción
 2. La relación suicidio-trabajo: una aproximación compleja
 3. El suicidio laboral en el campo estadístico
 4. El perfil de la persona suicida desde un punto de vista laboral
 5. Factores potenciadores de la conducta suicida relacionados con la actividad del trabajo
 6. El suicidio laboral abordado por los Tribunales de Justicia
 7. Concienciación e información sobre la conducta suicida en el ámbito empresarial
 8. La prevención del suicidio en general y en el ámbito laboral en particular
 9. La imprevisión del suicidio en las estrategias de empresa sobre riesgos psicosociales
 10. Enfoque psicosocial del suicidio en el ámbito laboral: prevención y manejo del riesgo
 11. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

A finales de mayo de 2019, los medios de comunicación en España se hicieron eco del suicidio de una trabajadora en una planta de fabricación de vehículos pesados, tras difundirse masivamente un vídeo sexual suyo entre sus compañeros de trabajo¹. El protocolo de empresa, que el área de Recursos Humanos puso en marcha al poco de conocer la situación comunicada por la propia afectada, no fue suficiente para frustrar la ejecución de la fatal decisión con consecuencia de muerte, la de la empleada carretillera, que ha dejado viudo y dos hijos.

Antes del inicio de las navidades de 2019 se supo que la cúpula directiva de la mayor empresa de telecomunicaciones de capital francés resultaba condenada por acoso moral practicado y consentido en relación con personas trabajadoras de su plantilla². Según los hechos probados recogidos en la sentencia del Tribunal Correccional de París, el proceso de reestructuración de la compañía conducente a su privatización se vio acompañado de una campaña de intimidación generadora de ansiedad, inseguridad y desestabilización personal, que explica que un total de 19 personas trabajadoras se quitaran la vida entre 2008 y 2009, algunas de ellas en su lugar de trabajo.

Los casos referidos en los párrafos anteriores ponen de manifiesto que el suicidio en el ámbito laboral supone un fenómeno acontecido con una habitualidad desconocida y desconcertante para la inmensa mayoría de la ciudadanía. Decimos desconocida porque el número de personas que deciden quitarse la vida voluntariamente no deja de aumentar en España y nuestro entorno, y, sin embargo, los datos y las informaciones referidos a la muerte intencional no están bien sistematizados y, en muchos casos, pasan desapercibidos. Decimos desconcertante porque el suicidio, en general, y el suicidio en el ámbito laboral, en particular, no se percibe –tampoco se analiza– como la violenta y creciente problemática social que realmente es entre nosotros. En tanto no haya más publicidad y mayor toma de conciencia respecto de los comportamientos suicidas, sus causas y sus consecuencias, las medidas y las estrategias de prevención y tratamiento –también en los centros de trabajo– no alcanzarán niveles de eficacia satisfactorios.

En estos momentos, la relación suicidio-trabajo revela la existencia de lagunas importantes en la protección de víctimas de acoso sexual o estrés laboral en el lugar de trabajo. Existe la necesidad de herramientas óptimas de identificación del suicidio y protocolos poderosos

¹ *El País*, 30 de mayo de 2019. Sección Justicia.

² *El Mundo*, 20 de diciembre de 2019. Sección Justicia.

de prevención y tratamiento. El binomio suicidio-trabajo ofrece diferentes conexiones y la exploración de ellas puede ayudar a los recursos humanos de una empresa a su mejor gestión.

2. La relación suicidio-trabajo: una aproximación compleja

El suicidio representa una determinación, una inclinación de la voluntad difícil de entender, y la complejidad de su razón de ser hay que buscarla en la personalidad y en la especificidad cerebral del sujeto suicida, pero también en la dimensión social de la que es parte y en donde participa. El ámbito de las relaciones laborales se inserta en una dimensión social de primer contacto, cotidiana, y a nadie escapa que la interrelación entre persona trabajadora y puesto de trabajo, aparte de socializar al individuo, explica en buena medida su modo de sentir, pensar, decidir y obrar. La repercusión del puesto de trabajo y su ambiente sobre el bienestar de la persona empleada no puede negarse, es constatable y, al menos, merece la misma atención de evaluación y proposición que la que se presta a la adecuación entre la persona y el puesto de trabajo³.

La Organización Mundial de la Salud (OMS, 2006) concibe el suicidio como un «acto deliberado por el que un sujeto se causa la muerte con conocimiento o expectativa de un desenlace fatal». Y el mismo organismo sostiene que «el trabajador suicida es el resultado de una compleja interacción entre las vulnerabilidades individuales (tales como problemas de salud mental), condiciones estresantes de trabajo y condiciones estresantes de la vida (incluyendo factores de estrés sociales y ambientales)»⁴. En un trabajo reciente –fruto del primer plan de acción sobre salud mental de la historia de la OMS–, dicho organismo apunta que más de 800.000 humanos fallecen cada año por suicidio, tratándose de la segunda causa de muerte entre personas de 15 a 29 años. Más allá de este dato, que es abrumador, la OMS advierte que las generalizaciones amplias de los factores de riesgo del suicidio son contraproducentes y que el conocimiento del contexto en el que sucede el acto es indispensable para comprenderlo (OMS, 2014).

³ Gorriti Bontigui (2018), apoyándose en un reciente trabajo de Raya Bidshahri (2017) para la Singularity University, destaca la agilidad y la adaptabilidad como destrezas muy valoradas. Dice el autor que «vivimos en entornos VUCA (*volatile, uncertain, complex and ambiguous*)», sostiene que «desde este punto de vista adaptarse y hacerlo de modo ágil es esencial» y, tras apuntar que «la educación actual enseña para rutinas y para procedimientos establecidos» y afirmar que ello «ya no es necesario», concluye así: «Debemos seleccionar personas para estar constantemente aprendiendo. Y olvidando. El impacto de la tecnología así lo exige».

⁴ En este documento se indica que «para el año 2020, la depresión se habrá convertido en la segunda causa principal de incapacidad a nivel mundial» y, también, se pone de relieve que si «en 1990, el suicidio era la duodécima causa más importante de muerte a nivel mundial, para el año 2020, será la décima causa», destacándose con esa escalada que «las tasas de suicidio a nivel mundial han tenido un aumento del 60 % en el transcurso de los últimos cincuenta años».

Igual que en un accidente de avión no existe una única causa desencadenante, el acto suicida no obedece exclusivamente a un motivo concreto. Por lo general, el individuo que comete suicidio, o al menos lo intenta, se caracteriza por presentar un grado de vulnerabilidad mayor en comparación con otro individuo que no desarrolla pensamientos y planes autolesivos orientados a la consecución de la muerte propia. Asociar sin más tal vulnerabilidad con el padecimiento de trastornos mentales es erróneo. Y el desacierto resulta más acusado cuando se vincula *per se* la conducta suicida con rasgos o caracteres estrictamente biológicos. A nuestro juicio, una aproximación idónea y, por consiguiente, útil al suicidio –que nosotros identificamos aquí como un problema de salud laboral y no como un fenómeno de adversidad personal– pasa por explicarlo desde un espectro amplio de factores psicosociales que, cuando interactúan acumulativamente, incrementan el riesgo de sucumbir al comportamiento o ideación suicida.

Las relaciones laborales pueden repercutir sobre los comportamientos suicidas⁵. En la relación laboral encontramos parámetros configuradores esenciales del contrato de trabajo tales como la voluntariedad, la dependencia y la retribución. No obstante lo anterior, la relación laboral trasciende los presupuestos jurídicos que definen el contrato de trabajo y, superándolos, se desenvuelve en un ambiente donde los elementos sociológicos resultan si no determinantes, sí relevantes, por ejemplo, para con el bienestar de las personas trabajadoras. Tal bienestar pasa por favorecer comportamientos laborales estratégicamente óptimos como la puesta en común de opiniones sobre aspectos de empresa que se entiendan mejorables, la iniciativa para proponer o emprender programas adecuados, y la cooperación en el desarrollo de metodologías y tareas en equipo. De ese modo, los niveles de autoestima mejorarían, la dignidad profesional se fortalecería al apoyarse en la reflexión y la actividad colectivas y, en fin, los ámbitos de trabajo acabarían siendo más saludables. Y lo que es más importante a efectos de esta investigación: el lugar de trabajo saludable desalentaría el «*shock* laboral», esto es, la conmoción psicosocial provocada por insatisfacción respecto al ambiente y al contenido del trabajo con consecuencia de fragilidad en la persona empleada que la padece, y soslayaría el suicidio anómico vinculado, según Durkheim (1897), a un estado de irritación y de decepción grave e insuperable.

En nuestra opinión, la visión anterior, que es amplia, resulta insuficiente. Lo es porque la salubridad del lugar de trabajo no descansa únicamente en aspectos de planificación y

⁵ La ocupación laboral suele contribuir positivamente en la conformación de la vida psíquica de la persona trabajadora disponiendo en esta una calidad de vida en términos de identidad y aceptación personal satisfactorias, por un lado, y habilidades exitosas para el desarrollo de relaciones sociales y materiales, por otro. Así las cosas, el trabajo puede debilitar la psique humana cuando el conjunto de las capacidades de la persona empleada se ve desbordado por acciones y omisiones que, ocurridas y percibidas con periodicidad en el centro de trabajo y ejecutadas por compañeros o compañeras o superiores, terminan provocando –en la persona que los recibe y sufre como ataques destructivos– aislamiento, depresión, en definitiva, distintas manifestaciones de sufrimiento laboral, siendo la más dañina la del suicidio. En este sentido, Dejours *et al.* (2018).

organización, sino también lo hace sobre los propios recursos humanos. Si solo nos fijásemos en las líneas de actuación y estructuras adoptadas por la empresa, corrigiendo sus anomalías, posiblemente estaríamos en condiciones de prevenir suicidios como los conocidos y sentenciados por el Tribunal Correccional de París referidos en nuestra introducción⁶. Sin embargo, la evitación de supuestos de hecho como el que abre esta investigación⁷, en donde la muerte autoprovocada responde a la presión derivada de comportamientos individuales o grupales que se alejan de los más elementales cánones de conducta racional humana, reclama más atención y mejor actuación en la evaluación y seguimiento de la madurez y la responsabilidad de la persona trabajadora. De las distintas herramientas utilizadas en el proceso de evaluación y seguimiento debieran obtenerse resultados que sirvieran para detectar o, al menos, alertar sobre la existencia (o posible desarrollo) de rasgos y cualidades no compatibles con el respeto adecuado y suficiente que debe profesarse hacia cualquier persona, con independencia de formar parte de la cadena de valor/estructura de empresa.

Más allá de los métodos, estructuras y comportamientos que, ejecutados y extendidos en un ámbito empresarial, son execrables por favorecer el plan conducente hacia la muerte buscada de forma intencional, conviene pensar en el sentido que suscita el trabajo en la persona con intención suicida. Cuando la persona empleada se sabe inmersa en una frágil identidad laboral, no explicada tanto porque el puesto de trabajo ha acabado diluyéndose en la exigencia de rentabilidad o porque la labor retribuida se desempeña en un contexto de menor seguridad, sino en la pérdida de identificación con el empleo que le ocupa, la desmotivación, el desgaste y la desconexión insuperables pueden contribuir, fatalmente, a que el suicidio laboral suceda.

⁶ Según la sentencia del caso «suicidios por acoso moral institucional en France Télécom», la reducción de plantilla se convirtió en eje prioritario de la política de recursos humanos de la empresa de telecomunicaciones. Los cuadros intermedios estuvieron sometidos a una enorme presión para que ejecutaran el plan de ajuste, y parte de su remuneración dependía de la reducción de efectivos de plantilla. La resolución judicial se refiere textualmente a «una política empresarial destinada a desestabilizar a sus empleados y crear un clima angustioso» y el tribunal que la dicta sostiene que «los métodos aplicados para eliminar 22.000 puestos de trabajo eran ilegales respondiendo a un plan de empresa concertado para empeorar las condiciones de trabajo del personal con el fin de acelerar su salida».

⁷ El caso de la trabajadora vinculada a la firma industrial Iveco que se suicidó tras difundirse un vídeo sexual participado por ella está siendo investigado por el Juzgado de Instrucción número 5 de Alcalá de Henares. Por el momento, se están incoando diligencias previas por la presunta comisión de un delito de encubrimiento y revelación de secretos para determinar la posible autoría de las personas responsables de la divulgación con resultado de acoso y humillación para la víctima. En fecha 29 de mayo de 2019, distintos medios informaban que «CC. OO. denunciará a Iveco por no aplicar protocolo de acoso sexual tras el suicidio». Véase https://www.elconfidencial.com/espana/2019-05-29/ccoo-denuncia-iveco-protocolo-acoso-sexual_2041702/.

3. El suicidio laboral en el campo estadístico

El suicidio no ha dejado de ser un tema tabú constante en nuestra sociedad. Levín (2014) incluye el suicidio en el séquito de sucedáneos de la muerte refiriéndose a esta como tema prohibido e innominable en la cultura occidental. No obstante lo anterior, la estigmatización del suicidio es muy superior a la de otras formas de muerte, también abruptas, según observamos en medios informativos, análisis estadísticos y publicaciones científicas⁸. Así, una primera consecuencia de la proscripción de la muerte autoprovocada resulta ser la invisibilidad de los datos y cifras de esta tragedia. Una invisibilidad que, aun siendo manifiesta, no es del todo absoluta.

En España y según el Instituto Nacional de Estadística (INE), el cómputo de suicidios –tanto consumados como intentados– se llevó a cabo de manera ininterrumpida en el periodo comprendido entre 1906 y 2006. De acuerdo con el INE, el acto del suicidio se estudiaba tomando en consideración todas las circunstancias de tipo social que pudieran tener interés (código CIE-10). Lo cierto es que tal estudio conllevó una notable regresión en los últimos años al desecharse variables examinadas atrás en el tiempo como, por ejemplo, la profesión o el estado civil del individuo ejecutor del suicidio (Amezaga Etxebarria y Orgaz Alonso, 2013). A partir del año 2007, la información estadística relativa al suicidio en España es proporcionada por el boletín de defunción judicial, utilizado para la confección de la estadística de defunciones según la causa de muerte.

El último informe elaborado por el INE sobre defunciones según causa de muerte data de 2018 y ese año fallecieron un total de 3.539 personas en nuestro país por causa de suicidio. Si se compara esta cifra con la del año anterior, se observa un descenso del 3,8 %. Pese a ello, el referido informe indica que el suicidio sigue siendo la primera causa de muerte externa en España.

Actualmente, los datos estadísticos sobre suicidio suscitan muchos interrogantes. Las circunstancias analizadas se limitan a sexo, edad, lugar de residencia y método utilizado, por lo que tales variables son insuficientes para caracterizar perfiles y métodos preventivos.

⁸ Según nota de prensa de la Dirección General de Tráfico fechada el 2 de enero de 2020, el año 2019 finalizó con 1.098 personas fallecidas en accidentes de tráfico (balance de accidentalidad vial 2019). De acuerdo con información ofrecida por el Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, al menos 55 mujeres fueron asesinadas a manos de sus parejas o exparejas en el año 2019. Y haciendo referencia al informe «Las cifras del cáncer en España 2020», de la Sociedad Española de Oncología Médica, estaba previsto que en el año 2020 se diagnosticara a 277.394 personas de cáncer, tratándose de una cifra muy similar a la de 2019 cuando se diagnosticaron 277.234 nuevos casos. Así las cosas, la misma Sociedad de Oncología Médica ha reconocido en el primer trimestre de 2021 que «un 20 % de los casos de cáncer que tendrían que haberse diagnosticado en España durante el 2020 no se detectaron porque el COVID-19 ha secuestrado muchos de los recursos humanos y tecnológicos». *La Voz de Galicia*, 1 de febrero de 2021. Sección Sociedad.

4. El perfil de la persona suicida desde un punto de vista laboral

En la literatura psiquiátrica más temprana, la persona suicida es caracterizada como reacia a manifestar y compartir su interior por sus marcadas carencias comunicativas, con enormes dificultades de autocontrol dada su impulsividad y que sufre el desgaste por una elevada auto-critica con causa en un perfeccionismo ilimitado (Friedman y Corn, 1987). Esta caracterización reviste importancia al informarnos sobre componentes peculiares que pueden apreciarse en personas con ideas/conductas autolíticas. Pero a efectos de la presente investigación, interesa profundizar en una visión transversal sobre el perfil de la persona suicida que ponga en relación los rasgos apuntados más arriba, además de otros, con un acontecimiento o proceso de pérdida desestabilizador asociado al ámbito laboral del sujeto desbordado que nos ocupa.

Quénard (1981) sostiene que numerosas crisis suicidas se explican en situaciones de dependencia vividas y sufridas hacia un objeto al que se está vinculado personalmente de manera muy intensa e irreflexiva, de modo que su desaparición o modificación desencadena un duelo problemático cuya interiorización no siempre es igual. Si ese objeto lo identificamos con un puesto de trabajo, la pérdida del mismo o la alteración de sus características esenciales generarán una repercusión negativa en la persona trabajadora suficientemente involucrada y comprometida con el empleo, manifestando tal repercusión una dificultad no menor en la asimilación y gestión del duelo predicho en términos de adaptación emocional y social. En efecto, la asimilación y gestión del duelo laboral resultará mucho más complicada en aquellos supuestos en los que la pérdida del puesto de trabajo o la variación de condiciones sustanciales en el empleo entrañen aislamiento, humillación, ansiedad, en definitiva, una depauperación personal equivalente a un estado perturbador. Entendemos que el empobrecimiento laboral experimentado como una sensación de fracaso permanente que trasciende el plano estrictamente profesional y acaba impactando en las dimensiones social y personal del individuo afectado propicia el acto del suicidio. Y este resulta favorecido aún más cuando la vulnerabilidad psicológica –aflorada por razón de la depauperación laboral, social y personal– se encuentra dominada por una rigidez tanto de pensamiento como de sentimientos y acciones (Echávarri Gorricho, 2010). Siendo esta rigidez otra característica definitoria del perfil de la persona suicida, somos de la opinión de que en su conformación intervienen características inherentes al empleo desarrollado.

En octubre de 2019, la Asociación Nacional de Informadores de la Salud organizó la jornada «Suicidio en los medios: el debate pendiente» para abordar el tratamiento del suicidio en los medios de comunicación⁹. Poco a poco, los medios están abordando este tema dentro de sus informaciones rompiendo así el estigma y el silencio muy presentes en torno a esta tragedia. Y su acercamiento a esa dolorosa realidad contribuye no solo a visibilizarla

⁹ Véase <https://www.catalunyapress.es/texto-diario/mostrar/1591373/expertos-istan-hablar-suicidio-medios-comunicacion>.

con mayor resultado de difusión en comparación al logrado por las herramientas estadísticas, sino que permite conocer determinados aspectos que motivan (o deben motivar) la reflexión y la actuación. Así, en un rotativo de fecha reciente leíamos que la tasa de suicidio entre profesionales médicos es mayor que en la población general, añadiéndose que un estudio del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos sobre la mortalidad de los facultativos destaca que el suicidio es la principal causa de muerte externa¹⁰. Otra publicación diaria informaba hace escasos meses de que la tasa de suicidios consumados en la Guardia Civil alcanza los 16 casos por 100.000 habitantes, 3 más que en la Policía Nacional y 4 puntos por encima que la media de la población, lo que ha generado una media de un suicidio al mes en el Cuerpo desde 2000, según la Unión de Guardias Civiles¹¹. Sirvan estas dos informaciones recientes para dejar dicho que el suicidio constituye un problema que también afecta a profesionales del sector público con responsabilidades gruesas como son el cuidado de la salud y la preservación de la seguridad de la ciudadanía. Y sirvan también para poner en entredicho la afirmación bastante común según la cual la conducta suicida es más frecuente en población desempleada y con menor nivel cultural (Albuixech García, 2017). Observamos, pues, que el perfil de la persona suicida se caracteriza asimismo por capacidad de sacrificio y lucha, determinación metódica, alta concentración y motivación, y suficientes destrezas de autoconocimiento y comunicación empática.

Por lo demás, para un mejor conocimiento del perfil de la persona suicida cabe apuntar la existencia de brecha de género: en tanto que los hombres ejecutan más suicidios hasta sus últimas consecuencias, las mujeres llevan a cabo mayor número de planificaciones y tentativas autolíticas. Esta brecha se explica en el manejo de conductas autodestructivas desde grados de violencia diferentes resultando que el perfil suicida masculino se caracteriza por la elección de métodos autolíticos más agresivos en la forma y efectivos en el resultado.

5. Factores potenciadores de la conducta suicida relacionados con la actividad del trabajo

A propósito del estudio del perfil de la persona suicida y su delimitación a partir del puesto de trabajo, que ha centrado nuestra atención en el epígrafe anterior, el par de informaciones recientes traído a colación allí permite aseverar: i) el suicidio es cometido por personas trabajadoras expuestas a situaciones muy estresantes propias de la naturaleza del puesto de trabajo o condiciones extremas provocadas por una alteración de sus características buscada a propósito por terceras personas como método de presión, situaciones/condiciones prolongadas en el tiempo o concentradas en un corto espacio de tiempo, que las sume en una ansiedad elevada; ii) el suicidio es cometido por personas trabajadoras que se sienten infravaloradas, incomprendidas y desmotivadas, quedando aprisionadas en una profunda

¹⁰ ABC, 29 de octubre de 2019. Sección Sociedad.

¹¹ La Vanguardia, 28 de enero de 2020. Sección Vida.

y permanente desesperanza que es sinónimo de desconexión de la red social en la que se desenvuelven; y iii) el suicidio es cometido por personas trabajadoras superadas por un gran sentimiento de culpabilidad vinculado a determinado hecho que genera animadversión en la opinión pública o compañeros y compañeras de trabajo hasta percibirse por la persona suicida como un reproche social con intensidad traumática.

La forma de vivir es, en sí misma, un factor de riesgo para favorecer conductas suicidas. A finales de los años setenta, un reportaje publicado en España incidía en la soledad como causa más frecuente de la desesperación y el suicidio¹². Ahí se apunta que «la soledad surge en la noche de las relaciones humanas». Extrapolando esta consideración al ámbito de nuestra investigación, diremos que el suicidio aparece en entornos de trabajo que resultan peligrosos para la salud y, también, en factores asociados al trabajo que generan trastornos y fobias. En definitiva, entornos y factores que interactúan inadecuadamente con la persona suicida y que, en la mayoría de ocasiones, tienen su origen en personas que propician el conflicto y la desconfianza. El hostigamiento que provoca angustia, las órdenes ambiguas/contradictorias que causan inseguridad, la sobrecarga de trabajo continuada que impide el cumplimiento de objetivos, el aislamiento que reduce las posibilidades de expresión/comunicación, o la exposición a condiciones de trabajo insuficientes que originan fatiga e irritabilidad son realidades potenciadoras de un proceso de destrucción personal, social y laboral que puede acabar en la consumación del suicidio, o su intento, si no se trata correctamente a tiempo. Coincidimos con Tiesman *et al.* (2015) en que la ocupación puede definir mucho la identidad de una persona, y el puesto de trabajo puede afectar a los factores psicológicos de riesgo de suicidio, más todavía cuando un trabajo no es solo un trabajo y el comportamiento autolítico aumenta con la edad.

Más allá del umbral donde el empleo se presenta como derecho de la ciudadanía, caracterizado por una amplia libertad de elección para desempeñar y mantener una actividad laboral acorde a las conveniencias de la persona trabajadora, cabe detenerse en los atributos del puesto de trabajo. Estos, de cuya identificación se ocupan profesionales de recursos humanos, requieren perfiles idóneos concretos. Desarrollar estrategias de éxito en escenarios inestables y cambiantes flexibilizando comportamientos, tomar decisiones adecuadas de forma rápida y con escasa información, o manejar y resolver satisfactoriamente situaciones conflictivas son atributos de puestos de trabajo que, con independencia de sector, salario y otras variables, resultan cada vez más exigentes. Por lo general, el puesto de trabajo, que es ocupado por una persona profesional con unas características bien definidas, influye e, incluso, determina la identidad profesional. Es más, en muchas ocasiones esa identidad profesional repercute de forma notable en el sujeto no laboral permitiendo esto entender varias cuestiones: i) un trabajo no es solo un trabajo porque el tiempo dedicado y la relación establecida con el empleo desempeñado ponen de manifiesto una involucración muy intensa por parte de la persona trabajadora haciendo de esta un individuo específico a

¹² *El País*, 22 de septiembre de 1977.

nivel psíquico, emocional, social, etc.; ii) el puesto de trabajo motiva una adaptación paulatina de la persona trabajadora que conlleva variaciones en su forma de discernir, comunicar o trabajar en equipo; iii) el empleo, que perfila la identidad profesional tomando en consideración estados hostiles soportados, pone a prueba la integridad psíquica de la persona empleada, más todavía cuando esas situaciones contraproducentes se acumulan dejando un impacto negativo y tal acumulado se ha de gestionar personalmente a una edad profesional avanzada; y iv) la actividad laboral golpea letalmente la vulnerabilidad psicológica de la persona trabajadora cuando, con independencia de la edad (aunque más todavía a mayor edad) y del número de episodios laborales perjudiciales vividos en primera persona (aunque más todavía a mayor número de hechos traumáticos sufridos), la persona empleada se ve a sí misma como persona sin expectativas y opta por el suicidio como fin.

Dejando a un lado el suicidio asociado a situación de desempleo, por llevarse a efecto cuando la persona trabajadora está fuera de la estructura organizativa empresarial, y sin perder de vista que algunos suicidios son cometidos por razones puramente económicas (desasosiego en tiempos de recesión, frustración por el salario percibido...), entendemos que la adaptación del puesto de trabajo a la persona trabajadora como manifestación de un principio de la acción preventiva impulsada por el artículo 15.1 d) de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL) (BOE núm. 269, de 10 de noviembre), habrá de someterse a análisis en el ámbito de la empresa. Tal adaptación no es siempre posible, pero sí concebimos que pueda suceder con más posibilidad un afrontamiento de la conducta suicida en el entorno y la cultura empresarial para su evitación o, ya perpetrada, su tratamiento adecuado.

6. El suicidio laboral abordado por los Tribunales de Justicia

El suicidio representa un problema de salud pública que toma proporciones cada vez mayores, pero también es un fenómeno de salud laboral mal abordado, grave y con tendencia al alza^{13,14}. Actualmente, la inmensa mayoría de las personas trabajadoras de todo el

¹³ La reciente Sentencia 114/2020, de 2 de marzo, del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Aragón (rec. 71/2020) conoce de un supuesto de hecho referente a una trabajadora de 47 años dedicada a la actividad de teleoperadora superada por un ambiente laboral que entiende hostil y que la ha llevado a idear y ejecutar conductas autolíticas. En los autos del procedimiento consta un informe forense de fecha 30 de mayo de 2018 que señala textualmente:

La paciente refiere sintomatología de aumento de ansiedad de base e irritabilidad fundamentalmente en el medio laboral, con dificultades en el sueño, no expresa fallos cognitivos relevantes. Hipotimia, trastornos alimentarios, trastornos del sueño y reacciones agresivas en el medio familiar con pérdida de control de impulsos, con auto y heteroagresividad física (nos relata dos intentos de suicidio en verano de 2016).

¹⁴ En la STSJ de Castilla y León/Valladolid 2049/2019, de 4 de diciembre (rec. 1222/2019), se recoge lo siguiente:

mundo hacen frente a importantes cambios en la organización del trabajo y las relaciones laborales. La maximización del beneficio en razón de expectativas de rendimiento económico creciente, la feroz competencia entre empresas y las jornadas de trabajo que exceden la duración legal resultan ser factores de riesgo psicosocial que contribuyen a un medioambiente de trabajo cada vez más disfuncional con clara incidencia negativa en el bienestar psicológico de la persona empleada (Organización Internacional del Trabajo –OIT– 2016).

Rappard (1991) sostiene que la muerte y la vida están indisolublemente ligadas, pero el derecho se ocupa de la persona, y la persona muerta no es sujeto. Esta enérgica afirmación, de una aparente contundencia, plantea cuestiones de enorme interés a propósito de la labor de los miembros de la carrera judicial: si la conceptualización de la conducta suicida es un cometido difícil, también lo es su entendimiento como accidente de trabajo, con independencia que haya o no resultado de muerte. En España, la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia no siempre ha estado abierta a admitir de forma garantista la presunción de suicidio (González Álvarez, 2019). Encontrar sentencias contrapuestas obedece a que el suicidio no se acomoda bien a ningún enunciado legal y a que no siempre queda probada de forma suficiente una etiología laboral motora de la decisión suicida.

A partir de la labor de búsqueda en bases de datos de jurisprudencia española concluimos que las primeras resoluciones judiciales que abordan el suicidio y el accidente laboral de forma conjunta en relación con unos mismos hechos concretos datan de los años 1940-1950. Sea por la enorme influencia del catolicismo (el suicidio era tachado de acto egoísta, abominable y contrario a la recta razón y la ley natural de Dios), sea por el convencimiento político-legal (la nueva sociedad había de presentarse como colectivo valeroso ajeno a situaciones asfixiantes tales como la miseria y la represión, entendiéndose el suicidio como figura deshonrosa con implicaciones penales), sea por la consideración de condiciones laborales aceptables (los puestos de trabajo estaban provistos de medios y equipamientos necesarios a efectos de seguridad y salubridad suficientes) en el Estado franquista, podemos afirmar que la no apreciación de relación de causalidad entre el suicidio y la actividad laboral fue regla general sin excepción por mucho tiempo en nuestro país (Miralles Alted, 2019; Molinero Ruiz e Ysàs Solanes, 1998)¹⁵.

Ciertamente consta agravación y la misma es relevante como para entender que (el demandante, de profesión habitual: ayudante de barrenista) no puede trabajar en ninguna actividad laboral productiva pues las lesiones no solo le impiden trabajos de alta intensidad física como el que tenía al tener limitación de funcionalidad física, es que además presenta problemas de salud mental que aunque se indican ya existían lo cierto es que ha habido una tórpida evolución desde la depresión hasta la ideación heteroagresiva y con intentos de suicidio por lo que difícilmente podrá desempeñar un trabajo con las mínimas exigencias de productividad y en relación con otros compañeros.

¹⁵ El Tribunal Supremo tiene dicho en su Sentencia (STS) 370/1952, de 31 de marzo, que en relación con los autos recibidos de la Magistratura del Trabajo de Oviedo «se trata de decidir si la muerte del obrero causante de la actora constituye o no accidente de trabajo». En el último fundamento jurídico, el Alto Tribunal razona que «no está probado que el desgraciado obrero se suicidara» y, también, que:

Así las cosas, coincidiendo con los primeros compases del tardofranquismo se dio a conocer la primera sentencia dictada por un órgano jurisdiccional español que aceptaba el nexo causal de una actividad laboral con un posible móvil autodeterminado de suicidio. La STS de 29 de octubre de 1970 sí considera acreditado en el caso de autos que el suicidio fue provocado por una situación de trastorno mental de tipo depresivo, producida a su vez por las vicisitudes y secuelas de un accidente de trabajo¹⁶. La resolución judicial que acabamos de referir supuso un hito en la materia que nos ocupa permitiendo hablar de un cambio de óptica en la jurisprudencia. En todo caso, la cuestión no ha sido uniforme, si se nos permite, pacífica desde entonces. La clave de bóveda radica en la concurrencia o no de determinadas circunstancias, vitales y laborales, que corroboren el nexo causal arriba dicho.

No estamos ante un conflicto entre interpretaciones judiciales estancas que recuerde, involuntaria e inesperadamente, las dos modalidades de suicidio presentadas por Jaspers (1965)¹⁷.

Por el contrario, sí nos encontramos ante un debate construido sobre presupuestos fácticos, cuestiones jurídicas y presunciones que nunca son idénticos en relación con dos supuestos de hecho aun cuando estos presenten similitudes. En un reciente artículo, el Centro de Estudios Financieros (CEF, 2019) pone en valor la importancia de las circunstancias que acompañan cada caso concreto de suicidio destacando su influencia en el enjuiciamiento del supuesto de hecho con ideación autolítica, y en ese sentido concluye que:

[...] siendo cierto que la presunción de laboralidad puede ser enervada por el carácter voluntario que tiene normalmente el acto de quitarse la vida, no es menos verdad que el suicidio se produce, a veces, por una situación de estrés o de trastorno mental que puede derivar tanto de factores relacionados con el trabajo como de factores extraños al mismo.

[...] la afirmación del suicidio incumbe a la jurisdicción criminal que instruyó sumario, lo que no impide al magistrado hacer la declaración que ha hecho, negando que el suceso constituya accidente del trabajo, como se deduce evidentemente del hecho probado, a pesar de su incorrecta redacción.

¹⁶ Citada por el TJS de Cataluña en su Sentencia 2848/2014, de 11 de abril (rec. 972/2014), fundamento jurídico segundo.

¹⁷ Karl Jaspers diferencia entre dos modalidades de suicidio, siendo una la del suicidio por irritación y otra la del suicidio por lo insoportable de la vida. La primera categoría entronca con graves turbaciones emotivas que conducen a una culpabilidad existencial muy acusada. Hablaríamos de un yo interior infeliz, de la falta de aceptación consigo mismo, de un ser inadaptado que no se acomoda a una vida sin reproche, de un constructo psicológico que acaba estallando por razones que no tienen su origen ni fuente de alimentación en el entorno con sus relaciones sociales. En cambio, la segunda forma de suicidio engloba conductas autolíticas que responden a una afectación de la organización interior de la persona, si se quiere, de los patrones de pensar, sentir y proceder, que sí tiene su fundamento en presiones exógenas potentes y continuadas en el tiempo. Estas presiones se identifican, por ejemplo, en el ambiente de trabajo repercutiendo negativamente en la integridad, la estabilidad, incluso en la dignidad de la persona trabajadora, de modo que esta termina concibiendo la vida como una existencia insufrible, penosa e insalubre.

La contradicción jurídica en casos de suicidio ocurridos en el lugar de trabajo debe ponderar las circunstancias concurrentes, pues la naturaleza voluntaria del acto suicida no empece que este sea entendido como accidente laboral.

Desde la citada sentencia del TS del año 1970, lejana en el tiempo ya, se han sucedido resoluciones judiciales dispares por lo que hace a la estimación o no del suicidio de una persona trabajadora como hecho-resultado merecedor de la calificación de accidente de trabajo. En el repertorio de jurisprudencia española podemos leer que el suicidio puede considerarse como accidente de trabajo cuando queda probado que la situación emocional determinante de esta decisión se encuentra directamente relacionada con las condiciones laborales de la persona trabajadora que adopta tan drástica medida fruto de la angustia y tensión que su vida laboral le produce¹⁸.

En el lado opuesto hay jurisprudencia que niega el carácter de accidente de trabajo a la muerte por suicidio de la persona trabajadora en el lugar de trabajo al no tratarse de una lesión sufrida con ocasión o por consecuencia del trabajo, sino debida a la única voluntad de la persona fallecida, que rompe de esa manera el nexo causal con el trabajo exigible en todo accidente laboral¹⁹. Y en la misma línea encontramos razonamientos jurídicos que sostienen que la presunción del suicidio como accidente laboral queda desvirtuada cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de conexión entre el trabajo que la persona empleada realizaba con todos los matices físicos y psíquicos que lo rodean, y el siniestro acontecido²⁰.

Es singularidad del ordenamiento jurídico español –desde la STS de 17 de junio de 1903– la amplitud conceptual de la «lesión» determinante del accidente de trabajo por la que debe entenderse –también– las enfermedades de súbita aparición o desenlace, comprendiendo así no solo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo causadas por agentes patológicos internos o externos (comprendiéndose dentro de ese concepto de lesión no solo el daño físico ocasionado en los tejidos, sino también el trauma que producen impresiones duraderas en lo psíquico).

La tendencia jurisprudencial es la de admitir con carácter restrictivo la etiología laboral en el acto suicida. De entrada, tal limitación viene de la imposibilidad de establecer la existencia de una enfermedad de trabajo calificable como accidente al no existir agente patógeno que lo origine, ni haber ocurrido de forma directa en lugar y tiempo de trabajo. Esto último, sin embargo, es matizable: existe una doctrina del TS que viene encuadrando en el

¹⁸ STSJ de Navarra 277/2019, de 19 de septiembre (rec. 269/2019), fundamento jurídico cuarto.

¹⁹ STSJ de Cantabria 882/2017, de 11 de diciembre (rec. 725/2017), fundamento jurídico segundo, en alusión a SSTs de 19 de febrero de 1963 y 15 de diciembre de 1972.

²⁰ STSJ de Galicia 2957/2017, de 26 de mayo (rec. 5383/2016), fundamento jurídico tercero.

concepto de «accidente laboral» y calificando como tal a las enfermedades psíquicas de la persona trabajadora derivadas del trabajo incluso en los supuestos en los que el desenlace del proceso sea el suicidio de la persona trabajadora a base, de nuevo, de una interpretación extensiva de la noción de «lesión corporal» en la que se subsumen cualquier tipo de daños ya sean físicos, psíquicos o psicosomáticos²¹. La etiología laboral puede ser excluida mediante prueba en contrario, pero se estimará que se da una clara relación de causalidad entre la acción suicida y el trabajo cuando la prueba practicada demuestre que los problemas laborales interfirieron en la vida laboral y en la salud mental de quien se suicida.

El fundamento del planteamiento anterior parte de que el suicidio es siempre resultado de una previa situación de trastorno o patología mental padecida por la persona suicida, de forma que, si la génesis de la alteración es laboral, estaremos ante un accidente de trabajo. Escudero García (2019) sostiene que el entorno profesional ejerce en la persona trabajadora una poderosa influencia en su equilibrio físico-psíquico y apunta que en tal ambiente pueden surgir y persistir factores desencadenantes de la conducta autolítica. En cambio, si el estado de perturbación mental no puede imputarse directamente al trabajo, no será procedente la calificación de accidente laboral. En este sentido, Aísa Garcés (2014) considera que la enfermedad que por su propia naturaleza rechaza o deja fuera el desempeño de la actividad laboral como elemento decisor del suicidio impide que la lesión sea apreciada como accidente de trabajo.

La determinación de la laboralidad o no de un acto suicida por parte de la autoridad judicial, vista la insuficiencia de la legislación en vigor, es tarea complicada²². Sabiendo que la voluntad de acabar con la propia vida constituye el elemento nuclear de la definición de suicidio y que la conducta autodestructiva toma cuerpo a partir de un proceso destructivo con causa endógena o exógena, la consideración de la perspectiva holística del caso concreto resulta fundamental. Resultando que no siempre las motivaciones o intenciones que empujan al comportamiento suicida están suficientemente claras en los autos de procedimiento, y resultando que no siempre es fácil establecer la trabazón entre acto suicida y accidente de trabajo en la resolución judicial, interesa poner de manifiesto el valor probatorio de la nota dejada por quien comete suicidio.

No son pocas las veces en las que las notas de suicidio, por lo general manuscritas, recogen la justificación de la decisión tomada: con más o menos elocuencia, en función del

²¹ STSJ de Castilla-La Mancha 539/2004, de 31 de marzo (rec. 2184/2003), fundamento jurídico cuarto.

²² El artículo 156 del texto refundido de la Ley general de Seguridad Social establece que un accidente de trabajo es «toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena». E indica que:

[...] tendrán consideración de accidente de trabajo las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.

estado mental de la persona suicida, las palabras ahí expresadas facilitan un mejor conocimiento de las circunstancias del fatal hecho luctuoso²³. Siendo fuente de información, su valor probatorio es muy intenso.

Asimismo, el acaecimiento de la conducta autolítica en el lugar de trabajo es una circunstancia que favorece la presunción del suicidio como accidente laboral²⁴. Por sí sola no es determinante para establecer el meritado nexo causal, pero si al espacio donde ocurre el suicidio se suman otros elementos de prueba que informan que la voluntad de la persona suicida, en el momento de llevar a cabo el acto perjudicial, estaba condicionada de manera severa por el modo de ver la realidad laboral, entonces se entenderá que sí existe relación de causalidad entre trabajo y siniestro. Y ello bastará para desactivar el efecto excluyente de la presunción predicha que lleva consigo el dolo ínsito en el acto suicida en tanto acto dañoso ejecutado de forma intencional y deliberada.

Hemos dicho más arriba que la determinación de la laboralidad o no de un acto suicida es tarea complicada. El ejemplo más reciente nos lo ha dado el TSJ de Andalucía que ha emitido en poco tiempo dos resoluciones expresando fallos diferentes en relación con actos suicidas llevados hasta sus últimas consecuencias. En una sentencia, la autoridad judicial dice entender probada la existencia de una situación de conflicto laboral previo al momento del suicidio, como es la fuerte discusión del empleado de banca con el cliente, que le provoca una situación de gran estrés a la que sigue el salto al vacío desde la azotea de su centro de trabajo²⁵. En la otra sentencia, las magistradas y el magistrado ponente indican que la situación de coma de la persona suicida (gerente de una sociedad que efectuaba todas las notificaciones de actos tributarios de una diputación) es de etiología no aclarada, y razonan que las lesiones acreditadas no están relacionadas con el aumento de estrés o factores tensionales, concluyendo que no son lesiones isquémicas que sí pudieran estar relacionadas con el cierre de la empresa²⁶.

²³ «Me suicido a causa de France Télécom. Es la única causa de mi muerte voluntaria. No puedo más con las urgencias permanentes, el trabajo excesivo, la ausencia de formación, la desorganización total de la empresa. Los directivos practican el "management" del terror. Esa manera de trabajo ha desorganizado mi vida, me ha perturbado. Me he convertido en una ruina, un desecho humano. Prefiero acabar. Poner fin a mi vida». Reproducida en Martínez Plaza (2010).

²⁴ Respecto al lugar de trabajo, debe entenderse todo aquel espacio donde la persona trabajadora desempeña la actividad que le ocupa profesionalmente y por la que es remunerada, incluso aunque no sea el lugar habitual como sucede con la zona de vestuarios. Véase, en este sentido, el trabajo de Rodríguez Crespo (2017).

²⁵ STSJ de Andalucía/Granada 65/2019, de 10 de enero (rec. 1123/2018). Esta resolución judicial, que sí estima el suicidio como accidente laboral, es consonante en su fallo con otras sentencias: la del TSJ de Cataluña de 26 de octubre de 2015 (rec. 4319/2015) y la del TS de 25 de septiembre de 2007 (rec. 5452/2005).

²⁶ STSJ de Andalucía/Sevilla 2485/2019, de 17 de octubre (rec. 1302/2018). Esta resolución judicial, que asevera que «la actora no ha conseguido acreditar que la enfermedad que causó la incapacidad laboral de su marido tuviera por causa exclusiva la realización del trabajo, o la tensión causada por la marcha

A propósito de casos de suicidio y su conexión o no con el trabajo, la casuística y la labor de interpretación de nuestros Tribunales de Justicia están contribuyendo a visibilizar la tragedia de la autolisis y a alcanzar mayor certeza jurídica en el enjuiciamiento de estos litigios difíciles.

7. Concienciación e información sobre la conducta suicida en el ámbito empresarial

Con un suicidio cada 40 segundos en el mundo y como primera causa de muerte no natural en España, con unos medios de comunicación que se hacen eco de actos autolíticos sin tratar esta desgarradora tragedia de forma constructiva y con unos órganos jurisdiccionales que conocen, razonan y resuelven sobre hechos y conductas suicidas con cada vez más frecuencia, las empresas no deben mirar hacia otro lado por lo que hace a la acción autoinfligida con la que una persona trabajadora busca voluntariamente su propia muerte (Castillo Laguna, 2015)²⁷. La salud y la seguridad en el trabajo no responden únicamente a la observación y el cumplimiento rectos de una legislación específica aprobada para, entre otros fines, promover y garantizar un buen ambiente laboral. Mucho más que un deber administrativo, la salud y la seguridad en el trabajo son piezas esenciales de una óptima gestión empresarial que, además de detectar cualquier tipo de tendencia o cambio que se dé en el mercado, sepa en todo momento cuidar de su plantilla y preocuparse porque se encuentren a gusto en sus puestos de trabajo (Comisión Europea, 2016). En este sentido, la empresa debe anticiparse a un posible caso de suicidio que ocurra en el ámbito de su organización o guarde relación con este. Y debe hacerlo valiéndose de los recursos adecuados siendo la concienciación y la información las primeras herramientas a tomar en consideración.

La viabilidad de la empresa pasa por el bienestar de sus personas empleadas. La importancia de la toma de conciencia empresarial sobre el suicidio laboral resulta vital, con independencia del tamaño y otros parámetros. Considerar que las bajas laborales tienen siempre un origen personal y no laboral supone un error. También cabe notar el desacierto cuando, admitiéndose cierta vinculación entre trabajo y persona trabajadora, se da por hecho que la decisión deliberada de quitarse la vida está justificada en la precariedad económica²⁸. Un ejemplo de entendimiento inteligente se observa en la empresa que se representa la

de la mercantil de la que era gerente que desembocó en su cierre, colocándole en una muy mala situación económica», es consonante en su fallo con otras sentencias: la del TSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 12 de abril de 2018 (rec. 370/2017) y la del TS de 16 de septiembre de 2010 (rec. 3105/2009).

²⁷ Véase también https://www.nationalgeographic.com.es/mundo-ng/tragedia-suicidio-datos_14692.

²⁸ Una reciente investigación concluye que, por cada dólar sumado al salario mínimo, las tasas de suicidio referentes a personas con formación académica –superior o no– cayeron entre 3,4 y 5,9 % en el periodo 1990-2015 (Kaufman *et al.*, 2020).

hipotética realidad de ser factor detonante del suicidio de una o varias de sus personas trabajadoras, y aceptando esa posibilidad se sensibiliza materializándose esto último en la indagación en las dimensiones del fenómeno del suicidio y en el tratamiento de la información recabada, con el fin de implementar estrategias preventivas.

Por un lado, la tarea de indagación será exitosa si se lleva a cabo sin prejuicios. Así, la correcta aproximación al suicidio pasa –en nuestra opinión– por entenderlo como un acto no estrictamente individual en cuya ideación y ejecución influyen factores socioambientales. Por otro lado, la tarea de tratamiento de la información obtenida resultará satisfactoria siempre que sirva para: i) identificar circunstancias estresoras en el ámbito de la empresa, ii) analizar los estresores laborales reconocidos como tales desde el punto de vista de elementos de riesgo para con la salud y la seguridad de los trabajadores, iii) introducir herramientas de prevención y manejo del suicidio, y iv) eliminar toda disfuncionalidad/vulnerabilidad empresarial favorecedora de un cuadro de angustia, ansiedad o temor para enfrentarse con el trabajo que pudiera derivar en una conducta suicida al concurrir condicionantes insostenibles. Desde este planteamiento, colocar redes en las fachadas de los centros de trabajo para impedir actos autolíticos u obligar a las personas trabajadoras a la firma de una carta-compromiso rechazando por medio de ella la comisión de un suicidio son medidas de empresa ineficaces con las que se busca disimular una realidad traumática mal negada, todavía peor consentida²⁹.

La dedicación y la inversión en salud y seguridad en el trabajo, que debe ser continua y no puntual, resultan esenciales para establecer y mantener un entorno laboral seguro y saludable. Trabajar el aspecto de los riesgos psicosociales desde su consideración como posibles factores precipitantes de condiciones laborales perniciosas no debe percibirse como una faceta empresarial ambigua, tediosa y cara. Siendo cierto que los riesgos psicosociales son complejos y variados, la actual globalización del conocimiento facilita la profundización, el aprendizaje y el desarrollo de habilidades en relación con ellos. En efecto, un conocimiento acumulado construido a partir de hechos objeto de examen, difusión y discusión –disponible vía internet u otros medios– permite, por ejemplo, una aproximación rápida al fenómeno del suicidio y una averiguación abultada de casos concretos, datos contrastados y reflexiones analíticas o propositivas. Sea mayor o menor el caudal de información conseguido, su sistematización y su estudio rigurosos propiciará un aprendizaje progresivo sobre la materia que demandará ampliación y actualización. Y tratándose de un aprendizaje teleológico, este patrocinará cualquier herramienta de prevención y manejo del suicidio que se quiera implementar a nivel de empresa. Así las cosas, lo anterior no se materializará sin la concurrencia del presupuesto previo y necesario de la concienciación sobre el suicidio laboral como realidad posible y superable.

²⁹ Estas dos medidas de empresa fueron aplicadas por la multinacional taiwanesa Foxconn Technology Group tras contabilizarse cerca de una veintena de suicidios de personas trabajadoras de su plantilla entre los años 2007 y 2011. Información obtenida de Wikipedia; <http://entreprenetesis.org/suicidios-de-empresa/>; Guo *et al.* (2012); Waters (2017).

8. La prevención del suicidio en general y en el ámbito laboral en particular

La OMS reconoce el suicidio como una prioridad de salud pública –hay quien la considera como una pandemia silenciosa (González Zapico, 2019)– y a su juicio la prevención, en tanto respuesta eficaz para hacer frente a la conducta autolítica, no debe separarse de la identificación de los factores concomitantes al comportamiento con el que se busca la muerte intencionada, tampoco de las cuestiones metodológicas y las certezas científicas conocidas y admitidas.

Para finales del año 2019 se esperaba la Estrategia Nacional de Salud Mental con horizonte año 2024 del Ministerio de Sanidad incluyendo el suicidio como línea estratégica específicamente diseñada para prevenirlo, detectarlo precozmente y abordarlo. En este documento quieren incorporarse medidas específicas tales como un teléfono de atención a las víctimas, un registro de las tentativas de actos autolíticos para asegurar la coordinación entre profesionales de atención primaria y salud mental, y acciones de concienciación promovidas por instituciones públicas, entidades sociales y medios de comunicación³⁰. Tomando en consideración que la estrategia de referencia es, a fecha de cierre de esta investigación, una propuesta y deduciendo que el suicidio no ha sido un elemento-fuerza de trabajo con entidad propia a la vista de planes/guías estatales de actuación en materia de salud mental en vigor y pretéritos, concluimos que nuestro país –a nivel de conjunto– llega tarde y con poca ambición para afrontar la realidad del suicidio³¹. Decimos «llega tarde» porque, habiendo alertado la OMS que el suicidio es un problema subestimado, por lo que lanzó el programa SUPRE para su prevención en 1999, numerosas comunidades autónomas se han adelantado al propio Estado español en el abordaje de este fenómeno. Y apuntamos «poca ambición» porque en las intervenciones multicomponente arriba mencionadas en relación con el todavía borrador de estrategia no se contempla la participación específica de los agentes sociales, menos la de los recursos humanos en empresa.

³⁰ *La Vanguardia*, 11 de septiembre de 2019. Sección Salud («Una red telefónica atenderá tentativas de suicidio»); y *Gaceta Médica*, 18 de diciembre de 2019. Sección Política («La prevención del suicidio se afianza en la futura Estrategia Nacional de Salud Mental»).

³¹ En 2009 la Resolución del Parlamento Europeo sobre la salud mental (2008/2209(INI)) y posteriormente la Acción Conjunta para la Salud y el Bienestar Mental de 2013 pedían a los Estados miembros la aplicación de programas intersectoriales de prevención del suicidio. En España, la Estrategia Nacional de Salud Mental 2015-2019, una oportunidad que se desperdició en opinión de profesionales que participaron en su elaboración, «instaba» –recoge *Redacción Médica* en información publicada el 29 de agosto de 2019– «a mejorar el manejo y la detección del riesgo suicida en atención primaria, así como a implantar el Código de Riesgo de Suicidio en todo el Sistema Nacional de Salud» y «también hacía hincapié en la necesidad de atender a las personas cuidadoras, familiares y allegados de aquellos que habían fallecido por un suicidio consumado». <https://www.redaccionmedica.com/secciones/psiquiatria/asi-era-la-estrategia-de-salud-mental-que-sanidad-desperdicio-en-2016-2445>.

En 2016, un medio de comunicación en España preguntaba abiertamente para cuándo un plan de prevención del suicidio, enfatizando que las personas expertas aseguran que una estrategia nacional ayudaría a reducir su incidencia³². Respetando escrupulosamente la distribución de competencias establecida en nuestro ordenamiento constitucional, resultaría conveniente que el Estado español movilizara recursos y capacidades para, entre otras cosas, poner a disposición de las comunidades autónomas conocimientos contextualizados en estudios llevados a cabo por organismos internacionales en los que España es parte, datos recabados por instrumentos tales como el Centro de Investigaciones Sociológicas y el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, y fondos presupuestarios con los que, además de lo anterior, implementar medidas preventivas (también correctoras) en relación con la conducta suicida por parte de las Administraciones regionales. Con esta participación estatal, transversal y consensuada, evitaríamos encontrarnos con situaciones asimétricas, pues si en estos momentos el suicidio es objeto de trabajo individualizado en determinadas comunidades autónomas, en otras no lo es lamentablemente³³.

El suicidio es un problema de la sociedad en su conjunto, de manera que para que una estrategia en una población resulte eficaz es precisa una respuesta multisectorial e integral (Xunta de Galicia, 2017). Dicho esto, entendemos que el suicidio laboral, por su singularidad, precisa instrumentos de prevención específicos basados en sector de actividad, perfil psicológico, riesgo, conflicto y otras variables.

³² *Cinco Días*, 19 de octubre de 2016.

³³ En el País Vasco, recientemente se ha publicado la Estrategia de Prevención del Suicidio en Euskadi, documento de 115 páginas impulsado por el Gobierno vasco y editado en Vitoria (abril 2019). En este documento, que actualiza y mejora líneas de actuación trabajadas desde tiempo atrás, se destaca que «la Estrategia de Salud Mental de Euskadi de 2010 concibe la salud mental como un valor y, entre sus líneas de prevención, exhorta a realizar y evaluar acciones específicas para disminuir las tasas de depresión y de suicidio en grupos de riesgo» (p. 20). En cambio, el Plan de Salud de Canarias 2019-2024, pendiente de exposición pública y aprobación definitiva, incluye cuatro grandes bloques temáticos que son: Bloque 1. Prevención, promoción y protección de la salud: incluye el abordaje de hábitos y estilos de vida para la mejora en sobrepeso y obesidad, sedentarismo, tabaquismo, consumo de tóxicos; la prevención de infecciones de transmisión sexual y embarazos no deseados; la mejora o mantenimiento de las tasas de vacunación; y la potenciación de la sanidad ambiental y la seguridad alimentaria. Bloque 2. Mejora en servicios y resultados en salud: aborda las principales causas de morbimortalidad en Canarias (cáncer, enfermedad cardiovascular, diabetes, EPOC, salud mental), así como la seguridad del paciente. Bloque 3. Cronicidad y envejecimiento saludable: trata sobre la prevención de la fragilidad y su manejo clínico, la coordinación de los diferentes recursos del SCS, el apoyo en el hogar para pacientes, familiares y cuidadoras, el abordaje del Alzheimer y otras demencias, así como del uso seguro de los medicamentos. Bloque 4. Coordinación intra e intersectorial: tratará de integrar mejor los servicios ofertados por el SCS y supone una fuerte apuesta por la coordinación intersectorial a todos los niveles en los que sea posible. La falta de mención al suicidio en el referido plan insular mal se corresponde con una información periodística que, titulada «El suicidio es un problema de salud pública del que se sigue sin hablar», enfatiza que Canarias con 9,06 suicidios por cada 100.000 habitantes tiene la tercera tasa más alta de España (que es de 7,91), tras Galicia (11,29) y Asturias (10,6), con una media de una muerte por esta causa cada 2 días. Información publicada en *Canarias7*, 9 de septiembre de 2019. Sección Sociedad.

Para empezar, esos instrumentos específicos orientados a la prevención del suicidio laboral necesitan de marcos de cooperación y líneas de actuación que susciten la colaboración público-privada. Está claro que incumbe a la empresa promover planes de intervención psicosocial y ambiental encaminados a aplacar los efectos de los estresores laborales en las personas trabajadoras, muchos de los cuales son ínsitos a la actividad profesional desempeñada. Y queda claro también que le corresponde erradicar cualquier fuente generadora de conflictividad –personal y social– estéril y comprometedora de la estabilidad y del bienestar, que son ventaja competitiva y elemento clave en la sostenibilidad de la unidad productiva.

Pero el trabajo de afrontamiento de la pulsión de muerte en el ámbito laboral trasciende la organización empresarial y, así, precisa la implicación de otros actores tales como universidades, mutuas, fundaciones y Administraciones públicas. En este sentido, consideramos insuficiente un programa de actuación que incorporando como líneas estratégicas la generación y gestión del conocimiento del suicidio, por un lado, y su prevención e intervención ante conductas autolíticas en población adulta, por otro, e identificando áreas concretas como Educación, Sanidad y Bienestar Social, y colectivos específicos como escolares, población penitenciaria y personas mayores, olvida departamentos como Empleo y Economía, y conjuntos como el tejido empresarial o grupos profesionales según sector o actividad, que entendemos esenciales en la gestión de los cometidos predichos³⁴.

Coincidimos con Navarrete Betancort *et al.* (2019) en señalar que un punto de vista biologicista del suicidio resta eficacia a su detección y prevención cuando se pretende explicar la conducta autolítica desde una postura psiquiátrica omnicomprensiva. El abarcamiento de todo el fenómeno por una única disciplina, en este caso médica, con un enfoque muy característico es erróneo ya solo por el hecho de proponer y defender un análisis del problema bajo mirada individual-sanitaria sin detenerse de manera suficiente en la influencia grupal-ambiental (aquí, laboral). Apoyan esta tesis otras dos ideas no menos relevantes. Por un lado, los servicios públicos de salud no cuentan con medios suficientes para encarar en profundidad y satisfactoriamente la tragedia creciente del suicidio, resultando que la implementación de intervenciones preventivas y de tratamiento a cargo de la empresa ni es baladí ni caprichosa. Por otro lado, con el desarrollo de este tipo de programas en el ámbito laboral, sin la presión de la urgencia que caracteriza el ámbito sanitario, podrá establecerse una mejor trazabilidad de la autolisis rastreando y evaluando todos los factores precipitantes, contextuales y personales.

³⁴ Con el debido respeto, nos merece esta opinión el documento de trabajo «Estrategias para la prevención del suicidio y la intervención ante tentativas autolíticas», inserto en el Plan de Salud Mental de Castilla-La Mancha 2018-2025, SESCAM, septiembre 2018.

9. La imprevisión del suicidio en las estrategias de empresa sobre riesgos psicosociales

Fuera de la disciplina de recursos humanos es bastante común la confusión entre factores psicosociales y riesgos psicosociales, identificándose los unos con los otros. Los primeros se corresponden con condiciones heterogéneas que se explican a partir de la interrelación entre trabajo y persona trabajadora, estando presentes en el desarrollo de la situación laboral. Los segundos son posibles consecuencias derivadas de la colisión entre variables de la situación laboral. Ese encuentro violento pone de manifiesto dos cuestiones: i) los factores psicosociales, cuando no se acomodan entre sí, generan conflictos; y ii) los riesgos psicosociales se materializan en efectos perjudiciales sobre la salud o el bienestar de la persona trabajadora, con causa en aquellos conflictos no resueltos satisfactoriamente y que acaban dando lugar a adversidades incluso peligrosas. Así, son frecuentes las voces que sugieren un estudio de los mencionados factores desde una perspectiva biopsicosocial aglutinadora de los distintos niveles de salud, también el social (Confederación de Empresarios de Málaga, 2013). Y también las hay que apuntan al carácter multicausal de los riesgos predichos anudando estos a una configuración inadecuada de los factores psicosociales (Aguilar Soria, 2014).

Resultando que los riesgos psicosociales no son fácilmente medibles o registrables, el principio de prevención en el origen favorece la evaluación de tales riesgos por medio de métodos cuantitativos y cualitativos, y puesto que toman en consideración las características de la organización del trabajo, esos métodos centran su atención en las dificultades surgidas de la falta de acompasamiento entre dos o más factores psicosociales. Las encuestas, las entrevistas y los grupos de discusión figuran entre las técnicas más utilizadas para investigar acerca de los factores y los riesgos psicosociales, y su incidencia en la salud laboral. Para una mejor aproximación al objeto de análisis, es frecuente la utilización de ambos métodos. No cabe duda de que con estos procedimientos se quiere averiguar información útil sobre capacidades, limitaciones, expectativas, ambigüedades, roles, estructuras, relaciones y otros parámetros, para identificar adecuadamente el origen de cada problema laboral y proponer la solución más conveniente para cada uno. Ningún método es infalible y aspectos tales como la variabilidad en las metodologías, la falta de buenos estándares y la diversidad de planificaciones preventivas pueden restar efectividad a este tipo de herramientas de estudio psicosocial (Gargallo Bernad, 2017).

El de los factores y riesgos psicosociales es un tema que precisa constantes revisiones por los cambios permanentes de las situaciones laborales³⁵ y que abarca un ámbito donde

³⁵ En fecha 30 de junio de 2015, la directora gerente del Instituto de Salud Pública y Laboral de Navarra (INSL) firmó Nota informativa sobre el método «Factores psicosociales. Identificaciones de situaciones de riesgo», elaborado por el propio ente instrumental de la Administración foral. En ese documento, después de reconocerse que «dicho método resultó muy adecuado a las condiciones de trabajo del momento en que se desarrolló», se razona que «sin embargo, no evalúa factores de riesgo psicosociales presentes en las condiciones psicosociales de las empresas y organizaciones hoy en día». El referido

la realización de estudios comparativos entre metodologías resulta crucial para trabajar intervenciones multifacéticas de prevención y tratamiento con mayor rigor esperando obtener mejores resultados. Dicho esto y a propósito del suicidio laboral, que es un riesgo en su ideación en tanto que resultado con calificación de accidente laboral en cuanto a su consumación según las circunstancias concurrentes, ponemos de manifiesto su falta de previsión expresa como riesgo psicosocial en herramientas que sí abordan explícitamente las enfermedades cardiovasculares, las lesiones musculoesqueléticas o los trastornos depresivos como consecuencias perjudiciales de una organización empresarial mejorable. Esta invisibilidad de la conducta autolítica debe superarse como está sucediendo muy lentamente en los ámbitos estadístico, informativo y judicial según hemos indicado en otro lugar de esta investigación. Según Moreno Jiménez (2011), los riesgos psicosociales han sensibilizado a la población por sus efectos considerables, refiriéndose manifiestamente al suicidio. En opinión de Mansilla Izquierdo (2012), el suicidio es más contagioso en los lugares de trabajo que en otros ambientes. Tomando en consideración estas reflexiones, además de nuestros argumentos, concluimos que mientras la situación de invisibilidad del suicidio perdure en las técnicas que se utilizan para abordar los factores y los riesgos psicosociales desde los enfoques de la prevención y la corrección, apenas se avanzará recorrido en el tratamiento adecuado de la autolisis laboral.

A continuación ofrecemos un recorrido por metodologías configuradas para evaluación de riesgos psicosociales en el puesto de trabajo y análisis de resultados, habiendo seleccionado herramientas variadas –teóricas y prácticas– por fijarnos en diferentes sectores de aplicación, características de los factores de riesgo, cometidos laborales expuestos a afectación y niveles de riesgo, y queriendo enfatizar en lo mucho que queda por hacer aquí en relación con el suicidio.

En una pyme del sector del metal que daba empleo a 15 personas trabajadoras y que arrastraba problemas como la desmotivación durante la jornada laboral, se fijaron García Vilchez y Moro Cos (2015) para aplicar dos métodos de evaluación de riesgos psicosociales diferentes. Uno es el istas21 (CoPsoQ), basado en cuestionarios que, dirigidos a pequeños grupos de personas trabajadoras homogéneos, preguntan por múltiples facetas de análisis psicosocial como el ritmo de trabajo, la organización empresarial o la confianza. Otro es el F-PSICO, que también se materializa en sondeos –esta vez individualizados– para indagar en factores tales como condiciones de trabajo con causa en las interacciones fundadas entre personas del entorno laboral, estadios de implicación y colaboración que la persona trabajadora mantiene con los aspectos de su trabajo, o la respuesta ofrecida por la empresa frente a una preocupación personal de la persona empleada manifestada por esta. De todas las conclusiones establecidas a partir de las evaluaciones llevadas a cabo por los autores arriba identificados nos detenemos en una: «Los ítems pertenecientes a tareas irrealizables

método fue retirado y descatalogado a los efectos oportunos habiéndose iniciado previamente un proyecto de puesta al día de la misma herramienta a la presente realidad sociolaboral. <http://prevencionar.com/2015/09/08/navarra-recomienda-no-utilizar-su-metodo-de-evaluacion-psicosocial/>.

e instrucciones contradictorias pueden reflejar la existencia del origen de algún problema y deberá ser estudiado». He aquí la identificación de un factor psicosocial con incidencia potencial relevante en la salud de la persona trabajadora. Abundando en el caso práctico que nos ocupa en este párrafo, la investigación apunta que «ha sido necesaria una entrevista con alguno de los trabajadores para poder fijar las vías de actuación». Sin embargo, ni se define el contenido de la entrevista ni se concretan las acciones a ejecutar, con lo que no sabemos cómo se afronta el problema ni qué características reviste este. Se propone un plan de acción basado en la mejora y la corrección, y de ello deducimos que la prevención es un aspecto no trabajado de manera directa. Y plausiblemente se propone que, en relación con factores sociales de dudosa puntuación, se busque el método evaluativo considerado como más ajustado para su aplicación. Por lo demás, destacándose en el caso práctico de referencia la pregunta «¿Hablas con entusiasmo de tu empresa a otras personas?», que entendemos trascendente desde el punto de vista persona trabajadora-medio exterior, echamos en falta el destacado de alguna pregunta de introspección profunda con la que afloren (si los hay) ideas o comportamientos suicidas.

La industria papelera española trabaja la evaluación de los riesgos psicosociales mediante cuestionarios, siendo reseñable su esfuerzo en campañas de sensibilización a través de dípticos informativos, charlas breves, tabloneros de anuncios y otras herramientas de comunicación (ASPAPPEL, 2014).

Para su aplicación en el sector recomiendan la metodología Mini Psychosocial Factors (MPF) y el método «Factores psicosociales. Identificación de situaciones de riesgo» del INSL, ya citado.

El primer instrumento presenta 15 ítems, destacando nosotros aquí los que se identifican como «carga laboral», «relaciones humanas y laborales» y «percepción del estado de salud». Una pregunta del tenor «¿Su estado de salud es satisfactorio?» y la escala de respuestas que van desde «nada/muy poco» hasta «mucho», nos merecen una opinión crítica, porque la superficialidad de la pregunta y la liviandad de las respuestas pueden desmotivar una mayor participación/implicación de la persona trabajadora en la evaluación de factores y riesgos psicosociales, al querer manifestar más y, sin embargo, no hacerlo por la forma en la que se le pregunta y las opciones de respuesta que se le ofrecen. Y así ese tipo de preguntas y respuestas pueden soslayar involuntariamente realidades adversas presentes en el ámbito laboral, cuando no incursionan en hechos, condiciones o circunstancias por los que no se pregunta de manera exhaustiva. Respecto al segundo método, el elaborado por el INSL, la recomendación de su uso debe entenderse en suspenso al haberse producido la retirada, con carácter oficial, del mismo³⁶.

³⁶ En fecha 5 de marzo de 2020, cuando se consultó la web del INSL, sección de «Prevención de riesgos laborales > Disciplinas preventivas > Psicología laboral > Identificación y evaluación de factores psicosociales», ahí se encontraba la nota informativa sobre descatalogación del método «Factores

La *Guía de evaluación de riesgos psicosociales en la industria papelera* a la que nos estamos refiriendo se detiene en la evaluación de riesgos psicosociales de nivel avanzado, poniendo de relieve las técnicas cualitativas que permiten profundizar en los motivos reales de los resultados. Consideramos positivo que la guía renuncie a las soluciones estándar y asocie las medidas preventivas derivadas de la evaluación de riesgos psicosociales a acciones concretas orientadas a comportamientos, dando soporte esto último –aunque no se diga explícitamente– al diseño y manejo de herramientas que alerten acerca de ideaciones y actos autolíticos que con ellas puedan desbaratarse. Pero conviene que instrumentos como esta guía propongan e implementen con mayor concreción. Y, para terminar, subrayamos que la citada guía sugiere un grupo de trabajo interdisciplinar para ocuparse eficazmente de la prevención de riesgos psicosociales. En nuestra opinión, ese grupo obtendrá mejores resultados si incorpora actores externos a la empresa (Inspección de Trabajo u otros, previa capacidad vinculante en este tema) que impidan la continuidad de anomalías laborales con repercusión en forma de patologías.

Otro sector que se sabe muy expuesto a la incidencia de los riesgos psicosociales es el financiero. La presión que atenaza a bancos, fondos de inversión, cajas, etc., por el cambio de modelo de negocio, pero también por la mala praxis en la comercialización masiva de productos complejos, se traduce en factores de riesgo psicosocial crecientes y muy preocupantes.

En 2014, la Audiencia Nacional (AN) daba a conocer una interesante resolución sobre conflicto colectivo suscitado por no realizar correctamente la entidad financiera demandada una identificación de riesgos laborales de origen psicosocial, interesando la parte demandante una evaluación de los riesgos latentes con un procedimiento que proporcionara confianza sobre su resultado y la planificación/aplicación de medidas preventivas³⁷. Es un hecho probado que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social emitió informe concluyendo que «el procedimiento denominado por la empresa «identificación o análisis inicial de riesgos para la evaluación psicosocial básica» no es adecuado para la pretensión de la misma de no realizar una evaluación de riesgos psicosociales». Y el tribunal estima íntegramente la demanda al entender vulnerados por la empresa los derechos de participación, puesta en práctica y evaluación de los planes y programas de prevención de riesgos psicosociales conferidos por la LPRL, instando a que se lleve a cabo lo solicitado por la demandante contando con la participación y consulta del Comité Único de Seguridad y Salud Laboral constituido en el seno de la empresa demandada.

psicosociales. Identificación de situaciones de riesgo». Encontrando enlaces a las herramientas Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT) F-PSICO e ISTAS CoPsoQ istas 21, indicamos que a fecha de la consulta realizada no estaba disponible todavía el trabajo de puesta al día del método del INSL.

³⁷ Sentencia 91/2014, de 14 de mayo (núm. proc. 32/2014), confirmada por la STS de 16 de febrero de 2016 (rec. 250/2014).

Entre los puntos débiles del instrumento evaluador desechado por la AN destacaba su sesgo: se trataba de un cuestionario que, tomando como referencia el método F-PSICO del INSHT, quedaba reducido a 41 preguntas de las originales contenidas en la versión 2.0 de la herramienta del organismo público, siguiendo la mercantil una metodología propia para su planteamiento. Ninguna de las cuestiones abordaba abiertamente posibles conductas autolíticas derivadas de factores precipitantes de riesgo psicosocial en el ámbito de trabajo. Del método utilizado hoy día no tenemos constancia³⁸.

El sector público tampoco es ajeno al impacto de riesgos psicosociales causados por factores precipitantes asociados al trabajo. Por ejemplo, la carga de trabajo es el principal factor de riesgo psicosocial –vinculado a los conceptos de estrés o fatiga– de los miembros de la carrera judicial, según los resultados del primer informe de evaluación de riesgos psicosociales de la carrera judicial, encargado por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y publicado a mediados de 2018³⁹.

Por las características de las actividades laborales, profesionales policiales, sanitarios y docentes son de los que más pueden ver comprometido su bienestar mental con ocasión de la incidencia de riesgos psicosociales. Por lo que hace al desempeño policial, son numerosas y heterogéneas las situaciones que pueden originar niveles de activación fisiológica y emocional muy intensos (atracos, incendios, accidentes de tráfico, suicidios...) (García Castro, 2015) con impacto negativo en la estabilidad y equilibrio mental de los/las agentes que en algunos casos pueden ver perturbada y modificada su personalidad, sus hábitos sociales y sus relaciones con el entorno (UGT, 2010). En los últimos 20 años se han registrado 170 casos de suicidios en la Policía Nacional, y la tasa de suicidios consumados en la Guardia Civil alcanza los 16 casos por 100.000 habitantes⁴⁰. Ante la desidia y el desinterés de la Administración en el área de Prevención de Riesgos Laborales, que ha denunciado recientemente y en estos términos el Sindicato Unificado de Policía, se ha puesto en marcha una campaña de prevención con la que se busca, por ejemplo, impulsar la especialidad de medicina en el trabajo y un protocolo contra el suicidio más transversal⁴¹. En este sentido hay voces que defienden el abordaje de la conducta suicida a nivel multidisciplinar, con la participación de profesionales de la psiquiatría, psicología, medicina y religión (Barrios Flores y Rizo Gómez, 2013).

³⁸ La Memoria de actividades preventivas de Caixabank, SA, correspondiente al año 2018, informa de la elaboración de una matriz de medidas preventivas a implantar a partir de información cualitativa obtenida con el cuestionario F-PSICO 3.1. Por otra parte, el citado documento precisa que la entidad considera «persona especialmente sensible» a las personas que poseen limitaciones o patologías que afectan a la actividad laboral haciendo referencia expresa a una instrucción interna con código IPRL06.

³⁹ Según el citado informe, la carga de trabajo como factor de riesgo está más presente en las mujeres, en los jueces y las juezas con menor antigüedad y en los juzgados unipersonales. Comunicación del Poder Judicial hecha pública el 25 de junio de 2018 en su web <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/>.

⁴⁰ *La Vanguardia*, 28 de enero de 2020. Sección Vida.

⁴¹ *El Español*, 18 de febrero de 2020. Sección Interior.

Respecto al ámbito sanitario, según un reciente estudio de la Organización Médica Colegial de España (2018), los profesionales médicos se suicidan más que el resto de la población identificándose el estrés causado por la falta de personal como posible motivo de la alta incidencia. A propósito de esto último, De la Cuesta Bonilla (2017) apunta que los riesgos psicosociales han aumentado en el sector sanitario por los recortes ejecutados al abrigo de las medidas de austeridad presupuestaria iniciadas en 2010 (el autor cifra la caída de la inversión sanitaria en un 18,21 %) y razona que la frustración, la depresión y la ansiedad pueden ser consecuencias desencadenadas por la saturación de los servicios de salud y las demoras en la realización de pruebas diagnósticas.

De la revisión del material encontrado sobre riesgo de suicidio entre profesionales de servicios sanitarios nos ha sorprendido la falta de instrumentos específicos para prevenir ideaciones y deliberaciones autolíticas asumidas por trabajadores/as del ámbito de la salud dispuestos a terminar con su vida. A pesar de las muertes producidas por esta causa con conexión a la actividad sanitaria desempeñada, aun mediando denuncias y aunque alguna voz autorizada haya instado a un abordaje especial de esta realidad desoladora llamando a la participación activa de las instituciones dedicadas al estudio del suicidio, podemos concluir que este es un problema sin atención en centros de trabajo como hospitales y ambulatorios donde, paradójicamente, sí existen protocolos de atención a pacientes con riesgo de suicidio (Wang *et al.*, 2017)^{42,43,44}. Queda, pues, por hacer todo un programa de atención integral dirigido al sanitario/a enfermo.

En el ámbito de la docencia también son frecuentes las conductas suicidas⁴⁵. Al profesorado se lo considera un eslabón fundamental en la cadena preventiva del suicidio entre adolescentes. Los principales factores estresores están relacionados con la sobrecarga de trabajo, el comportamiento del alumnado y la presión (e incluso agresión) ejercida por padres/madres de los estudiantes. Las secuelas de estos factores de riesgo psicosocial son variadas y la intención de acabar con la vida propia es una de ellas como se infiere de la carta de suicidio escrita por la directora de una guardería de un barrio localizado a las afueras de París. En opinión de Zufri Quesada (2015), los factores psicosociales en el ámbito educativo inciden en el profesorado y, también, en el alumnado, y es por esto por lo que insta a la Administración educativa a que reaccione «para asegurar una docencia que cumpla con la necesidad social de potenciar un desarrollo psicosocial adecuado para convivir en igualdad de oportunidades en esta sociedad del conocimiento». El nivel de satisfacción

⁴² *El Confidencial*, 9 de febrero de 2017 («Cuando el médico necesita ayuda: la salud mental de los facultativos preocupa a Europa»).

⁴³ En el verano de 2019, la Inspección de Trabajo requirió al Servicio Gallego de Salud (SERGAS) que evaluara riesgos psicosociales de médicos/as del área sanitaria de Vigo. *Europa Press*, 21 de agosto de 2019.

⁴⁴ Protocolo de atención a pacientes con riesgo de suicidio en el Hospital General de Mérida: interconsulta y psiquiatría. Subdirección de Salud Mental y RR. SS. Servicio Extremeño de Salud.

⁴⁵ Entre 2015 y 2016, un instituto de educación secundaria de la localidad de Torrent (Valencia) se vio golpeado por el suicidio de 2 profesores (*Levante-EMV*, 11 de octubre de 2016). En 2019, en apenas 2 meses, 11 profesores se habían suicidado en Francia (*Ara.Cat*, 11 de noviembre de 2019).

con la gestión organizativa informa de la necesidad de mejoras. Como estas no se materializan bien, la salud de la persona trabajadora se resiente y, sin prevención, se agrava.

10. Enfoque psicosocial del suicidio en el ámbito laboral: prevención y manejo del riesgo

Hablar de un enfoque psicosocial del suicidio en el ámbito laboral que resulte beneficioso para el fin preestablecido (asegurar un estado de salud equilibrado en la persona trabajadora) precisa, en primer lugar, una forma de entender la conducta autolítica muy distinta a la percepción común hoy día. Nuestro contexto sociocultural se resiste a abordar abiertamente y sin prejuicios los pensamientos y comportamientos suicidas experimentados por individuos. Esto permite afirmar que no se está prestando suficiente atención a la conducta suicida en las situaciones de trabajo. La crudeza de las cifras de personas que han llevado a cabo suicidio por motivos laborales alcanzando su propósito o que, al menos, lo han intentado revelan una situación de emergencia ya impostergable. Se vienen identificando riesgos psicosociales emergentes en el trabajo como «violaciones importantes de las expectativas laborales básicas» (Moreno Jiménez y Báez León, 2010) con causa en factores de vulnerabilidad con influencia negativa en las personas trabajadoras expuestas a ellos. Se alude al suicidio o la conducta parasuicida como trastornos derivados de aquellas transgresiones y, sin embargo, no son considerados como riesgos primarios al mismo nivel del *mobbing* o el síndrome de *burnout*. Y conviene resaltar que ni todos los casos de *mobbing* o *burnout* llevan a conductas suicidas, pues bastantes toman derroteros tales como el abuso de psicofármacos, alcohol o drogas sin precipitar la pérdida deliberada del sentido de vivir; ni todas las conductas suicidas por motivos laborales encuentran su explicación en supuestos de *mobbing*, *burnout* u otros riesgos definidos por su especial violencia, ya que si bien estos pueden tener capacidad de provocar trastorno anímico, no bastan por sí mismos para la representación o ejecución de la idea de autoeliminación personal necesitando de un componente de vulnerabilidad endógeno.

Tenemos el convencimiento de que el suicidio tiene una entidad propia en cuanto riesgo psicosocial en el trabajo y como tal debe ser objeto de estrategias de prevención e intervención. Estas no han de limitarse a modelos y algoritmos predictivos de la mortalidad por razón de suicidio; tampoco quedar acotadas a intervenciones en el plano sanitario por resultar esto insuficiente. Tales estrategias, que estarán orientadas a estimular y reforzar la resiliencia de las personas trabajadoras, comportarán utilidad práctica desde el punto de vista de bienestar social y mental: i) vigilando el clima de salud y seguridad laboral; ii) promoviendo la eliminación de factores de riesgo desfavorables; iii) tratando la incidencia negativa de estos y iv) trabajando actuaciones psicosociales y ambientales que suavicen el impacto de factores estresores no eliminables⁴⁶.

⁴⁶ Sobre el ítem iv), véase Bertolote *et al.* (2004).

La seguridad y la salud en el trabajo se dan por hecho muchas veces, todavía más cuando se invierte periódicamente en estas materias. Sin embargo, este planteamiento es erróneo, pues no son ítems que, por inercia, se mantengan en niveles de idoneidad aceptables. Ha de estar vigilante siempre y, por ello, la observación es sumamente importante para formarse las primeras impresiones acerca de cuál es el clima de salud y seguridad laboral en una empresa. En cuanto al suicidio, hay signos y síntomas que pueden implicar un riesgo autolítico: actos impulsivos o temerarios, rabia o ira, frustración, aislamiento, además de otros. Respecto a cualquiera de ellos no vale mirar hacia otro lado, vale reaccionar a tiempo y adecuadamente. Si no se hace esto último, el coste de oportunidad llevará aparejado una enorme incidencia.

Para hacer frente al suicidio como riesgo psicosocial en el ámbito de trabajo, es conveniente que la empresa asuma una estrategia de conciencia, prevención, detección e intervención basada en una metodología bien definida y participada por diferentes actores. Junto a un seguimiento bidireccional (dirección-personas trabajadoras y viceversa) y semanal del estado de salud del ambiente laboral, testando su calidad y otros parámetros para su aceptación o discusión, conviene que la empresa potencie factores de protección que incrementen el bienestar personal-laboral. No solo se trata de promover el trabajo en equipo a propósito de la actividad desempeñada. Es cuestión también de hacer equipo, para mejorar las relaciones interpersonales y la sensibilización hacia posibles realidades complicadas, recibiendo charlas sobre conductas suicidas, pero también preparándolas con acceso a recursos heterogéneos (búsqueda en internet, consultas a entidades) para impartirlas al resto de compañeros y compañeras de la empresa, siempre con apoyo de especialistas en la materia. Investigar y comunicar sobre el suicidio, con el asesoramiento y la supervisión de personas expertas, puede contribuir a disuadir cualquier ideación suicida en proyecto. En la misma línea, consideramos positivo el efecto de la colocación de carteles y la puesta a disposición de folletos, en el centro de trabajo, que promuevan ambientes saludables y enfatizan lo sustancial de la buena autoestima y la estabilidad emocional de la persona trabajadora para dar lo mejor de sí misma y recibir fortaleza suficiente con la que afrontar con éxito vulnerabilidades propias y ajenas. La educación en valores es un aspecto que no debe descuidarse y la empresa, como forma de organización, debe identificar y estimular vehículos que ayuden a su arraigo y cumplimiento: por ejemplo, realización de campañas periódicas con el objetivo de crear conciencia sobre los riesgos psicosociales en el lugar de trabajo, compartiéndolas con otras empresas, poderes públicos y otras entidades a los efectos oportunos de su prevención o eliminación.

Sin perjuicio de lo anterior, la empresa debe contar con mecanismos de detección y acción para enfrentar ideas y comportamientos suicidas no desalentados con las herramientas de prevención.

La disposición de un buzón físico en el lugar de trabajo donde depositar mensajes suicidas (es un error dar por hecho que quien tiene intención de quitarse la vida no deja entrever su deliberación) o sospechas que se tienen en relación con un posible plan suicida

pretendido por un compañero o compañera de trabajo es acertada por alertar de la existencia de un serio problema de salud laboral. También los cuestionarios y dinámicas de grupo pueden propiciar la manifestación de pensamientos suicidas. Pero lo conseguirán cuando, sin ser invasivos, estén dispuestos a abordar la posibilidad de las tentativas autolíticas abandonando así cualquier forma de escapismo por considerar el suicidio un tema tabú. Así, mejor los métodos cualitativos que los cuantitativos por permitir respuestas abiertas que proporcionarán más información y posibilitarán actuaciones más eficaces. Así, una posible pregunta útil y adecuada es: «¿Consideras que el suicidio es la solución para superar los efectos de un ambiente laboral desfavorable? Justifica tu respuesta».

La protección frente a la ideación suicida no es tarea que corresponda abordar exclusivamente a la empresa. Al igual que hemos apuntado en relación con la prevención, opinamos que el manejo de una conducta suicida interiorizada necesita la implicación de varios actores. El proceso de intervención no puede consistir sin más en la baja médica de quien aspira a la muerte autoprovocada y su tratamiento hospitalario. No nos convence tal planificación por impedir una evaluación *in situ* del problema de salud detectado. Coincidimos con Pacheco Tabuenca (2016) en las ventajas de explorar un modelo de intervención extrahospitalario que dé respuesta a crisis psicológicas allí donde hayan sucedido. Si los hechos o las indagaciones practicadas informan de la conexión entre intención de suicidarse y factores de riesgo psicosocial en el trabajo, y la estabilidad emocional del individuo vulnerable presenta un grado de afectación leve por ser aquella intención vaga, imprecisa o inicial, consideramos que la realización de parte del tratamiento para afrontar la ideación suicida en el mismo ámbito de trabajo sometiendo ahí el sujeto en cuestión puede reportar conocimientos provechosos. En efecto, estos ayudarán en la resolución del problema de salud laboral identificado y en la adaptación del individuo. La participación de la empresa, de la mutua, del servicio de salud, de personal investigador vinculado a la universidad u otras entidades, en fin, de múltiples actores permitirá cruzar datos y resultados de la evaluación interna llevada a cabo con otra externa ejecutada simultáneamente, redundando todo esto en la salvación de vidas y la consecución de ambientes laborales equilibrados. A lo que sumamos la relevancia de tener una herramienta estatal de lucha contra el suicidio (Dumon y Portzky, 2014).

11. Conclusiones

El suicidio, que es un problema de salud mental complejo y multifactorial, está manifestándose en el ámbito laboral cada vez con más frecuencia. No ocurre que la conducta autolítica se intente o se lleve hasta sus últimas consecuencias por razones exclusivamente biológicas o psicopatológicas en el centro de trabajo o mientras se desempeña la actividad profesional buscando mayor repercusión. Sucede que la vulnerabilidad del individuo encuentra explicación también en patrones o circunstancias disfuncionales que identificamos como factores de riesgo psicosocial en el trabajo. Cuando uno o varios de estos

factores constituyen elementos estresores de cierta intensidad y periodicidad, impactando desfavorablemente en el equilibrio, el bienestar y la autoestima de la persona trabajadora afectada por ellos, pueden precipitar la autolisis, mereciendo ser calificado como auténtico riesgo psicosocial cualquier pensamiento, plan o acto empujado por la voluntad deliberada de poner fin a la propia vida.

La muerte autoprovocada resulta incómoda desde muchas perspectivas y, por esta razón, el suicidio sigue siendo, en gran medida, un tema tabú. Gracias a las labores estadística, periodística y judicial conocemos mucho más acerca de las ideaciones y conductas suicidas en comparación a lo sabido hace apenas unos años. Esto significa que los datos se abren paso en medio de la invisibilidad. Son antecedentes, informaciones y hechos probados, dolorosos todos ellos, que se refieren a tentativas y actos consumados con muchos y diferentes matices. Si se trata de un suicidio que aparentemente guarda relación con la actividad laboral, debe abundarse en el análisis de las pruebas concurrentes para aceptar o no su calificación como accidente de trabajo. No hay automatismo en la conclusión de la conexión entre el acto volitivo y la situación laboral, aun siendo esta desfavorable. Pero la jurisprudencia que sí acoge tal relación no es residual, sino todo lo contrario, deduciéndose de ello que la mayor presunción de laboralidad debe acompañarse de mejor evaluación y corrección de los factores de riesgo psicosocial.

La relación entre suicidio y trabajo debe ser objeto de mayor y mejor investigación, reflexión y acción. Los recursos humanos, como ciencia y área de empresa, deben estar muy atentos a la autolisis laboral, fenómeno en alza. Huyendo de su estigmatización, conviene la adopción de un enfoque psicosocial del suicidio en el ámbito laboral que esté apoyado en estrategias de prevención e intervención. Unas y otras pueden resultar muy útiles si son el resultado de un trabajo cooperativo efectuado entre distintos actores (empresa, mutua, servicio de salud, universidad, Administración pública, etc.). Prevenir y tratar el suicidio abordándolo directamente en el lugar de trabajo es primordial para mejorar la seguridad y la salud en el trabajo, logrando ambientes y condiciones más saludables, y evitando muertes y lesiones intencionadas.

Referencias bibliográficas

- Aguilar Soria, José Antonio. (2014). *Evaluación de riesgos psicosociales*. (Trabajo fin de grado). Universidad de Jaén. <http://tauja.ujaen.es/bitstream/10953.1/464/1/TFG-Aguilar%20Soria%2C%20Jos%C3%A9%20Antonio.pdf>.
- Aísa Garcés, Inés. (2014). *La calificación del suicidio como accidente de trabajo en el régimen general de la Seguridad Social*. (Trabajo fin de grado). Universidad de Zaragoza. <https://zaguan.unizar.es/record/14957/files/TAZ-TFG-2014-856.pdf>.
- Albuixech García, María del Rocío. (2017). *Perfil, detección y seguimiento de la conducta suicida mediante el diagnóstico Nanda «00150 Riesgo de Suicidio»*. (Tesis doctoral). Universidad de Alicante. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/72730/1/tesis_mariadelrocio_albuixech_garcia.pdf.
- Amezaga Etxebarria, Asier y Orgaz Alonso, Christian. (2013). *100 años de suicidio en España: abriendo la caja negra de la construcción de dato estadístico*. Universidad Complutense de Madrid.
- ASPAPEL. (2014). *Guía de evaluación de riesgos psicosociales en la industria papelera*. http://www.aspapel.es/sites/default/files/publicaciones/doc_329.pdf.
- Barrios Flores, Luis Fernando y Rizo Gómez, Ramón. (2013). Salud mental en la Ertzaintza. *Norte de Salud Mental*, XI(45), 40-54.
- Bertolote, José Manoel; Fleischmann, Alexandra; De Leo, Diego y Wasserman, Danuta. (2004). Psychiatric diagnoses and suicide: Revisiting the evidence. *Crisis*, 25(4), 147-155.
- Castillo Laguna, José Jaime. (2015). *El suicidio en el ámbito de la comunicación*. (Trabajo fin de grado). Facultad de Comunicación, Universidad de Sevilla. <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/54547/TFG%20suicidio%20%2822-5-2015%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- CEF. (2019). TSJ. Quitarse la vida tras discutir con un cliente es accidente de trabajo. *CEF Laboral-Social*, Selección de Jurisprudencia (del 1 al 15 de octubre de 2019), 5-6. <https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/seleccion-jurisprudencia-1-15-octubre-2019-.pdf>.
- Comisión Europea. (2016). *La salud y la seguridad en el trabajo nos conciernen a todos. Guía práctica para empresarios*. https://enuveprod-universitatpolit.netdna-ssl.com/php_prevenicionintegral/sites/default/files/noticia/40191/field_adjuntos/laseguridadysaludeneltrabajonosconciernenatos-guiapracticaparalosempresarios.pdf.
- Confederación de Empresarios de Málaga. (2013). *Guía de prevención de riesgos psicosociales en el trabajo*. https://www.cem-malaga.es/portalcem/novedades/2013/CEM_guia_riesgos_psicosociales_interactivo.pdf.
- Cuesta Bonilla, Antonio de la. (2017). *Riesgos psicosociales en personal sanitario: revisión teórica de la metodología e instrumentos de evaluación*. (Trabajo fin de grado). Universidad de Almería. http://repositorio.ual.es:8080/bitstream/handle/10835/6641/14378_TFG%206%20-%201.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Dejours, Christophe; Deranty, Jean-Philippe; Renault, Emmanuel y Smith, Nicholas H. (2018). *The return of work in critical theory: Self, society and politics*. Columbia University Press.
- Dumon, Eva y Portzky, Gwendolyn. (2014). *Directrices para la prevención y tratamiento de la conducta de suicidio para el medio laboral*. Proyecto Euregenas, Universidad

- de Gante. <https://consaludmental.org/publicaciones/Directricesprevencionsuicidio.pdf>.
- Durkheim, Émile. (1897). *Le suicide*. Traducción: Sandra Chaparro Martínez. Editor digital: Titivillus. Aporte original: Spleen ePub base r1.2. <https://circulosemiotico.files.wordpress.com/2018/08/durkheim-c3a9mile-el-suicidio.pdf>.
- Echávarri Gorricho, Alfonso. (2010). Concepto y clasificación de la conducta suicida. Tema 1, 1-14. <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:JRempOnFP5MJ:ftp://ftp.formainap.navarra.es/2014/2014-3E604-9971-SUICIDIO/TEMA%25201.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es>.
- Escudero García, María José. (2019). *Reconocimiento legal del suicidio como accidente laboral: implicaciones psicosociales*. (Trabajo fin de máster). Universidad Miguel Hernández. <http://dspace.umh.es/bitstream/11000/5608/1/ESCUADERO%20GARCIA%20C%20MARIA%20JOSE%20TFM.pdf>.
- Friedman, Richard C. y Corn, Ruth. (1987). Suicide and the borderline depressed adolescent and young adult. *Journal of the American Academy of Psychoanalysis*, 15(4), 429-448.
- García Castro, Tomás. (2015). El estrés policial. *Seguridad y Salud en el Trabajo*, 84, 15-26.
- García Vilchez, Emilio José y Moro Cos, Roberto. (2015). Análisis de riesgos psicosociales: estudio de los factores mediante la aplicación de dos métodos en una pyme. *Técnica Industrial*, 312, 36-41.
- Gargallo Bernad, Alicia. (2017). *Revisión sistemática sobre la efectividad de las estrategias y programas de prevención de la conducta suicida a nivel nacional e internacional*. (Trabajo fin de máster). Universidad de Zaragoza. <https://zaguan.unizar.es/record/70068/files/TAZ-TFM-2017-1401.pdf>.
- González Zapico, Nel Anxelu. (2019). Suicidio, la pandemia silenciosa. *Cermi.es semanal, el periódico de la discapacidad*, 367. <http://semanal.cermi.es/noticia/articulo-opinion-suicidio-pandemia-silenciosa-salud-mental-espana-nel-gonzalez-zapico.aspx>.
- González Álvarez, Emma. (28 de julio de 2019). Suicidio y accidente laboral. *Diario de Ferrol*.
- Gorriti Bontigui, Mikel. (2018). Innovar en selección desde la evidencia empírica y las nuevas competencias. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. extra 2, 66-85.
- Guo, Lei; Hsu, Shih-Hsien; Holton, Avery y Jeong, Sun Ho. (2012). A case study of the Foxconn suicides: An international perspective to framing the sweatshop issue. *International Communication Gazette*, 74(5), 484-503.
- Jaspers, Karl. (1965). *Psicopatología general*. El Pensamiento Científico. Obra estudiada y citada en López García, María Beatriz; Hinojal Fonseca, Rafael y Bobes García, Julio. (1993). El suicidio: aspectos conceptuales, doctrinales, epidemiológicos y jurídicos. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3, 309-411.
- Kaufman, John A.; Salas-Hernández, Leslie K.; Komro, Kelli A. y Livingston, Melvin D. (2020). Effects of increased minimum wages by unemployment rate on suicide in the USA. *Journal of Epidemiology & Community Health*, 74(3), 219-224.
- Levín, Santiago A. (2014). Suicidio, palabra maldita (muerte, palabra prohibida). *VERTEX. Revista Argentina de Psiquiatría*, XXV(115), 225-230.
- Mansilla Izquierdo, Fernando. (2012). La conducta suicida como riesgo psicosocial en el trabajo. *Prevention World Magazine*, 44, 24-29.

- Martínez Plaza, César Alfredo. (2010). El estrés laboral como factor de riesgo de suicidio (I). *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, 74, 12-21.
- Miralles Alted, Lázaro. (2019). Salir de la miseria. La cotidianidad del suicidio en Granada durante el franquismo. En Mónica Moreno Seco (Coord.ª); Rafael Fernández Sirvent y Rosa Ana Gutiérrez Lloret (Eds.), *Del siglo XIX al XXI. Tendencias y debates: XIV Congreso de la Asociación de Historia Contemporánea* (pp. 1.932-1.946). Universidad de Alicante 20-22 de septiembre de 2018. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.
- Molinero Ruiz, Carme e Ysàs Solanes, Pere. (1998). *Productores disciplinados y minorías subversivas: clase obrera y conflictividad laboral en la España franquista*. Siglo XXI.
- Moreno Jiménez, Bernardo. (2011). Factores y riesgos laborales psicosociales: conceptualización, historia y cambios actuales. *Medicina y Seguridad del Trabajo*, vol. 57, suplemento 1, 4-19.
- Moreno Jiménez, Bernardo y Báez León, Carmen. (2010). *Factores y riesgos psicosociales, formas, consecuencias, medidas y buenas prácticas*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, Instituto de Seguridad e Higiene en el Trabajo y Universidad Autónoma de Madrid. <https://www.insst.es/documents/94886/96076/Factores+y+riesgos+psicosociales%2C+formas%2C+consecuencias%2C+medidas+y+buenas+pr%C3%A1cticas/c4cde3ce-a4b6-45e9-9907-cb4d693c19cf>.
- Navarrete Betancort, Elena María; Herrera Rodríguez, Judit y León Pérez, Petra. (2019). Los límites de la prevención del suicidio. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 39(135), 193-214.
- OIT. (2016). *Estrés en el trabajo: un reto colectivo*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safe_work/documents/publication/wcms_466549.pdf.
- OMS. (2006). *Prevención del suicidio. Un instrumento en el trabajo*. Departamento de Salud Mental y Abuso de Sustancias. Manejo de Trastornos Mentales y Cerebrales. https://www.who.int/mental_health/prevention/suicide/resource_work_spanish.pdf.
- OMS. (2014). *Prevención del suicidio: un imperativo global*. Organización Panamericana de la Salud. https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/136083/9789275318508_spa.pdf;jsessionid=ACD6941D8E12E5A806205ADF5C1AB8BE?sequence=1.
- Organización Médica Colegial de España. (2018). Informe de mortalidad en la profesión médica. Periodo 2005-2014. Cuadernos CGCOM. https://www.cgcom.es/noticias/2019/10/19_10_31_mortalidad_medicos.
- Pacheco Tabuenca, Teresa. (2016). *Factores predictores de la conducta suicida y actuaciones preventivas en el ámbito extra-hospitalario*. (Tesis doctoral). Facultad de Psicología, Universidad Complutense de Madrid. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/38876/1/T37667.pdf>.
- Quénard, Olivier. (1981). La crise. En Michel Debout (Ed.), *Psychiatrie d'urgence, médecine de la crise* (pp. 7-15). Masson éditeur.
- Rappard, Philippe. (1991). Suicide et droit. *Bulletin de Psychologie*, XLV(401), 333-341.
- Rodríguez Crespo, Lara. (2017). *El suicidio como accidente de trabajo*. Universitat Oberta de Catalunya. <http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/71265/6/lrodriguezcrTFM0617memoria.pdf>.
- Tiesman, Hope M.; Konda, Srinivas; Hartley, Dan; Chaumont Menéndez, Cammie; Ride-nour, Marilyn y Hendricks, Scott. (2015). Suicide in U. S. workplaces, 2003-2010: A comparison with non-workplace suicides.



American Journal of Preventive Medicine, 48(6), 674-682.

UGT. (2010). *Guía de prevención de riesgos psicosociales en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado*. Observatorio Permanente de Riesgos Psicosociales. http://portal.ugt.org/saludlaboral/publicaciones_new/files_fuerzasycuerpos/publication.pdf.

Wang, Yu; Liu, Lei y Xu, Hongbin. (2017). Alarm bells ring: Suicide among Chinese physicians: A STROBE compliant study. *Medicine*, 96(32), e7790. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5556245/>.

Waters, Sarah. (2017). Workplace suicide and states of denial: The France Télécom

and Foxconn cases compared. *Triple C*, 15(1). <https://www.triple-c.at/index.php/tripleC/article/view/801/967>.

Xunta de Galicia. (2017). Plan de prevención del suicidio en Galicia. Consellería de Sanidade-Servizo Galego de Saúde (SERGAS), C 2204-2017. <https://www.sergas.es/Asistencia-sanitaria/Documents/949/LINEAS%20ESTRAT%C3%89GICAS%20PREVENCI%C3%93N%20DEL%20SUICIDIO.pdf>.

Zufri Quesada, Blanca. (2015). Los factores psicosociales que afectan al profesorado también afectan a su alumnado. *ReiDo-Crea*, 4(39), 308-310.



Normas de publicación

La *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF (RTSS.CEF)* editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 1138-9532 (en versión impresa) e ISSN-e 2531-212X (en versión electrónica), es una publicación dirigida a las personas interesadas en materias conectadas con el área social del Derecho que pretende ser un medio al servicio de la investigación y opinión, ofreciendo aportaciones a temas controvertidos y de interés.

La revista tiene una periodicidad mensual e incluye tanto estudios de naturaleza académica como artículos que analizan las disposiciones normativas y resoluciones judiciales de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Trabajo, Seguridad Social y Recursos Humanos. Asimismo, destina un espacio al análisis de cuestiones de controvertida aplicación práctica.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm, vehículo de divulgación y, a su vez, instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos (redactados en español) deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección revista@cef.es, identificándose el archivo con los apellidos del autor o la autora del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: ED (estudios doctrinales), ARRL (análisis de actualidad de las relaciones laborales), DJ (diálogos con la jurisprudencia), FD (foro de debate), RRHH (estudios doctrinales específicos del área de Recursos Humanos) o CP (caso práctico).

Los trabajos destinados a la sección «Estudios» (incluidos los que con esta consideración se dirijan a la sección «Recursos Humanos») se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos han de estar encabezados por:

- Título en español e inglés.
- Extracto de no más de 20 líneas en español e inglés.
- Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
- Sumario (debe comenzar en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafos secuenciados (dos dígitos: 1.1, 1.2...; tres dígitos: 1.1.1, 1.1.2...). De este requisito se exceptúan los trabajos dirigidos a la sección «Diálogos con la jurisprudencia».

3. La extensión de los artículos (incluidos título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:

- Estudios doctrinales: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
- Análisis de actualidad de las relaciones laborales: máximo 25 páginas.
- Diálogos con la jurisprudencia: mínimo 3 y máximo 7 páginas.
- Foro de debate: máximo 10 páginas.
- Casos prácticos: máximo 25 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo los apellidos del autor o la autora, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».
5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos Normacef (www.normacef.es).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («») y al final de las mismas, entre paréntesis, solo los apellidos del autor o autora, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citaciones.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando la autoría solo por los apellidos, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). *Vid.* ejemplos de citas basados en el *Manual de Publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>.

6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo.

No ocuparán más de 3 páginas.

Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (7.^a ed.). *Vid.* ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de Publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>.

7. Los criterios de edición a seguir por los autores y las autoras se contienen detallados en <http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>.

Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por la editorial, lo que no implicará su aceptación.
- Remisión de originales al Consejo de Redacción. La editorial remitirá el trabajo al Consejo de Redacción de la revista, que lo analizará y decidirá su aceptación, su admisión condicionada a la introducción de cambios o su rechazo. En cualquiera de los casos, la decisión adoptada será comunicada.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos personas evaluadoras externas, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por el Consejo de Redacción. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por el autor o autora a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor, a la autora o a la persona designada como responsable principal en caso de trabajos colectivos la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico.

CEF.-



TELEPRESENCIAL | ONLINE

Cursos de formación a medida para empresas (in company)

Nos adaptamos a las necesidades formativas de la empresa

Escuchamos las necesidades formativas de pequeñas, medianas y grandes empresas para ofrecer una propuesta global a medida, trabajando en estrecha colaboración para que sus planes de formación alcancen la máxima calidad de la mano de los mejores profesionales. Adaptamos para ello los contenidos según sus necesidades específicas, atentos siempre a los horarios y ubicaciones geográficas que demanden.

Gestión de las bonificaciones ante la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (FUNDAE)

La FUNDAE ofrece a las empresas la posibilidad de bonificar estos cursos para que su coste se reduzca considerablemente o, incluso, desaparezca, aprovechando el crédito para la formación de los trabajadores que todas las empresas tienen a lo largo del año.

Nuestros datos desde 1977



+ 3.000

Empresas han confiado la formación de sus empleados al Grupo Educativo CEF.- UDIMA.

+ 4.100

Cursos impartidos relacionados con todas las áreas de la empresa

+ 67.500

Profesionales formados

+ 74.000

Horas de formación impartidas por profesionales en contacto permanente con la empresa

Más información en www.cef.es/empresas



Cursos de Laboral y Recursos Humanos

TELEPRESENCIAL | ONLINE

Curso sobre Gestión de Nóminas y Seguros Sociales (Práctica de Salarios y Cotizaciones) | Curso Avanzado sobre Gestión de Nóminas y Seguros Sociales | Curso Monográfico sobre Práctica en Derecho Procesal-Laboral | Curso Práctico de Derecho Laboral | Curso sobre Diseño de Políticas de Contratación, Cláusulas Contractuales y Política Retributiva | Curso Superior en Seguridad Social y Derecho Laboral | Curso Superior sobre Práctica en Relaciones Laborales | Curso de Perfeccionamiento y Actualización en Recursos Humanos | Curso de Excel para Recursos Humanos | Curso de Fundamentos de Dirección de Recursos Humanos | Curso sobre Retribución y Compensación | Curso sobre Planificación Estratégica de Recursos Humanos | Curso sobre Selección y Desarrollo del Talento