

# Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista mensual núms. 461-462 | Agosto-Septiembre 2021

ISSN: 1138-9532

## El «maná comunitario» y las reformas sociolaborales que lo condicionan

Cristóbal Molina Navarrete

## La impugnación del IV Acuerdo Marco de la Estiba: un problema laboral con solución mercantil

Antonio Ojeda Avilés

## El teletrabajo en Francia: la ley y el diálogo social

Loïc Lerouge

## La gestión de riesgos psicosociales en el trabajo: nuevas aportaciones de los tribunales

Estefanía González Cobaleda

José María Moreno Pérez

Amanda Moreno Solana

Fernando de Vicente Pachés

## La «huella psicosocial» de la COVID-19 en la población trabajadora

Margarita Miñarro Yanini



**CEF.-**

**+30 MÁSTERES**

**+200 CURSOS**

### **ÁREAS**

**Asesoría de Empresas • Contabilidad y Finanzas • Dirección y Administración de Empresas • Jurídica • Laboral • Marketing y Ventas • Prevención, Calidad y Medioambiente • Recursos Humanos • Sanidad • Tributación**

Consulta nuestra oferta formativa completa en **[www.cef.es](http://www.cef.es)**

**PRESENCIAL | TELEPRESENCIAL | ONLINE**

# Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núms. 461-462 | Agosto-Septiembre 2021

## Directora editorial

M.<sup>a</sup> 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 Jaume 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 Jaume 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 Arencibia**. 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 Manrñich**. 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
- Vanesa 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 Jaume 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) (12 números en 11 volúmenes) 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](http://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](mailto:revistacef@cef.es)  
Edición digital: [www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm](http://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](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

## Sumario

### Editorial

- El «maná» de los «euro-millones» y las reformas que condicionan su «lluvia»: ¿qué mercado de trabajo, qué sistema de pensiones? 5-25  
Cristóbal Molina Navarrete

### Estudios

- La impugnación del IV Acuerdo Marco de la Estiba: un problema laboral con solución mercantil 27-52  
*The challenge to the IV Framework Agreement on Stowage: a labor problem with a commercial solution*  
Antonio Ojeda Avilés
- El teletrabajo en un mundo de digitalización del trabajo en Francia: la ley y el diálogo social 53-72  
*Remote working in a world of digitalisation of work in France: the law and the social dialogue*  
Loïc Lerouge
- Los desplazamientos transnacionales de las personas trabajadoras: novedades y desafíos de la transposición de la Directiva 2018/957/UE al ordenamiento jurídico español 73-97  
*Transnational movements of workers: news and challenges of the transposition of Directive 2018/957/EU into the Spanish legal system*  
Manuel Pedro Velázquez Fernández
- El juicio de proporcionalidad en la prueba de videograbación oculta a las personas trabajadoras. Análisis de la situación ante la reciente jurisprudencia 99-141  
*The judgment of proportionality in the evidence of hidden video surveillance of workers. Analysis of the situation in light of recent case law*  
Rodrigo Miguel Barrio

### Análisis de actualidad

- La «huella psicosocial» de la COVID-19 en la población trabajadora: conclusiones y aprendizajes 143-164  
*The «psychosocial brand» of COVID-19 in workers: conclusions and learning*  
Margarita Miñarro Yanini

### Diálogos con la jurisprudencia

#### **Monográfico. La gestión de riesgos psicosociales en el trabajo: nuevas aportaciones de los tribunales**

- Estudio preliminar. Un nuevo tiempo para la salud psicosocial en el trabajo: fragmentos de derecho vivo 165-186  
*A new time for psychosocial health at work: fragments of living law*  
Cristóbal Molina Navarrete

Nuevo reto de la gestión de riesgos psicosociales: el deber de evaluar los tiempos de disponibilidad (*offline*, *online*), aun no siendo de trabajo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 2021, asunto C-344/19 187-199

*New challenge of psychosocial risk management: the duty to assess availability times (offline, online), even when not at work. Commentary on the Ruling of the Court of Justice of the European Union of 9 March 2021, case C-344/19*

Estefanía González Cobaleda

Evaluar la carga de trabajo, prevenir el agotamiento profesional: ¿calidad de servicios públicos (justicia, salud, residencias) sin cuidar la salud mental de quienes los prestamos? Comentario a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 485/2020, de 26 de mayo, y de Madrid 410/2020, de 16 de junio, y 222/2021, de 23 de marzo 200-212

*Evaluate the workload, prevent burnout: quality of public services (justice, health, residences) without taking care of the mental health of the workers? Commentary on the Rulings of the High Court of Justice of the Canary Islands/Las Palmas 485/2020, of 26 May, and of Madrid 410/2020, of 16 June, and 222/2021, of 23 March*

José María Moreno Pérez

El correcto cumplimiento del deber de prevención ante el acoso: la diligente gestión de los factores de riesgos psicosociales y la indemnización por los incumplimientos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 299/2021, de 22 de marzo 213-223

*Correct compliance with the duty to prevent harassment: diligent management of psychosocial risk factors and compensation. Commentary on the Ruling of the High Court of Justice of the Canary Islands/Las Palmas 299/2021, of 22 March*

Amanda Moreno Solana

Estrategia procesal idónea para la defensa frente al acoso en el trabajo: ¿jurisdicción penal o laboral? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 45/2021, de 21 de enero 224-236

*Suitable procedural strategy for the defense against harassment in the workplace: criminal or labor jurisdiction? Commentary on Supreme Court Judgment, Criminal Division, 45/2021, of January 21*

Fernando de Vicente Pachés

## Caso práctico

Subinspección Laboral de Empleo y Seguridad Social 237-269

*Labour Sub-Inspection of Employment and Social Security*

Paula Calvo Hidalgo

Normas de publicación 271-272

*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>.

## El «maná» de los «euro-millones» y las reformas que condicionan su «lluvia»: ¿qué mercado de trabajo, qué sistema de pensiones?

**Cristóbal Molina Navarrete**

*Director*

Los libros [tampoco los artículos científico-sociales, menos los editoriales –añadiría quien suscribe este–] no están hechos para que uno crea en ellos, sino para ser sometidos a investigación. Cuando consideramos un libro, no debemos preguntarnos qué dice, sino qué significa.

**U. Eco** (*El nombre de la rosa*)

El ilustre notario, siempre con el ceño fruncido, citaba a menudo la frase de un jurista de la época romana, un tal Cicerón: «La verdad se corrompe tanto con la mentira como con el silencio».

**L. Zueco** (*El monasterio*)

**1. A diferencia de las «bicicletas», las reformas legislativas sistémicas (mercado de trabajo, pensiones, fiscal, etc.) no son para el «sesteo de verano», sino para el «otoño-invierno»: la «lluvia de euro-millones ha empezado».** Desde hace más de un año, todo el futuro para España y, en el fondo, para el resto de la Unión Europea (UE), en la travesía desde la tragedia pandémica a la recuperación socioeconómica, incluso a la modernidad sostenible, parece pasar por la recepción, y aprovechamiento, de un «nuevo maná» (una suerte, para la versión laica, de nuevo Plan Marshall): los «euro-millones» de los fondos «Next Generation EU» (Plan de Recuperación y Resiliencia para la UE).

Ya previstos en los presupuestos generales del Estado 2021, los primeros 9.000 millones de euros (un 13 % de las transferencias previstas para nuestro país en ayudas «a fondo perdido» –70.000 millones de €–; otros 70.000 millones de € podrán recibirse en préstamos con condiciones financieras más ventajosas que las del mercado) **llegaron a mediados de agosto**. El hito económico-financiero fue celebrado con toda algarabía y alharacas, desde la propia presidenta de la Comisión Europea y el presidente español a todas y cada una de las personas titulares de los ministerios que conforman el Gobierno de España, como auténtica bajada del banderín de salida en la (nueva y esta sí definitiva) carrera hacia un país

«más verde, digital [...] y [además de feminista] cohesionado». Si tan solo nos quedamos en los números, no parecería para menos, porque no solo cabe creer que han terminado los largos meses de incertidumbre derivados de varias complicaciones y notables retrasos, sino que ya ha quedado, igualmente, expedito el camino para seguir recibiendo cheques, este año (otros 10.000 millones en diciembre) y los venideros, hasta 2023 (2026 para la parte de préstamos). Un torrente descomunal de caudales que se vería incrementado por otros 38.000 millones de euros de los fondos estructurales.

Más aún. A diferencia de lo que sucedió en la crisis precedente (financiera), estos «euro-millones» no computarán en la deuda nacional, soberana, sino en la comunitaria, de modo que la financiación se hará a través de la emisión de deuda por la propia UE (bonos comunitarios a largo plazo). Una emisión, por cierto, ya iniciada y con un rotundo éxito en los mercados. La demanda inversora fue tan voraz que septuplicó la oferta. Los «poderes y leyes de mercado» lejos de tener inquietud por este modelo de recuperación, basado en la «lógica del gasto público ingente» (kelseniano), lo avalan y posibilitan, como nuevas oportunidades de negocio financiero. En un escenario de suspensión, que no derogación, de las reglas de estabilidad presupuestaria, y en el que la autoridad principal emisora de deuda es la propia UE, no cada nación ([España tiene una deuda pública récord](#): más del 120 % de su PIB -134.000 millones de € más en un año-), el eje se desplaza: no se trata de ahorrar (valor de la austeridad), sino de gastar mucho, rápido y bien («invertir productivamente»), para que no suceda lo que tantas veces, que hay que devolver el dinero no ejecutado.

**2. Una nueva condicionalidad sociolaboral ¿«positiva»? como precio del «maná europeo»: de la «tiranía de la austeridad» a la ilusión del «gasto-inversión masivos».** Pero ¿es tan idílica la situación como parece pintar? ¿No nos pide nada a cambio de tanta generosa solidaridad de la UE, que llueve del cielo sin pedir «sacrificio» alguno? ¿Solo hay que lograr objetivos económicos, de innovación tecnológica y sostenibilidad en el plano ambiental de forma ambiciosa, ingente –por [ejemplo](#), digitalizar más de un millón de pymes; capacitación digital a tres millones de personas; instalar centenares de miles de aulas con equipamiento digital interactivo; internacionalizar a miles de pymes; alcanzar flotas de centenares de miles de vehículos eléctricos; extender la banda ancha a toda España, también la «vacada»; centenares de kilómetros de ferrocarril...–? No, siempre hay algo más, una «letra pequeña» (o grande), pero determinante.

Como en la anterior crisis sistémica, la financiera, el dinero comunitario no llega *gratia et amore*. También aquí hay una específica condicionalidad, esto es, mantener el «maná comunitario» requiere compromisos gubernativos para cumplir determinadas exigencias o condiciones en forma de reformas estructurales. Muchas requieren reformas legislativas, incluso hasta abstenerse de hacerlas en ciertos sentidos políticos (por ejemplo, «prohibición» de una reforma laboral puramente garantista o «progresista» –no fue casual que, en su polémico viaje a Estados Unidos, los grandes fondos con los que se reunió el presidente expresaran su [inquietud por la contrarreforma laboral](#)–). Resurgen los problemas

para realizarlas y las **diferencias valorativas**: para unos sectores, estas reformas legales no exigen sacrificios (de derechos laborales, de pensión); para otros, sí. **La Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF) nos alerta** (informes sobre la ejecución presupuestaria, deuda pública y regla de gasto) de las incertidumbres y paradojas existentes –la suspensión de las reglas de estabilidad no hace decaer el deber de supervisión fiscal–: se incita a gastar mucho y rápido, pero bien (valor de la eficiencia), sí, pero cuando mantenemos una situación de elevada «vulnerabilidad fiscal» (alta deuda pública, gran déficit fiscal), ensombreciendo el futuro, salvo reformas.

En suma, tras las vacaciones de estío, propicias –parafraseando el título de la célebre obra de teatro, luego llevada al cine– para las «bicicletas» (más en un año –tras la prórroga por la pandemia– jacobeo), pero no para los cambios complejos, debe llegar el tiempo de las –inaplazables– reformas legales. No son pocas. Se dice que **una ley cada 15 días hasta finales del 2023** (medio centenar) según el compromiso adquirido. Entre ellas, otra vez, la (contra)reforma laboral y la (contra)reforma de pensiones. Esta última ya ha comenzado, con la **aprobación, en el primer Consejo de Ministros del nuevo curso** (24 de agosto), y tras firmar en julio el acuerdo social que lo sustenta («ley socialmente negociada»), del proyecto de ley para garantizar el «poder adquisitivo de las pensiones» y «reforzar la sostenibilidad» del sistema público de pensiones.

El desafío reformista, como precio por el «maná europeo» de la recuperación, **no se presenta sencillo**, tanto por la entidad de las reformas como por lo controvertido de buena parte de ellas, en sí mismas, por la gran contraposición de razones e intereses legítimos, y por el exceso de radicalización que sigue sacudiendo la política española, con alta presencia de «zelotes ideológicos», a derechas (por ejemplo, persistentes resistencias a las subidas del salario mínimo interprofesional –SMI–) y a izquierdas (por ejemplo, crítica global a la reforma laboral de 2012). Y ello no solo respecto de las reformas estrictamente socio-laborales (incluyendo la de la función pública, no solo de estabilización del empleo público), sino igualmente de las (muchas) restantes, cuyo gran calado económico y social (por ejemplo, recuérdese que **la tasa de pobreza se ha elevado por la pandemia hasta el mayor nivel desde la Gran Recesión de 2008**, pese al ingreso mínimo vital) es manifiesto. De ahí los constantes e intensos conflictos internos al Gobierno de colación (por ejemplo, vivienda, **fiscalidad**, sistema de precios del mercado energético, etc.).

En consecuencia, no sorprende que los procesos reformistas legales se dilaten, se aplacen e incluso se fragmenten continuamente, tanto por la necesidad de diálogo social como de las debidas mayorías parlamentarias para sacar adelante la ley, aunque sea en forma de convalidación del tan recurrente y abusado real decreto-ley. Todo ello arroja una notable incertidumbre sobre el resultado final, pero también sobre su real efectividad. Los procesos reformadores legislativos, sin embargo, tanto en el ámbito laboral como de pensiones, están en marcha, como se ha apuntado. En este primer editorial de la temporada otoño-invierno 2021 nos limitaremos a esbozarlos, tiempo habrá de desmenuzarlos.

**3. «Al primer tapón, zurrapas» o «la primera en la frente»:** la complicación jurídica del compromiso gubernativo de estabilización del empleo público temporal abusivo. Entre los refranes más tradicionales, aunque hoy en desuso, recogidos en el *Tesoro de la lengua castellana o española* de Covarrubias, aparece uno que ilustraría bien la dificultad del referido desafío reformador legislativo como precio (condición) por el «maná europeo» para salir de la actual crisis: «Al primer tapón, zurrapas» (las zurrapas son los residuos que brotan de las cubas de vino apenas se destaponan). Con él se quiere indicar la frustración que se siente cuando, a la primera ocasión que se ofrece para comprobar la capacidad de alcanzar un objetivo, se fracasa, emergiendo todo el poso de «poquedad, flaqueza o mezquindad» subyacente a una situación. En términos menos cultos se dice «la primera en la frente». A mi juicio, este refrán describe el fiasco cosechado en la primera ocasión en que el Gobierno ha tratado de cumplir con una de las reformas comprometidas en el marco de los fondos de recuperación y resiliencia: la convalidación del Real Decreto-Ley (RDL) 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para reducir la temporalidad en el empleo público.

**Salvado por un voto**, ha debido hacer concesiones políticas –por ejemplo, que las oposiciones no sean eliminatorias, por lo que, si se suspenden, no se excluiría del puesto; eximir de ellas a personas interinas de 10 o más años de antigüedad–, a introducir en su tramitación como genuino proyecto de ley. Pero estas transacciones políticas crean más interrogantes de los que la norma pretendía resolver. Además de generar inseguridad en torno a la fiabilidad del compromiso español para cumplir no ya solo con la directiva en juego (Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, sobre contratos de duración determinada), sino incluso con las condiciones de percepción de los primeros pagos de «euro-millones», el estado del proceso legislativo incurre en análogos vicios que el estado del tenebrista arte jurisprudencial en esta materia: insuficiencias, incoherencia o contradicciones, incertidumbres e ineficacias (falta de fiabilidad). Al respecto, sin poder –ni pretender– entrar aquí en profundidades ante un ámbito regulador y aplicativo tan complejo y sombrío, que merecerá estudios más detenidos cuando se apruebe la ley, sí conviene hacer algunas –sucintas– observaciones críticas.

Por supuesto, dejo de lado el uso continuo de la técnica del real decreto-ley para temas estructurales y requeridos de una solución legal suficientemente reflexiva, coherente y participada, ajena a las circunstancias de excepción del artículo 86 de la Constitución española (CE). Estos usos desviados son cada vez más desautorizados por el Tribunal Constitucional (TC), aunque sea parcialmente (por ejemplo, Sentencia del TC –STC– 111/2021, de 13 de mayo, respecto de la integración del régimen de clases pasivas en la Seguridad Social impuesta por el RDL 15/2020; en cierto modo también la polémica STC 148/2021, de 14 de julio, porque la inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, no deriva del contenido material de las medidas, justificadas, sino del instrumento jurídico a través del cual se llevó a cabo la suspensión de ciertos derechos fundamentales, que eludían el Parlamento, por las dificultades para lograr mayorías), dando lugar a un número creciente de recursos. En ellos –aunque suele criticarse–, el TC tendrá la oportunidad de

ofrecer nuevas «luces» para frenar usos tan desviados del [artículo 86 de la CE](#), llevados a cabo por todos los Gobiernos en materia laboral y de pensiones<sup>1</sup>.

Situados en el fondo, también en el contexto, de esta reforma legal comprometida y de su primera fase, ya se ha anticipado la incapacidad de la norma de urgencia, ahora en espera de la norma legal ordinaria (que también admite tramitación parlamentaria por vía de urgencia, evidenciando que el tiempo de trámite no es una razón realmente fiable para justificar el abuso de la figura del real decreto-ley), para resolver algunas de las principales insuficiencias y contradicciones de las decisiones jurisprudenciales en este ámbito. Unas deficiencias interpretativas que no cesan, incluso después de la nueva polémica entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (Sentencia del TJUE –[STJUE– de 3 de junio de 2021, asunto C-726/19](#)) y el Tribunal Supremo (TS) (Sentencia del TS –[STS– 649/2021, de 28 de junio](#)), obligado este a rectificar, aun a regañadientes (lamenta amargamente la incomprensión por el TJUE –como en el asunto De Diego Porras– de la elaborada doctrina patria). En algo más de un año conoceremos otro capítulo de historia tan interminable, en virtud de la cuestión prejudicial formalizada por Auto del Juzgado de lo Social (JS) número 3 de Barcelona de 27 de junio de 2021, rollo 308/2019, donde se cuestiona la errática figura de la indefinición sin fijeza como respuesta al abuso de la temporalidad en el empleo público.

La nueva doctrina jurisprudencial patria ([STS 649/2021, de 28 de junio](#), FJ 5.º) es que, «salvo muy [...] limitadas excepciones» (el TS se vuelve a reservar un ámbito para mantener su soberanía interpretativa, moduladora del imperio jurisdiccional del TJUE, lo que abre nuevos interrogantes interpretativos), los procesos selectivos «no deberán durar más de 3 años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad». De suerte que, si así sucediera, estaríamos en presencia de genuinos supuestos de «duración injustificadamente larga»<sup>2</sup> y, de ahí, se pasaría, como respuesta jurídica nacional, a fin de garantizar el «efecto útil» de

<sup>1</sup> Es el caso del recurso contra el [RDL 9/2021, de 11 de mayo](#), para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales («ley riders»), en vigor –solo– formal desde el 12 de agosto. Suele esgrimirse el previo acuerdo social que a veces lo precede, cuya preservación a ultranza acostumbra a neutralizar el valor práctico del Parlamento, reduciendo a la mínima expresión la aceptación de enmiendas. Un ejemplo es la [Ley 10/2021, de 9 de julio](#), de trabajo a distancia, cuyas novedades respecto de la norma gubernativa socialmente consensuada son de escasísimo alcance. Otro lo será la tramitación como proyecto de ley del RDL 9/2021 («ley riders»), [que tampoco acepta enmiendas](#).

<sup>2</sup> Aunque es sabido que la figura de la relación laboral de «duración inusualmente larga» es de creación del TJUE ([asunto Montero Mateos, C-677/16](#), apdo. 64), ya la [STC 240/1999, de 20 de diciembre](#), dio carta de naturaleza a la figura de la persona funcionaria interina de «larga duración» (supera los 5 años). Con ella ya se reconocía «una forma relativamente estable, aunque precaria, de acceso al mercado de trabajo». Aunque presumía una cierta visión anómala y excepcional, legitimó tratos diferenciados en tales casos para proporcionar a esta figura un cierto estatuto protector, so pena de incurrir en discriminación prohibida ex [artículo 14 de la CE](#). Pero ¿cuáles? Habría que ir caso a caso. Por tanto, ni el TJUE ni el TC ofrecieron las pautas interpretativas adecuadas para pergeñar, con una mínima seguridad jurídica, tales «categorías».

la directiva (STJUE de 3 de junio de 2021, asunto C-726/19), a otra «indefinida no fija». El recurrente argumento de paralización de las ofertas públicas de empleo por imperativo del control del gasto público, a su vez exigencia de la regla de estabilidad presupuestaria comunitariamente ordenada y reflejada en las «leyes de austeridad», que impedían la convocatoria de vacantes ocupadas por personas interinas, cedería no solo por razones lógicas (la convocatoria no incrementaría el gasto porque ya existiría la plaza, no sería de nueva creación), sino también de autoridad jurídica (el TJUE rechaza que excuse el cumplimiento de las normas comunitarias).

Pero cuando el TS cree haber logrado una nueva solución transaccional pacificadora, los niveles inferiores de la jurisdicción social la cuestionan y reabren el proceso jurídico, sobre la base de la disconformidad persistente con la jurisprudencia pretoriana del TJUE. Para el TS, la indefinición no fija pareciese ser una meta garantista (reservada tan solo a la decisión jurisdiccional, por la persistente lógica prohibición legal de reconocimiento de oficio por el empleador público, pese a contemplarse como categoría autónoma en los arts. 8 y 11 Estatuto Básico del Empleado Público –EBEP–). Sin embargo, solo es un engendro o remedio transaccional que genera tantos o más problemas que resuelve desde el punto de vista de la organización, también de la integración laboral (no se obliga a convocar esa plaza; tampoco se sabe exactamente qué condiciones se equiparan, al no poder ser plena, al carecer de fijeza). De esta insatisfacción, normativa y práctica, se hace ahora eco el JS número 3 de Barcelona.

El JS cuestiona la técnica de la indefinición sin fijeza<sup>3</sup>, como garantía de efectividad de la directiva, al menos por dos razones. La primera, porque termina haciendo de igual condición la relación de las personas que han sufrido abuso de temporalidad con las que han suscrito un contrato de interinidad, cuya vigencia es, por naturaleza, temporal. La segunda, porque, si bien es cierto que se ha equiparado, tras la última rectificación, el derecho a la indemnización por superar los 3 años al que corresponde al despido por causas objetivas (art. 53 Estatuto de los Trabajadores –ET–), como factor para prevenir el abuso, realmente con ello no se acaba con la naturaleza temporal del contrato «indefinido no fijo»:

[...] puesto que la vigencia de su contrato está ligada al cumplimiento de una circunstancia que se producirá con toda seguridad –la cobertura de la vacante que

---

<sup>3</sup> Y que revigoriza continuamente, incluso de espaldas a ciertas exigencias de mayor estabilidad derivada del TJUE (por ejemplo, *doctrina Correia Moreira*), como sucede con la STS 619/2021, de 10 de junio. En ella se rechaza la condición de «indefinición fija», en favor de «indefinición no fija», primando los principios constitucionales de acceso a empleo público sobre los comunitarios de estabilidad en casos de reversión de servicios públicos. La doctrina judicial suele asumir y expandir esta doctrina. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Cantabria 257/2021, de 13 de abril, expande la figura de la indefinición sin fijeza a organizaciones privadas, pero con naturaleza de fundación perteneciente al sector público (autonómico).

ocupa–, lo cual desvirtúa [...] el efecto útil de la directiva, ya que la indemnización se erige en la única medida, no eficaz, para prevenir (el abuso de) la contratación temporal [...].

En consecuencia, quiere saber, en esencia, si la relación indefinida no fija es conforme con la figura del contrato temporal o con la del contrato indefinido ex cláusula 3 de la directiva comunitaria.

¿Es fiable el citado [RDL 14/2021, de 6 de julio](#), para avanzar seriamente en una solución a tan caótica situación del empleo temporal público en España? No. Carente de un objeto preciso, con un largo preámbulo que, entre otras cosas, recuerda la dicha vinculación al cumplimiento del [Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia](#), concretamente el objetivo 11 («modernización de las Administraciones públicas» –un tópico de los últimos 40 años–), su finalidad no es tanto prevenir la temporalidad abusiva futura (si bien la modificación de los arts. 10 y 11 EBEP, así como la nueva [disp. adic. decimoséptima](#), se orientan en esa dirección –[art. 1 RDL 14/2021](#)–), sino más bien intentar corregir un índice de temporalidad que causa sonrojo, mayor que el del sector privado (33 % frente al 25 %). Apenas representaría un primer paso en la reconstrucción de lo –mucho– deconstruido en el empleo público, comprometiendo rebajar al 8 % la temporalidad.

Pero transcurre por un campo minado, en el plan constitucional y, sobre todo, comunitario. Razonablemente conforme al estándar constitucional (capacidad, mérito e igualdad), que no se opone a ofrecer oportunidades reales de estabilización de personal temporal de larga duración, pues la regla de estabilidad no es solo un imperativo constitucional, sino una necesidad social (de ahí la previsión estructural legislativa –[disp. trans. cuarta EBEP](#)– de procesos de consolidación y regularización del empleo público temporal), las dudas surgen respecto del derecho de la UE. En este sentido, [la Coordinadora Estatal de Personal Público Temporal ha presentado una guía para denunciar, ante la Comisión Europea, el RDL 14/2021](#), en la medida en que carecería de un sistema de garantías realmente eficaz para corregir las actuales prácticas abusivas y disuadir de las mismas en el futuro para el empleo público.

A tal fin se enuncian y desarrollan sumariamente las razones de disconformidad con el derecho de la UE y, sobre todo, con la expansiva jurisprudencia pretoriana que lo interpreta (por ejemplo, [STJUE de 19 de marzo de 2020, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18](#)):

- ni los procesos de estabilización diseñados resultan adecuados para prevenir y sancionar el abuso (porque no eliminan las consecuencias de la infracción jurídica –al abrirse a personas candidatas no abusadas contractualmente son de efectos inciertos para las víctimas de tales abusos–)<sup>4</sup>

<sup>4</sup> El [artículo 2 del RDL 14/2021](#) prorroga los procesos de estabilización, ya rechazados por el TJUE ([STJUE de 3 de junio de 2021, asunto C-726/19](#); [Auto del TJUE de 2 de junio de 2021, asunto C-103/19](#)).

- ni la indemnización prevista<sup>5</sup> –aun equivalente al despido objetivo, como se dijo– es efectiva para corregir el abuso, pues carece de efecto disuasorio. La norma permite continuar el efecto del abuso hasta que la Administración decida «cesar» a la persona abusada, solo en tal momento, tras el proceso selectivo, indemniza. Esta previsión quebraría el efecto útil de la directiva. Además, la indemnización tiene limitaciones –por ejemplo, máximo 12 meses– poco acordes con el TJUE (por ejemplo, exige atender todo el periodo de abuso –[STJUE de 22 de diciembre de 2010, asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09](#)–).

En suma, realmente se estabilizan las «plazas» vacantes (protege la estabilidad del empleo), no necesariamente a todas las «personas» interinas que vienen ocupándolas a lo largo de varios años. De ahí que la norma, al exigir (art. 2) un proceso selectivo mixto (concurso-oposición<sup>6</sup>), más o menos fácil y *ad hoc*, tendría un riesgo de efecto expulsivo para miles de personas interinas largamente experimentadas (aun con compensación económica –con efecto retroactivo, a diferencia de la indemnización prevista en la citada disp. adic. decimoséptima–, asumida en la doctrina jurisprudencial, por lo que no es novedosa), sea rechazada por el colectivo afectado, no obstante provenir de un acuerdo previo con los sindicatos mayoritarios<sup>7</sup>. Asimismo, se alerta del riesgo de que, al menos en ciertos sectores, las Administraciones opten más que por sobrecargarse abruptamente con un alto volumen de empleo público fijo (funcionario, laboral fijo), más difícil de gestionar, máxime teniendo en cuenta que sigue pendiente una reforma en serio de la función pública que la libere de sus rigideces e improductividades, por otras fórmulas híbridas (la experiencia evidencia una alta creatividad), que terminarían manteniendo la precariedad, con lo que volveríamos al nefasto punto de partida actual.

Una parte del arco parlamentario que apoya, condicionalmente, al Gobierno se hizo eco de algunas de estas críticas del sector de personas afectadas (decenas de miles), por lo que exigieron al Gobierno cambios en el proyecto de ley reclamado para convalidar el real decreto-ley, como anticipamos. De un lado, no podrá haber proceso selectivo que implique oposición para quienes acrediten 10 o más años de antigüedad en la cobertura de la vacante, limitándose a la técnica del concurso de méritos (normaliza en estos casos la excepción

<sup>5</sup> En el apartado 4 de la nueva [disposición adicional decimoséptima \(«Medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público»\)](#) del EBEP para el personal funcionario interino, y en el 5 para el personal laboral temporal, cuando se supere el plazo de 3 años previsto como máximo de provisión temporal de una vacante.

<sup>6</sup> La fase de concurso (evaluación experiencia previa) está limitada a un máximo del 40 % de la puntuación total.

<sup>7</sup> La regulación de los procesos de selección-estabilización reproduce básicamente los acuerdos a los que llegaron CC. OO., UGT y CSIF en 2017 y 2018 y que se implementaron en la Ley de presupuestos generales del Estado para el año 2017 y posteriormente en la de 2018.

prevista en el [art. 61.6 EBEP](#)<sup>8</sup>), ni para los casos (la mayoría de los 300.000 estimados) en que sí se precise prueba de oposición (antigüedad inferior a 10 años) esta podrá tener efecto eliminatorio. ¿Se ganará con ello en justicia y seguridad jurídicas?

Siendo difícil valorar la reforma proyectada comprometida en estrictos términos de justicia, es indudable que el acuerdo político-parlamentario aumenta la inseguridad en términos jurídicos, porque a los persistentes (aun corregidos para quienes acrediten una interinidad de 10 o más años; no así para quienes estén entre 10 y 3 años, de ahí que [cierto sector crítico reclame que se extienda la excepción](#)) desajustes con el derecho de la UE ahora sumáramos las dudas de conformidad constitucional. La atribución de plazas sin oposición alguna ha sido siempre vista con enorme recelo por el TC, que solo la ha admitido una vez, cuando hubo que integrar al personal sanitario en los sistemas autonómicos, tras el proceso de transferencia competencial. Una situación que ni de lejos tiene que ver con la actual, en gran medida debida a una mala (e interesada) gestión de las diversas Administraciones<sup>9</sup>. En definitiva, y para no hacer más largo este análisis, en espera de una norma con valor de ley para antes de finalizar el año (el real decreto-ley quería cumplir el compromiso con la Comisión), la mutación de una norma gubernativa en una norma de soberanía parlamentaria nacional traerá un nuevo tiempo de conflictividad de razones (jurídicas) e intereses (particulares y sociales), en un escenario ya de por sí largo y extremadamente complejo, por el excesivo arraigo de la «cultura de temporalidad» en el empleo público –que se siente inmune– y por los constantes sobresaltos jurisdiccionales, «un volcán de llamas inflamables que no cesa» de entrar en erupción.

**4. «Avisos a navegantes» a ambos lados del Atlántico: ¿reforma laboral sí, pero una contrarreforma como tal, unilateralmente garantista, no, advierten los mercados y la UE?** Ya vemos cuán difícil está siendo no solo lograr mayorías parlamentarias para la aprobación de leyes que inciden en el empleo público y que se han comprometido en el proceso de recepción de fondos comunitarios, sino igualmente dotarlas de contenido adecuado (eficacia, efectividad y eficiencia) exigido por los compromisos comunitarios, también derivados del marco normativo vigente superior. No menores parecen ser los malabarismos parlamentarios necesarios para cumplir con otro de los compromisos de reformas legislativas para

<sup>8</sup> La norma reza así: «Solo en virtud de la ley podría aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos». De este modo, la valoración del mérito y la capacidad pasaría a la mera acumulación de la experiencia derivada por un mínimo (10) de años de servicio en un puesto de trabajo, desempeñado presuntamente con aptitud y capacidad, eliminando el paradigma de valoración del mérito por la mayor capacidad para «vencer a personas competidoras» en un mismo proceso competitivo por idéntico empleo –de ahí el nombre de «oposición»–.

<sup>9</sup> La doctrina del TC en relación con los procesos de consolidación es que la valoración de la experiencia, que excepcionalmente puede llegar en la fase de concurso hasta el 45 % de la puntuación total (STC 67/1989, de 18 de abril), siempre requiere una fase de oposición. La valoración del mérito en términos de constitucionalidad no podría, pues, agotarse con el cúmulo de experiencia.

obtener los sucesivos desembolsos de «euro-millones», para que el «maná europeo» siga fluyendo sin que nada altere su caudal: la (contra)reforma laboral. Lleva más de 3 años en hilo, pero ahora parece «tocar a arrebató».

Por supuesto, dejo, aquí y ahora, de lado otros ámbitos importantes a reformar legislativamente del mercado de trabajo y de sus políticas activas, urgidas de cambios serios desde hace varias décadas y nuevamente anunciadas (por ejemplo, reformas educativas a favor de la mejora de la inserción profesional, no solo juvenil, aunque especialmente, como la [propuesta para el sistema de formación profesional](#); las reformas en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil derivadas del [Plan de Garantía Juvenil Plus 2021-2027 de trabajo digno para personas jóvenes](#) –eje 6: mejora del marco institucional– y que deben permitir que la UE libere fondos del FSE+ destinados al empleo juvenil<sup>10</sup>; las derivadas de la nueva Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024, que afectará de forma especial a unos servicios públicos de empleo especialmente golpeados por la pandemia –así como por la ciberdelincuencia, en el caso del Servicio Público de Empleo Estatal, que sigue arrastrando un intenso déficit de funcionamiento–; la [reforma migratoria](#), exigida no solo en el marco del eje de inclusión del plan de transformación y resiliencia –«no dejar a nadie atrás»–, sino también en el escenario de los compromisos con el Pacto Mundial para la gobernanza migratoria –2018–, así como de la Agenda 2030 –meta 10.7– y de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, hoy de actualidad por las crisis de Ceuta y Afganistán –el editorial del próximo número de noviembre de esta revista se dedicará a esta cuestión–; etc.). En este momento nos centraremos solo en el núcleo duro de la «reforma laboral».

Como es sabido, el Gobierno ha hecho una propuesta. De momento, mantienen profundas discrepancias el Gobierno –incluso en su interior–, sindicatos y patronal. [Esta hasta la tacha de «marxista»](#). La ministra se defiende argumentando que no se puede hacer una «reforma de progreso» con paradigmas de «mercado de trabajo neoliberal». La «ley laboral» ha de ponerse del lado de «la parte débil» de la relación, corrigiendo la actual «ley del más fuerte», impuesta por la reforma laboral precedente y vigente.

Ironizando más, y tratando de sacar el debate de una contraposición puramente ideológica, la actual titular del ministerio del ramo y vicepresidenta tercera contraataca afirmando que su (contra)reforma laboral es [«tan marxista como la que recomienda el papa, Biden o la Comisión Europea»](#), marcando finales de diciembre de este año para la publicación de su (contra)reforma laboral en el BOE. No vamos a entrar aquí en la polémica-provocación intelectual (las interacciones entre la doctrina social de la Iglesia y el clásico modelo

<sup>10</sup> Sin implicación normativa, la [Orden TES/527/2021, de 26 de mayo](#), por la que se distribuyen territorialmente para el ejercicio económico de 2021, para su gestión por las comunidades autónomas con competencias asumidas, créditos del ámbito laboral financiados con cargo a los presupuestos generales del Estado, no financiados con el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, incluyendo aquellos destinados a la ejecución del Plan de Choque por el Empleo Joven 2019-2021 y del Plan Reincorpora-T 2019-2021.

socialdemócrata de regulación de las relaciones de trabajo es un tópico que cuenta con una larga tradición científico-social; el carácter social de la política de mercado de trabajo del nuevo presidente americano ya es un terreno más resbaladizo e inexplorado –máxime cuando leemos que [el Gobierno norteamericano ha dejado caer, desde el 6 de septiembre de 2021, la ayuda adicional de 300 dólares semanales para quienes reciben el subsidio de desempleo](#), por la mejora de la economía en Estados Unidos, no tanto de la tasa de desempleo). Tampoco es tiempo aún de comentar los aspectos centrales de la propuesta de (contra) reforma laboral, pues ni es definitiva, la negociación acaba de comenzar, ni, por tanto, media ni acuerdo ni ley.

En cambio, sí merece la pena contrastar el rigor de su afirmación respecto al pretendido aval de la Comisión Europea, pues, como es bien sabido, su conformidad se ha convertido en una «condición» para recibir los «euro-millones» y así se comprometió, si bien de forma genérica. Al respecto, no es ocioso recordar que la patronal confía en la autoridad comunitaria para frenar los aspectos más intervencionistas de la reforma, en la medida en que las restricciones, reales o pretendidas, de flexibilidad de gestión (en la contratación, interna y extintiva) de las empresas derivadas de la actual propuesta irían en contra del paradigma de gestión adaptativa promovido por la UE. La Comisión lejos de ponerse de perfil en esta delicada cuestión [viene alentando la reforma](#) para antes de finalizar 2021 y como contrapartida de los fondos (si no se cumplen los compromisos de reforma, «se pueden retrasar o puede haber envíos parciales», reafirma la Comisión), valorando positivamente algunos de «los logros de la reforma precedente».

[La Comisión, que dice «mirar la negociación con interés y respeto», espera «que lleve a conclusiones positivas»](#) (Paolo Gentiloni, comisario de Economía de la Comisión Europea), pues la corrección de los persistentes desequilibrios entre seguridad laboral y flexibilidad empresarial no deberá hacerse volviendo a sacrificar un valor por otro, dado que un exceso de garantías introduce rigideces que terminan penalizando al empleo y a las personas empleadas –ni la seguridad puede identificarse con rigidez, ni la flexibilidad con unilateralidad–. En todo caso, recomienda evaluar previamente el impacto de las medidas, sea de las que se querrían corregir, sea de las que se pretenden introducir. [Para los estudios de la Comisión:](#)

Está reconocido que las reformas adoptadas en 2012-2013 en respuesta a la crisis han jugado un papel importante en la promoción de la recuperación económica rica en empleos que comenzó en 2014 [...]. Será importante que cualquier medida nueva solo se tome después de una evaluación cuidadosa de su impacto potencial y que se conserven los logros de las reformas anteriores [...].

Sin embargo, ni el Gobierno ni los sindicatos asumen esta valoración positiva. Un enfoque que consideran propio de las instituciones de la gobernanza económica como el FMI y la OCDE, por lo tanto, tan errado como interesado y desequilibrado en favor de las «leyes

de mercado». Prueba fue la [preocupación de los poderes económicos e instituciones financieras de Wall Street, transmitida al presidente del Gobierno en su viaje a Estados Unidos](#) y que, en el fondo, delata las divergencias que en el propio seno del Gobierno existen sobre esta crucial cuestión. Una vez más [la titular del ministerio del ramo ha criticado, de nuevo con ironía, esa parte del viaje del presidente](#), reafirmando en el objetivo de la reforma laboral en defensa de las razones e intereses de las personas trabajadoras, más aún de las más vulnerables, por su empleo precario, o por su situación de persona desempleada, o por las dificultades para conciliar vida laboral y familiar (la [STC 119/2021, de 31 de mayo](#), reafirma el deber de la empresa de evaluar estas dificultades para adoptar decisiones no-votorias), «no para mejorar la rentabilidad de los fondos». La radical diferencia de posiciones es manifiesta, pues, con lo que la complicación para lograr, primero, el acuerdo social y, luego, la mayoría parlamentaria resulta evidente.

En este escenario, parece que ciertas medidas de la urdida contrarreforma laboral, las señaladas como correctoras de los «aspectos más lesivos» de la reforma del trienio 2012-2014, podrán pactarse. Por ejemplo, la recuperación de las reglas de ultraactividad ex [artículo 86.3 del ET](#) que no creen vacíos normativos, de efectos perniciosos por la inseguridad que crea a personas trabajadoras y empresas.

Así lo revela, por citar un ejemplo muy reciente, pero paradigmático, la [STS 761/2021, de 7 de julio](#) (legitima la supresión unilateral de determinados beneficios económicos de los que disfrutaban las personas trabajadoras pasivas, jubiladas y familiares del Grupo Endesa, al desaparecer la norma colectiva que los fundamentaba y no existir contrato en vigor que permita mantenerlos como condiciones más beneficiosas). Como tampoco parece que resulte un gran escollo la corrección propuesta de la preferencia de los convenios colectivos de empresa sobre los sectoriales, en especial en el ámbito retributivo, ex [artículo 84.2 del ET](#), en la medida en que no solo favorece la seguridad económica y reduce el riesgo de pobreza laboriosa, sino que es una medida defensiva de un modelo de competencia leal –y sostenible– para las empresas en sus respectivos sectores de actividad.

Más dificultades habrá para alcanzar tal acuerdo (primero social, luego político y parlamentario) en el ámbito de la contratación, integrado como «componente núm. 23 del [Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia](#)», valorado positivamente por las autoridades comunitarias. El consenso en el diagnóstico sobre la profunda anomalía española no se extiende a las medidas concretas para realizar el objetivo común de estabilidad razonable de nuestro sistema de contratación laboral. Al respecto, el objetivo gubernamental de normalizar la figura del contrato de fijeza discontinua (para su arraigo, *vid.* [STS 1007/2020, de 17 de noviembre](#))<sup>11</sup>, en detrimento tanto del eventual como del de obra, no debiera hallar

<sup>11</sup> Aunque no sea tampoco una figura ajena de litigiosidad, tanto social como judicial, según revelan no solo la errática gestión en la adopción de medidas sobre ellos en el ámbito de la pandemia, sino el análisis de los repertorios de jurisprudencia. Por ejemplo, [STS 730/2020, de 30 de julio](#), respecto del método de

tantas resistencias como refleja la patronal, más allá de la «caricatura de marxista» y de la lógica dialéctica de toda dinámica negociadora.

Cierto, más se entendería el visceral rechazo por parte del sector de las empresas de trabajo temporal (ETT), en la medida en que quedan excluidas, conforme a la reciente doctrina jurisprudencial, si bien fijada con una intensa discusión interna, de la celebración de este tipo de contratos ([STS 728/2020, de 30 de julio](#)). De este modo indirecto o reflejo, pues, el mercado de empleo temporal reservado de las ETT recibiría un duro golpe con esta reforma. Como lo recibiría el –hoy más polémico y cuestionable– sector de las empresas multiservicios, también en el extenso y heterogéneo ámbito de las formas de contratación indirecta o de gestión mediada, con la modificación del [artículo 42 del ET](#) y todo el bloque normativo que ha ido haciendo de la subcontratación (externalización) descontrolada una de las vías de precariedad (y competencia desleal) más recurrente. Ahora bien, ni las razones de un sector pueden imponerse a las generales ni tampoco cabría ignorar que el proceso que cerca el recurso a la subcontratación ya ha sido abierto por la doctrina jurisprudencial, sea en relación con la asociación entre contratos de obra y subcontratación (por ejemplo, [STS 1137/2020, de 29 de diciembre](#))<sup>12</sup>, sea en relación con las retribuciones convencionales para el personal externalizado (por ejemplo, [STS 197/2021, de 12 de febrero](#))<sup>13</sup>.

Asimismo, conviene advertir que la perplejidad mostrada por el –nuevamente potente en términos de creación de empleo y crecimiento económico– sector de la construcción con el anuncio gubernamental de la propuesta de eliminación del histórico, y convencionalmente consagrado, «contrato fijo de obra» (contrato temporal de larga duración por vincularse a las obras, permitiendo su continuidad de una a otra y, hasta ahora, poco conflictivo judicialmente) contrasta con los recelos que sobre él acaba de exhibir la jurisprudencia del TJUE. Así se desprende de la [STJUE de 24 de junio de 2021, asunto C-550/19, Obras y Servicios Públicos y Acciona Agua](#), que arroja dudas respecto del contrato «fijo de obra» pese a contar con una específica y arraigada regulación convencional (art. 24 [Convenio colectivo del sector de](#)

---

cálculo de la indemnización por despido (apuesta por el –menos garantista– criterio del tiempo efectivo de prestación de servicios, no el –más protector– del tiempo de vinculación contractual). De ahí la reforma propuesta al respecto por el Gobierno, a fin de computar todo el tiempo contractual. *Vid.* [Rojo Torrecilla \(2021b\)](#). La alta presencia de mujeres, al menos en ciertos sectores, exige una perspectiva de género en la regulación. La [STS 387/2018, de 11 de abril](#), acepta la figura de «indefinición no fija discontinua».

<sup>12</sup> *Vid.* [García Martínez \(2021\)](#).

<sup>13</sup> Aunque la doctrina judicial y jurisprudencial en este ámbito ofrece una amplia panorámica. Como las decisiones que siguen aceptando vincular válidamente un contrato de obra a una contrata, si la duración no resulta «excepcionalmente larga» (en el caso de personal acompañante en el transporte escolar que no excede de tres cursos escolares), sin prolongarse la contrata mucho en el tiempo (*vid.* [STSJ de Galicia de 6 de mayo de 2021, rec. 1056/2021](#)). Del mismo modo que sorprende, en el ámbito de la modalidad de contratación interina, que pueda formalizarse un contrato de interinidad sin suspensión del contrato de la persona sustituida, pese al claro tenor literal que parece oponerse (por ejemplo, [STS 574/2021, de 26 de mayo](#)).

la construcción). Para el TJUE, en un caso de sucesión de esta modalidad de contratos (se concluyeron hasta cinco más, sucedidos sin solución de continuidad –sumando 25 años–), y ante la petición por la persona trabajadora afectada del carácter indefinido de su relación de trabajo (con la empresa Obras y Servicios Públicos), esta regulación convencional, en su aplicación práctica, normalizada, crearía un riesgo de abuso de la temporalidad y resulta de difícil conformidad comunitaria. De ahí que le dé pautas concretas al órgano judicial para que lo verifique<sup>14</sup>. Otra cosa es que, dado que la cláusula 5.ª de la directiva no es incondicional ni suficientemente precisa, se prohíbe un uso directo para dejar de aplicar una norma nacional, sin perjuicio de acudir a la técnica de la (re)interpretación conforme. En consecuencia: «[...] corresponde en particular al órgano jurisdiccional remitente comprobar si la jurisprudencia del TS permite tal interpretación de las disposiciones nacionales [el art. 15.5 ET] [...] y adquiere la condición de indefinido» (apdo. 79).

A mi juicio, mayores fricciones generarán las medidas dirigidas a imponer ahora, no ya a recomendar (como en la reforma de 2012), la preferencia de las medidas de flexibilidad interna respecto de las de flexibilidad externa. El modelo seguido en pandemia se extendería en la nueva normalidad, eso sí, careciendo de los beneficios sociales extraordinarios. Las medidas de regulación temporal de empleo («ERTE»), rebautizadas como «mecanismo de sostenibilidad del empleo», gozarán de prevalencia respecto de la regulación extintiva. No solo la medida (reducción de jornada) requerirá autorización (condicionada a su vez –como en el «viejo régimen laboral»– a la conclusión de un acuerdo), sino que se refuerza el principio de causalidad del despido, exigiendo justificar que sea realmente la *ultima ratio*, por no haber una razonable alternativa no traumática.

Esta propuesta de enmienda parcial de la visión liberal y «pro-mercado» de las relaciones de trabajo reorienta, en una dirección de garantismo social, las soluciones de equilibrio a la continua tensión entre la libertad de empresa (art. 38 CE –y art. 16 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea–) y el principio de protección de la persona (art. 35 en relación con los arts. 1 y 10 CE; STC 192/2003). De este modo se reabre el debate en torno al modelo más justo y eficiente de regulación del despido en general (por ejemplo, derecho a la reparación adecuada –art. 24 Carta Social Europea revisada–), y del despido colectivo en particular. Respecto de este, el modelo de garantismo colectivo, excluyente de la autorización administrativa, evidencia fisuras, como confirma la polémica creada por ciertos casos (por ejemplo, Nissan, Alcoa, Bankia-CaixaBank, BBVA, etc.). De ahí que el Gobierno «escuche voces» nostálgicas del control público para revalorizar el «alma social» (distributiva) del derecho del trabajo, una vez que el TJUE no prohíbe el modelo de autorización, aunque sí le pone severos límites en defensa de las libertades económicas («alma productiva o competitiva»), también inherente al orden comunitario-constitucional del trabajo<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Vid. el siempre atento y muy preciso análisis jurídico-social del profesor Rojo Torrecilla (2021a).

<sup>15</sup> Vid. STJUE de 21 de diciembre de 2016, asunto C-201/15. Aunque desde otro plano, más procesal, también la STC 140/2021, de 12 de julio, pone en cuestión un aspecto importante del modelo de garantismo

En fin, sin poder ahora ir más allá, a la espera de una concreción normativa, o incluso de un acuerdo social previo, lo cierto es que apreciamos un margen de recorrido para el pacto mayor del exhibido –sobre todo por la CEOE– al inicio del proceso de pacto, entre otras cosas dado que algunas de las medidas ya vienen impulsadas por el derecho vivo. Pero, al mismo tiempo, parece claro evidenciar que el camino será espinoso respecto de las medidas más intervencionistas y, en consecuencia, se requerirá una alta capacidad de negociación, combinando «mano izquierda» (función distributiva) y «mano derecha» (función productiva). Seguro que la presión comunitaria ejercerá un papel, a tal fin, más significativo de lo que reflejará formalmente el proceso. Y si, por un caso, lo olvidaran los sujetos negociadores, ahí está, ojo avizor, la Comisión para hacerse notar (escuchar, no solo oír) permanentemente y, en su discurso (voz y escritura), [la flexibilidad de gestión tiene un valor de imperativo categórico](#).

**5. Los «palos en las ruedas» de la reforma de pensiones antes de echar a andar el acuerdo logrado: ¿sacrificios o no para la generación de los «baby boomers»?** Algo más rápido avanza –ya está en las Cortes el proyecto de ley– la tercera reforma legislativa de índole sociolaboral comprometida como condición para los fondos europeos: la reforma de las pensiones públicas. Como en la crisis precedente, la sostenibilidad del sistema inquieta a la Comisión y, en consecuencia, a la UE. De ahí que la reforma haya sido integrada en la componente 30 del citado [Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia](#). A diferencia de lo que sucede para la reforma laboral, [para la reforma de pensiones se contaría con un acuerdo político-social previo, el obtenido para las recomendaciones del Pacto de Toledo \(2020\)](#). Al respecto, si el nuevo proceso de reformas (que se ha diseñado en diversas fases) tiene como referente fundamental la sostenibilidad del sistema, por lo tanto, la reducción progresiva del gasto en pensiones, se dice que se hace no solo sobre bases más «ajustadas a la realidad» (realista) sobre la evolución futura del sistema, menos «pesimista» (busca la confrontación generacional), sino que también se asume retornando al escenario previo al 2013, por lo que uno de sus presupuestos es la contrarreforma de las leyes de austeridad pensional de ese año.

Sobre la base de aquel informe (políticamente consensuado) de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo (noviembre 2020), el 1 de julio de 2021 se firmó un acuerdo social para la modernización y desarrollo sostenibles del sistema público de pensiones intitulado: «Acuerdo social sobre el primer bloque de medidas para el equilibrio del sistema, el refuerzo de su sostenibilidad, y la garantía del poder adquisitivo

---

colectivo en la regulación extintiva de empleo urdido, normativa e interpretativamente, con la reforma de 2012, que requeriría atención en la reforma programada. El blindaje jurisprudencial dado al acuerdo colectivo frente a las demandas individuales quiebra con esta doctrina constitucional y, en consecuencia, se ha creado otro espacio de incertidumbre que amerita solución.

de los pensionistas en cumplimiento del Pacto de Toledo y del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia»<sup>16</sup>. Conforme a su [presentación oficial](#), los principales objetivos serían «garantizar el poder adquisitivo de las pensiones actuales y las del futuro y asegurar la sostenibilidad financiera del sistema ante el gran desafío que supondrá la jubilación de la generación del *baby boom*» (nacidos entre 1957-1977).

De este modo, se vuelve a la práctica pactista anterior a la reforma de 2013 y que se había plasmado en la reforma, dirigida a fines de política socioeconómica análogos, de 2011 ([Ley 27/2011, de 1 de agosto](#), sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social), corrigiendo algunas de sus principales medidas –con claro efecto de recorte de pensión– antes de, incluso, entrar en vigor y, por tanto, sin la previa evaluación de su impacto. Sin duda, la práctica del acuerdo es siempre más beneficiosa que la de reformas unilateralmente impuestas –en 2013 por la clara «recomendación» de una UE fascinada, o seducida, por el valor de la «austeridad» y las virtualidades de los planes privados de pensiones–, pues implica mayor legitimación y paz social, por tanto, en términos de mayor progreso y crecimiento económico. Sin embargo, poco iba a durar el espíritu de concordia documentalmente formalizado en el texto del acuerdo que dará lugar a la primera fase (la teóricamente más «fácil») de la reforma de pensiones (en 2022 tendría lugar la siguiente y más «complicada», pues implicaría no solo ampliar el periodo de cotización exigible para la jubilación, sino establecer un factor de sostenibilidad –que ahora se quiere llamar de «equidad intergeneracional»–).

Pocas horas después de que el ministro del ramo valorara «la amplitud de miras» de los agentes sociales al llegar a este acuerdo, expresaba (de nuevo «al primer tapón, zurrapas») que [la generación del «baby boom»](#) (personas nacidas entre 1957 y 1977 en España –esto es, hoy entre los 45 y 64 años–), por ser más numerosa (en ese periodo nacieron unos 14 millones de personas en España, según el INE), [debe](#):

[...] asumir algo del esfuerzo [ajuste moderado, no agudo, lo llama] que hay que hacer durante un periodo de tiempo (hasta el 2048). Podrán elegir [...] entre distintas opciones. Una puede ser un pequeño ajuste en su pensión o, alternativamente, podrían trabajar algo más. Tenemos todavía que concretar.

Ambos sindicatos y patronal inmediatamente se desmarcaron de tales palabras (tal pretensión de ajuste «ni se comparte ni formaría parte del acuerdo»). Inmediatamente, el ministro

<sup>16</sup> Una versión literal del acuerdo social en <https://www.ccoo.es/995f4cc07a2b6cab08012f1ebf34fab000001.pdf>. Una versión más estructurada y explicativa, incluso con una denominación de síntesis, así como la ordenación de las medidas propuestas y sus textos normativos, comparándose la redacción actual con la futura, puede hallarse en <https://servicioestudiosugt.com/acuerdo-modernizacion-y-refuerzo-del-sistema-publico-de-pensiones/> y <https://servicioestudiosugt.com/comparativa-acuerdo-de-modernizacion-y-refuerzo-de-las-pensiones/>.

se vio obligado a «rectificar»: «ayer no tuve mi mejor día. Probablemente no me expresé bien o se me entendió mal sobre algo que todavía está por definir».

Pero ¿se le entendió mal o el ajuste está por definir, cuando se concrete en la ley el acuerdo social? ¿Cuándo dijo la verdad, cuando se expresó «libremente» o cuando se vio obligado a rectificar? Dejando de lado ahora la expresión de Umberto Eco, recogida en su más célebre obra, *El nombre de la rosa*, «no todas las verdades son para todos los oídos», traer a colación, una vez más el pragmatismo, frente a la ideologización extrema, de la UE, parece útil para situar adecuadamente el problema. La Comisión no solo llama continuamente a preservar un margen suficiente de gestión flexible de trabajo por parte de las empresas, sino que alerta, al tiempo, sobre los «[riesgos para la sostenibilidad fiscal de España](#)», tanto general como en su sistema de pensiones, «a medio y largo plazo».

Unos riesgos que aumentarían ahora que ha decidido (mediante acuerdo social y político, eso sí) una vuelta a la indexación de la revalorización de las pensiones al IPC y derogar el factor de sostenibilidad, además de corregir el (intenso y continuado) déficit de la Seguridad Social con más transferencias fiscales ([ahora rondan los 18.000 millones de €, pero al final de la legislatura serán 22.000](#)), agravando el (también elevado) déficit general del Estado. Por tanto, a falta de otras medidas compensatorias, habrá un «aumento significativo del gasto en pensiones». De ahí que, para determinados sectores de opinión, críticos con el acuerdo y normalmente situados en la ortodoxia europea, la anunciada reforma, lejos de reforzar la sostenibilidad del sistema a medio plazo, lo pone más en riesgo, por lo que, a falta de una aportación real de mayores ingresos (elevación de las cotizaciones o elevación de los impuestos –cuestión dependiente de la reforma fiscal comprometida–), el resultado de la reforma será solo un aumento del déficit fiscal.

Un riesgo de insostenibilidad financiera a medio y largo plazo que aumentaría con coyunturas inesperadas, pero de alto impacto en el gasto en pensiones. Será el caso, por ejemplo, del notable incremento del IPC (en julio: 2,9), también alimentado con el aumento, de momento imparable, de la energía («tormenta perfecta inflacionaria»). Este repunte «imprevisto», del que se desconoce si continuará o no por largo tiempo, [significará, con el cambio normativo, en torno a 5.000 millones de euros más en 2022](#).

Sin poder entrar tampoco en profundidad en estos cambios (que serán objeto de diversos estudios detallados en próximos números de esta revista, diciembre 2021 y enero 2022, una vez que adquieran consistencia legal), sí conviene poner de manifiesto la ambivalencia de este tipo de medidas. El incremento de las pensiones no es solo aumento de gasto público, como suele sobredimensionarse, sino también inversión productiva. En última instancia, la pensión es la renta disponible («el salario») de un número cada vez mayor de personas con creciente presencia en el sistema productivo mediante su capacidad de consumo (envejecimiento de la población). Por tanto, al igual que los aumentos de los salarios –también el aumento del SMI, cuyas virtudes o negatividades hoy son objeto de un fuerte, y falso, debate–, deben leerse tanto como expresión de mayor coste cuanto de más

poder de compra. El consumo del sector pensionista ofrece una nueva dimensión económica, a la que se atribuye un potencial de crear más de 100 millones de empleos en Europa en los próximos 50 años: «[economía de las canas](#)» o *silver economy*.

Tampoco están exentas de ambigüedad las medidas orientadas a favorecer la aproximación de la edad real (64,6) de jubilación a la edad legal (65 o 67, según el previo periodo de cotización), conforme a la recomendación 12.<sup>a</sup> del Pacto de Toledo. Aunque se ha pergeñado un sistema complejo, el objetivo final de la reforma será facilitar una rebaja de los coeficientes reductores a todas las pensiones anticipadas voluntarias, pero a cambio de retrasar esa anticipación al menos 2 meses (las rebajas serán mayores a mayor carrera de cotización, por lo que es evidente que tiene un efecto más contributivo –más pensión a quien más cotiza– que solidario –no es redistributivo–). Como es sabido, beneficiar más a las carreras de seguro más largas (objetivo del nuevo sistema de coeficientes que establece reducciones decrecientes) creará efectos de inequidad de género, pues las mujeres suelen tener carreras más reducidas. Habrá que atender esta perspectiva en la reforma legal, para no contradecir el objetivo de reducción de brechas de género en pensiones perseguido por el nuevo [artículo 60 de la Ley general de la Seguridad Social](#) (LGSS). Justamente, sí se tiene en cuenta esta dimensión de género en la vuelta a la prohibición de cláusulas colectivas de jubilación forzosa de las personas que tengan una edad inferior a 68 años, pudiéndose rebajar a la edad legal en sectores con infrarrepresentación femenina.

Ambigüedades y/o ambivalencias que igualmente encontraremos en la tercera línea (la primera es la revalorización conforme al IPC para garantizar el mantenimiento del poder adquisitivo; la segunda consiste en favorecer la permanencia en el empleo, incentivando el retraso de la edad de jubilación, con una paralela desincentivación de su anticipación) de reformas pactadas y en la dirección de asegurar la sostenibilidad del sistema mediante el refuerzo de la estructura de ingresos. Más allá de la anteriormente referida culminación del principio de separación de fuentes (transferirá el déficit de 22.000 millones de € del sistema de pensiones al déficit fiscal general), parecen claras las dificultades para realizar medidas como la consistente en establecer un nuevo sistema de cotización basado en ingresos reales. Es evidente que supondrá un incremento muy notable de sus cotizaciones –en otros casos se proponen rebajas, para incentivar la permanencia en el empleo, como para la incapacidad temporal de personas mayores de 62 años–, a cambio de la mejora de la protección del régimen de las personas trabajadoras autónomas (RETA). Su aprobación en 2022 y efectos en 2023 es un efecto de dilación (como para el caso del factor de sostenibilidad basado en la equidad intergeneracional) prueba de su complejidad y de la discordia existente con el sector de las personas trabajadoras autónomas, que [rechazan esta propuesta](#).

Finalmente, dejando de lado medidas típicamente de mejora de la gestión del sistema (como la nueva llamada a la Agencia Estatal de la Seguridad Social, cumpliendo la hasta ahora incumplida [disp. adic. séptima Ley 27/2011](#) –que debería servir también para reforzar y rejuvenecer una plantilla que hoy da nobles síntomas de carencias inaceptables, pues

se dice que [1/3 de sus oficinas están en riesgo de cierre](#), lo que obligaría a una permanente externalización de servicios, sea con entidades tanto públicas como privadas, cuando, gran paradoja, la anunciada reforma laboral mira a su reducción–), el acuerdo contempla una cuarta línea de reformas, orientadas a la mejora de la acción protectora para determinados colectivos, tanto de personas trabajadoras como pensionistas.

Entre las primeras destaca la mejora de la base reguladora por incapacidad temporal en los casos de contratación fija discontinua (promovida por la anunciada reforma laboral). Entre las segundas destacan, cómo no, las pensiones de viudedad, y de forma más concreta o particular, las derivadas o [causadas por «parejas de hecho»](#) (hoy en torno a los 2 millones, frente a los 9,5 de parejas matrimoniales –si bien aquellas crecen de una forma gradual, mientras se reducen, más rápidamente, las matrimoniales–), hoy objeto de regulación en el [artículo 221 de la LGSS](#). También en esta ocasión la razón jurídico-social de ser de esta medida de reforma legislativa (que debe llevarse a cabo en 6 meses desde la firma del acuerdo) reside en la erradicación de toda forma de discriminación, en este caso por razón de la naturaleza del vínculo de pareja creado, equiparando el de hecho con el matrimonial. Se trata de cumplir con la previsión de la recomendación 13.ª del Pacto de Toledo y con el mandato dado el año pasado por el Senado en tal sentido. Pero también de mostrar receptividad ante la [solicitud al Gobierno, por parte de la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo \(Eurocámara\), de tal equiparación de pensiones de viudedad](#) entre las parejas de hecho registradas<sup>17</sup> y las matrimoniales.

No es esta cuestión la única de las pensiones de viudedad en España que atrae el interés de instituciones europeas por eventuales discriminaciones, sea por razón étnica, sea por razón de sexo, o ambas. Me refiero ahora al Consejo de Europa, no a la UE (si bien también adquiere relevancia en este ámbito). El no reconocimiento de la pensión de viudedad a quienes contraen matrimonio mediante el «rito gitano» (forma de violencia social contra la libertad sexual de las mujeres de esta etnia tan normalizada culturalmente como contraria a la proyectada ley orgánica de garantía integral) [vuelve al Tribunal Europeo de Derechos Humanos](#), tras el nuevo aval por el TC español.

<sup>17</sup> No obstante, la mediática [STS, Sala 3.ª, 480/2021, de 7 de abril](#), en relación con el régimen de clases pasivas, quiebra el criterio restrictivo hasta ahora dominante (aplicación del literal de la norma –en el caso [art. 38.4 Ley clases pasivas](#)– por la cual para el acceso a la pensión de viudedad es necesario contar con inscripción registral o una constitución por medio de documento público), para asumir uno expansivo: la pareja de hecho, a los efectos de la pensión de viudedad, puede demostrarse también «mediante el certificado de empadronamiento o cualquier otro medio de prueba válido en derecho que demuestre la convivencia de manera inequívoca» (FJ 5.º). Aunque niega incurrir en rectificación de su doctrina precedente, más formalista y equiparada a la sostenida por la jurisprudencia social a interpretar el [artículo 174.3 de la LGSS de 1994 \(STS, Sala 3.ª, 1668/2019, de 3 de diciembre\)](#), al justificar la decisión en la justicia del caso concreto (situación excepcional: larguísima duración de la pareja de hecho, hijos en común, etc.), parece clara su visión más expansiva respecto de línea general más formalista (por ejemplo, [STS, Sala 3.ª, 608/2020, de 28 de mayo](#)).

En cambio, ni rastro hay en el acuerdo, tampoco en el proyecto de reforma doble fase, de la reforma integral, tan necesaria como aplazada, de la rama de pensiones de viudedad que sí apunta la Comisión parlamentaria del Pacto de Toledo. En ella se escribe negro sobre blanco la necesidad de «llevar a cabo de manera gradual la reformulación integral de las prestaciones por muerte y supervivencia –en especial la de viudedad–» y que «pasa por acomodar la configuración de la pensión a las nuevas realidades sociales y familiares [...]». En sustancia, la regulación española sigue asentada en una realidad que ya no existe, o no debiera existir (presupone una sociedad de mujeres mayoritariamente sin trabajo y dependientes del salario de un hombre para mantenerse que, finado, debe prolongar su tutela a través de una pensión derivada), manteniendo otra gran anomalía jurídico-social europea, resistiéndose España a realizar [reformas emprendidas hace décadas en buena parte de los países comunitarios más desarrollados](#). Ciertamente, sin ellas, la brecha de género en pensiones se doblaría (del 30 % al 60 %), lo que resultaría injusto e insostenible. Pero alguna vez habrá que tomarse en serio su reforma, al igual que la reducción de las brechas de género en pensiones, no de forma fragmentaria, solo puntual o episódica (como la vía que representa el [art. 60 LGSS](#)).

**6. «Del fuero al huevo»: la sostenibilidad integral (social, económica y ambiental) de las reformas laborales y de pensiones como contrapartida por el «maná europeo» pasa por menos ideología y más pragmatismo (equilibrio transaccional).** Ha llegado el momento de finalizar esta primera aproximación a la compleja y polémica urdimbre de reformas legislativas de los mercados de empleo (público y privado), de las relaciones laborales y de las pensiones que se preparan, como contrapartida a los «euro-millones» y en aras de un nuevo salto cualitativo –que se dice histórico– en la modernización del sistema socioeconómico. Su tramitación parlamentaria, y los debates políticos, jurídicos, económicos y sociales subyacentes, nos ocuparán a lo largo de los próximos meses, y del próximo año. Frente a los excesos de radicalización ideológica que acompañan una buena parte de los planteamientos patrios, las directrices comunitarias apuestan por (y de un modo u otro «imponen») un enfoque más racionalizador de las reformas legales, por tanto, pragmático. Eso no significa prescindir de valores, sino equilibrarlos.

De este modo, la condicionalidad comunitaria de los «euro-millones» implica un claro mensaje para el impulso reformador legislativo inherente al plan de recuperación comunitario. En síntesis, se concretaría así: la garantía de razonables equilibrios transaccionales entre ambas razones e intereses legítimos es condición para que las –inexorables– reformas legales sean las vías de progreso sostenibles (social, económica, ambientalmente) que se quieren, y necesitan, avanzando gradualmente, sin grandes fracturas –sociales y políticas–. Frente a los idealismos unilateralistas, de un signo u otro, como razones de ser de las reformas legales en el ámbito de las relaciones laborales y de seguridad social, hay que recordar, como «manifiestan» varios laboristas italianos de diversas épocas, que tanto la modernización, en el plano de los métodos y las técnicas reguladoras, como la transacción

entre «almas» (Gaetano Vardaro) y «funciones» diferentes, y opuestas (Antoine Lyon-Caen), en el plano de los contenidos y su orientación de política-jurídica, son inherentes al derecho del trabajo –y de la Seguridad Social–<sup>18</sup>.

En última instancia, así ha ocurrido hasta ahora, en el fondo, en las reformas parciales adoptadas (por ejemplo, tras decenas de decretos-leyes todavía no se ha encontrado tiempo para clarificar si despedir por causa COVID-19 está o no prohibido). No parece que, más allá de las «caricaturas» y «etiquetas» para atraer titulares de prensa (y redes) en la actual «sociedad del espectáculo», haya razones para creer que en el futuro inmediato no seguirá siendo así. Otra cosa será ser conscientes de que vivimos un tiempo en que, tan propicio para el «integrismo», también para el «desconocimiento», pese a una muy ingente información, readquiere especial vigor la afirmación que hallamos en *El nombre de la rosa* (ya citada, sí, pero que no me resisto a repetir) de que «no todas las verdades son para todos los oídos». Una reflexión que, seguro, no sirve para las personas que tienen (tenéis) a bien leer (y escuchar) las plumas (y las voces), plurales, vertidas en nuestra revista y con las que buscamos forjar opiniones propias sobre un conocimiento informado. Confiando en que hayan tenido un feliz estío, bienvenidas a la temporada (jurídico-social) otoño-invierno, que viene, sin duda, especialmente activa y «caliente», no solo por la influencia del «cambio climático» (un nuevo tópico que también tendrá un creciente protagonismo en futuros números).

<sup>18</sup> Vid. Caruso, Bruno, Del Punta, Riccardo y Treu, Tiziano (2020).

**Cómo citar:** Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). El «maná» de los «euro-millones» y las reformas que condicionan su «lluvia»: ¿qué mercado de trabajo, qué sistema de pensiones? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 461-462, 5-25.





# La impugnación del IV Acuerdo Marco de la Estiba: un problema laboral con solución mercantil

**Antonio Ojeda Avilés**

*Catedrático de Derecho del Trabajo*

aojeda@us.es | <https://orcid.org/0000-0002-5752-365X>

## Extracto

Se analiza en el presente estudio el terremoto producido en el sector de la estiba por la Sentencia de la Audiencia Nacional 127/2021, partiendo de las peculiaridades de ella misma y de un inocultable seguidismo ante la doctrina de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Se analizan los dos grandes argumentos en que se apoya, como son la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de diciembre de 2014 y la no posibilidad de subsunción de la sucesión de plantillas en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, para efectuar una reflexión sobre el contraste entre el *erga omnes* de los convenios colectivos y las prácticas monopolísticas, y terminar con una crítica a la declaración de inconstitucionalidad de la disposición adicional séptima por discriminatoria.

**Palabras clave:** IV Acuerdo Marco de la Estiba; discriminación; estiba; subrogación convencional de plantillas.

Fecha de entrada: 05-07-2021 / Fecha de aceptación: 05-07-2021

**Cómo citar:** Ojeda Avilés, Antonio. (2021). La impugnación del IV Acuerdo Marco de la Estiba: un problema laboral con solución mercantil. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 461-462, 27-52.



# The challenge to the IV Framework Agreement on Stowage: a labor problem with a commercial solution

Antonio Ojeda Avilés

## Abstract

The earthquake produced in the stowage sector by the ruling of the National Court is analyzed in this study, based on its peculiarities and an undeniable follow-up to the doctrine of the National Commission on Markets and Competition. The two main arguments on which it supports are analyzed, such as the doctrine of the European Court of Justice in its judgment of December 2014 and the non-possibility of subsumption of the succession of staffs in article 44 ET, to make a reflection on the contrast between the *erga omnes* effect of collective agreements by majority and monopolistic practices, and end with a criticism of the declaration of unconstitutionality of the additional provisions 7th as discriminatory.

**Keywords:** IV Framework Agreement on Stowage; discrimination; stowage; conventional subrogation of personnel.

**Citation:** Ojeda Avilés, Antonio. (2021). The challenge to the IV Framework Agreement on Stowage: a labor problem with a commercial solution. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 461-462, 27-52.



## Sumario

1. Descripción de la sentencia
  2. Actores y modelos en las relaciones laborales de la estiba portuaria
  3. Dos grandes argumentos fallidos
    - 3.1. La sentencia condenatoria del TJUE
    - 3.2. La no subsunción en el artículo 44 del ET de la subrogación forzosa de personas estibadoras
  4. Convenios *erga omnes* y monopolio mercantil
  5. La inconstitucionalidad de la transmisión convencional
- Referencias bibliográficas

## 1. Descripción de la sentencia

Por demanda de la Asociación Estatal de Empresas Operadoras Portuarias (ASOPORT) se abre procedimiento por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (AN) contra las organizaciones colectivas ANESCO (Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias, ahora de Estibadoras y Centros Portuarios de Empleo), patronal mayoritaria en el sector de la estiba portuaria de los puertos estatales, y CETM (Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar), federación mayoritaria de personas trabajadoras portuarias, junto a las federaciones minoritarias del mismo sector pertenecientes a UGT, CC. OO., ELA, LAB y CIG como negociadoras y firmantes del IV Acuerdo Marco de la Estiba (AME). El motivo alegado para pedir la nulidad de varios artículos y de la disposición adicional séptima de dicho AME consiste en la infracción del Real Decreto-Ley (RDL) 8/2017 y RDL 9/2019, así como del artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 11 de diciembre de 2014 (asunto C-576/13).

La sentencia otorga a la accionante todos sus *petita*<sup>1</sup>. La acción se basa en el procedimiento de impugnación de convenio por ilicitud, artículos 163 y siguientes de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

El rasgo más palmario de la sentencia consiste en el detallismo y minuciosidad en el relato de los hechos, que se van desgranando a lo largo de apretadas y numerosas páginas, así como en la descripción de la evolución de las normas que han regulado en los últimos tiempos el trabajo de la estiba portuaria. Lo cual, siendo un mérito inapelable de la sentencia, la convierte en farragosa por su difícil lectura, pues habiendo podido omitir los contenidos de acuerdos, sentencias y leyes, el texto se demora en cambio en precisar sus entresijos, que distingue de la voz propia mediante la adopción de cursivas para los textos extraños, lo que no siempre deja claras las distinciones. Hay también reiteraciones de cierta enjundia, como la producida cuando la sentencia analiza los artículos impugnados del IV AME e inserta sus textos completos, que ocupan varias páginas del fundamento jurídico noveno<sup>2</sup>, aunque también en la prolijidad con que describe las actuaciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), y los amplios párrafos de varias

<sup>1</sup> Se trata de la nulidad del artículo 18. Lo pedido por la accionante aparece en el antecedente tercero y en el fallo de la sentencia.

<sup>2</sup> Hay reiteraciones en algunos casos entre los hechos probados y los fundamentos jurídicos, como sucede con la traslación de la disposición adicional séptima, en el hecho probado tercero, que se inserta con ampliaciones posteriores en el hecho probado décimo sexto, y después en el fundamento jurídico sexto.

sentencias. Pero en resumidas cuentas este método tiene un valor incuestionable porque, a pesar de su aridez, sienta en línea recta los hechos y los conecta con las normas y con la actuación de las autoridades administrativas a partir de la STJUE de 2014 y hasta prácticamente nuestros días: quien piense que un periodo de solo 7 años no es nada para un debate jurídico de envergadura se equivoca cuando nos referimos a la estiba portuaria, un sector de enorme conflictividad en el pasado con cada paso adelante de las invenciones técnicas que se inician con la mecanización de los muelles debido a las grúas, después con la automoción de los ro-ro y por último con la digitalización de las operaciones. Lejos queda el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) número 137 que en 1973 terció para evitar la galopante precariedad o *casualization*<sup>3</sup> y la conflictividad concomitante en los puertos y defendió un registro y una prioridad en el empleo de las personas estibadoras que muestra bastantes similitudes con el registro y la prioridad del sistema español de las últimas décadas hasta 2017<sup>4</sup>.

Si avanzamos más allá de los aspectos formales y ahondamos en sus rasgos esenciales, la sentencia hace gala de un «frenesí anulatorio o derogatorio», como lo ha llamado Goerlich Peset (2021a), al haber atendido íntegramente a las peticiones de la parte demandante, incluso aunque los artículos anulados hubieran ya perdido eficacia en ese momento y la sentencia tuviera sobre ellos un efecto merodeclarativo. En realidad, lo verdaderamente en vigor era la

<sup>3</sup> Decía su exposición de motivos:

Considerando que se han producido y siguen produciéndose importantes cambios en los métodos de manipulación de cargas en los puertos –por ejemplo, la adopción de unidades de carga, la introducción de sistemas de transbordo horizontal (*roll-on/roll-off*) y el aumento de la mecanización y de la automación– y en el movimiento de mercancías y que se espera que en el futuro tales cambios adquieran aún más importancia.

El convenio vino ratificado por 25 países, siendo 6 los europeos: España, Francia, Italia, Países Bajos (que después lo denunció), Noruega y Finlandia.

<sup>4</sup> Artículo 2.

1. La política nacional deberá estimular a todas las partes interesadas a que, en la medida de lo posible, se asegure el empleo permanente o regular de los trabajadores portuarios.
2. En cualquier caso, deberán asegurarse a los trabajadores portuarios periodos mínimos de empleo o ingresos mínimos, cuya amplitud e índole dependerán de la situación económica y social del país y del puerto de que se trate.

Artículo 3.

1. Deberán establecerse y llevarse registros para todas las categorías de trabajadores portuarios, en la forma que determinen la legislación o práctica nacionales.
2. Los trabajadores portuarios registrados deberán tener la prioridad para el trabajo portuario.
3. Los trabajadores portuarios registrados deberán manifestar que están disponibles para el trabajo en la forma que determinen la legislación o práctica nacionales.

Sobre la extinta relación laboral especial de los estibadores puede verse Ballester Pastor (2014); Fernández Avilés (2017); Rodríguez Ramos (1997).

disposición adicional séptima, que estaba sirviendo para la conversión sin problemas de las anteriores sociedades anónimas de gestión de empleo portuario (SAGEP) en centros portuarios de empleo (CPE). Ese frenesí anulatorio podía haberse explicado bajo esa perspectiva, de su realidad puramente pedagógica en la mayoría de su contenido, pero tal parece como si la sentencia pretendiera una intención disuasoria, dada la cantidad de veces que en su texto habla del «monopolio» de las SAGEP, de nuevo detectado por Goerlich Peset (2021a)<sup>5</sup>, cuando en realidad lo existente es una prioridad de empleo en el sentido del Convenio OIT 137. Y como indica Molina Navarrete (2021, p. 30), las reglas de mercado defendidas a ultranza por la autoridad de defensa de la competencia se imponen a la dimensión de institución social del mercado de trabajo, como si fuera un mercado de bienes y servicios más.

La epifanía de la sentencia, su apoteosis final, explica la necesidad de hacer sonar los atabales, porque su decisión es fuerte y alcanza al nivel de la Constitución. Lo dice una revista de los cargadores opuestos al sistema negociado:

[...] la Audiencia Nacional hace un durísimo pronunciamiento, como continuación del expediente sancionador de la CNMC de septiembre de 2020, y calificándola en la sentencia de «inconstitucional», de «atentado a las libertades» y de herramienta para «perpetuar el monopolio en la contratación» en el sector de la estiba (Asociación de Cargadores de España, 2021).

Pero no es solamente una intención uniformadora entre el texto y el fallo comenzando por el revés, en el sentido de buscar la correspondencia entre el cuerpo y el desenlace; se trata, además, y quizá sobre todo, de que la sentencia ha hallado una orientación fácil en el piélago de normas, de acontecimientos oscilantes, de resoluciones administrativas anulatorias, cual es la de las resoluciones de la CNMC, hasta el punto de que adopta su lenguaje antimonopolístico e incluso sus mismos tics, como, por ejemplo, cuando dedica largas páginas al acontecimiento de las presiones sufridas por una empresa cargadora a raíz de su decisión de abandonar la SAGEP, el único caso significativo producido hasta el momento, mientras que las demás cargadoras han preferido convertir directamente su SAGEP en CPE<sup>6</sup>. Todo un apartado de la sentencia viene dedicado a este episodio, así como

<sup>5</sup> La sentencia [dice el autor] hace referencias permanentes al carácter anticompetitivo del sistema o de la situación o directamente a la existencia de un «monopolio» asignado a favor de las SAGEP (dos veces) y a cómo estas entidades ostentan un «control monopolístico» o una «gestión monopolística»; y, por supuesto, las resoluciones o informes de la CNMC sobre los indicados aspectos se toman como referencia en varios pasajes del pronunciamiento.

<sup>6</sup> Me refiero al episodio de la empresa IST, del Grupo Alonso, en el puerto de Sagunto, tras anunciar su intención de separarse de la SAGEP por aspectos técnicos pero coincidentes en el tiempo con el proceso de disolución de esta, contestado por las personas estibadoras con acciones de bajo rendimiento «que han perjudicado notablemente su negocio y competitividad», como informaba la propia empresa (Sentencia de la AN –SAN– 127/2021, hecho probado vigésimo cuarto).

otro de bajo rendimiento conflictivo en el mismo puerto sobre la cargadora Nisa Marítima. La sentencia sigue muy de cerca, casi repitiendo, lo expuesto por la CNMC<sup>7</sup>, sin tomar en cuenta la legislación laboral respecto a las acciones conflictivas sin interrupción de la actividad contempladas por el artículo 37.2 de la Constitución española (CE) y el artículo 7 del RDL 17/1977, sobre relaciones de trabajo.

Pero esta omisión de toda norma laboral en la sentencia no puede imputársele completamente a ella, pues llega condicionada por otra gran presencia virtual, la del modelo negociador imperante en la estiba portuaria, que con todas sus imperfecciones e incluso sus rasgos unilaterales ha logrado pacificar los puertos durante varios decenios. Me estoy refiriendo a la voluntad de ambas partes de resolver las cuestiones desde sus propias instancias, creando unos organismos donde tácitamente se acepta lo establecido por la parte laboral, como son la Comisión Paritaria Estatal del Acuerdo Marco, las SAGEP mercantiles y los convenios del sector. Las empresas aceptan decisiones y normas que les son gravosos (por ejemplo, sobre composición de las manos, horas de reserva, terminación de turnos, selección de personal, etc.), pero les permiten actuar con libertad y sin alteraciones del ritmo, tan vital en los puertos sometidos a mareas. Todas estas normas del IV AME, en su mayor parte ineficaces y nulas por la acción directa del RDL 8/2017 y RDL 9/2019, han sido desmanteladas en su integridad por la sentencia en pro de una causa mayor como es la CE. Lo cual no afecta a lo esencial del espíritu portuario: el equilibrio de fuerzas entre sindicatos y empresas es tan fuerte como preferir una *entente cordiale* que impida acciones de conflicto como las sufridas por la empresa IST en Sagunto. La afiliación de una inmensa mayoría de personas estibadoras a la Coordinadora, y la actuación conjunta de esta con todas las demás organizaciones sindicales, conduce a una capacidad negociadora de alta intensidad que tiene su contrapunto en la alta capacidad conflictiva. Nada nuevo, incluso desde una perspectiva exquisitamente mercantilista como la que destila la sentencia, en el ámbito de la economía de mercado. La sentencia no menciona las normas laborales, en suma, porque ni siquiera las partes han estimado oportuna su aplicación, desde el punto y hora en que una «represalia» puede generar un conflicto en cadena y paralizar todo el puerto concernido o todos los puertos, según se precise.

Todo lo anterior no significa que en estas líneas no busquemos la solución legal y más equilibrada al conflicto latente, ni que desde la perspectiva de la distancia no observemos desequilibrios o desajustes en la selección de personal, la composición de manos o la unilateralidad de la Comisión Paritaria del AME, por ejemplo, que hace tiempo deberían haberse rectificado. Sin olvidar que las propuestas de V AME han quedado paralizadas en buena medida por la obstinación de la CNMC en mantener opciones exclusivamente mercantilistas a una problemática laboral, como veremos más abajo.

---

<sup>7</sup> CNMC, Sala de Competencia del Consejo, Resolución expte. S/DC/0619/17, de 18 de septiembre de 2020, pp. 31 a 36. [https://www.cnmc.es/sites/default/files/3144769\\_7.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/3144769_7.pdf).

Algo de cuanto venimos discutiendo está cambiando, desde luego. La visión de la materia laboral por parte de la Unión Europea, por ejemplo. Tras un largo periodo de silencio en cuanto a directivas sociales, toda la materia laboral pasa a disfrutar del mismo rango que la mercantil en el universo de la Unión, gracias al par de fuerza del TFUE y la Carta de los Derechos Fundamentales, y aun cuando todavía los aspectos colectivos carecen de una normativa sólida, y tampoco hay una clara solución respecto a legislación aplicable y jurisdicción competente<sup>8</sup>, las sentencias del TJUE parecen multiplicarse en cuanto a derechos laborales, con mayor o menor acierto.

Algo de eso parece estar percibiendo también la CNMC. En el cénit de su poder había abierto expediente sancionador a las organizaciones signatarias del IV AME y había condenado a tremendas sumas, por ejemplo, de más de 900.000 euros a la patronal ANESCO, mediante resolución del Consejo de 24 de septiembre de 2009<sup>9</sup>. Ahora, al abrir expediente sancionador a los negociadores de la disposición adicional séptima del IV AME, donde se establecía la subrogación de plantillas de las SAGEP, amaga con sanciones menores, duda, y decide someter la cuestión al TJUE, aun a sabiendas de su difícil capacidad procesal<sup>10</sup>. Mientras tanto, suspende la aplicación de la sanción<sup>11</sup>. Por último, cuando el TJUE resuelve que un organismo administrativo como la CNMC carece de capacidad de accionar ante él, continúa con la suspensión de la sanción.

<sup>8</sup> Vid. la deficiente regulación de lo colectivo en las directivas sobre ley aplicable y jurisdicción competente en Fernández Artiach (2020).

<sup>9</sup> Resolución del Consejo de la CNMC de 24 de septiembre de 2009, expte. 2805/07 (<https://www.cnmc.es/en/node/325724>). ANESCO recurrió ante la Sala de lo Contencioso de la AN, con resultado negativo, y luego ante la misma sala del Tribunal Supremo (TS), que en Sentencia de 8 de marzo de 2016 (rec. 1666/2013; ponente, Bandrés Sánchez-Cruzat) rechazó el recurso e impuso las costas a la recurrente. El método de cálculo de las sanciones utilizado por la CNMC parece asignar a la cabeza de los grupos de empresa la titularidad de todos los fondos de sus filiales, y probablemente ese método se aplicó a ANESCO.

<sup>10</sup> Resolución del Consejo CNMC, Sala de Competencia, de 18 de septiembre de 2020, expte. S/DC/619/17 ([https://www.cnmc.es/sites/default/files/2541615\\_74.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/2541615_74.pdf)). La sanción propuesta era de 66.000 euros para la patronal ANESCO, y cantidades muy inferiores para las demás organizaciones negociadoras (p. 57), aun declarando acreditada una infracción muy grave del artículo 1 de la Ley 15/2007 y del artículo 101 del TFUE.

<sup>11</sup> STJUE de 16 de septiembre de 2020, asunto C-462/19. En el § 40 afirma el tribunal que:

[...] contrariamente a lo que la CNMC alega, no puede considerarse que esta tenga la calidad de «tercero» con respecto a la autoridad que adopta la resolución que puede ser objeto de recurso ni, por tanto, ser calificada como «órgano jurisdiccional nacional» en el sentido del artículo 267 TFUE [§ 40] [...] el hecho de que la CNMC actúe de oficio, como administración especializada que ejerce la facultad sancionadora en las materias de su competencia, constituye un indicio del carácter administrativo y no jurisdiccional de la resolución que debe adoptar en el procedimiento que ha dado lugar a la presente petición de decisión prejudicial (§ 44). [...] De lo anterior se desprende que el procedimiento sancionador ante la CNMC se sitúa al margen del sistema jurisdiccional nacional y no forma parte del ejercicio de las funciones jurisdiccionales (§ 48).

Por lo cual declara sucintamente que: «La petición de decisión prejudicial planteada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante resolución de 12 de junio de 2019, es inadmisibile».

El seguidismo de la Sentencia 127/2021 ha permanecido incólume ante estos avatares, y si acaso ha maquillado las decisiones del TJUE para hacerle ir en su descripción de sus fallos por donde realmente no iban. Valga como ejemplo la síntesis de la segunda sentencia del TJUE dedicada al AME, de 13 de julio de 2017, cuando España se demoró en cumplir la Sentencia de diciembre de 2014 y no introdujo las modificaciones que le pedía el escrito de requerimiento de la Comisión, y la condenó a una cantidad a tanto alzado de 3 millones de euros. Para la SAN, la condena debe leerse en el sentido de que España había incumplido poner en marcha las medidas necesarias para la ejecución de la Sentencia de 2014<sup>12</sup>. Pero no era exactamente así, pues el TJUE había indicado previamente que la Comisión Europea había constatado que, con la promulgación del Real Decreto-Ley 8/2017, «el Reino de España había adoptado todas las medidas necesarias para la ejecución de dicha sentencia», con lo cual había desistido parcialmente de su recurso en lo que hacía a la multa coercitiva y solo lo mantuvo en lo referente a una multa a tanto alzado por el retraso producido<sup>13</sup>.

Igual podríamos decir de la «rotunda condena» del modelo español de las últimas décadas realizada por la STJUE de 11 de diciembre de 2014. Pero tal apreciación la hallamos sistemáticamente en todas las normas, resoluciones y sentencias dedicadas al tema, por lo cual le dedicaré un espacio mayor en el epígrafe siguiente.

## 2. Actores y modelos en las relaciones laborales de la estiba portuaria

Aunque en un debate jurídico parezca fuera de lugar la reflexión sociológica, el purismo kelseniano carece de sentido en los tiempos corrientes, cuando la norma es débil y los tribunales también, sobre todo en un ámbito tan transido de los aires transnacionales como el marítimo y portuario. De cualquier modo, y siguiendo a Pound, artífice del movimiento de desjudicialización en los Estados Unidos, el derecho debe responder a necesidades e intereses sociales (1964, p. 355)<sup>14</sup>. Y, sin estar de acuerdo con la crítica a la frialdad y lejanía del

<sup>12</sup> SAN 127/2021, hecho probado sexto:

El TJUE [...] dictó Sentencia de 13 de julio de 2017 [...] en la que, declarando el incumplimiento de España de las medidas necesarias para la ejecución de la Sentencia TJUE de 11 de diciembre de 2014, condenó al Reino de España a pagar la cantidad a tanto alzado de 3 millones de euros.

<sup>13</sup> STJUE de 13 de julio de 2017, asunto C-388/16, Comisión/España, §§ 9 y 10. Ponente F. Biltgen, como en la Sentencia de 2014, asunto C-576/13, de la que trae causa. En § 23 resume:

[...] procede señalar que el Reino de España incumplió las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 260 TFUE, apartado 1, al no haber adoptado, en la fecha en que expiró el plazo señalado en el escrito de requerimiento emitido por la Comisión, es decir, el 20 de septiembre de 2015, las medidas que implicaba la ejecución de la sentencia de 11 de diciembre de 2014 [...].

<sup>14</sup> Al respecto, Macho Gómez (2014); Torre Sustaeta (2021, p. 67).

juez/a que se reprocha al sistema judicial –pues un juez/a debe estar lejos de la pasión y de los intereses–, entiendo que una sentencia debe estar atenta al juego de intereses en presencia, así como de las personas actoras que los esgrimen, para juzgar dentro de la mayor imparcialidad. La propia SAN abandona alguna vez la abstracta descripción de hechos y normas para entrar en las estadísticas, una forma velada de captar la realidad<sup>15</sup>.

Como ocurre en otros sectores de actividad, el modelo de relaciones industriales de la estiba en los puertos del Estado no responde al estereotipo de una gran patronal frente a las dos grandes federaciones sindicales de UGT y CC. OO., sino que se dispersa en varias patronales frente a múltiples federaciones sindicales, a pesar de que el universo portuario se constriñe a unas 6.500 personas estibadoras frente a 160 empresas o filiales de empresas de manipulación de mercancías<sup>16</sup>.

Tanto en la negociación colectiva como en el conflicto sobresalen dos organizaciones líderes entre el personal de estiba y las empresas como son la Coordinadora Estatal de Trabajadores Portuarios (CETP) y la ANESCO, decididas partidarias de la negociación colectiva, aun cuando a la última le ha costado dos escisiones importantes: la primera en 2013, la Plataforma de Inversores en Puertos Españoles (PIPE), liderada por las financieras JP Morgan y First State Investments, y la segunda en 2017, la ASOPORT, liderada por la naviera asturiana Ership<sup>17</sup>. Ninguna de estas dos asociaciones en cuanto tales participan en la negociación colectiva, antes bien disienten de ella y utilizan sus contactos con la Administración y las instancias europeas para frenar los aspectos contrarios a sus intereses económicos. En especial, la plataforma de inversores PIPE no parece asumir la forma de una organización empresarial al uso, sino ser más bien un grupo de opinión –o de presión, según se mire–, y estuvo desde su aparición muy empeñada en llevar al gran público las peculiaridades más chirriantes del «*status* de estibador», en especial de los altos salarios y las fórmulas de admisión sesgadas. ASOPORT, por su parte, se escinde por concretas desavenencias con ANESCO en la negociación del IV AME y actúa en el ámbito negociador mediante denuncias ante las autoridades, la CNMC y la jurisdicción<sup>18</sup>. Cabe decir, pues, que ambas asociaciones, PIPE y ASOPORT, representan el modelo de organización de conflicto o controversia, en tanto que ANESCO representa el modelo de organización de

<sup>15</sup> Por ejemplo, fundamento jurídico segundo.

<sup>16</sup> Puertos del Estado, Registro general de empresas prestadoras de servicios portuarios, donde hay registradas 667 empresas o filiales de empresas, entre las que se cuentan, además de las de manipulación de mercancías, otras que se dedican a actividades más o menos próximas, como amarre y desamarre, recepción de desechos, suministro de combustible, etc. Como actividades muy diferenciadas habría que añadir el remolque y el practicaaje. No aparecen en el registro las empresas consignatarias de buques, las de agencia o las de aduanas.

<sup>17</sup> En realidad, el grupo Ership formaba ya parte de la anterior escisión de ANESCO, PIPE.

<sup>18</sup> Así, entre sus últimas intervenciones se encuentra el haber facilitado el borrador del V AME a la autoridad administrativa.

negociación o consenso, aun teniendo claro que tales modelos no son nunca puros en los ámbitos laborales.

Es difícil medir la representatividad de estas patronales, y solo cabe indicar que al menos la CNMC reconoce a ANESCO el 100 % de la representatividad empresarial en la negociación del 2020<sup>19</sup>.

En cuanto a los sindicatos, existe una gran distancia de representatividad entre CETM y los restantes, pues la Coordinadora dispone de un 78,7 % y un 82,5 % de representatividad en las Comisiones negociadoras del IV y V Acuerdo Sectorial Estatal, respectivamente<sup>20</sup>, en tanto que los demás sindicatos negociadores disponían de porcentajes que variaban entre el 8,2 % de UGT o el 4,4 % de CC. OO. y el 0,9 % de ELA.

Dicho en otros términos, la negociación colectiva portuaria queda unificada en torno a dos grandes asociaciones, ANESCO para las empresas y CETM para las personas estibadoras, con una notable disciplina central y vertical: las organizaciones empresariales ASOPORT y PIPE prefieren influir desde fuera de las negociaciones, a veces con resultados importantes, como la propia SAN aquí comentada, que interviene a demanda de ASOPORT<sup>21</sup>. Y los sindicatos minoritarios han admitido el liderazgo de CETM, salvo en ocasiones en que algunos sindicatos han preferido no firmar o actuar por su cuenta. En un segundo nivel, los convenios locales, de cada puerto individual, desarrollan lo convenido a nivel estatal sin salirse de sus coordenadas, en una rotunda unidad de acción que parece solo alterada respecto al puerto de Barcelona<sup>22</sup>.

Pero el panorama no queda completo con la presentación de los actores directos o, si se quiere, de los actores presentes en el escenario; desde bambalinas, y en todo momento, han

<sup>19</sup> CNMC, Resolución del Consejo, Sala de Competencia, de 18 de septiembre de 2020, expte. S/DC/0619/17, Acuerdo Marco de la Estiba (p. 9):

La asociación (ANESCO) está integrada por 36 empresas prestadoras del servicio de manipulación de mercancías y por las SAGEP de los puertos de Barcelona, Valencia, Algeciras, Tenerife y Las Palmas [...]. Ostentaba un 100 % de representatividad de la parte empresarial y lo sigue ostentando a los efectos de la actual negociación del V Acuerdo.

<sup>20</sup> CNMC, Resolución del Consejo, Sala de Competencia, de 18 de septiembre de 2020, expte. S/DC/0619/17, Acuerdo Marco de la Estiba (p. 10).

<sup>21</sup> «El objetivo planteado por ASOPORT en su denuncia era que determinadas disposiciones del IV Acuerdo Marco fueran expulsadas "expresa y definitivamente" del ordenamiento jurídico, máxime al no haberse adaptado el V Acuerdo Marco a las recomendaciones de la CNMC», dice ACE (Asociación de Cargadores de España, 2021).

<sup>22</sup> *Vid.* Resolució de 4 de juny de 2020, per la qual es disposa la inscripció i la publicació del Conveni col·lectiu de treball del sector de les empreses estibadores portuàries de la província de Barcelona, per als anys 2019-2022 ... subscrit d'una banda per l'Associació d'Empreses Estibadores Portuàries de Barcelona, i d'altra banda, pels sindicats OTEP, Organización de Trabajadores de Empresas Portuarias, i USTP, Unión Sindical Trabajadores del Puerto.

actuado en el gran conflicto de los puertos españoles otras fuerzas de enorme potencia jurídica que han logrado lo que en otra ocasión he llamado una «reconversión inducida» (Ojeda Avilés, 2019, cap. 1). Una es la Comisión Europea, empeñada desde hace tiempo en unificar en torno a una «liberalización» el quehacer de la estiba, seguramente para abaratar costes, pero también para contentar a los grandes *lobbies* financieros y consorcios internacionales de armadores. Desde hace ya bastantes años, la Comisión viene intentando la promulgación de una directiva sobre el trabajo portuario, en paralelo con la directiva ya existente sobre el *handling* de aeropuertos, a lo que se niega el Consejo. Tal directiva vendría basada en la libre competencia y demás principios comunitarios, sin parar mientes en que durante ese lapso de tiempo ha crecido el respeto a los derechos humanos, sociales y laborales, al abrigo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y también de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS)<sup>23</sup>. Por ejemplo, España ha ratificado después de largos años la Carta Social Europea revisada (BOE de 11 de junio de 2021) y el Protocolo adicional a la Carta Social Europea sobre reclamaciones colectivas (BOE de 28 de junio de 2021), a cuya virtud se concede legitimidad a los sindicatos y organizaciones empresariales nacionales e internacionales, así como a las organizaciones no gubernamentales (ONG) registradas para denunciar ante el CEDS las inaplicaciones de la Carta Social Europea por un país miembro del Consejo de Europa.

En paralelo, el Gobierno del país no ha permanecido neutral en la fijación de las nuevas relaciones laborales de las personas estibadoras. Se dirá que la reiterada normativa que arranca con el frustrado RDL 4/2017 resulta de la enérgica condena del TJUE contra el sistema imperante hasta el momento, y bien que lo recalca en todas las exposiciones de motivos de sus normas, como hacen al mismo tiempo la CNMC y los tribunales en sus pronunciamientos. Pero tan nítida defensa decae algo cuando advertimos que la denuncia de la Comisión de la que parte el proceso judicial en Luxemburgo viene a su vez motivada por otra denuncia anónima de actores desconocidos a los que alguna prensa ha vinculado con bufetes madrileños vinculados con el Gobierno<sup>24</sup>. De modo que cabría afirmar que el conflicto actual aparentemente tiene su origen en la Comisión Europea, pero si vamos más al fondo observaremos que su denuncia ante el TJUE contra España fue el resultado de una denuncia procedente de un tercero: el conflicto habría comenzado «en 2009, cuando la Comisión Europea recibió una denuncia anónima sobre la exclusividad que tienen los estibadores españoles en las labores de carga y descarga, y la elevó al TJUE al considerar que este sistema conculca las normas de la competencia» (Gómez, 2014). Un Gobierno que también actuó presencialmente en el conflicto cuando se sentó en la mesa de mediación del Consejo Económico y Social, ausentándose posteriormente y dejando así maltrecho al acuerdo final, y que, no obstante, tuvo tanta trascendencia que su inserción como anexo en el RDL 8/2017 permitió desbloquear el *impasse* parlamentario de su convalidación y vino luego incorporado en el texto del RDL 9/2019.

<sup>23</sup> Vid. Churchill y Khaliq (2004); Cullen (2009); De Schutter y Sant'Ana (2011); Jimena Quesada (2015).

<sup>24</sup> La agencia de noticias Europa Press aseguraba tratarse de una denuncia anónima.

### 3. Dos grandes argumentos fallidos

La SAN se fundamenta en dos argumentos madurados hace tiempo: uno es el de que el tribunal de justicia europeo condenó enérgicamente a España en su Sentencia de 2014; el otro es el de que la subrogación forzosa que se pretende con la disposición adicional séptima del AME no tiene cabida en el marco jurídico del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET), al tratarse de una figura absolutamente distinta.

#### 3.1. La sentencia condenatoria del TJUE

La sentencia que comentamos se une a la saga de pronunciamientos para los cuales hay un punto de inflexión con la condena del sistema español de las SAGEP por la sentencia del tribunal europeo en 2014. Según la AN, la STJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-576/13, consideró que la normativa española del momento impedía recurrir libremente al mercado laboral e incumplía el artículo 49 del TFUE, de donde condenó a España por incumplir dicho artículo al imponer a las empresas estibadoras extranjeras –como, por lo demás, también a las españolas– obligaciones para operar consistentes en la inscripción forzosa en una SAGEP portuaria, la contratación prioritaria de personal estibador puesto a disposición de la SAGEP y un mínimo además de carácter permanente<sup>25</sup>.

Suprimidas las SAGEP, y una vez terminado el plazo otorgado por los reales decretos-leyes para operar el trasvase de su personal, el debate se mantiene respecto a similares obligaciones para las empresas estibadoras, y entre ellas las extranjeras, creadas por la nueva disposición adicional séptima que se incorporó *a posteriori* al texto del IV AME, considerada contraria al nuevo «marco de liberalización del régimen» (SAN 127/2021).

A tenor de dicha disposición adicional, las empresas estibadoras que decidieran separarse de la antigua SAGEP habrían de asumir al cupo de personal estibador de esta que le correspondiera en función de su participación accionarial en la misma, que está determinada por su nivel de actividad operativa. Y contra ella va dirigida la argumentación de la AN.

Pues bien, el tribunal español acude al envite con ayuda de un refuerzo inesperado, al que por razones dialécticas abordaremos en primer término. Cita analógicamente en su apoyo a otra sentencia del TJUE muy reciente, la de 11 de febrero de 2021, en los casos C-407/19 y C-471/19, Katoen Natie Bulk Terminal y otros contra Bélgica, donde se condena el sistema de este país de un registro prioritario de personal estibador seleccionado por una comisión administrativa formada paritariamente por representantes de las personas trabajadoras y de empresas de la estiba.

<sup>25</sup> SAN 127/2021, de 31 de mayo. Olvida una cuarta obligación que señala el TJUE en seguimiento de la denuncia de la Comisión: el participar en el capital de la SAGEP (*vid.* fallo de la STJUE).

La Audiencia toma sesgadamente el párrafo de ella en el que se critica tal sistema porque la representación de las personas trabajadoras en tal comisión pertenece a las personas estibadoras ya reconocidas (incluidas en el registro), por lo cual cabe dudar de su imparcialidad, y en verdad que el sistema belga sufre esta y otras posibles críticas desgranadas por el TJUE, como la de establecer un cupo máximo de integrantes del registro, la distinción entre personas trabajadoras registradas –en régimen de estabilidad– y no registradas pero admitidas –en régimen de precariedad–, la inexistencia de plazos dentro de los que la comisión deba pronunciarse, la restricción a solo el recurso judicial contra las decisiones de la comisión<sup>26</sup>, o la no capacidad de los miembros de ella para juzgar el nivel técnico de las personas estibadoras seleccionadas.

Lo que no dice, quizá por parecerle suficiente lo primero, es que el planteamiento de la sentencia europea contra Bélgica parte de la afirmación de que los artículos 49 y 56 del TFUE no se oponen a la obligación de valerse de personas trabajadoras registradas («reconocid[a]s») si la selección vino hecha merced a criterios objetivos y no se limitó el cupo a un número fijo, requisitos que no se cumplen en el sistema belga<sup>27</sup>. De modo que el fallo de la sentencia europea va por un camino muy diferente al expuesto por la Audiencia:

Los artículos 49 TFUE y 56 TFUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que obliga a las personas o empresas que deseen ejercer actividades portuarias en una zona portuaria, incluidas las tareas ajenas a la carga y descarga de barcos en sentido estricto, a valerse únicamente de trabajadores portuarios reconocidos como tales conforme a las condiciones y modalidades fijadas en aplicación de esta normativa, siempre que dichas condiciones y modalidades, por una parte, se basen en criterios objetivos, no discriminatorios, conocidos de antemano y que permitan a los trabajadores portuarios de otros Estados miembros demostrar que cumplen, en su Estado de origen, exigencias equivalentes a las aplicadas a los trabajadores portuarios nacionales y, por otra parte, no establezcan un contingente limitado de trabajadores que puedan ser objeto de tal reconocimiento.

Tampoco la sentencia primigenia del TJUE, la de 2014, tiene el sentido que con tanto ahínco viene sosteniendo la CNMC y ha arrastrado tras de sí a la Audiencia e incluso al Supremo en alguna ocasión. Ante todo, la Comisión como recurrente exploraba una base jurídica que no era la seguida anteriormente, pues en el célebre caso Bécu y otros se había intentado la vía de la infracción a la libre competencia, fundamento que el TJUE había rechazado por inmotivado en su Sentencia de 16 de septiembre de 1999 (asunto C-22/98): el artículo 90 del Tratado CE –decía el fallo de esta sentencia–:

<sup>26</sup> Todas estas críticas en § 94 de la sentencia europea.

<sup>27</sup> STJUE de 11 de febrero de 2021, § 76.

[...] debe interpretarse en el sentido de que no confiere a los particulares el derecho a oponerse a la aplicación de una normativa de un Estado miembro que, para la realización de trabajos portuarios, les obliga a emplear exclusivamente a trabajadores portuarios reconocidos, como los referidos en la Ley belga de 8 de junio de 1972, por la que se organizan las labores portuarias, y a pagar a estos una retribución que supera ampliamente los salarios de sus propios empleados o los que pagan a otros trabajadores<sup>28</sup>.

Derecho de establecimiento de otra ciudadanía comunitaria y derecho de competencia entre empresas se mantienen distinguidos en los diversos tratados europeos, de modo que la prohibición de monopolios o cárteles, o de posiciones dominantes, pertenecen al segundo pero no al primero<sup>29</sup>. En nuestro caso, un mínimo resquicio en la regulación del derecho de establecimiento permitió a la CNMC conectar, o al menos así lo entendió ella, con la libre competencia y su ley española de monopolios y posiciones dominantes. Me refiero a la posibilidad de entender que las empresas de otros países europeos, incluso aunque reciban el mismo trato que las españolas, pueden hallar excesivamente costoso el trato igual, de manera que influya en su decisión de no establecerse en el país en concreto. En palabras de la STJUE:

[...] el artículo 49 TFUE se opone a cualquier medida nacional que, aun cuando se aplique sin discriminación por razón de la nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales comunitarios, de la libertad de establecimiento garantizada por el tratado<sup>30</sup>.

Expuesto de esta forma, el peligro de disuadir del derecho de establecimiento o de hacerlo menos atractivo exige por supuesto un ejercicio de concreción de lo que a todas luces

---

<sup>28</sup> En el puerto de Gante, Bécu y otras empresas habían contratado directamente a personas estibadoras sin seguir lo establecido por la Ley de 1972, bajo la cual incurrían en responsabilidad penal las empresas que la infringieran, y el fiscal las había acusado criminalmente ante el Correccionale Rechtbank van Gent y después ante el Hof van Beroep te Gent, el cual decidió someter la cuestión prejudicial ante el TJUE. Se daba la circunstancia de que algunas de aquellas empresas empleaban a personas estibadoras registradas para las labores propiamente de estiba de barcos, mientras que para:

[...] la carga y descarga del depósito, el pesaje, el desplazamiento, el mantenimiento de las instalaciones, las actividades en los silos y en el puente basculante, la carga y descarga de trenes y camiones, se vale no de trabajadores portuarios reconocidos sino de trabajadores que contrata directamente o de trabajadores temporales puestos a su disposición por Adia Interim, agencia belga de colocación de trabajadores temporales (§ 15).

El registro de personas estibadoras del puerto se nutría de la selección realizada por una comisión paritaria de personas empresarias y estibadoras.

<sup>29</sup> En el TFUE vigente, el derecho de establecimiento se halla en los artículos 49 y siguientes, mientras que el derecho de la competencia se encuentra básicamente en los artículos 101 y 102.

<sup>30</sup> STJUE de 11 de diciembre de 2014, § 27, refiriendo a su jurisprudencia reiterada.

es un concepto jurídico indeterminado, así como de indicar posibles excepciones, que el Reino de España atisba en la estabilidad de las personas trabajadoras y en la seguridad de las personas y cosas, si se emplearan trabajadores/as poco experimentados. Argumentos que admite el TJUE, para a renglón seguido entender que, pese a todo, las medidas del sistema español son excesivas, pues para tal estabilidad y seguridad bien se puede acudir a medidas menos gravosas, como, por ejemplo, que las propias empresas estibadoras gestionen las oficinas de empleo y organicen la formación de sus personas trabajadoras, o la posibilidad de crear una reserva de personas trabajadoras gestionada por empresas privadas que funcionen como agencias de empleo temporal.

Todo esto parecería innecesario de comentar una vez dictados el RDL 8/2017 y el RDL 9/2019, que acaban con la SAGEP e introducen la libre contratación, si no fuera porque las propias empresas han pactado lo que es lugar común en otros sectores, la subrogación de plantillas de parte de su personal –por ejemplo, el personal de seguridad o el de limpieza–. La disposición adicional séptima del IV AME lo establece así, y es el aspecto más importante de la contratación colectiva que la AN declara nulo.

Pero no anticipemos el debate y volvamos al argumento de la STJUE. Esta alude a que serían medidas aceptables bajo el derecho de libre establecimiento el que las propias empresas estibadoras gestionaran las oficinas de empleo, o que crearan una «reserva de trabajadores» gestionada por una agencia de empleo temporal de donde se dotaran de la mano de obra. Ahora bien: el TJUE parece tener *in mente* el viejo sistema de colocación sindical, el sindicato como agencia de colocación, algo que se remonta a los tiempos de los gremios y las hermandades de oficiales en su control de los empleos locales; o bien piensa en las oficinas de empleo públicas de adjudicación forzosa. En todo caso, el TJUE no conoce, o ha tenido un fugaz olvido, que las SAGEP y la CPE están formadas por las empresas de la estiba y tienen forma de sociedades anónimas las primeras y de empresas de trabajo temporal (ETT) las segundas. Incluso la patronal mayoritaria de la estiba, ANESCO, tiene afiliadas a ella a varias SAGEP que ahora serán CPE.

En todo caso se trata solo de una sugerencia que no obvia el verdadero objetivo del TJUE: infringen el derecho de establecimiento por excesivos tanto el ingreso forzoso en las SAGEP por las empresas, *volens nolens*, como su contribución financiera en función de su porcentaje de actividad de personas estibadoras, la contratación a través de la SAGEP y sus sucesoras (ahora condenada por la Audiencia), y la contratación como personal permanente de un porcentaje de personas estibadoras en función de los ratios de actividad de la empresa.

Pero el TJUE no pretende con tal condena prohibir a las agencias de colocación «prioritarias» formadas por las empresas, ni a las ETT creadas de igual forma. Solo condena lo que condena, la adscripción forzosa de las empresas comunitarias no españolas y los demás requisitos de pertenencia y uso vigentes hasta hace bien poco. Esa agencia prioritaria podría dejar fuera de su accionariado a las empresas extranjeras, aunque evidentemente sus

tarifas serían diferentes respecto a ellas sin que pudiéramos considerarlas discriminatorias<sup>31</sup>. Y competiría con la contratación directa y con las ETT, como ocurría también hasta ahora con las listas de suplencia en los puertos españoles. Y solo afectaría a las empresas extranjeras, sin que pudiéramos lesionar el derecho de competencia.

Tampoco parece apropiada la aplicación de los preceptos sobre monopolios o abuso de posición dominante de la legislación antitrust, como hace la CNMC y por extensión la AN, so pena de que entremos en contraste con la doctrina del TJUE en cuanto a registros prioritarios en los puertos con selección objetiva de personas candidatas y demás requisitos ya vistos.

Bien es cierto que los procedimientos de ingreso en los registros de personas estibadoras vienen siendo sometidos a razonables críticas sobre el nepotismo y abuso en la adjudicación de vacantes, una crítica que solo puede entenderse como una dejación de las empresas, agrupadas en las SAGEP anteriormente, de sus facultades de decisión, y que parecen haber sido erradicadas tras quedar sensibilizada la opinión pública por tales abusos. Y si a nivel local de los diversos puertos la voz decisoria de las adjudicaciones de puestos la llevan los comités de empresa, hay un trámite de consulta y eventualmente de veto ostentado por la Comisión Paritaria Estatal, que, como su nombre indica, tiene una composición con igual número de miembros de personas empresarias y trabajadoras. Para otro comentario quedaría la cuestión de hasta qué punto son delegables en favor de terceras personas algunas potestades secundarias de la empresa, cuando son libres y buscan un cierto interés empresarial.

En síntesis, la AN ha declarado la nulidad *de iure* de varios artículos que contravenían en aspectos esenciales a la legislación de 2017 y 2019, y ha utilizado para ello una sentencia europea cuyos pedimentos son mucho más tenues, por cuanto muy comprometidos, que los resultados a que llega la sentencia nacional.

### 3.2. La no subsunción en el artículo 44 del ET de la subrogación forzosa de personas estibadoras

Transcurrido el periodo transitorio concedido por el RDL 9/2019<sup>32</sup> para la subrogación forzosa y proporcional a su nivel de negocio del personal de las SAGEP en las plantillas de las empresas que decidieran separarse de estas, se negoció por ANESCO y los sindicatos

<sup>31</sup> Cabría establecer una analogía con el *agency fee* en las empresas norteamericanas donde el convenio contempla la necesidad de estar afiliado al sindicato firmante (*agency shop*) o, alternativamente, pagar una cuota por beneficiarse del convenio.

<sup>32</sup> 9 meses más, disposición adicional segunda, además del plazo inicial de 1 año concedido por el RDL 9/2017 y de los 6 meses más de la disposición final cuadragésima tercera de la Ley 6/2018.

la disposición adicional séptima del IV AME por la cual se mantenía la subrogación «voluntaria de los trabajadores» y forzosa de las empresas cuando alguna empresa terminara su pertenencia a la SAGEP, en proporción a su participación accionarial en esta. Para la SAN 127/2021, al haber transcurrido el plazo previsto por el real decreto-ley, la subrogación establecida en el IV AME carece de soporte legal y, «como declara la CNMC», constituye una medida «injustificada, desproporcionada y discriminatoria» que afecta a la libertad de contratación de personas trabajadoras portuarias y a la libertad de las empresas estibadoras de participar o no en sociedades cuyo objeto social sea la puesta a disposición de tales personas empleadas.

Añade la Audiencia (SAN 127/2021) que la diferencia entre esta y otras subrogaciones similares estriba en que la de estibadores garantiza el empleo de manera «absoluta, incondicionada y totalmente desligada» de la actividad real de las empresas afectadas. No hay, en otros términos, una transmisión de actividad entre operadoras, sino que el hecho causante es «la mera separación», por lo que nos hallamos ante una carga arbitraria e injustificada, apostilla la AN.

El argumento parece obviar el hecho de que la cuota de personas trabajadoras transferida se calcula a tenor de la participación accionarial en la antigua SAGEP, que a su vez era plasmación del volumen de actividad de la empresa en el puerto<sup>33</sup>. En efecto, cuando una operadora portuaria deseaba entrar en un puerto a ejercer sus actividades y no contaba con personal y utillaje para contratar una licencia de muelle propio, debía ingresar en la SAGEP de entonces, ahora reconvertidas en CPE, para lo cual debía adquirir un número de acciones proporcional a la actividad que iba a desarrollar. La pretendida diferencia con otras subrogaciones convencionales como existen en nuestro ordenamiento a virtud de los convenios colectivos no existe, y en todos los casos se trata de una cesión de actividad que puede por analogía regirse por el artículo 44 del ET.

Hay una cierta diferencia debida a la naturaleza de intermediaria de la SAGEP –ahora CPE–, pues sus personas trabajadoras son enviadas a trabajar en las empresas portuarias, y no empleadas directamente por la titular de los contratos, por lo que la transmisión jurídica no se produce directamente entre empresas estibadoras cedente y cesionaria. La relación es titular-titular, pero la primera tiene el marchamo de empleadora nominal. No obstante, en el ámbito de las subrogaciones del artículo 44 del ET se producen desviaciones aún mayores que la expresada, como, por ejemplo, la intermediación judicial de empresas en quiebra, que, sin embargo, han venido aceptadas por la jurisprudencia. Indica Nores Torres (2020, p. 92)

<sup>33</sup> 50% en proporción al número de titulares de licencias en el puerto y 50% en proporción al grado de utilización temporal de la plantilla, medido en volumen de facturación: artículo 143 de la Ley de puertos, texto no vigente en la actualidad. En la disposición adicional séptima se simplifica el cálculo, que viene a ser «el porcentaje de participación de la empresa estibadora en el capital social de la SAGEP», con una distribución en categorías y especialidades «en función de las empleadas por la empresa separada de la SAGEP durante los 12 meses anteriores a la fecha de comunicación de la separación».

que, si bien las primeras interpretaciones judiciales se movieron en la línea de entender que el cambio debía derivar de un negocio jurídico directo entre cedente y cesionario, la evolución posterior llevó a admitir que el requisito también se entendía satisfecho en los casos en que la alteración resulta de un negocio indirecto o con intervención de terceros, como la fusión por absorción, recogida en el propio artículo 44 del ET<sup>34</sup>, o el concurso público y adjudicación posterior<sup>35</sup>, o la reversión de servicios.

Por otro lado, la «sucesión de plantillas», como se denomina también al fenómeno, recogido por numerosos convenios colectivos, de transmisión de personal en actividades donde el capital humano supera en importancia al capital fijo, hace ya tiempo que viene admitida por la jurisprudencia nacional y europea siempre que se afecte a una parte importante del personal del cedente, tanto en número como en competencias<sup>36</sup>, y sea aplicable el mismo convenio que la dispone a la empresa saliente y a la entrante. El único problema que aún no se ha resuelto consiste en decidir si en tales casos una regulación convencional puede prescindir de alguno de los elementos establecidos en el artículo 44 del ET, y en concreto el de la responsabilidad solidaria entre empresa cedente y cesionaria por deudas de la cedente. La STS de 27 de septiembre de 2018 (rec. 2747/2016), a la que siguen otras posteriores, ha cambiado de criterio respecto a la exigibilidad de tal responsabilidad, en sentido afirmativo, por más que el requisito no aparezca en la Directiva 2001/23/CE, de mantenimiento de los derechos de las personas trabajadoras en la transmisión de empresa, aunque sí en el referido artículo 44 del ET<sup>37</sup>. De cualquier modo, nos alejamos del punto en discusión en este análisis, que consiste en verificar si la transmisión de plantillas fijada por el IV AME puede encuadrarse en el artículo 44.

No parece que la Audiencia haya meditado demasiado en los requisitos auténticamente exigidos por la jurisprudencia, de transmisión de unidad patrimonial sustantiva. La cesión por la SAGEP a una de las unidades de actividad (la empresa saliente) del personal requerido por esta habitualmente, por mínimo que sea, integra ese requisito. Quizá las personas estibadoras asignadas no sean exactamente las que hubieran trabajado con más asiduidad

<sup>34</sup> En este sentido, *vid.* STJUE de 19 de mayo de 1992, asunto C-29/91, caso Redmond-Stichting.

<sup>35</sup> Sentencia del TS (STS) de 10 de abril de 2018 (rec. 2287/2015).

<sup>36</sup> La jurisprudencia del TJUE se nutre principalmente de casos españoles: así, después de la Sentencia de 11 de mayo de 1997, asunto C-13/95, caso Sützen, siguen otras varias de entre las que cabe señalar las de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97, caso Hernández Vidal y otros; de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96, caso Sánchez Hidalgo y otros; de 29 de julio de 2010, asunto C-151/09, caso FSP-UGT/Ayuntamiento de La Línea; o de 20 de enero de 2011, asunto C-463/09, caso Martín Valor. En la jurisprudencia española, las sentencias más importantes han sido las del TS de 21 de octubre de 2004 (rec. 5075/2003), 27 de octubre de 2004 (rec. 899/2002) o 17 de enero de 2018 (rec. 171/2017). Al respecto, *vid.* Nores Torres (2020, p. 95).

<sup>37</sup> La posibilidad de imponer tal responsabilidad solidaria se contempla como factible en la directiva (art. 3.1), y España es uno de los países que ha hecho uso de ella, pero no se trata de una obligación impuesta por la norma comunitaria.

para esta operadora, pero es la misma situación que ocurre habitualmente con la nueva contratista en las subrogaciones de plantilla que contemplan los convenios; en todo caso, la organización empresarial o estructura operativa se organiza no bien queda despejado el número de personas estibadoras asignado a la saliente<sup>38</sup>.

## 4. Convenios *erga omnes* y monopolio mercantil

Hasta cierto punto, la vinculación general de lo establecido en un convenio colectivo puede desorientar a un mercantilista cuando se enfrenta al hecho de que los convenios colectivos «estatutarios» –como suelen denominarse para distinguirlos de los de eficacia limitada– «obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia» (art. 82.3 ET). El que un convenio negociado y firmado por una organización empresarial mayoritaria, por ejemplo, ANESCO, pueda obligar a una empresa que no pertenece a ella o que incluso milita en una organización rival que lucha por invalidar lo firmado puede romper estructuras centenarias de la economía libre de mercado, y más aún cuando sabemos que la eficacia *erga omnes* no es la habitual, sino justamente la contraria, en la mayoría de los países del mundo. Pero a nosotros nos basta con que en España se encuentre en vigor y goce de buena salud desde hace décadas, y que países como Estados Unidos también la tengan en su legislación.

La confusión llega a sus límites cuando advertimos que, en el mismo ámbito económico y europeo, uno de los pilares de la Unión Europea es el derecho a la libre competencia mercantil, y que en nuestro país se acaban de incrementar las multas por restricciones de la competencia en acuerdos de distribución y abusos de posición de dominio en la reforma

<sup>38</sup> Disposición adicional séptima.2 del IV AME:

[...]

(iii) Una vez determinado el número total de trabajadores objeto de subrogación, se concretará su distribución por categorías y especialidades en función de las empleadas por la empresa separada de la SAGEP durante los 12 meses anteriores a la fecha de la comunicación de separación, con objeto de que la combinación de trabajadores que se le asignen tras la separación resulte adecuada a las necesidades operativas de la empresa conforme al dato objetivo acreditado durante el indicado período.

[...]

(v) Una vez determinados el número de trabajadores por categorías y, en su caso, especialidades, la SAGEP hará pública la oferta de subrogación de la empresa saliente. La aceptación de la oferta será voluntaria para los trabajadores y, en el caso de que el número de voluntarios sea superior al de puestos a cubrir por cada categoría y especialidad, tendrá preferencia, alternativamente, el de mayor y menor antigüedad en la SAGEP.

Sobre la subrogación convencional, *vid.* Aragón Gómez (2017); García Romero (2002); Gorelli Hernández (2019); Miñarro Yanini (2016); Sanguineti Raymond (2006); Yagüe Blanco (2019).

de la Ley de defensa de la competencia 15/2007 en virtud del RDL 7/2021, que además incrementa las facultades de investigación de la CNMC. Un convenio colectivo que impone sus acuerdos a otras empresas y personas trabajadoras del mismo ámbito puede ser visto como una práctica colusoria, un acuerdo monopolístico o un abuso de posición dominante, porque los convenios «estatutarios» exigen para su eficacia general el que las partes firmantes detenten la mayoría representativa en el ámbito considerado. Y eso es precisamente lo que condenan y persiguen tanto el artículo 101 del TFUE como la Ley 15/2007 y su agente ejecutor, la CNMC. Era casi inevitable que la CNMC interviniera con semejante pie cambiado en el mundo de los convenios laborales y que, en el punto álgido de su fe mercantil, impusiera elevadas sanciones a los negociadores de unos acuerdos como los de la estiba. Sin tener en cuenta el pronunciamiento de la STJUE de diciembre de 2014, de que el problema de la estiba tiene que ver con el derecho de establecimiento de las empresas comunitarias y no con el derecho de la competencia, la CNMC ha entrado en el espacio portuario esgrimiendo la legislación antimonopolio, y a su fe inquebrantable ha conseguido alistar también a la AN, que constantemente habla de prácticas monopolísticas en la negociación y las cláusulas del IV AME. Sin duda de que en unos primeros pasos cabría reconocerle argumentos suficientes para al menos dudar de su competencia en estas materias, por ejemplo, cuando impone multas millonarias por la negociación de un pacto de eficacia limitada («extraestatutario», sin mayoría representativa en el sector) que pretende imponerse a todos los actores<sup>39</sup>, o cuando ataca a la eficacia del acuerdo sobre sujetos que no pertenecen al ámbito de la estiba, en el más amplio ámbito de los servicios portuarios<sup>40</sup>.

Lo que ya no parecía tan inevitable era que utilizara para sus meritorios esfuerzos el «control de convencionalidad», tan en boga en estos tiempos<sup>41</sup>, y que para ello acudiera nada menos que a la sentencia Albany de 21 de septiembre de 1999, asunto C-67/96, en los párrafos donde el TJUE declara la vigencia de la competencia mercantil, y afirmando que los sindicatos son empresas, excepto para cuestiones como los salarios o las condiciones de trabajo<sup>42</sup>. Para la CNMC, hay unos límites en la salvaguarda de los convenios, y más allá de los aspectos puramente laborales (como los salarios, vacaciones, jornada u organización

<sup>39</sup> CNMC contra Convenio del puerto de Vigo 2016, que la autoridad portuaria viguesa calificaba como extraestatutario. La CNMC utiliza el artículo 1 de la Ley de defensa de la competencia en su apartado de abuso de posición dominante.

<sup>40</sup> CNMC contra firmantes del IV AME inicial, Resolución de 24 de septiembre de 2009, previa denuncia del organismo Puertos del Estado. Pese a discutirse la inclusión en el ámbito de la estiba de las empresas de servicios portuarios no directamente implicadas en la carga y descarga de buques (por ejemplo, carga y descarga en almacenes, o de trenes y camiones; servicios de limpieza de contenedores, o de reparación y limpieza de buques; servicios de amarre y desamarre; descarga de petroleros *off-shore*, etc.), en alguna jurisprudencia del TJUE se acepta que los convenios de la estiba las incluyan.

<sup>41</sup> *Vid.* Goerlich Peset (2021b); Molina Navarrete (2021).

<sup>42</sup> Remito para un análisis más extenso a Ojeda Avilés (2019, pp. 186 y ss.); para la sentencia Albany y su doctrina, a Arrigo (2018, pp. 242 y ss.); y a Bruun y Hellsten (2001, pp. 33 y ss.), sobre las sentencias Albany, Brentjens y Drivvende Bokken.

del trabajo), la prohibición de pactos colusorios, abusos de posición dominante o prácticas monopolísticas entra a regir plenamente. No parece advertir que esa sentencia encaraba un complejo problema, el del convenio del sector textil holandés donde se adjudicaba la atención sanitaria de todo el sector a una sola entidad sanitaria, lo que había provocado el recurso de la empresa Albany que tenía suscrito una mejor cobertura con otra entidad sanitaria. Y el TJUE resuelve que la Seguridad Social es también un ámbito típicamente laboral, por lo que el convenio de adjudicación era intocable. De tal forma derriba de un plumazo los intentos de establecer unos límites magros, exiguos, en donde la negociación colectiva no se puede reconocer en su identidad milenaria<sup>43</sup>, ni tampoco en las leyes laborales comunes, si pensamos en el artículo 85 del ET. Reconoce, de pasada, que puede haber una posición dominante, pero que ello no infringe los pedimentos de la libre competencia si no se hace de ello un ejercicio abusivo<sup>44</sup>.

Otras sentencias han seguido a la Albany, pero la CNMC solo destaca de la doctrina europea lo que le interesa, convenientemente troceado. Y la AN la sigue, y para su condena total del modelo clásico de la estiba en nuestro país solo tiene una palabra: práctica monopolística.

Establecer condiciones de trabajo para todo el sector, incluso para las personas que no estén afiliadas a las organizaciones firmantes, no es una práctica monopolística ni un abuso de posición dominante, siempre que se refiera a materias laborales y a sujetos dentro de su ámbito. Tal es el efecto *erga omnes* de los convenios firmados por las organizaciones mayoritarias de un sector, y si no hay abuso en sus contenidos, no hay opciones para una intervención de las autoridades de la competencia. De más está decir que no es abusivo el que produzcan un aumento de costes empresariales y que las empresas se apresuren a repercutirlos en las personas consumidoras. Pensar lo contrario, como indica Goerlich Peset (2021a), sería tanto como declarar como colusoria a la negociación colectiva e incluso a todo el derecho del trabajo<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Ya desde la Edad Media existen acuerdos colectivos entre empresarios o maestros y hermandades gremiales que pactan materias como el desempleo, la asistencia a los enfermos, etc. No solo dentro de los gremios, sino también en ámbitos como el comercio marítimo, o incluso la agricultura: *cfr.*, por ejemplo, el concierto en mancomún de cogedores de aceituna de Andrés Hernández y otros, 1579, o el contrato en mancomún de obligación de siega de Alonso Laso y otros, 1590, o los contratos de reclutamiento privado. Podría hablarse de contratos tan antiguos como el de camellero del siglo VII d. C., el de guardador de viñas del siglo I d. C. y los aspectos laborales en ellos contenidos.

<sup>44</sup> Sentencia Albany, § 93, con cita de las SSTJUE de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser; de 18 de junio de 1991, ERT; de 10 de diciembre de 1991, Mercis Convenzionali; de 5 de octubre de 1994, Centre d'insemination de la Crespelle; y de 12 de febrero de 1998, Raso y otros.

<sup>45</sup> Los convenios colectivos generan sobrecostes al establecer límites a la libertad de las empresas, que inciden en las personas usuarias, «pero si se adopta esta perspectiva, la negociación colectiva y, si se me apura, el entero derecho del trabajo quedan bajo sospecha» (Goerlich Peset, 2021a). No es necesario argüir contra aquella visión de libertad comercial a ultranza de las empresas la del carácter no comercial

## 5. La inconstitucionalidad de la transmisión convencional

El último órdago de la SAN consiste en declarar la subrogación convencional, más allá de ilegal, como inconstitucional. Aquí, sin embargo, la Audiencia nos sorprende con un quiebro menos mercantilista, pues se dirige nada menos que a los derechos fundamentales, y, de entre ellos, al derecho de igualdad, del que también gozan las personas jurídicas. Posiblemente, el motivo haya sido el hecho de que la libertad de empresa no consigue ubicarse en el corazón de la Constitución, los derechos superprotegidos de la sección 1, capítulo 2, título I, sino en la sección 2. De cualquier forma, se declara en la sentencia que la disposición adicional séptima del IV AME:

[...] debe ser declarada nula de pleno derecho por vulnerar el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, al introducir la subrogación laboral obligatoria únicamente respecto de los trabajadores de la SAGEP para aquellas empresas que, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria 1.<sup>a</sup> del RD-ley 8/2017, ejerzan su derecho de separación de la SAGEP.

No habría en esa desventaja frente a los nuevos operadores razón objetiva y razonable alguna, porque la única razón de la diferencia sería la mera participación en la SAGEP el día de la entrada en vigor del AME, lo cual provocaría una clara desventaja competitiva frente a las nuevas empresas. El argumento y la declaración de nulidad constitucional no aparece recogido *expressis verbis* en el fallo de la sentencia, que solo habla de nulidad de pleno derecho, pero la expresión tiene la suficiente amplitud como para considerarla comprendida en ella y habilitar para los recursos de inconstitucionalidad oportunos.

Parecen olvidarse una vez más que nos hallamos ante un ambiente laboral a despecho de todas las alegaciones y recortes pretendidos. Por muy libres que las nuevas empresas se hallen de contratar a quienes deseen, ello no las libra de aplicarles el convenio colectivo que corresponda, donde se encuentran los mínimos legales que tan insatisfactorios parecen a los ojos de la CNMC y de la AN. Son mínimos aplicables a todas las personas integrantes del colectivo de la estiba, provengan de donde provengan, y ello les reincorpora al trato igual, en el supuesto de que la subrogación convencional les hubiera producido alguna desventaja. Porque, y este es otro argumento desdeñado en la condena, las personas estibadoras transferidas van a ser en número y cualificaciones las mismas que la empresa saliente venía utilizando en los 12 meses anteriores, señal clara de que no se pretende ningún abuso por las partes negociadoras. Más tarde, si ese porcentaje no quedara ajustado a la nueva realidad portuaria o de la empresa, podría la firma saliente proceder a un expediente de regulación de empleo, extintivo o temporal.

---

del ser humano trabajador y de las nefastas consecuencias de una libertad como la pretendida en los primeros tiempos de la Revolución Industrial.

No se ve, en consecuencia, la gravísima disparidad de derechos entre la empresa saliente y las nuevas empresas del sector. Máxime cuando, a raíz de la STJUE a favor de la exoneración a las empresas comunitarias no españolas del *exceso disuasorio* ya comentado, podrían estas haber reclamado su salida de las condiciones y de la pertenencia a las SAGEP incluso a pesar de los periodos transitorios acordados por el legislador para la reordenación del sector: si por prudencia no lo han hecho, seguramente habrá pesado también la consideración de que cumplir como las españolas no era tan disuasorio como parecía.

Coincide en pocos días esta sentencia con la ratificación por España de la Carta Social Europea revisada y del Protocolo sobre reclamaciones colectivas ante el CEDS, eventos que, como indica Molina Navarrete (2021, p. 30), introducen la posibilidad para sindicatos y ONG registradas de acudir a dicho CEDS, cuya doctrina es contraria a esta mercantilización absoluta de los mercados de trabajo.

## Referencias bibliográficas

- Aragón Gómez, Cristina. (2017). Régimen jurídico aplicable a la sucesión de plantilla que opera por imperativo convencional. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 25, 74-82.
- Arrigo, Gianni. (2018). *Diritto del Lavoro dell'Unione Europea. Parte Generale*. PM Edizioni.
- Asociación de Cargadores de España. (3 de junio de 2021). Subrogación: un «atentado a las libertades» para «perpetuar el monopolio». <https://www.aeutransmer.com/2021/06/03/subrogacion-un-atentado-a-las-libertades-para-perpetuar-el-monopolio/>.
- Ballester Pastor, Inmaculada. (2014). *La relación laboral especial de los estibadores portuarios*. Tirant lo Blanch.
- Bruun, Niklas y Hellsten, Jari (Eds.). (2001). *Collective Agreement and Competition in the EU*. DJOF Publishing.
- Churchill, Robin R. y Khaliq, Urfan. (2004). The Collective Complaints System of the European Social Charter: an effective mechanism for ensuring compliance with economic and social rights? *European Journal of International Law*, 3(15), 417-456. <https://doi.org/10.1093/ejil/15.3.417>.
- Cullen, Holly. (2009). The Collective Complaints System of the European Social Charter: interpretative methods of the European Committee of Social Rights. *Human Rights Law Review*, 1(9), 61-93. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngn042>.
- Fernández Artiach, Pilar. (2020). Los derechos laborales colectivos y las relaciones laborales transnacionales. Competencia judicial y ley aplicable. *Labos*, 1(1), 17-36. <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5296>.
- Fernández Avilés, José Antonio. (2017). *La estiba sigue en conflicto: liberalización de*

- mercados vs. garantías sociales. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 409, 5-14.
- García Romero, Belén. (2002). Ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE, noción de «traspaso» y negociación colectiva (estado de la cuestión tras la STJCE de 24 de enero de 2002, asunto «TEMCO»). *Revista de Derecho Social*, 18, 129-144.
- Goerlich Peset, José María. (17 de junio de 2021 –2021a–). Más entropía en la regulación convencional de la estiba. A propósito de la SAN 127/2021, de 31 de mayo. *El Foro de Labos*. <https://forodelabos.blogspot.com/2021/06/mas-entropia-en-la-regulacion.html>.
- Goerlich Peset, José María. (2021b). (Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial? *Labos*, 1(2), 4-17. <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6044>.
- Gómez, Antonio. (7 de octubre de 2014). El fallo del TJUE sobre los estibadores españoles es «inminente» y probablemente condenatorio, según Puertos. *Observatorio de los Servicios Portuarios y Estiba*. <https://observatorio.puertos.es/NoticiasObservatorio/Lists/EntradasDeBlog/Post.aspx?ID=34>.
- Gorelli Hernández, Juan. (2019). El difícil encaje entre el ordenamiento laboral y administrativo: la subrogación de trabajadores en caso de reversión de servicios públicos. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 54, 13-32.
- Jimena Quesada, Luis. (2015). El Comité Europeo de Derechos Sociales: sinergias e impacto en el sistema internacional de derechos humanos y en los ordenamientos nacionales. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 25, 99-127.
- Macho Gómez, Carolina. (2014). Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del «movimiento ADR» en Estados Unidos y su expansión en Europa. *Anuario de Derecho Civil*, 3(67), 931-996.
- Miñarro Yanini, Margarita. (2016). **Contratas, subrogación convencional y exención de responsabilidad: ¿vuelve a retar la jurisprudencia nacional a la comunitaria? (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 10 de mayo de 2016, RCUD 2957/2014)**. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 403, 161-166.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). **España ratifica la «Constitución Social de Europa»: ¿adiós «cenicienta»; bienvenida «princesa» (no solo de pobres)?** *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 460, 5-30.
- Nores Torres, Luis Enrique. (2020). Novedades jurisprudenciales en materia de transmisión de empresa: la labor del TJUE y del TS en los últimos años. *Labos*, 1(1), 91-108. <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5301>.
- Ojeda Avilés, Antonio. (2019). *La reconversión del sector portuario. Los Reales Decretos Leyes 8/2017 y 9/2019*. La Ley.
- Pound, Roscoe. (1964). The causes of popular dissatisfaction with the Administration of Justice. *Crime and Delinquency*, 10(4), 355-371. <https://doi.org/10.1177/001112876401000403>.
- Rodríguez Ramos, Patrocinio Teresa. (1997). *La relación laboral especial de los estibadores portuarios*. Trotta.
- Sanguinetti Raymond, Wilfredo. (2006). Las cláusulas de subrogación convencional frente a los vaivenes jurisprudenciales. En Ricardo Escudero Rodríguez (Coord.), *La negociación colectiva en España: una mirada crítica* (pp. 99-118). Tirant lo Blanch.



Schutter, Olivier de y Sant'Ana, Matthias. (2011). The European Committee of Social Rights (the ECSR). En Gauthier de Beco (Ed.), *Human Rights Monitoring Mechanisms of the Council of Europe* (pp. 71-99). Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780203808337>.

Torre Sustaeta, María Victoria. (2021). Redefiniendo los métodos alternativos de resolución

de conflictos: la mediación como requisito de procedibilidad. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 95, 66-77.

Yagüe Blanco, Sergio. (2019). Entre subrogación convencional y transmisión de empresa: la sucesión de plantilla. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 52, 37-56.



# El teletrabajo en un mundo de digitalización del trabajo en Francia: la ley y el diálogo social

**Loïc Lerouge**

*Director de investigación en el CNRS.*

*COMPTRASEC UMR 5114.*

*CNRS-Universidad Montesquieu. Burdeos*

[loic.lerouge@u-bordeaux.fr](mailto:loic.lerouge@u-bordeaux.fr) | <https://orcid.org/0000-0002-3079-8274>

## Extracto

Vivimos una nueva era del trabajo. La aceleración de los procesos de innovación tecnológica y el cambio de las condiciones sociales en que se desarrollan están siendo determinantes. Además, uno de los efectos de la pandemia ha sido evidenciar la necesidad de trabajar de una manera diferente con las tecnologías de comunicación en el centro de esta evolución. Para responder a la evolución y los desafíos relativos a los usos de las tecnologías en el trabajo, el legislador ha tenido en cuenta el teletrabajo. Los interlocutores sociales han concluido acuerdos al nivel europeo y también en Francia, especialmente sobre este tema. El objetivo de este estudio es analizar si la ley y los acuerdos colectivos constituyen o no un avance para la protección de la salud en el trabajo y cuáles son los retos que se plantean.

**Palabras clave:** cambios tecnológicos; pandemia; evolución del trabajo; digitalización del trabajo; teletrabajo; ley y diálogo social.

Fecha de entrada: 12-07-2021 / Fecha de aceptación: 20-07-2021

**Cómo citar:** Lerouge, Loïc. (2021). El teletrabajo en un mundo de digitalización del trabajo en Francia: la ley y el diálogo social. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 461-462, 53-72.



# Remote working in a world of digitalisation of work in France: the law and the social dialogue

Loïc Lerouge

## Abstract

We live in a new era of work. The acceleration of technological innovation processes and the change in the social conditions in which they develop are being decisive. Moreover, one of the effects of the pandemic has been to highlight the need to work in a different way with communication technologies at the heart of this development. In order to respond to the evolution and challenges related to the use of technologies at work, the legislator has taken into account remote working. Social partners have concluded agreements at European level and also in France, particularly in the field of this subject. The aim is to study whether laws and collective agreements constitute progress for the protection of health at work or not and what are the issues at stake.

**Keywords:** technological change; pandemic; evolution of work; digitisation of work; remote working; laws and social dialogue.

**Citation:** Lerouge, Loïc. (2021). Remote working in a world of digitalisation of work in France: the law and the social dialogue. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 461-462, 53-72.

## Sumario

1. Introducción
  2. El teletrabajo en el Código de Trabajo: la tentación de simplificar el marco legal
    - 2.1. Una iniciativa derivada de la Ley sobre la simplificación del derecho del trabajo y la reducción de los procedimientos administrativos de 22 de marzo de 2012
      - 2.1.1. Las medidas dedicadas al teletrabajo derivadas de la Ley de 22 de marzo de 2012
      - 2.1.2. Las medidas dedicadas al teletrabajo derivadas de la jurisprudencia
    - 2.2. Las medidas para simplificar la Ley de teletrabajo desde la Orden de 22 de septiembre de 2017 de reforma de la legislación laboral
      - 2.2.1. Las nuevas disposiciones de la Orden de reforma de la legislación laboral de 2017
      - 2.2.2. Las medidas de emergencia durante la pandemia en relación con el teletrabajo
  3. El ANI de 26 de noviembre de 2020 para una exitosa implementación del teletrabajo en Francia: ¿estabilidad o avances?
    - 3.1. Una falta de innovación para reforzar el derecho al teletrabajo
    - 3.2. Un avance para la mejora de la prevención de los riesgos asociados al teletrabajo
  4. Conclusión
- Referencias bibliográficas

**Nota:** este estudio constituye el resultado de una investigación más profunda y detenida, conforme a los parámetros del método jurídico clásico, así como de las pautas del estilo científico, de una primera, y breve, aproximación al tema que fue realizada en el marco del proyecto de investigación y desarrollo titulado «Transformaciones del trabajo en la economía digital: condiciones económicas y sociales para una transición justa» (RTI2018-099337-B-C21). Aquella primera y reducida versión, que daba cuenta de la novedad que representó en su día el Acuerdo Interprofesional de Teletrabajo en Francia, se publicó en la web del referido proyecto, a invitación de las personas investigadoras principales. Con este estudio, donde se reflejan las principales cuestiones jurídicas y se da cuenta de las diversas posiciones interpretativas en la materia, se profundiza científicamente en una cuestión que será nodal en la ciencia jurídico-social de las próximas décadas. El desafío implica a la comunidad científica global, no de un solo país, y la pretensión de este estudio es aportar la visión y el estado del arte interpretativo en Francia. A problemas globales, soluciones globales, aun desde la diversidad de tradiciones y culturas, por lo que el intercambio científico jugará un papel determinante para alcanzar las mejores soluciones. Así lo esperamos.

## 1. Introducción

Los conceptos de «salud» y de «trabajo» aparecen, actualmente, dado el persistente marco de la pandemia, más integrados que nunca y forman un tándem inescindible. Parece difícil hoy hablar de salud sin hacerlo de trabajo, pues aquel concepto lleva inherente el de trabajo, por lo mismo que toda referencia relevante al concepto de trabajo conlleva la referencia a numerosos desafíos y variadas cuestiones problemáticas de la salud, ya sea respecto de la salud laboral como de la salud pública. Justamente, estas dos dimensiones de la salud también aparecen, ahora ya, más imbricadas que en cualquier otro tiempo, promoviéndose, en línea con el estándar de gestión integral de la Organización Internacional del Trabajo, una estrecha interacción mutua. En esta creciente e íntima simbiosis tiene mucho que ver la nueva era del trabajo que vivimos, derivada de intensos y acelerados procesos de cambio tecnológico, que la pandemia no ha hecho sino impulsar. Desde esta perspectiva, uno de los más relevantes impactos de la crisis sanitaria evidencia la necesidad de trabajar de manera distinta, en la que las tecnologías tienen una importante participación y permiten su evolución. En este bucle sistémico de la salud y el trabajo, cada elemento evoluciona en función del otro, para lo bueno y para lo malo<sup>1</sup>.

Debemos asumir, pues, una perspectiva de análisis sistémico para este tándem salud-trabajo, porque todos sus elementos están íntimamente interconectados, como acabamos de recordar. Los variados cambios en los modos de trabajar, en la naturaleza de la actividad laboral, así como en las relaciones entabladas en los entornos de trabajo influyen, sin duda alguna, las condiciones de empleo y, por lo tanto, las condiciones de salud y bienestar asociadas a su desempeño. Nos encontramos, eso sí, ante un sistema poroso de comunicación entre trabajo y vida personal. Así se deriva del desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (NTIC), pero también debemos ser conscientes del efecto de ciertos desajustes, disfuncionalidades o brechas que se manifiestan en materia de protección y uso de los datos de las personas trabajadoras (datos personales, biológicos y biométricos) y que, en su extremo, pueden derivar en situaciones tanto de incivismo como de violencia, acoso digital, incidiendo así de forma significativa en la salud mental de las personas trabajadoras<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Del mismo modo que la transformación digital trae tanto mejoras de bienestar para las personas trabajadoras como precariedad, siendo este último elemento una condición relevante para el estado de salud como bienestar integral. *Ver* Gollac (2008, p. 8); Lerouge (2009).

<sup>2</sup> Ampliamente, para esta interrelación entre cambios organizativos y tecnológicos con cuestiones de salud laboral en general, y mental en particular, emergiendo nuevos factores y riesgos, *ver* Adam (2008) y Lerouge (2010).

No nos sorprenderá, pues, que estos usos desviados de las NTIC sea una de las cuestiones tratadas por el Acuerdo Marco Europeo sobre la Digitalización del Trabajo de 22 de junio de 2020. Los diversos países comunitarios tendrán que afrontar, de diverso modo, su transposición. Si España sigue pendiente de tal desarrollo, Francia ha aprovechado la obligación de transponer este acuerdo para precisar y completar el régimen jurídico y las prácticas en materia de teletrabajo (que, en cambio, España ha preferido desarrollar por vía legislativa), para reforzar su contenido en un mundo de digitalización del trabajo y de persistente pandemia de la COVID-19. Sin embargo, este texto jurídico suscita numerosas dudas interpretativas, también de valoración, sin que quede claro, pues, si es o no un verdadero avance en la legislación sobre teletrabajo o más bien repite reglas preexistentes.

El teletrabajo es una forma de organización del trabajo que se diferencia de otras formas de trabajo que no se realizan en el sitio de la empresa. Se refiere al trabajo móvil, que es una forma de trabajo en la que la persona empleada no tiene dedicado un espacio de trabajo en los locales de la empresa y realiza sus tareas fuera de la misma. El teletrabajo también puede ser el resultado del trabajo nómada, que es una forma de organización del trabajo a distancia que no es regular en cuanto a horarios y lugares de trabajo. Por último, la condición de persona trabajadora a domicilio engloba a toda persona que realiza un trabajo encomendado a cambio de una retribución fija, independientemente del número de horas trabajadas. Esta persona puede tener tanto la condición de teletrabajadora como de persona trabajadora a domicilio. Es este último estatus el que parece estar directamente afectado por la ley francesa de teletrabajo. Regulado desde 2012 en el Código de Trabajo, el Gobierno ha tendido a querer flexibilizar el uso del teletrabajo desde 2017, lo que puede haber sido una ventaja durante la pandemia, pero también con riesgos. Por lo tanto, eran necesarias nuevas medidas, que los interlocutores sociales trataron de conseguir mediante un Acuerdo Nacional Interprofesional (ANI) sobre el teletrabajo celebrado el 26 de noviembre de 2020, pero que no se considera necesariamente innovador.

## 2. El teletrabajo en el Código de Trabajo: la tentación de simplificar el marco legal

El marco legal del teletrabajo en el Código Laboral francés se estableció en dos etapas. A saber:

- La primera fue la Ley n.º 2012-387, de 22 de marzo de 2012, sobre la simplificación de la ley y la reducción de los procedimientos administrativos.
- La segunda constituye una modificación de este régimen mediante la Ley n.º 2018-771, de 5 de septiembre de 2018, para la libertad de elección del futuro profesional. Con

ella se consagra una de las cinco Ordenanzas<sup>3</sup> de 22 de septiembre de 2017 de reforma del derecho laboral, la n.º 2017-1387 relativa a la previsibilidad y la protección de las relaciones laborales.

## 2.1. Una iniciativa derivada de la Ley sobre la simplificación del derecho del trabajo y la reducción de los procedimientos administrativos de 22 de marzo de 2012

La Ley n.º 2012-387, de 22 de marzo de 2012, sobre la simplificación de la ley y la reducción de los procedimientos administrativos, dedicó toda una sección del Código de Trabajo al teletrabajo. El régimen jurídico promulgado entonces ha sido aclarado por la jurisprudencia en algunos puntos.

### 2.1.1. Las medidas dedicadas al teletrabajo derivadas de la Ley de 22 de marzo de 2012

Según el primer párrafo del artículo L. 1222-9 del Código de Trabajo, el teletrabajo se define como:

[...] cualquier forma de organización del trabajo en la que el trabajo que también podría haberse realizado en los locales del empresario es llevado a cabo por un empleado fuera de dichos locales de forma regular y voluntaria utilizando las tecnologías de la información y la comunicación en el marco de un contrato de trabajo o de una modificación del mismo.

El segundo párrafo del mismo artículo define a la persona teletrabajadora como cualquier persona empleada en la empresa «que realice, en el momento de su contratación o posteriormente, el teletrabajo definido en el primer párrafo».

Según el cuarto párrafo del artículo L. 1222-9, la negativa de la persona trabajadora a aceptar un puesto de teletrabajo no es motivo de rescisión del contrato de trabajo. Además, las condiciones para pasar al teletrabajo y las condiciones para volver a un contrato de trabajo sin teletrabajo deben especificarse en el contrato de trabajo o en su modificación (punto 5). Finalmente, el último punto establece que el contrato de trabajo o su modificación deben especificar los métodos de control del tiempo de trabajo si no se aplica

---

<sup>3</sup> Una ordenanza es una medida adoptada por el Ejecutivo, representado por el Gobierno, en asuntos que normalmente entran en el ámbito de la ley. Se inscribe en el procedimiento legislativo delegado. El Gobierno solo puede dictar ordenanzas si ha sido facultado para ello por el Parlamento.

un convenio colectivo al respecto. La empresa debe aplicar sus obligaciones de derecho común con respecto a sus personas teletrabajadoras, pero también tiene obligaciones adicionales en virtud del artículo L. 1222-10 del Código de Trabajo. Por lo tanto, debe:

- Asumir, en línea con lo que establece el Acuerdo Marco comunitario sobre Teletrabajo, los costes generados por el desempeño del teletrabajo (esto es, costes de *hardware*, *software*, suscripciones, comunicaciones y herramientas, así como su mantenimiento)<sup>4</sup>.
- Suministrar información a la persona empleada de las eventuales limitaciones o usos restringidos de los dispositivos informáticos y demás servicios de comunicación electrónica, así como de las sanciones que puedan derivarse por la inobservancia de dichas restricciones.
- Reconocer prioridad a la persona trabajadora para que ocupe o vuelva a ocupar un puesto de trabajo que no sea de teletrabajo y que corresponda a sus cualificaciones y competencias profesionales, informándole de la disponibilidad de dicho puesto.
- Prever una entrevista anual que tenga por objeto, en particular, las condiciones de trabajo y la carga de trabajo de la persona teletrabajadora.
- Finalmente, establecer, de acuerdo con la persona teletrabajadora, las franjas horarias en las que poder fijar los contactos entre ambas partes de forma previsible o habitual.

Desde 2012, en el artículo L. 1222-11 del Código de Trabajo, se preveía el caso de amenaza de epidemia o fuerza mayor. En efecto, es posible considerar la implantación del teletrabajo como una adaptación del puesto de trabajo necesaria para permitir la continuidad de la actividad de la empresa y garantizar la protección de las personas trabajadoras.

En suma, puede concluirse que el teletrabajo está bien reconocido por el Código de Trabajo francés y también ha sido objeto de tratamiento específico por la jurisprudencia de mi país. Esto habría permitido precisar el régimen jurídico que debe aplicarse a las personas teletrabajadoras, antes de la nueva regulación convencional en la cumbre.

---

<sup>4</sup> Precisamente, por tratarse de una regla acordada comunitariamente, esta previsión se incluye de forma general en las diversas regulaciones comunitarias, como en el caso español (Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, procedente del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre). *Vid.* De las Heras García (2020, p. 184; 2021a, pp. 150-151); Gallego Moya (2021).

## 2.1.2. Las medidas dedicadas al teletrabajo derivadas de la jurisprudencia

Los jueces/zas no han esperado a la Ley del 22 de marzo de 2012 para abordar el tema del teletrabajo; la jurisprudencia está incluso bien consolidada, en particular a través de la cuestión del consentimiento de la persona trabajadora para aceptar una oferta de teletrabajo de la empresa. Así, según una Sentencia de 12 de enero de 1999, el Tribunal de Casación, al amparo del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, consideró que la libre elección del domicilio personal es un atributo del derecho de toda persona al respeto de su propio domicilio y que una restricción de esta libertad de la empresa solo es válida si es imprescindible para la protección de sus intereses legítimos y proporcionada al fin perseguido, teniendo en cuenta el puesto de trabajo desempeñado y la labor requerida. Esta solución fue recogida tanto por la misma Sala de lo Social en una Sentencia de 12 de julio de 2005 como por la Sala Primera de lo Civil del Tribunal de Casación en una Sentencia de 7 de febrero de 2006.

Otra Sentencia del Tribunal de Casación de 2 de octubre de 2001, dictada sobre la base del artículo 9 del Código Civil relativo a la protección de la vida privada y del artículo L. 120-2 del antiguo Código de Trabajo<sup>5</sup> relativo a la protección de los derechos de las personas y de las libertades fundamentales en el trabajo, establece que la persona trabajadora no está obligada a aceptar trabajar en su domicilio, ni a instalar allí sus archivos e instrumentos de trabajo. El caso se refería a un empleado que inicialmente tenía una oficina en las instalaciones de la empresa, que posteriormente decidió exigirle que trabajara en casa. No obstante, una persona trabajadora puede aceptar trabajar en casa, bien *ab initio* cuando se celebra el primer contrato de trabajo, o bien posteriormente si acepta dicho cambio. Por lo tanto, se asegura firmemente la libertad fundamental de la persona trabajadora de elegir su lugar de residencia. Además, desde 2010 está claramente establecido que la empresa debe indemnizar a la persona trabajadora por las molestias de la ocupación de su vivienda, así como por los gastos ocasionados.

Cuando una persona trabajadora ha aceptado trabajar a tiempo parcial o completo desde su casa, se plantea la cuestión de saber si el poder de dirección de la empresa, en particular cuando se incluye una cláusula de movilidad en el contrato de trabajo, permite modificar esta modalidad de prestación de trabajo sin el acuerdo de la persona trabajadora. En un caso en el que las partes habían acordado que la persona trabajadora realizaría su trabajo en su domicilio y según un horario de trabajo libremente determinado por esta, el Tribunal de Casación decidió el 12 de diciembre de 2000 que la empresa, al obligar a la persona trabajadora a realizar su trabajo en la sede de la empresa y al sustituir un horario libre por un horario fijo, había modificado el contrato de trabajo y que la negativa de la persona trabajadora a esta modificación no constituía una causa de despido.

<sup>5</sup> Artículo L. 1121-1 del Código de Trabajo después del año 2008.

En otra Sentencia de 13 de abril de 2005, los jueces/zas de casación consideraron que, dado que un trabajador había sido autorizado en el momento de la contratación a realizar la parte administrativa de su trabajo en su domicilio 2 días a la semana (el resto de su trabajo se realizaba en los locales de la clientela), el hecho de que ahora tuviera que desplazarse a la sede de la empresa, situada a gran distancia (más de 200 km), para realizar este trabajo, constituía una modificación de su contrato de trabajo que tenía derecho a rechazar. El Tribunal de Casación estableció el principio de que «cuando las partes han acordado que todo o parte del trabajo sea realizado por el trabajador en su domicilio, el empresario no puede modificar esta organización contractual del trabajo sin el acuerdo del trabajador». Por tanto, los jueces/zas han rechazado la opinión de que el hogar es un lugar de trabajo como cualquier otro y, como tal, está sujeto a las normas aplicables en este ámbito, que permiten considerar que no hay modificación del contrato de trabajo cuando la empresa aplica de buena fe una cláusula de movilidad. Sin embargo, el ámbito de aplicación de esta sentencia se limita al caso en el que se pone fin a la realización de una parte del trabajo en el domicilio. Tampoco resuelve el caso de un mero cambio de lugar en el que la persona trabajadora debe realizar la otra parte de su trabajo. La conclusión del ANI de 19 de julio de 2005 sobre el teletrabajo, que retoma el Acuerdo Marco Europeo de 16 de julio de 2002, aportará respuestas ofreciendo un marco jurídico a prácticas que son en su mayoría informales, y luego la Ley de 22 de marzo de 2012 definirá el teletrabajo y también aportará respuestas.

Desde entonces, una cuestión se ha debatido principalmente en la jurisprudencia: ¿es el teletrabajo una solución para la reclasificación? En una Sentencia dictada el 15 de enero de 2014, el Tribunal de Casación consideró que la empresa no había respetado su obligación de reclasificar a la persona trabajadora y que el despido de esta carecía de causa real y grave. Recuerda que, en caso de incapacidad de una persona trabajadora, el médico/a del trabajo tiene derecho a proponer medidas individuales, como traslados o transformaciones de puestos de trabajo, que la empresa está obligada a tomar en consideración estas propuestas y, en caso de rechazo, a dar a conocer los motivos por los que se opone a su aplicación, según el artículo L. 4624-1 del Código de Trabajo. El teletrabajo propuesto por el médico/a del trabajo es, en efecto, una transformación del puesto que la empresa debería haber tenido en cuenta en el marco de su obligación de reclasificación. Si no se hace así, no se respeta la obligación de reclasificar a la persona empleada. La Ley de teletrabajo evolucionará entonces con las Ordenanzas de 22 de septiembre de 2017 que reforman el derecho laboral.

## 2.2. Las medidas para simplificar la Ley de teletrabajo desde la Orden de 22 de septiembre de 2017 de reforma de la legislación laboral

Si, en efecto, la Ley de teletrabajo ha evolucionado con la adopción de las Ordenanzas de 22 de septiembre de 2017 con el objetivo de la simplificación, la llegada de la pandemia también ha jugado un papel en cuanto a las medidas de emergencia relacionadas con la salud pública.

### 2.2.1. Las nuevas disposiciones de la Orden de reforma de la legislación laboral de 2017

La Ordenanza de 22 de septiembre de 2017 no cuestiona la Ley de 2012 que dio un marco legal al teletrabajo, pero complementa las lagunas de esta última. Sin embargo, cabe destacar varias novedades. Una de las principales es el reconocimiento del teletrabajo ocasional. Al establecer un marco jurídico para esta modalidad de organización de la empresa, no solo cuando se realiza de forma habitual, el legislador quiere alejarse del llamado teletrabajo «gris» y generalizar su uso.

Otra novedad es la supresión de la obligación de contractualizar las condiciones de teletrabajo en una cláusula adicional al contrato de trabajo de la persona teletrabajadora, sustituida por la introducción del teletrabajo en la empresa dentro de un marco colectivo. A partir de ahora, es necesario recurrir a un convenio colectivo o, en su defecto, a un estatuto de empresa previa consulta al Comité Social y Económico (CSE) (art. L. 1222-9 Código de Trabajo).

El contenido de este convenio colectivo o carta debe tener en cuenta los acuerdos existentes en la empresa, en particular los relativos a la jornada laboral y la gestión prospectiva de los puestos de trabajo y las competencias, pero también la carta de los sistemas de información. Es esencial la consulta previa con el departamento de recursos humanos, el departamento de informática y los directores/as operativos.

El convenio colectivo o la carta pueden especificar útilmente las características de los puestos de trabajo que pueden ser objeto de teletrabajo, el posible periodo de adaptación durante el cual cada parte puede poner fin al mismo, el número máximo de días semanales de teletrabajo, las modalidades de control del tiempo de trabajo o de regulación de la carga de trabajo, la posible compensación de los gastos generados, las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión, la determinación de las franjas horarias durante las cuales la empresa puede normalmente ponerse en contacto con la persona empleada que teletrabaja, las modalidades de protección de los datos informáticos, etc. El acuerdo o la carta deben prever también las condiciones de retorno a un contrato de trabajo no teletrabajado. La persona teletrabajadora tiene prioridad para ocupar o volver a ocupar un puesto de trabajo no teletrabajado que corresponda a sus cualificaciones y competencias profesionales. La empresa está obligada a informar a la persona teletrabajadora de la disponibilidad de dicho puesto (art. L. 1222-10, punto 2, Código de Trabajo).

Tanto si se trata de un convenio colectivo como de una carta, la elaboración de una norma de ámbito colectivo a nivel de empresa permite garantizar la igualdad de trato en la empresa en lo que respecta al acceso al teletrabajo y a los procedimientos de funcionamiento, así como el establecimiento de un modo coherente de organización del trabajo. El convenio o la carta deben redactarse con cuidado, ya que, a partir de ahora, la empresa que se niegue a conceder el beneficio del teletrabajo a una persona empleada que ocupe un puesto que

pueda acogerse a una modalidad de organización del teletrabajo en las condiciones previstas en el convenio colectivo o en la carta deberá motivar su respuesta.

Incluso en ausencia de un convenio o carta colectiva, la implantación del teletrabajo en la empresa sigue siendo posible. La ley que ratifica la Ordenanza n.º 2017-1387, de 29 de marzo de 2018, establece que la empresa y la persona trabajadora pueden ahora formalizar su acuerdo por cualquier medio, independientemente de que el teletrabajo sea regular u ocasional. Así, parece que el deseo del legislador de facilitar el uso de esta modalidad de organización del trabajo lo lleva incluso a ir más allá del diálogo social planteado por las Ordenanzas de 22 de septiembre de 2017.

La última gran novedad se refiere a la protección social de la persona teletrabajadora. Anteriormente no existía ninguna norma que calificara un accidente ocurrido durante el teletrabajo como accidente laboral. La Orden de 22 de septiembre de 2017 aclara la situación de la persona teletrabajadora introduciendo la presunción de que un accidente ocurrido en el momento y lugar del teletrabajo se presume accidente de trabajo (art. L. 1222-9, punto 9, Código de Trabajo).

En ausencia de un convenio colectivo o carta, el teletrabajo puede organizarse mediante un simple acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora formalizado por cualquier medio, por ejemplo, mediante una simple respuesta por correo electrónico a la solicitud de la persona trabajadora. Tanto si el teletrabajo es ocasional como regular, puede establecerse de forma permanente siguiendo las mismas formalidades. Por supuesto, se recomienda encarecidamente que los medios utilizados sean por escrito y que se especifique el carácter ocasional del teletrabajo.

La persona teletrabajadora debe disfrutar de todos los derechos y beneficios legales y contractuales aplicables a las personas empleadas en una situación comparable que trabajen en los locales de la empresa. De ahí que deba, en primer lugar, seguir disfrutando de los mismos derechos que las personas empleadas físicamente presentes durante su tiempo de trabajo en la empresa. En virtud de este principio de igualdad de trato consagrado en el artículo L. 3221-2 del Código de Trabajo, la persona teletrabajadora debe beneficiarse, en particular, de los mismos derechos que las demás empleadas en lo que respecta al acceso a la información sindical, la participación en las elecciones profesionales y el acceso a la formación. Según este principio, también debe beneficiarse, por ejemplo, de los vales de comida de la misma manera que las personas empleadas que trabajan en las instalaciones de la empresa<sup>6</sup>.

Si el teletrabajo se consideraba una forma ocasional de trabajar, la pandemia y las medidas de emergencia que la siguieron han convertido el teletrabajo en un recurso esencial.

---

<sup>6</sup> Análogo a como contempla la doctrina judicial española. *Vid.* De las Heras García (2021b); Molina Navarrete (2021c, p. 97).

## 2.2.2. Las medidas de emergencia durante la pandemia en relación con el teletrabajo

El Gobierno francés no ha modificado la legislación laboral relativa al teletrabajo durante una pandemia. Debido a la urgencia y gravedad de la crisis sanitaria, la salud pública tuvo prioridad sobre la salud laboral. Así, el teletrabajo se generalizó para todas las actividades que lo permitían. En el contexto del riesgo de epidemia, la aplicación del teletrabajo forma parte de las medidas que puede adoptar la empresa para garantizar el cumplimiento de los principios generales de prevención y cumplir su obligación de proteger la salud y la seguridad de sus empleadas y empleados, cuyas medidas operativas se recogen en el «Protocolo nacional para garantizar la salud y la seguridad de los trabajadores en la empresa ante la epidemia de COVID-19».

En este contexto, el tiempo de trabajo desde casa se ha incrementado hasta el 100 % para las personas empleadas que pueden realizar todas sus tareas a distancia. En otros casos, la organización del trabajo debe permitir la reducción del tiempo de desplazamiento y la organización del tiempo de permanencia en la empresa para las tareas que no pueden realizarse mediante el teletrabajo, a fin de reducir la interacción social. Las empresas establecen las reglas del teletrabajo en el marco del diálogo social y deben mantener los vínculos dentro del grupo de trabajo y evitar el riesgo de que las personas teletrabajadoras queden aisladas.

La implantación del teletrabajo en este contexto se considera entonces como una simple adaptación del puesto de trabajo de la persona empleada, que puede, por tanto, imponerse en virtud del artículo L. 1222-11 del Código de Trabajo. Al mismo tiempo, se invita a la empresa a recurrir al diálogo social con la representación sindical o la representación unitaria, si son creados por la empresa, con el fin de establecer las normas aplicables, garantizando al mismo tiempo el mantenimiento de los vínculos dentro del grupo de trabajo y la prevención de los riesgos vinculados al aislamiento de las personas empleadas que teletrabajan. El uso del diálogo social por parte de la legislación laboral se ha convertido así en algo sistemático desde la aprobación de las Ordenanzas de 22 de septiembre de 2017. El derecho se vuelve en algunos aspectos supletorio y solo ofrece un marco normativo mínimo e imperativo.

Así, una parte de la legislación sobre salud y seguridad en el trabajo, en particular la relativa al bienestar en el trabajo y al funcionamiento de la representación de la salud laboral, es principalmente el resultado de las negociaciones entre los interlocutores sociales sobre las condiciones de trabajo y la calidad de vida en el trabajo, que incluye el tema del teletrabajo a nivel de la rama profesional o de la empresa. Los interlocutores sociales también han asumido el tema a nivel nacional e intersectorial como una forma de existir en un contexto de crisis sanitaria que los ha dejado en un segundo plano (Véricel, 2021).

### 3. El ANI de 26 de noviembre de 2020 para una exitosa implementación del teletrabajo en Francia: ¿estabilidad o avances?

Ya pudimos evidenciar cómo la aceleración del teletrabajo ha venido, en los últimos 20 años, a partir del uso intensivo de las NTIC. No obstante, no se puede negar que la pandemia ha incrementado exponencialmente tal aceleración. De ahí que, en el marco de la interlocución social francesa, las organizaciones sindicales y empresariales hayan valorado como necesaria la transposición del Acuerdo Marco Europeo sobre la Digitalización del Trabajo de 20 de junio de 2020<sup>7</sup>. Precisamente, este ha sido el objetivo del referido ANI de 26 de noviembre de 2020 para una exitosa implementación del teletrabajo. Se trata, pues, de una transposición parcial de aquel nuevo acuerdo marco comunitario, más concretamente sus puntos 2, 3 y 4. Esta transposición parcial refleja el citado sentido ambivalente del ANI. Este representaría, a la vez, una falta de innovación, de un lado, y un avance en materia de teletrabajo en Francia, de otro. Veámoslo con algún detalle.

#### 3.1. Una falta de innovación para reforzar el derecho al teletrabajo

El citado ANI viene a continuar, en realidad, el ya firmado el 19 de julio de 2005, sobre teletrabajo. De este modo, al igual que otros países de la Unión Europea (como España), trató de transponer el Acuerdo Marco Europeo sobre esta materia, el primero de los acuerdos marcos autónomos que fue firmado (16 de julio de 2002). Sin embargo, no fue la única transposición. Hubo una muy posterior, pues el 28 de febrero de 2020 se llevó a cabo otra y en esta revisión se incluyeron diversas orientaciones a las personas empleadas directivas en relación con el teletrabajo. En consecuencia, el nuevo acuerdo estaba llamado a diferenciarse notablemente, en hipótesis, de los precedentes, a fin de evitar incurrir en innecesarias reiteraciones. Pero, al mismo tiempo, era esperable que, por su contexto y época, ya más experimentada y evolutiva, marcara una notable progresión en la protección de las personas trabajadoras en materia de teletrabajo, en general, y respecto de los temas de salud, en particular. Máxime, como es lógico, en un contexto excepcional vinculado a la pandemia, que ha desarrollado el recurso al trabajo a distancia de manera masiva para hacerle frente.

Sin embargo, lamentablemente, este ANI carece de la debida ambición reguladora. Así puede apreciarse tras una primera lectura. Su texto parece limitarse a recordar solo el contexto actual del recurso al teletrabajo, al igual que el entorno jurídico en el que debe ser aplicado. El texto del ANI reitera que el teletrabajo debe ser un tema propio para el diálogo social y la negociación colectiva, tanto con las personas trabajadoras como, sobre todo, con

<sup>7</sup> Vid. Lerouge (2021).

sus representantes. Sorprendentemente, y a diferencia de otras experiencias comunitarias, como, por ejemplo, la española<sup>8</sup>, el acuerdo no incluye, no contempla, a la función pública.

Que el teletrabajo constituye una materia propia de la negociación colectiva no representa novedad alguna. En Francia, hace tiempo que la cuestión de la «calidad de vida en el trabajo (QVT)» se negocia y renegocia año a año. Por lo tanto, parece evidente que el teletrabajo puede ser abordado y tratado con tal propósito. En consecuencia, la aportación del nuevo ANI es, en una perspectiva de mínimos, reflejar el deseo de un mayor incentivo a las empresas para que negocien su implantación, sin minar la libertad de los sujetos interlocutores socialmente o colectivamente para delimitar y adaptar las diversas medidas a la concreta realidad de cada empresa, también en el marco de la negociación de la cuestión más general, ya referida, de la calidad de vida en el trabajo. Sin embargo, para nuestro mayor lamento, el nuevo ANI para una exitosa implementación del teletrabajo no resulta ser, a tales fines, ni prescriptivo ni, por lo tanto, de aplicación jurídica obligatoria. Al contrario, su paradigma regulador dejará a las empresas la potestad de incluirlo o no, con lo que lleva a su máxima expresión, o mantiene radicalmente blindado, el principio de voluntariedad.

El ANI, en materia de seguridad y salud en el trabajo, tiene más bien el sentido de remitir formalmente, o de manera material, al precedente derecho del trabajo en materia de seguridad y salud en los lugares de trabajo. De ahí que, entre otras reglas, se recuerde que las decisiones de organización del trabajo mediante el recurso a las NTIC y que conduzcan a una forma de prestación mediante teletrabajo deben ser incluidas en el sistema de evaluación de riesgos profesionales. Las personas trabajadoras en esta modalidad de empleo y prestación de servicios deben, pues, beneficiarse de idénticas, o análogas, tutelas en materia de seguridad y salud en el trabajo que el resto de las personas trabajadoras de su empresa. Aun así, parece claro que el ANI no puede mantenerse indiferente a las circunstancias más específicas del teletrabajo y de las que derivan limitaciones para el control empresarial de los lugares o entornos de trabajo, al realizarse en los domicilios. Por eso, incluye una limitación clave al precisar que la efectividad de esta protección debe estar en función de la falta de un control total sobre el lugar en el que se ejerce el trabajo, puesto que forma parte de la esfera privada y su blindaje.

El ANI refleja igualmente las previsiones del artículo L. 1222-9 del Código de Trabajo francés, que regula la obligación empresarial de justificar causalmente su rechazo a acceder a una petición de recurso al teletrabajo solicitada por una persona trabajadora. Asimismo, se precisa que la negativa de la persona trabajadora a aceptar el teletrabajo propuesto por la empresa no puede conllevar, tampoco, el cese del contrato de trabajo. Enfatiza, además, los principios fundamentales, las disposiciones legales y convencionales aplicables a las relaciones de trabajo que son también de aplicación a las personas teletrabajadoras. A saber:

---

<sup>8</sup> *Vid.* Tordesillas Escudero y Díaz Martínez (2020).

- El mantenimiento del vínculo de subordinación entre persona empleadora y persona trabajadora.
- La duración del trabajo y el tiempo de descanso.
- El control del tiempo de trabajo, el respeto al derecho a la desconexión y a la vida privada (recuérdese que Francia fue el primer país de la Unión Europea en regular este derecho a la desconexión digital)<sup>9</sup>.
- El equipamiento y uso de las herramientas digitales suministradas por la empresa y la asunción de los gastos relacionados con el marco de la ejecución del trabajo aplicado al conjunto de las situaciones laborales.

Sin embargo, una segunda lectura permite percibir que el ANI va más allá de los recordatorios de las disposiciones legales del derecho laboral. El texto contiene disposiciones que hacen avanzar hacia la prevención de riesgos en materia de teletrabajo.

### 3.2. Un avance para la mejora de la prevención de los riesgos asociados al teletrabajo

Por supuesto, no pretendemos aquí infravalorar en extremo el significado innovador, al menos la pretensión de tenerlo, del ANI. Por lo tanto, cabe rastrear la huella de algún elemento de evolución positiva, o al menos de mejora, del régimen precedente del teletrabajo, en especial en el ámbito de la salud en general y, más particularmente, de la salud psicosocial. Al respecto, debe recordarse que uno de los objetivos más relevantes del ANI concluido en noviembre del año pasado, para lograr una puesta en marcha exitosa del teletrabajo, se concreta en la garantía de preservación no solo del contrato de trabajo, de su relación laboral, sino también de su bienestar, evitando el aislamiento de las personas teletrabajadoras. Ambos objetivos son esenciales.

En efecto, es vital prevenir la pérdida no ya solo del vínculo jurídico (prohibición de despido o de cese injustificado a raíz del teletrabajo), sino el propio vínculo social que se construye sobre él. Solo así la persona teletrabajadora puede mantener los lazos comunicativos con su entorno laboral, al igual que el social, de modo que incluso podría alertar o informar a las personas directivas y cuadros de tipo intermedio, de los que depende, de su eventual sentimiento de aislamiento, con el fin de que se le ofrezcan soluciones efectivas para corregirlo. De especial importancia es aquí incidir en la vigilancia sobre dos cuestiones relevantes:

---

<sup>9</sup> *Vid.* Ginès i Fabrellas y Peña Moncho (2020); Lerouge (2019); Molina Navarrete (2021b); Vallecillo Gámez (2017).

- La carga de trabajo<sup>10</sup>.
- El riesgo de «sobreconexión» (factor de riesgo del que derivaría, precisamente, la garantía del derecho a la desconexión, dotándolo de contenido práctico y de una vinculación muy estrecha con la seguridad y salud en el trabajo).

La empresa también debe fijar, de acuerdo con la persona trabajadora, los intervalos horarios, en coherencia con los horarios de trabajo vigentes en la empresa, durante los cuales puede ponerse en contacto con ella. Si se instaura un medio de control de la actividad de la persona trabajadora y del tiempo de trabajo, este control debe estar justificado por la naturaleza de la tarea y ha de ser proporcional al objetivo deseado. El recurso a dispositivos digitales específicos precisa el respeto a las condiciones establecidas de consulta previa al CSE y de información previa a las personas trabajadoras. Cada año, al menos, la empresa debe organizar un encuentro para analizar las condiciones de la actividad y de la carga de trabajo de las personas teletrabajadoras. El número de reuniones puede aumentarse con ocasión de la negociación colectiva periódica en la empresa, en lo que se refiere a la calidad de vida en el trabajo y que conlleva también el ejercicio del derecho a la desconexión. Esta negociación se entiende, en el seno del ANI de 26 de noviembre de 2020, como una oportunidad para reforzar el diálogo en las empresas con el propósito de alcanzar un acuerdo colectivo relativo al teletrabajo.

El ANI de 26 de noviembre de 2020 pone el acento sobre el necesario acompañamiento de las personas colaboradoras y las directivas. En efecto, el teletrabajo hace evolucionar la manera de animar una comunidad de trabajo y debe respetar las prácticas gerenciales específicas. Con fundamento en el ANI de 28 de febrero de 2020, que ya introducía algunas orientaciones a los directivos/as, el ANI para una exitosa implementación del teletrabajo, insiste sobre el postulado, calificado de «fundamental», de la relación de confianza entre una persona responsable y cada teletrabajador/a, pero también en la necesaria introducción, de manera complementaria, de las aptitudes de responsabilidad y de autonomía. Las prácticas gerenciales deben también ejercerse de manera diferenciada según el número de personas en teletrabajo y la frecuencia de este último. Se debe fijar un marco claro para que las personas colaboradoras puedan evolucionar de la forma más autónoma posible. La fijación de objetivos y el reparto de la carga de trabajo deben también tener en cuenta la situación del teletrabajo adaptando las formas de comunicación a distancia.

En consecuencia, se trata de conseguir un incremento de las competencias de las personas directivas y las trabajadoras en las evoluciones de dirección y organización del trabajo generadas por el teletrabajo con el fin de garantizar un operativo de puesta en marcha respetuoso con las condiciones laborales y con la salud en el trabajo. La formación de directivos/as y colaboradores/as es también un elemento clave y debe atender a las

<sup>10</sup> *Vid.* González Cobaleda (2021); Moreno Pérez (2021).

nuevas situaciones, pero también considerar las situaciones individuales, incluidas las relativas a las nuevas personas trabajadoras cuya integración debe aprobarse en el marco del teletrabajo y a la vista de su inclusión en la comunidad laboral. Igualmente se incluye a las personas trabajadoras que realizan formación en alternancia entre la empresa y su centro de formación.

El presente ANI considera también el teletrabajo como una herramienta con vocación social. Así, el teletrabajo puede participar en la lucha contra la exclusión laboral de las personas trabajadoras con discapacidad o con una enfermedad crónica. El teletrabajo puede también utilizarse para acompañar a las personas cuidadoras y a las trabajadoras en situación de vulnerabilidad.

El acuerdo alerta también sobre una cuestión particularmente importante a la vista de la aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, sobre todo en lo que concierne al acceso al teletrabajo, la gestión de la carrera profesional y la futura adaptación del empleo y las competencias. Por otro lado, la continuidad del diálogo social de proximidad debe asegurarse en situaciones de teletrabajo respetando las normas en vigor en materia de diálogo social. La organización material para asegurarlo debe adaptarse al uso de herramientas digitales para la organización de reuniones a distancia o la puesta en marcha de un «local sindical digital», por ejemplo.

En fin, el Acuerdo de 26 de noviembre de 2020 concluye sobre el recurso al teletrabajo en caso de circunstancias excepcionales o de fuerza mayor. La continuidad de la actividad de la empresa debe garantizarse, pero a condición de que esté prevista la implementación del teletrabajo. Esta condición requiere que las modalidades de recurso al teletrabajo en estas circunstancias se establezcan previamente y que las personas trabajadoras sean informadas, por ejemplo, a través de un reglamento interno sobre el teletrabajo o bien por un acuerdo colectivo incluido en las negociaciones sobre la calidad de vida en el trabajo. En ausencia de acuerdo colectivo, la consulta corresponderá hacerla bien al CSE bien a las personas trabajadoras.

## 4. Conclusión

En Francia, como en la mayor parte de los países de la Unión Europea (desde luego en España, por lo que conozco de los estudios realizados al respecto por colegas de esta disciplina), el recurso al llamado teletrabajo domiciliario ha sido masivo, podría decirse que incluso «salvaje». Las razones de tipo económico, también de salud, pueden comprenderse. Había que salir de la forma más acelerada posible de las, enormes, dificultades creadas por las diversas crisis asociadas a la COVID-19. La prioridad era asegurar la continuidad de la actividad de la empresa reduciendo al mínimo el riesgo de contagio, lo que evidencia, como se expuso al principio, las sinergias entre salud, trabajo y economía. Por lo tanto, algo importante siempre se convirtió en urgente: la regulación flexible, y lo más accesible

que pudiera ser, del teletrabajo, con un marco normativo más claro y equilibrado. En Francia, a diferencia de otros países, como España, se ha optado por la vía de la autorregulación convencional, no por la vía heterónoma.

La razón de ser del ANI de 26 de noviembre de 2020 fue afrontar este imperativo. Sin embargo, el ANI, que no es el primero francés en la materia, ha mostrado de forma intensa toda su ambivalencia. De un lado, porque está falto del grado de innovación jurídico-social que se precisa y que, por el tiempo en que se ha concluido, era de esperar, máxime ante la firma también del Acuerdo comunitario sobre Digitalización. De otro, porque, al mismo tiempo, deja emerger alguna vía de progresos, de avance, en uno de los ámbitos más importantes, el de la prevención de los riesgos laborales y de garantía del bienestar –salud integral– de las personas teletrabajadoras.

Consecuentemente, desde la doble perspectiva de dotar de las debidas garantías a las personas trabajadoras en relación con sus datos personales, así como para la protección de su salud de cara a las eventuales derivas en el uso de tecnologías digitales, será determinante integrar estas cuestiones en la evaluación de los riesgos laborales y de prevención en los proyectos de organización del trabajo (prevención primaria)<sup>11</sup>, así como fijar los límites ante el uso de los instrumentos tecnológicos y ante las posibles amenazas contra la salud y la dignidad del individuo. Sería necesario también, realizar una reflexión colectiva y ética, para sensibilizar a cada uno de los actores del trabajo sobre el impacto que sobre la salud y la dignidad tienen las decisiones que se toman en el marco de las novedades prácticas de la evolución tecnológica del trabajo. Aunque Francia solo ha transpuesto las disposiciones sobre el teletrabajo, este enfoque también se aplica en este ámbito e incluso podría utilizarse para una futura transposición más elaborada del Acuerdo sobre la Digitalización del Trabajo.

Lamentablemente, el ANI de 20 de noviembre de 2020 no ha quedado incluido en el proyecto de ley que se está actualmente debatiendo en el Parlamento para reforzar la prevención en la salud laboral. El contexto actual hace necesario precisar los contornos de la obligación de seguridad de la empresa y sus deberes en materia de prevención cuando el teletrabajo se convierte en la norma en medio de una pandemia y se asemeja más al trabajo en casa que al teletrabajo con todos los condicionantes externos que hay que gestionar al mismo tiempo que el trabajo.

---

<sup>11</sup> *Vid.* Molina Navarrete (2021a, pp. 307 y ss.).

## Referencias bibliográficas

- Adam, Patrice. (2008). La prise en compte des risques psychosociaux par le droit du travail français. *Droit Ouvrier*, 719, 313-332.
- Gallego Moya, Fermín. (2021). [El trabajo a distancia en los convenios colectivos. Primeras experiencias tras el Real Decreto-Ley 28/2020](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 71-106.
- Ginès i Fabrellas, Anna y Peña Moncho, Juan. (2020). [Viejas y nuevas obligaciones en materia de control del tiempo de trabajo](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 63-107.
- Gollac, Michel. (2008). Le bonheur au travail: une question de statut? En Gilbert de Terssac, Corinne Saint-Martin y Claire Thébault (Coords.), *La précarité: une relation entre travail, organisation et santé* (pp. 7-27). Octarès Éditions.
- González Cobaleda, Estefanía. (2021). [Nuevo reto de la gestión de riesgos psicosociales: el deber de evaluar los tiempos de disponibilidad \(offline, online\), aun no siendo de trabajo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 2021, asunto C-344/19](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 461-462, 187-199.
- Heras García, Aránzazu de las. (2020). [Análisis de la nueva regulación del trabajo a distancia](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 452, 171-193.
- Heras García, Aránzazu de las. (2021a). Análisis de los convenios colectivos al encuentro de la ley del trabajo a distancia. En Juan Francisco Rodríguez Ayuso y Elena Atienza Macías (Coords.), *El nuevo marco legal del teletrabajo en España: presente y futuro, una aproximación multidisciplinar* (pp. 139-157). Wolters Kluwer.
- Heras García, Aránzazu de las. (2021b). El contenido y la modificación del acuerdo de trabajo a distancia a la espera de la negociación colectiva. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 81, 1-28 (en versión digital).
- Lerouge, Loïc. (2009). Les effets de la précarité du travail sur la santé: le droit du travail peut-il s'en saisir? *Revue Électronique PISTES*, 1(11). <https://doi.org/10.4000/pistes.2306>.
- Lerouge, Loïc. (2010). Le droit du travail français confronté aux «nouveaux risques». Quelle prise en compte de la santé mentale en droit du travail? *Revue Multidisciplinaire sur l'Emploi, le Syndicalisme et le Travail*, 2(5), 21-38. <https://doi.org/10.7202/1000018ar>.
- Lerouge, Loïc. (2019). [Desconexión digital del trabajo: reflexiones sobre los retos jurídicos en derecho laboral](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 436, 71-84.
- Lerouge, Loïc. (15 de marzo de 2021). Acuerdo Nacional Interprofesional de 26 de noviembre de 2020 para una exitosa implementación del teletrabajo: entre estabilidad y avances. *Transforma e-Work*. <https://www.transformaw.com/blog/acuerdo-nacional-interprofesional-de-26-de-noviembre-de-2020-para-una-exitosa-implementacion-del-teletrabajo-entre-estabilidad-y-avances/>.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2021a). *Datos y derechos digitales de las personas trabajadoras en tiempos de (pos)covid19: entre eficiencia de gestión y garantías*. Bomarzo.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2021b). [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.



- Molina Navarrete, Cristóbal. (2021c). «Nueva ley» de protección frente al riesgo de COVID-19 en el entorno laboral: más poder de empresa, pero sin noticias de vacunación obligatoria. (A propósito de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 458, 89-110.
- Moreno Pérez, José María. (2021). Evaluar la carga de trabajo, prevenir el agotamiento profesional: ¿calidad de servicios públicos (justicia, salud, residencias) sin cuidar la salud mental de quienes los prestamos? Comentario a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 485/2020, de 26 de mayo, y de Madrid 410/2020, de 16 de junio, y 222/2021, de 23 de marzo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 461-462, 200-212.
- Tordesillas Escudero, Elena y Díaz Martínez, Guillermo. (2020). El teletrabajo en la Administración General del Estado: desafíos, beneficios y oportunidades. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 452, 233-258.
- Vallecillo Gámez, María Rosa. (2017). El derecho a la desconexión: ¿«novedad digital» o esnobismo del «viejo» derecho al descanso? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 408, 167-178.
- Véricel, Marc. (2021). L'accord sur le télétravail: un accord de compromis qui reste à la marge du normatif. *Revue de Droit du Travail*, 1, 59-63.



# Los desplazamientos transnacionales de las personas trabajadoras: novedades y desafíos de la transposición de la Directiva 2018/957/UE al ordenamiento jurídico español

**Manuel Pedro Velázquez Fernández**

*Inspector de Trabajo y Seguridad Social.*

*Unidad especial de lucha contra el fraude en el trabajo transnacional del OEITSS*

[mvelazquezf@mites.gob.es](mailto:mvelazquezf@mites.gob.es) | <https://orcid.org/0000-0002-3158-9407>

## Extracto

En este estudio se explica el contenido de la transposición de la Directiva 2018/957 que reforma a su vez la Directiva 96/71 sobre desplazamiento de trabajadores en una prestación de servicios transnacional. Se abordan, en concreto, los aspectos relativos al objetivo de lograr la plena igualdad en las retribuciones de las personas desplazadas, el actual marco legal y convencional sobre los alojamientos del personal desplazado en España, que es otra de las novedades que ha introducido la directiva, y las mejoras en el control y regulación de los desplazamientos para evitar situaciones de fraude de ley. Al final se remarcan las cuestiones que han quedado pendientes de desarrollo legal y aplicativo.

**Palabras clave:** igualdad; salarios; trabajo temporal; alojamientos; fraude.

Fecha de entrada: 13-07-2021 / Fecha de aceptación: 26-07-2021

**Cómo citar:** Velázquez Fernández, Manuel Pedro. (2021). Los desplazamientos transnacionales de las personas trabajadoras: novedades y desafíos de la transposición de la Directiva 2018/957/UE al ordenamiento jurídico español. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 461-462, 73-97.



# Transnational movements of workers: news and challenges of the transposition of Directive 2018/957/EU into the Spanish legal system

Manuel Pedro Velázquez Fernández

## Abstract

This research explains the content of the transposition of Directive 2018/957, which reforms Directive 96/71 on the posting of workers in the transnational provision of services. Specifically, it addresses the aspects relating to the objective of achieving equal pay for posted workers, the current legal and contractual framework on accommodation for posted workers in Spain, which is another of the new features introduced by the directive, and the improvements in the control and regulation of postings to avoid situations of fraud and circumvention. Finally, the issues that remain to be developed in law and application are highlighted.

**Keywords:** equality; salaries; temporary work; accommodation; fraud.

**Citation:** Velázquez Fernández, Manuel Pedro. (2021). Transnational movements of workers: news and challenges of the transposition of Directive 2018/957/EU into the Spanish legal system. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 461-462, 73-97 .

## Sumario

1. Origen y alcance de la Directiva 2018/957
2. El objetivo de lograr la igualdad en las retribuciones
  - 2.1. El alcance de las nuevas normas sobre legislación aplicable
  - 2.2. La determinación del convenio colectivo aplicable
  - 2.3. La presunción en favor de conceptos de reembolso de gastos por desplazamiento
3. Reformas que afectan a los desplazamientos de las ETT
4. Las condiciones de alojamiento de las personas desplazadas: una importante faceta orillada
  - 4.1. La regulación del alojamiento de los nacionales de terceros Estados en la UE
  - 4.2. La regulación general del derecho a disponer de un alojamiento
  - 4.3. Las condiciones mínimas de seguridad, higiene y salud que debe reunir un alojamiento
  - 4.4. Las normas sanitarias sobre alojamiento de personas trabajadoras
5. El control del fraude en los desplazamientos
  - 5.1. El establecimiento de límites temporales y personales al desplazamiento
  - 5.2. Las acciones de control e información y el papel de la Autoridad Laboral Europea
6. Cuestiones y retos pendientes

Referencias bibliográficas

## 1. Origen y alcance de la Directiva 2018/957

Como es bien sabido, los desplazamientos de personas trabajadoras en una prestación de servicios transnacional se regularon por primera vez en la Directiva 96/71 como directa consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 27 de marzo de 1990, asunto C-113/89, *Rush Portuguesa*, objeto luego de una intensa actividad judicial y de análisis científico<sup>1</sup>. En dicha sentencia se reconocía que el trabajo por cuenta ajena de las personas que se desplazaban con su empresa para la prestación temporal de un servicio en otro Estado de la Unión Europea (UE) no se encuentra amparado por el derecho a la libre circulación de personas trabajadoras (del actual art. 45 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–), sino por el derecho a la prestación de servicios (previsto en el actual art. 56 TFUE). En su día, esa distinción tuvo particular interés para España, pues se recordará que en aquel momento Portugal y España se encontraban en la fase de transición prevista en el Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas en el que se reconocía a su ciudadanía el derecho a la libre prestación de servicios, pero en cambio se establecía un periodo transitorio para el pleno ejercicio del derecho a la libre circulación para trabajar por cuenta ajena en otros Estados.

Los problemas se agudizaron una década después. Esta misma transitoriedad fue la que posteriormente se aplicó en la primera década de este siglo en los procesos de adhesión a la UE de los países del este. Un proceso nada baladí. Provocó el aumento de los desplazamientos y la preocupación por combatir el uso fraudulento de este derecho regulado ya entonces por la Directiva 96/71. A fin de combatir los crecientes fraudes y abusos se aprobó la Directiva 2014/67, llamada de control de la aplicación (*enforcement*), para complementar y reforzar los mecanismos de vigilancia e inspección del fraude en el desplazamiento regulados por la Directiva 96/71<sup>2</sup>. Con ella se asimilaban como propias algunas de las reglas y mecanismos ya vigentes sobre los desplazamientos temporales en materia de determinación de la legislación aplicable de Seguridad Social que actualmente se encuentran reguladas por los artículos 12.1 del Reglamento 883/2004 y 14.1 y 2 del Reglamento 987/2009, sobre coordinación de sistemas de Seguridad Social.

Las disposiciones de la «Directiva *enforcement*» no se consideraron suficientes desde muy temprano y ya incluso antes de su entrada en vigor comenzó a nivel comunitario la

<sup>1</sup> De especial interés, en su día, los estudios de Esteban de la Rosa y Molina Navarrete (2000); Fernández-Costales Muñoz (2015); Mella Méndez (2011); Molina Martín (2010).

<sup>2</sup> Ampliamente, Fotinopoulos Basurko (2015; 2017); Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer (2016).

discusión sobre la necesidad de realizar no tanto un refuerzo de los mecanismos de control de los desplazamientos, sino una reforma de algunos de los contenidos esenciales de la Directiva 96/71, para así evitar más eficazmente el fraude y el abuso en el desplazamiento, así como para garantizar más plenamente el derecho a la igualdad entre las personas trabajadoras desplazadas y las contratadas en el país de empleo. Estos fueron básicamente los objetivos de la Directiva 2018/957 tal y como se puede observar en los apartados de su exposición de motivos que ahora se resumen:

- Por un lado, se trata de garantizar el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad (apdo. 6) en las condiciones de trabajo.

La aplicación de este principio afecta fundamentalmente a la igualdad en la percepción de todos los conceptos retributivos, tanto de los salarios como de las percepciones extrasalariales para compensar los gastos que ocasiona el desplazamiento (apdos. 8, 17, 18, 19 y 20), ampliando para ambos supuestos la aplicación de los convenios colectivos conforme a las prácticas vigentes en cada Estado. Y, por otro lado, también se trata de garantizar el derecho a la igualdad respecto a las personas trabajadoras de las empresas de trabajo temporal (ETT), tanto para asegurar la percepción de los mismos salarios que se perciben en las empresas usuarias (apdo. 12) como para controlar la situación en la que se encuentran las personas contratadas por una ETT que se desplazan a otro Estado a través de una empresa usuaria (apdo. 13) en lo que se ha venido a llamar el desplazamiento de una ETT «en cadena».

- La directiva también trata de combatir algunas condiciones particularmente abusivas que afectan de modo especial a las personas desplazadas como las relativas al alojamiento (apdo. 7).
- Y, por último, buena parte de su contenido se dedica a reforzar la lucha contra el fraude en los desplazamientos señalando condiciones que aseguren su efectiva temporalidad mediante el establecimiento de límites sobre su duración y sobre el reemplazo de las personas desplazadas de modo similar, aunque no idéntico, a como ya lo hacen las normas de coordinación de sistemas de Seguridad Social (apdos. 9, 10 y 11) y mediante el establecimiento de medidas de información y control que tratan de asegurar la aplicación de las normas laborales del llamado «núcleo duro» vigentes en cada Estado por parte de las empresas desplazadas (apdos. 12 y 21).

La directiva fue aprobada el 28 de junio de 2018 y su completa entrada en vigor se produjo el 30 de junio de 2020 una vez que este era el plazo de vencimiento para su transposición a los ordenamientos jurídicos de los Estados. Ciertamente, en este camino ha encontrado algunos escollos de relevancia, como la propia impugnación de algunos Estados del este, por entender que se exralimitaban las instituciones comunitarias en sus competencias con

esta norma, perjudicando la competencia<sup>3</sup>. Estos Estados primaban la dimensión liberal de la regulación sobre la social, a fin de seguir manteniendo el diferencial de condiciones de trabajo, sobre todo salariales, como vector de desarrollo en el seno de la UE.

Otros países dilataron la transposición. Como ya ocurrió con la Directiva 2014/67, las instituciones españolas no hicieron la transposición dentro del plazo previsto<sup>4</sup> y la Comisión ya había comenzado los trámites para exigir su cumplimiento. Se dictó en consecuencia un real decreto-ley para evitar la adopción de medidas coercitivas por parte de la Comisión al igual que ocurrió con el resto de las directivas que se transponen a través del Real Decreto-Ley (RDL) 7/2021, de 27 de abril. Vamos a analizar en este estudio el contenido de la transposición de la Directiva 2018/957 y las particularidades del texto del RDL 7/2021 en lo que afecta a este aspecto y otros que también son relevantes<sup>5</sup>.

## 2. El objetivo de lograr la igualdad en las retribuciones

Como hemos visto, el primer objetivo de la directiva era el de lograr la igualdad plena y efectiva en la percepción de todos los conceptos retributivos, ya sean salariales o extrasalariales, con la única excepción de los relativos a los regímenes complementarios de jubilación, tal y como señalan los nuevos artículos 3.1 c) y 3.1 bis de la Directiva 96/71 y el nuevo artículo 3.8 de la Ley 45/1999. El desplazamiento temporal ha venido siendo causa de diferencias retributivas ante trabajos de igual valor y en el mismo lugar de prestación de servicios poco justificables, generando agravios perjudiciales para una competencia leal entre Estados. El TJUE ha ido decantando, pese a los inicios más oscuros, un cuerpo de doctrina que favorecía la corrección normativa de los principales defectos, como la muy conocida sentencia Ammattiliitto (STJUE de 12 de febrero de 2015, asunto C-396/13)<sup>6</sup>.

### 2.1. El alcance de las nuevas normas sobre legislación aplicable

Hasta la entrada en vigor de la Directiva 2018/957, la transposición que habían hecho algunos Estados de la Directiva 96/71 no incluía dentro de las «cuantías mínimas salariales»

<sup>3</sup> La STJUE de 8 de diciembre de 2020, asunto C-620/18, confirmó la total validez jurídica de la Directiva 2018/957 sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios. Para un riguroso estudio de la misma, *vid.* Rojo Torrecilla (2021a).

<sup>4</sup> Como el profesor Eduardo Rojo ha evidenciado (Rojo Torrecilla, 2021b), en la transposición de esta directiva «ha jugado un papel relevante», sin duda, el temor creado por la STJUE de 25 de febrero de 2021, asunto C-658/19, que condena a España por diversos incumplimientos de esta guisa.

<sup>5</sup> *In extenso*, Contreras Hernández (2020). De gran interés, igualmente, Defossez (2014); Orlandini (2017); Parra Gutiérrez (2020).

<sup>6</sup> *Vid.* Contreras Hernández (2020, pp. 263 y ss.); Lhernould (2016); Monereo Pérez y Ortega Lozano (2018).

(señaladas entonces así por la directiva) todos los complementos salariales ni tampoco se incluían los conceptos extrasalariales de compensaciones de gastos por viaje, alojamiento y manutención<sup>7</sup>. Ahora, la directiva sustituye el término de «cuantías mínimas de salario» por el de «remuneraciones», que incluye dentro de él todos los conceptos retributivos salariales y, además, también incluye dentro del listado de materias en las que se aplican las normas laborales del país de empleo «los complementos o los reembolsos en concepto de gastos de viaje, alojamiento y manutención previstos para los trabajadores que están fuera de su domicilio por motivos profesionales» (nuevo art. 3.1 i) directiva y art. 3.1 k) Ley 45/1999). Esto solo supone parcialmente una novedad para la legislación española, puesto que la Ley 45/1999 ya incluía dentro del artículo 4 la aplicación de la legislación y convenios colectivos vigentes a todos los complementos salariales, pero, en cambio, no incluía los conceptos extrasalariales por gastos de viaje, alojamiento y manutención.

Respecto al alcance de esta última adición, hay coincidencia en la interpretación de la Comisión Europea y de los Estados. Así, se considera que no incluyen los gastos de viaje desde el Estado de origen al Estado de acogida, sino solamente los gastos que se produzcan durante el desplazamiento en el Estado de acogida, ya que así lo establece la propia directiva y el artículo 3.1 k) de la Ley 45/1999.

## 2.2. La determinación del convenio colectivo aplicable

La directiva trata de resolver la polémica en cuanto a la aplicación de convenios colectivos que vino marcada históricamente por la exigencia de aplicar a las personas desplazadas solamente los convenios colectivos de efectos generales, también en aquellos Estados en los que esta modalidad propiamente no existía y por costumbre se aplicaban las condiciones pactadas en los convenios colectivos suscritos por un sindicato, normalmente unitario, sin que esos acuerdos tuvieran propiamente el alcance general o universal que entonces exigía la Directiva 96/71.

Este no era el caso de la legislación española, en la que existe una clara distinción entre los convenios estatutarios de aplicación o eficacia general y los convenios extraestatutarios de aplicación limitada a las partes firmantes y a quienes libremente se adhieran a ellos, siendo, además, los convenios estatutarios la modalidad de negociación colectiva más habitual. Sin embargo, en los países nórdicos rige el sistema de negociación colectiva que arriba se ha descrito y todo esto motivó un serio desajuste entre los salarios percibidos por las personas que se desplazan y las que son contratadas en el país de acogida a raíz de

---

<sup>7</sup> Entre una copiosa y muy sugerente doctrina jurídico-social, podríamos destacar Casas Baamonde (2001); Miranda Boto (2015).

las polémicas sentencias del TJUE en los asuntos Viking y Laval (2007)<sup>8</sup>. Ese desajuste es lo que se ha intentado ahora corregir con la reforma operada por la Directiva 2018/957 en la que el nuevo artículo 3.8 de la Directiva 96/71 establece que:

A falta de, o además de, un sistema de declaración de aplicación universal de convenios colectivos o laudos arbitrales en el sentido de lo dispuesto en el párrafo primero, los Estados miembros podrán basarse, si así lo deciden, en [...] la aplicación de los convenios «celebrados por las organizaciones de los interlocutores sociales más representativas a escala nacional y que sean ampliamente aplicados en el conjunto del territorio nacional».

Otra cuestión interpretativa relevante y que, en cambio, sí puede afectar de algún modo significativo a nuestra legislación sobre convenios colectivos es la relativa a la aplicación prevalente a las personas desplazadas temporalmente de los convenios de eficacia general que sean sectoriales o profesionales sobre los convenios colectivos de empresa. El artículo 3.4 de la Ley 45/1999 señala a este respecto que:

A los efectos de esta ley, las condiciones de trabajo previstas en la legislación laboral española serán las contenidas en las disposiciones legales o reglamentarias del Estado y en los convenios colectivos y laudos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector o rama de actividad de que se trate.

Este precepto fue el aprobado en la Ley 45/1999 sin haber sufrido ninguna variación posterior y era, en su momento, el principio general vigente para la regulación de las condiciones laborales mediante convenios colectivos. Sin embargo, en el artículo 84.2 a) del Estatuto de los Trabajadores (ET) actualmente vigente (RDleg. 2/2015) se establece la prioridad de las disposiciones del convenio colectivo de empresa en lo que se refiere a la determinación del salario base y los complementos salariales y, además, una STJUE de 24 de enero de 2002, en el asunto C-164/99, Portugaia Construções Ltda., señaló literalmente en su parte dispositiva que:

El hecho de que un empresario nacional pueda, mediante la celebración de un convenio colectivo de empresa, abonar un salario mínimo más bajo que el establecido en un convenio colectivo, declarado de aplicación general, mientras que un empresario establecido en otro Estado miembro no puede hacer lo mismo, constituye una restricción injustificada de la libre prestación de servicios.

Sin embargo, el nuevo artículo 3.8 de la Directiva 96/71 (reformado por la Directiva 2018/957) establece ahora que:

<sup>8</sup> Vid. Calvo Gallego (2017); Carrascosa Bermejo (2019); Llobera Vila (2016); Molina Navarrete (2016).

[...] los Estados miembros podrán basarse, si así lo deciden, en los convenios colectivos o laudos arbitrales que sean de aplicación universal en todas las empresas similares pertenecientes a la profesión o al sector de que se trate y correspondientes al ámbito de aplicación territorial de estos [...] siempre que su aplicación a las empresas [...] garantice la igualdad de trato [...] entre dichas empresas y las demás empresas [...] que se hallen en una situación similar.

A la vista de este precepto, podría interpretarse que este nuevo apartado de la Directiva 96/71 pueda hacer viable la aplicación prevalente a las empresas desplazadas de los convenios colectivos sectoriales sobre su propio convenio de empresa, pero siempre y cuando dicha aplicación no vulnerase el derecho a la igualdad de trato con empresas establecidas en España que se encuentren en esa misma situación de tiempo y lugar<sup>9</sup>.

### 2.3. La presunción en favor de conceptos de reembolso de gastos por desplazamiento

Otra de las cuestiones que afectaban a la igualdad en las percepciones salariales era la relativa al uso de fórmulas ambiguas o incluso fraudulentas en la denominación y percepción de los complementos salariales que en realidad encubrían formas de reembolso por los gastos de viaje, manutención o alojamiento que se encuentran excluidos por la Directiva 96/71 y la Ley 45/1999 del cómputo global de retribuciones a la hora de compararlas con las que se tiene derecho a devengar en el país de empleo o acogida. Es, de hecho, una práctica frecuente que conceptos teóricamente salariales, como es, por ejemplo, el caso de la «ajuda de costo» que se emplea en Portugal, en realidad encubran una compensación o reembolso de los gastos de viaje, alojamiento y manutención.

La Directiva 2018/957, confirmando su propia ambivalencia (algo inherente a las normas comunitarias, más a las que tienen que ver con las libertades económicas y han terminado generando derechos sociales, promoviendo notables mejoras de las garantías de protección, como en el caso de las personas trabajadoras desplazadas temporalmente –movilidad en el empleo–), resolvió que ante situaciones de ambigüedad se debe aplicar la presunción de que dichos conceptos tienen naturaleza de reembolso de los gastos que ocasiona el desplazamiento, no se consideran salario y quedan, por tanto, excluidos del cómputo comparativo de los salarios devengados y los exigibles en el sistema normativo del país de empleo (nuevo art. 3.7 Directiva 96/71 y nuevo art. 3.4 Ley 45/1999). Conviene, sin embargo, atender al criterio más garantista del TJUE, al menos en los últimos años<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Ampliamente, Contreras Hernández (2020, pp. 261 y ss.).

<sup>10</sup> Conviene, no obstante, tener en cuenta la evolución jurisprudencial del TJUE, cada vez más garantista y, en consecuencia, más proclive a la consideración de este tipo de conceptos como salarios. De

En cualquier caso, respecto a estas obligaciones retributivas, la cuestión que en la práctica resulta más relevante no es la relativa a la aplicación de los derechos legales, sino a su efectivo control por las inspecciones de trabajo de los Estados. Especialmente, cuando estas retribuciones se abonan en metálico o los documentos que se muestran ante las autoridades del país de acogida no pueden ser contrastados por estas con otros documentos como las cotizaciones a la Seguridad Social y las contribuciones a Hacienda en el país de origen que quedan fuera de su alcance competencial. En suma, y por todo ello, seguirá siendo imprescindible la colaboración de buena fe de las inspecciones de trabajo de los Estados miembros a fin de combatir este tipo de prácticas fraudulentas. Anomalías de cumplimiento muy extendidas en la práctica, como prueba también la extrema conflictividad judicial que presentan en los últimos años ante el propio TJUE.

### 3. Reformas que afectan a los desplazamientos de las ETT

En cuanto a las obligaciones para las ETT<sup>11</sup>, la Directiva 2018/957 estableció formalmente el principio de igualdad salarial con la empresa usuaria que ya se encontraba presente en

---

interés, al respecto, la STJUE de 8 de julio de 2021, asunto C-428/19 (cuestión prejudicial de un órgano judicial húngaro). Entre otras precisiones, reconoce que el artículo 3, apartado 7, párrafo segundo, de la Directiva 96/71 debe interpretarse en el sentido de que:

[...] una dieta cuyo importe difiere en función de la duración del desplazamiento del trabajador constituye un complemento correspondiente al desplazamiento que forma parte del salario mínimo, a menos que se abone como reembolso de los gastos efectivamente realizados originados por el desplazamiento, tales como gastos de viaje, alojamiento o manutención, o que corresponda a un incremento que modifique la relación entre la prestación del trabajador, por un lado, y la contrapartida que percibe, por otro.

Asimismo, en sector del transporte por carretera –siempre conflictivo en mayor grado, también por prestarse más a esta movilidad–, el TJUE valora que el artículo 10, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 561/2006, de 15 de marzo de 2006, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera y por el que se modifican varios reglamentos:

[...] debe interpretarse en el sentido de que no se opone, en principio, a que una empresa de transporte por carretera pague a los conductores un complemento calculado a partir de un ahorro que se refleja en una disminución del consumo de combustible en relación con la distancia recorrida. No obstante, tal complemento infringiría la prohibición establecida en dicha disposición si, en lugar de vincularse únicamente al ahorro de combustible, recompensase ese ahorro en función de las distancias recorridas o del volumen de las mercancías que vayan a transportarse según un régimen que incite al conductor a conductas de tal naturaleza que puedan comprometer la seguridad en carretera o a cometer infracciones [...].

<sup>11</sup> Como ha entendido recientemente la STJUE de 3 de junio de 2021 (asunto C-784/19), Team Power Europe, una ETT «ejerce normalmente sus actividades» en un Estado miembro cuando realiza una parte sustancial de su actividad de cesión de personas trabajadoras en favor de empresas usuarias que estén establecidas y ejerzan sus actividades en el territorio de dicho Estado miembro. En la doctrina científica, Gala Durán (2002).

la Directiva 2008/104 (nuevo art. 3.1 ter Directiva 96/71). Una cuestión que no es novedosa en nuestra legislación, puesto que el artículo 4.2 de la Ley 45/1999 así lo establecía en consonancia con el artículo 11 de la Ley por la que se regulan las ETT (LETT).

La novedad principal reside en las nuevas obligaciones para las llamadas ETT desplazadas en cadena, que ahora asumen con claridad (antes era un asunto sujeto a interpretación) la condición de empresa que desplaza personas trabajadoras y están, por tanto, compelidas a realizar algunas obligaciones formales como la comunicación del desplazamiento a las autoridades del Estado de acogida que, de hecho, ya se ha impuesto en la legislación de todos los Estados de la Unión, aunque el artículo 9 de la Directiva 2014/67 lo contemple como una mera facultad de aquellos. El objetivo de esta nueva regulación es mejorar el control sobre estas empresas que solamente aportan mano de obra, si bien hay que tener en cuenta que en la mayor parte de los Estados estas empresas se encuentran ya sometidas a un control administrativo previo sobre su solvencia y que las condiciones del personal de las empresas subcontratistas pueden ser, de hecho, más precarias cuando estas se sustentan por socios o titulares insolventes y sin patrimonio que a veces operan como meros intermediarios. A este respecto, el artículo 12 de la Directiva 2014/67 fijó la necesidad de obligar a los Estados a establecer la responsabilidad solidaria de las contratistas en las obligaciones salariales a fin de evitar tal tipo de fraudes y el artículo 42 del ET ya sirve en nuestro ordenamiento a esta misma finalidad.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que el ejercicio efectivo de estos derechos por parte de las personas desplazadas es muy marginal, ya que su presencia en el país de acogida es temporal y los medios de los que disponen para demandar a la empresa contratista o principal son muy precarios salvo que cuenten con la asistencia de los sindicatos del país de acogida. La Ley 45/1999 ya preveía desde su origen las ETT desplazadas en cadena en su artículo 2.2 y las excluía de la aplicación de la LETT por considerar que en lo relativo a los contratos mercantiles de puesta a disposición entre las empresas usuarias y las ETT no era de aplicación la legislación española. Esta exclusión se mantiene en el actual texto legal, si bien se sigue señalando con claridad en el texto de la Ley 45/1999 la sujeción de estas personas trabajadoras a los salarios previstos para las empleadas de la empresa usuaria (art. 4.2) y ahora se añade de forma expresa en el artículo 3.7, también para mayor claridad, puesto que la legislación de Seguridad Social del país de acogida forma parte del llamado núcleo duro de disposiciones aplicables, la necesidad de cumplir con lo dispuesto en el artículo 28.5 de la Ley de prevención de riesgos laborales (LPRL), que establece la responsabilidad de las empresas usuarias en lo relativo a las condiciones de seguridad y salud en el trabajo del personal de las ETT.

Por otra parte, la realidad de los desplazamientos de las ETT en cadena ya era tenida en cuenta por la regulación sobre coordinación de sistemas de Seguridad Social en la Guía práctica de la Comisión Administrativa. La experiencia comunitaria, pues, ha venido siendo muy consciente del problema. No obstante, en lo que, más concretamente, se refiere a la realidad práctica en España, su entrada en juego nunca ha planteado, al menos hasta ahora, especiales problemas aplicativos.

## 4. Las condiciones de alojamiento de las personas desplazadas: una importante faceta orillada

Además de la nueva inclusión de las percepciones extrasalariales dentro del listado de materias que componen el núcleo duro de aplicación de la legislación del país de acogida, la directiva también incluye la aplicación de las normas nacionales sobre alojamiento a las personas desplazadas por ser este un asunto en el que se han producido frecuentes abusos que han sido objeto de denuncia pública por los sindicatos y otros agentes sociales en sectores como la construcción, el transporte y la agricultura, muy especialmente en este último, que son precisamente los más afectados por los desplazamientos transnacionales.

Uno de los problemas en esta materia es la ausencia de normas armonizadas a nivel europeo, salvo en algunos aspectos que ahora analizaremos, y una ambigua legislación sobre esta materia en España. Hay que recordar a este respecto que la Directiva 96/71 no es un instrumento de armonización de legislaciones, sino una norma que establece cuál es la legislación del país de acogida e imperativamente aplicable a las relaciones laborales de las personas desplazadas (enfoque de regulación de derecho internacional privado del trabajo<sup>12</sup>). La directiva, por lo tanto, no puede suplir la carencia o la ambigüedad de la normativa existente en cada Estado sobre esta materia como a continuación se detalla.

### 4.1. La regulación del alojamiento de los nacionales de terceros Estados en la UE

A nivel de la UE, la única norma que regula este aspecto es la Directiva 2014/36 que se refiere a la protección de las personas trabajadoras temporeras o estacionales extracomunitarias o provenientes de terceros países. Se da así la paradoja de que el ordenamiento de la UE provea mayor protección a la ciudadanía de Estados terceros que a la propia. Esta directiva, además, se encuentra solo parcialmente transpuesta al ordenamiento español y las disposiciones que regulan las condiciones del uso de vivienda en el artículo 20 no tienen un fiel reflejo en la actual legislación, ya que este artículo dispone algunas medidas como que «podrá exigirse al trabajador temporero el pago de una renta que no resulte excesiva en relación con su remuneración neta y con la calidad del alojamiento. La renta no se deducirá automáticamente del sueldo del trabajador temporero» y que «el empresario facilitará al trabajador temporero un contrato de arrendamiento o documento equivalente en el que figuren claramente las condiciones en las que se arrienda el alojamiento».

Esta dualidad legislativa entre el tratamiento más favorable y protector que se otorga a las personas trabajadoras extracomunitarias sobre las residentes en los Estados de la UE también se da en cierta forma en el propio ordenamiento español. Por una parte, el Real

<sup>12</sup> Gómez Abelleira (2018); Rodríguez-Piñero Royo y Carrascosa González (1996).

Decreto (RD) 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece en su artículo 99.3 a) que «el empleador [debe] poner a disposición del trabajador un alojamiento adecuado que reúna las condiciones previstas en la normativa en vigor y siempre que quede garantizada, en todo caso, la dignidad e higiene adecuadas del alojamiento».

Pero, de forma mucho más precisa y completa, la Orden ISM/1289/2020, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2021, establece en su artículo 3.2 b):

La puesta a disposición del trabajador de un alojamiento adecuado durante la vigencia del contrato de trabajo que reúna las condiciones previstas en la normativa en vigor, así como en las recomendaciones sanitarias, debiendo quedar garantizada, en todo caso, la habitabilidad e higiene adecuada del alojamiento.

Una mención especial se realiza en uno de los ámbitos más problemáticos, como es el agrario. Así: «En el caso del sector agrícola, las condiciones mínimas del alojamiento se recogen en el anexo IX».

La norma reglamentaria precisa que:

La puesta a disposición del trabajador de un alojamiento adecuado se extenderá más allá de la vigencia del contrato en caso de que concurran causas sobrevenidas de fuerza mayor. En estos casos, la obligación se extenderá hasta la finalización de las citadas causas.

Como garantía de fiabilidad del cumplimiento de tan importante obligación, directamente vinculada tanto a la dignidad de la persona como a la salud, se prevé que: «El cumplimiento de esta garantía por el empleador podrá ser objeto de certificación y/o verificación».

De hecho, el citado anexo IX de esta norma recoge la regulación más completa existente en el ordenamiento español sobre las condiciones mínimas de seguridad, higiene y salud que debe reunir el alojamiento de las personas que se desplazan a trabajar a España. Pero no deja de tener importantes limitaciones prácticas. Al respecto, se da la circunstancia de que esta norma es una simple orden ministerial, que tiene un mero carácter temporal anual y que solo es aplicable al personal de Estados ajenos a la UE que se desplaza a España mediante el régimen de contratación en origen.

## 4.2. La regulación general del derecho a disponer de un alojamiento

En lo que respecta a las condiciones de alojamiento para la generalidad de personas trabajadoras, la única norma aplicable es el RD 486/1997, que regula las disposiciones mínimas de seguridad y salud y que establece en su anexo V.A), apartado 4.2.º, que:

En los trabajos al aire libre en los que exista un alejamiento entre el centro de trabajo y el lugar de residencia de los trabajadores, que les imposibilite para regresar cada día a la misma, dichos trabajadores dispondrán de locales adecuados destinados a dormitorios y comedores.

De nuevo estamos ante normas imperativas. Concretamente es una norma de seguridad y salud en el trabajo. Formalmente, viene a transponer la Directiva 89/654/CEE que, sin embargo, no establece ninguna regulación sobre alojamiento en dormitorios y comedores, sino solamente sobre lugares de descanso en el lugar de trabajo. No existe, por tanto, una regulación europea de seguridad y salud sobre esta materia y tampoco hay un consenso entre los Estados de la UE sobre la forma de regular la misma, ya que esta puede contemplarse como un derecho laboral, normalmente como una forma de salario en especie, o como una materia propia de la seguridad y salud en el trabajo, en cuyo caso se puede interpretar que ya era una normativa de aplicación a las personas trabajadoras desplazadas como lo es toda la legislación en esta materia.

Conforme a nuestra legislación, cabe también contemplar ambas opciones, puesto que normalmente se admite que la obligación de facilitar alojamiento puede ser reemplazada por el derecho a percibir una dieta que cubra ese gasto y cuya cuantía estaría en cada caso determinada por el convenio colectivo aplicable. En este caso, la obligación tiene un carácter salarial, la empresa se liberaría de sus obligaciones con el pago de una dieta y el problema del alojamiento entonces se traslada a la posible falta de disponibilidad de este en lugares cercanos al centro de trabajo o la posible elección por las personas afectadas de alojamientos en precarias condiciones. En todo caso, también puede haber problemas para interpretar el alcance de la disposición citada del RD 486/1997 en lo que respecta a la consideración de qué se entiende por lugar de residencia y la distancia que puede haber con él a la hora de fijar la imposibilidad de volver a diario.

En cuanto a la primera cuestión, habría que dilucidar si se trata del lugar de residencia habitual o si también cabría entender que comprende cualquier vivienda en la que las personas trabajadoras de hecho residan durante la duración de su contrato laboral. Además, en la práctica resulta frecuente que dichas personas sean empleadas por distintas personas empleadoras durante una misma temporada agrícola o que enlacen su prestación de servicios por temporadas sucesivas, con lo cual habría diversidad de contratos temporales.

Para determinar en qué casos se considera que las personas trabajadoras temporeras agrarias no pueden volver a diario a su lugar de residencia, a veces se ha recurrido, por analogía, a lo señalado en el artículo 2.2 del RDL 13/2020, por el que se establecen medidas urgentes en materia de empleo agrario. Más particularmente, conviene recordar lo que en ella se prevé a tales efectos. Así:

Se entenderá que existe en todo caso proximidad cuando el domicilio del trabajador o el lugar en que pernocte temporalmente mientras se desarrolla la campaña

esté en el mismo término municipal o en términos municipales limítrofes del centro de trabajo. Las comunidades autónomas podrán ajustar este criterio en función de la estructura territorial teniendo en cuenta el despoblamiento o la dispersión de municipios.

Como era de esperar, y de lamentar, se abría un riesgo de disparidad. Era claro que las comunidades autónomas llamadas a determinar esas normas podían recurrir a diferentes criterios de proximidad. Y la posible (y lamentable) disparidad se ha actualizado en diversidad reguladora.

Así, por ejemplo, en La Rioja se ha dispuesto que sean 80 kilómetros<sup>13</sup>, mientras que en Aragón son 50 kilómetros<sup>14</sup>. Ante esta situación, a todas luces confusa, los convenios colectivos parecen una fuente de regulación más fiable para determinar las obligaciones de las empresas y los derechos de personas trabajadoras temporeras del campo a una vivienda o, en su lugar, el derecho a las dietas o la compensación de los gastos que ocasione pernoctar cerca de los lugares en los que se desarrolla el trabajo agrícola.

De hecho, algunos convenios colectivos del sector agrario reconocen este derecho a la vivienda o, en su defecto, el derecho a recibir dietas cuando las personas trabajadoras no residan en las cercanías de las explotaciones agrícolas en las que trabajan y no puedan ir y volver con facilidad desde el lugar de residencia al lugar de trabajo en el mismo día. En algunas ocasiones, los convenios también establecen la distancia mínima en kilómetros entre el lugar de residencia y el de trabajo para poder tener derecho a las dietas por alojamiento. También hay convenios que establecen que el alojamiento deberá cederse de forma gratuita (Huelva) y otros que establecen un límite de lo que se puede descontar del sueldo por este concepto en un 15 % (Almería). En ningún caso, este descuento podrá superar el 30 % de las percepciones salariales de la persona trabajadora, ni dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional, como así señala el artículo 26.1 del ET.

En todo caso, la inmensa mayoría de los convenios colectivos del sector agrícola son provinciales, en muchos casos su actual vigencia es dudosa por el transcurso del periodo para el que fueron acordados e, incluso, en algunos supuestos, hay varios convenios por provincia divididos por subsectores agrícolas. En suma, una vez más, la dispersión es muy acentuada. Se carece a este respecto de un convenio o acuerdo estatal que establezca una regulación armonizada sobre este tema y cuya vigencia temporal quede asegurada.

<sup>13</sup> Resolución 280/2020, de 14 de abril, de la Consejería de Agricultura. <https://web.larioja.org/bor-portada/boranuncio?n=12701404-3-HTML-530806-X>.

<sup>14</sup> Así lo señala el artículo 4.1 a) del Decreto-Ley 2/2020, de 28 de abril, del Gobierno de Aragón. [https://www.cortesaragon.es/bases/boca2.nsf/\(BOCAID\)/B45F37EE5AAF5F44C125856F002E3EE5?OpenDocument](https://www.cortesaragon.es/bases/boca2.nsf/(BOCAID)/B45F37EE5AAF5F44C125856F002E3EE5?OpenDocument).

### 4.3. Las condiciones mínimas de seguridad, higiene y salud que debe reunir un alojamiento

La regulación legal de las condiciones mínimas que debe tener el alojamiento que proporciona la persona empleadora se encuentra también dispersa en varias normas legales. El RD 486/1997, que regula las disposiciones mínimas de seguridad y salud, solamente señala en su anexo V.A), apartado 4.3.º, que: «Los dormitorios y comedores deberán reunir las condiciones necesarias de seguridad y salud y permitir el descanso y la alimentación de los trabajadores en condiciones adecuadas».

Sin embargo, el propio RD 486/1997 establece en su disposición derogatoria única que el mismo no es de aplicación a determinados lugares de trabajo, en concreto los previstos en el artículo 1.2, que son los siguientes:

- Los medios de transporte utilizados fuera de la empresa o centro de trabajo, así como a los lugares de trabajo situados dentro de los medios de transporte.
- Las obras de construcción temporales o móviles.
- Las industrias de extracción.
- Los buques de pesca.
- Los campos de cultivo, bosques y otros terrenos que formen parte de una empresa o centro de trabajo agrícola o forestal pero que estén situados fuera de la zona edificada de los mismos.

Como se puede observar, esta disposición atañe a los tres sectores más afectados por los desplazamientos, como son el transporte, la construcción y la agricultura, y, además, respecto a esta última, se señala que solo se excluyen los lugares situados «fuera de la zona edificada» del centro de trabajo. Puede interpretarse que, conforme a esa disposición derogatoria, en estos lugares de trabajo se sigue aplicando lo dispuesto en la vieja Ordenanza general de seguridad e higiene en el trabajo (OGSHT), aprobada por Orden de 9 de marzo de 1971. Así, podría decirse que en estos casos se aplica lo dispuesto en los artículos 34 a 50 de la OGSHT que además ofrecen una regulación mucho más completa y exhaustiva que la parca regulación del RD 486/1997, aunque su redacción sea visiblemente obsoleta.

Pero cabría también preguntarse si esa exclusión de la disposición derogatoria única del RD 486/1997 solo afecta al lugar de ejecución de esas tareas, pero no a la obligación de proveer dormitorios y comedores prevista en el anexo V, y también si esa obligación comprende la necesidad de poner a disposición un lugar de dormitorio y comedor fuera del centro de trabajo. Respecto a esto último, la Ley 8/2020, de 16 de diciembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de agricultura y alimentación, establece en su exposición de motivos que independientemente del carácter obligatorio o no de la puesta a disposición de dichos lugares por parte de las empresas (sea vía convencional, contractual o legal),

una vez que los alojamientos son puestos a disposición de las personas trabajadoras, estos pasan a constituir un elemento de la relación laboral, resultando imprescindible que reúnan las adecuadas condiciones de higiene, salubridad y habitabilidad, de acuerdo con el deber de protección preventiva ex artículo 14 de la LPRL.

Sin embargo, esto tampoco contribuye a aclarar la situación, puesto que el texto de la exposición de motivos no se traslada después a la parte dispositiva de esta norma legal. Además, su texto es ambiguo, ya que no aclara el contenido de la obligación de la puesta a disposición de alojamientos por parte de la empresa, la simple referencia al artículo 14.2 de la LPRL resulta tan insuficiente como el propio texto del anexo V del RD 486/1997 y, además, el ámbito de esta norma se refiere solamente al sector agrícola y alimentario. Lo que sí hizo la Ley 8/2020 es reafirmar la competencia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como autoridad competente. A tal fin reformó el artículo 19.1 a) de la Ley 23/2015, de 21 de julio, ordenadora del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. A su tenor, el actuar inspector no solo podrá realizarse en:

[...] las empresas, los centros de trabajo y, en general, los lugares de trabajo en que se ejecute la prestación laboral, aun cuando estén directamente regidos o gestionados por las Administraciones públicas o por entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes [...], con sujeción, en este último caso, a lo previsto en la normativa que regula dicha actuación [...], [sino que] se podrá ejercer también en locales, viviendas, u otros lugares habilitados, aun cuando no se encuentren en las empresas, centros y lugares de trabajo en que se ejecute la prestación laboral, en los que residan, se alojen o puedan permanecer los trabajadores por razón de su trabajo durante los periodos de descanso, y hayan sido puestos a disposición de los mismos por el empresario, en cumplimiento de una obligación prevista en una norma legal, convenio colectivo o contrato de trabajo.

Como señala el preámbulo de la Ley 8/2020, por aplicación del artículo 18.2 de la Constitución española y del artículo 13.1 de la Ley 23/2015, cuando la visita de inspección se haga al lugar que coincida con el domicilio de las personas trabajadoras, es exigible la obtención del consentimiento expreso de las mismas o, en su defecto, de la oportuna autorización judicial. La aprobación de esta norma ha tenido el efecto de asegurar la competencia de la Inspección para vigilar los alojamientos situados fuera del lugar o centro de trabajo. En cambio, no ha servido para aclarar el contenido y alcance de las obligaciones legales de las empresas de proporcionar alojamiento.

También hay convenios del sector agropecuario que regulan las condiciones de seguridad, higiene y salud de los alojamientos<sup>15</sup>. Sin embargo, estas regulaciones suelen ser más parcas que las normas legales o incluso suelen referirse al contenido de estas.

<sup>15</sup> Estos son algunos ejemplos: el artículo 46 del Convenio de Almería (<http://chil.me/download-file/104758-231716>), el anexo I del Convenio de Córdoba (<http://chil.me/download-file/104758-231718>) y el artículo 38 del Convenio de Zaragoza (<http://chil.me/download-file/104758-231724>).

## 4.4. Las normas sanitarias sobre alojamiento de personas trabajadoras

Por otro lado, el problema de las condiciones de los alojamientos también es un tema que puede desbordar el ámbito de las relaciones laborales y esto ocurre cuando los locales no los facilita la empresa o esta se limita a dar una dieta o compensación extrasalarial por este concepto. Algunas comunidades autónomas han aprobado normas sanitarias sobre las condiciones que deben reunir los alojamientos de las personas trabajadoras agrarias, como es el caso del País Vasco con la aprobación del Decreto 248/2006, de 28 de noviembre, por el que se regulan los requisitos mínimos materiales y funcionales de los alojamientos para personal temporero, así como la autorización, registro y acreditación de los mismos.

Es importante advertir que el control de las condiciones de salud e higiene de las viviendas que no sean proporcionadas por las empresas corresponde a las autoridades sanitarias de las comunidades autónomas o, en su caso, de las Administraciones locales, ya sean diputaciones, ayuntamientos u otras entidades. Además, la pandemia de la COVID-19 ha ocasionado la aparición de normas y, sobre todo, de recomendaciones sobre las condiciones de aislamiento que deben darse en los alojamientos, en especial de las personas trabajadoras agrícolas. Es el caso, por ejemplo, de la Guía del Ministerio de Sanidad para la prevención del COVID-19 en las explotaciones agrícolas que vayan a contratar a temporeros/as, de 3 de agosto de 2020. O, igualmente, el caso de algunas normas autonómicas como la Orden de 1 de septiembre de 2020, por la que se adoptan medidas preventivas de salud pública en la comunidad autónoma de Andalucía para hacer frente a la crisis sanitaria en las explotaciones agrarias, forestales y agroforestales con contratación de personas trabajadoras temporales, o las recomendaciones del Gobierno de Aragón para la prevención y control del coronavirus (COVID-19) en las explotaciones agrícolas que vayan a contratar a temporeros/as.

En definitiva, de todo ello se desprende que el problema de la garantía de los alojamientos también puede trascender el ámbito laboral y afectar a normas generales de salud pública, con lo que se evidencia no solo su trascendencia, sino también su complejidad, igualmente a los efectos de control por parte de las inspecciones públicas. En última instancia, encontraríamos una manifestación concreta, a menudo olvidada, lo que no es baladí en países como España, de la gran dificultad para el acceso a la vivienda, que confirma que, en estos temas, igualmente se está ante un auténtico derecho social humano de quien se desplaza (por y en el empleo).

## 5. El control del fraude en los desplazamientos

Como hemos visto, otro gran objetivo de la Directiva 2018/957 era el de definir con claridad el perfil temporal de los desplazamientos para diferenciarlos de las situaciones de libre circulación de personas trabajadoras que no están sujetas a dicha temporalidad y reforzar

la acción administrativa de información y control sobre los desplazamientos. Buena prueba de su trascendencia, extensión y complejidad la hallaremos tanto en la gran frecuencia de los conflictos judiciales al respecto<sup>16</sup>, que aquí esconden controversias entre Estados, realmente, cuanto la propia necesidad de crear una Autoridad Laboral Europea<sup>17</sup> en la materia.

## 5.1. El establecimiento de límites temporales y personales al desplazamiento

La anterior regulación no establecía un límite temporal a los desplazamientos y esto favorecía situaciones de confusión y ambigüedad, como el hecho de que estos desplazamientos pudiesen durar hasta 5 años, siguiendo así de forma paralela el régimen establecido para las obligaciones de Seguridad Social para la movilidad temporal en el que se establece un periodo legal máximo de 24 meses que a menudo suele ser ampliado mediante acuerdos mutuos entre las instituciones competentes de los Estados (previstos en el art. 16 Reglamento 883/2004) a 60 meses, es decir, a 5 años.

El paralelismo entre la regulación de la legislación laboral aplicable a los desplazamientos que realiza la Directiva 96/71 y la legislación sobre legislación de Seguridad Social aplicable a los supuestos de movilidad que realizan los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 se ha hecho bastante evidente a lo largo de la práctica jurídica que ha tenido lugar en los últimos 20 años. Hay que tener en cuenta que ambas legislaciones tienen objetivos diversos. En el caso de la Directiva de desplazamiento, el objetivo básico es asegurar el cumplimiento de la legislación laboral básica (el núcleo duro) del país de empleo o acogida a las personas desplazadas y en el otro, por el contrario, el objetivo es el mantenimiento de la legislación de Seguridad Social del Estado de origen para evitar en lo posible la fragmentación del historial de afiliaciones y cotizaciones a la Seguridad Social de las personas que practican la movilidad.

Los Reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social cubren además un ámbito más amplio que abarca también otros supuestos de movilidad como los que afectan a los trabajadores/as por cuenta propia, los referidos a la libre circulación de trabajadores/as dentro de una empresa o grupo de empresas que no están afectados por la prestación de un servicio determinado y los relativos a la movilidad laboral normal o habitual en dos o más Estados de la Unión como ocurre típicamente en actividades como el transporte internacional. Aun así, los principios en la aplicación de ambas normativas tienden progresivamente a asimilarse.

<sup>16</sup> Entre otras muchas, las SSTJUE de 2 de abril (asuntos acumulados C-370/17 y 37/18) y de 14 de mayo de 2020 (asunto C-17/19). Muy útil el seguimiento que, al respecto, vienen haciendo profesores/as como Rojo Torrecilla (2020a; 2020b).

<sup>17</sup> <https://www.ela.europa.eu/>.

Así ocurrió con el artículo 4.2 de la Directiva 2014/67 a la hora de definir los requisitos exigibles a empresas para poder desplazar personas trabajadoras que en gran medida eran los ya establecidos por el artículo 12.1 del Reglamento 883/2004, el artículo 14.2 del Reglamento 987/2009 y la Decisión A2 y la Guía práctica de la Comisión Administrativa de Coordinación de Sistemas de Seguridad Social. En esta ocasión se han impuesto por la Directiva 2018/957 unos límites temporales y personales que también se asemejan a los previstos en el artículo 12.1 del Reglamento 883/2004, pero con algunas particularidades que ahora vamos a ver. Hay que apuntar que probablemente hubiera sido mejor la opción de una completa armonización entre ambas normativas, ya que esto, sin duda, hubiera contribuido a dar una mayor claridad a su interpretación y aplicación efectiva. Desgraciadamente, esta armonización no ha llegado a producirse. Estos son, en resumen, los parecidos y las diferencias entre ambas regulaciones:

- Por un lado, la directiva y ahora también el artículo 3.8 de la Ley 45/1999 establecen como límite temporal al desplazamiento un periodo de 12 meses que podría ser prorrogado por otros 6 siempre y cuando se comuniquen los motivos a las autoridades competentes de cada Estado.

El artículo 12.1 del Reglamento 883/2004 fija, en cambio, un periodo máximo de 24 meses que podría ser prorrogado por acuerdo mutuo entre las instituciones competentes de Seguridad Social de los Estados como ya se ha indicado. Los plazos fijados por los reglamentos de Seguridad Social son, por lo tanto, más amplios y flexibles que los de la directiva.

- Pero, por otro lado, la directiva y ahora también el citado artículo 3.8 de la Ley 45/1999 establecen la imposibilidad de que una empresa reemplace a las personas desplazadas por otras que realicen el mismo trabajo en un mismo lugar.

En cambio, el artículo 12.1 del Reglamento 883/2004 establece literalmente la prohibición de que dicha persona «no sea enviada en sustitución de otra persona enviada». La Guía práctica de la Comisión Administrativa ha entendido que esta prohibición se refiere a la imposibilidad de sustitución de una persona trabajadora desplazada por cualquier otra de la misma condición, sea o no de la misma empresa<sup>18</sup>, y la STJUE de 6 de septiembre de 2018, en el asunto C-527/16, *Alpenrind*, ha reafirmado este criterio interpretativo<sup>19</sup>. Con lo cual, en lo que respecta

<sup>18</sup> Así lo señala literalmente el apartado 7 de la parte primera de la Guía práctica de la Comisión Administrativa:

[...] si una actividad en la empresa a la que ha sido desplazado el trabajador en el Estado miembro A era realizada con anterioridad por un trabajador desplazado del Estado miembro de envío B, este último trabajador no puede ser sustituido inmediatamente por un nuevo trabajador desplazado, cualquiera que sea su Estado miembro de procedencia.

<sup>19</sup> Conforme se establece en el punto 3 del fallo de esta STJUE (*vid.* también apdo. 100):

El artículo 12, apartado 1, del Reglamento n.º 883/2004, en la redacción que le dio el Reglamento n.º 1244/2010, debe interpretarse en el sentido de que, en el supuesto de que un trabajador

a la prohibición de sustitución de personas desplazadas, la normativa laboral de la directiva resulta en esto más flexible que la prevista en los reglamentos de Seguridad Social.

En cualquier caso, las consecuencias del incumplimiento de estos plazos en una y otra normativa son similares, ya que en uno y otro supuesto el resultado es la aplicación íntegra de la legislación laboral y de Seguridad Social del país de empleo o acogida tal y como señala literalmente el nuevo artículo 8 bis, apartado 6, de la Ley 45/1999. Para la Directiva 96/71, esta consecuencia no es tan importante y significativa, porque la legislación laboral del país de acogida ya se tenía que aplicar en las disposiciones básicas que componen el núcleo duro de normas aplicables previsto en el artículo 3, que se corresponde, asimismo, con las materias enumeradas por el artículo 3 de la Ley 45/1999.

Sin embargo, las consecuencias en la legislación de Seguridad Social tienen mucho mayor calado, puesto que implican un cambio absoluto de la legislación aplicable. Por este motivo, el fraude en los desplazamientos tendrá siempre implicaciones de mayor trascendencia en materia de Seguridad Social que en materia laboral.

El problema para poner en práctica esta regulación en España es de orden administrativo. España es el único Estado de la UE que carece de una base de datos centralizada de las comunicaciones de desplazamiento que en la actualidad se dirigen solamente a las Administraciones de las comunidades autónomas. La creación de esta base central de datos de comunicaciones de desplazamiento está prevista en la disposición adicional sexta de la Ley 45/1999, pero su ejecución se encuentra pendiente de un desarrollo reglamentario y la creación de una herramienta tecnológica que lo haga posible. Para el desarrollo de otros mecanismos de control a nivel europeo como la transmisión electrónica de los documentos A1 de certificación de afiliación a la Seguridad Social de los trabajadores/as móviles, seguramente habrá que esperar a la puesta en práctica de la pasarela digital europea en diciembre de 2023, según se prevé en el Reglamento 2018/1724, y para el establecimiento de una tarjeta con un número europeo de Seguridad Social, habrá que esperar al desarrollo del Plan de Acción de 2021 del Pilar Europeo de Derechos Sociales.

---

enviado por su empleador a otro Estado miembro para realizar un trabajo sea sustituido por otro trabajador enviado a su vez por otro empleador, ha de considerarse que el segundo se ha «enviado en sustitución de otra persona» a efectos de esa disposición, de modo que no podrá acogerse a la norma particular establecida en la disposición para seguir sujeto a la legislación del Estado miembro en que su empleador ejerza normalmente sus actividades.

No es relevante a este respecto la circunstancia de que los empleadores de los dos trabajadores de que se trate tengan su domicilio social en el mismo Estado miembro o en su caso mantengan vínculos personales u organizativos.

## 5.2. Las acciones de control e información y el papel de la Autoridad Laboral Europea

Por último, la Directiva 2018/957 y la nueva disposición adicional novena de la Ley 45/1999 establecen de manera clara la necesidad de que los Estados informen sobre las condiciones de desplazamiento a través de su respectiva web y en otros apartados insisten en la necesidad de que se atiendan las peticiones de cooperación entre los Estados para el control de los desplazamientos que ya estaban reflejados en la Directiva 2014/67. Estas obligaciones no son en ningún caso novedosas, puesto que ya estaban previstas en anteriores normas y prácticas administrativas, pero lo que puede suponer un verdadero paso adelante es la creación de la Autoridad Laboral Europea por el Reglamento 2019/1149 y las posteriores acciones que esta autoridad como los Estados realicen para dar contenido real a los objetivos contemplados en dicho reglamento.

En concreto, desde la Autoridad Laboral Europea se han puesto ya en marcha procesos para mejorar la información de la web de los Estados en materia de movilidad laboral, se han establecido reglas para las inspecciones concertadas y conjuntas de los Estados y se están desarrollando campañas europeas en sectores especialmente afectados por la movilidad como el agrícola.

En España, por su parte, se ha creado dentro del Organismo Estatal de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (OEITSS) una unidad especial para la lucha contra el fraude en el trabajo transnacional que sirve para coordinar todas las acciones de este organismo en el ámbito de la Autoridad Laboral Europea y las acciones de cooperación con otros organismos dentro de ese mismo ámbito.

## 6. Cuestiones y retos pendientes

Siguiendo el hilo de todo cuanto se ha expuesto en este estudio jurídico, expositivo y crítico a la vez, estas son, a mi juicio, las principales cuestiones y retos que quedan pendientes de desarrollo y aplicación en el marco de esta materia<sup>20</sup>:

- En primer lugar, en cuanto a las retribuciones salariales y extrasalariales es necesario aumentar la cooperación entre las inspecciones de los Estados en el marco de las acciones de la Autoridad Laboral Europea. Es conveniente que esta cooperación sea estable y continua y esté presidida por el principio de mutua confianza y buena fe entre las autoridades estatales.

---

<sup>20</sup> En esta línea de plantear la necesidad de nuevos progresos en materia tan relevante, *vid.* Contreras Hernández (2020, pp. 301 y ss.).

- En segundo lugar, en lo que respecta a combatir la insolvencia de las empresas desplazadas y las situaciones de indefensión que se originan para las personas trabajadoras afectadas por estas situaciones, es necesario afianzar las acciones de los sindicatos europeos ante las jurisdicciones sociales o laborales y la acción de cooperación de las inspecciones de trabajo europeas en la persecución de estos supuestos con el fin de evitar la impunidad de estas empresas en los Estados de empleo y de origen.
- En tercer lugar, es conveniente mejorar el actual marco legal sobre los alojamientos de personas desplazadas para trabajar de forma temporal ya sea en actividades agrícolas o en otros sectores. Ese marco legal se vería notoriamente reforzado si existiera, a su vez, un marco de negociación colectiva entre los agentes sociales para abordar este asunto en los sectores más afectados.
- En cuarto lugar, es preciso el pleno desarrollo reglamentario de la Ley 45/1999 en lo que respecta a la base central de datos de las comunicaciones de desplazamiento (disp. adic. sexta), la ejecución transnacional de sanciones administrativas (disp. adic. séptima) y la declaración de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de las personas desplazadas (art. 6.4).
- En quinto lugar, será preciso desarrollar en plazo, a más tardar en 2022, la aprobación de las normas que transpongan la Directiva 2020/1057 sobre el transporte por carretera, un sector que en su día fue excluido de la regulación de la Directiva 2018/957 por sus características especiales.
- Y, por último, si el proceso legislativo por fin se normalizara, sería también conveniente reestructurar y reordenar los contenidos de la Ley 45/1999 para asegurar su mejor entendimiento y una aplicación coherente.

## Referencias bibliográficas

- Calvo Gallego, Francisco Javier. (2017). [De las migraciones por el empleo a las migraciones en el empleo: las normas como venta competitiva entre Estados y el riesgo de dumping social](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 416, 17-51.
- Carrascosa Bermejo, Dolores. (2019). Desplazamiento en la UE y *dumping* social en el mercado único: estado de la cuestión y perspectivas. *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, 142, 37-70.
- Casas Baamonde, María Emilia. (2001). *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*. Civitas.
- Contreras Hernández, Óscar. (2020). *Desplazamiento de trabajadores en la Unión Europea: estado actual y nuevos horizontes*. Bomarzo.
- Defossez, Alexandre. (2014). La Directive 2014/67/UE relative à l'execution de la Directive 96/71 concernant le détachement

- de travailleurs: un premier pas dans une bonne direction. *Revue Trimestrielle de Droit Europeen*, 1(50), 833-848.
- Esteban de la Rosa, Gloria y Molina Navarrete, Cristóbal. (2000). [Mercados nacionales de trabajo, libertad comunitaria de prestación de servicios y defensa de la competencia. Comentario de la Ley 45/1999, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios.](#) *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 205, 3-56.
- Fernández-Costales Muñiz, Javier. (2015). *Desplazamientos transnacionales de trabajadores. Determinación de la normativa aplicable en el proceso social español. Alegación y prueba del derecho extranjero.* Eolas.
- Fotinoupolous Basurko, Olga. (2015). Panorámica general de la Directiva 2014/67/UE de ejecución de la directiva sobre desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. *Revista de Derecho Social*, 70, 123-147.
- Fotinoupolous Basurko, Olga. (2017). Reflexiones en torno a la noción de habitualidad vs. temporalidad en las normas del derecho internacional privado de derecho europeas. En Olga Fotinoupolous Basurko (Coord.<sup>a</sup>), *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro* (pp. 249-274). Atelier.
- Gala Durán, Carolina. (2002). Actividad en España de empresas de trabajo temporal de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo. En María Emilia Casas Baamonde y Salvador del Rey Guanter (Dir.), *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales: comentarios a la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional* (pp. 281-324). Consejo Económico y Social de España.
- Gómez Abelleira, Francisco Javier. (2018). Desplazamiento transnacional laboral genuino y ley aplicable al contrato de trabajo. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1(10), 213-232. <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4113>.
- Lhernould, Jean-Philippe (Coord.). (2016). *Study on wage setting systems and minimum rates of pay applicable to posted workers in accordance with Directive 96/71/CE in a selecter number of Member Sate and sectors.* Publications Office of the European Union.
- Llobera Vila, Mireya. (2016). Codificación de los principios del TTIP en la reforma de la Directiva 96/71/CE: un escalofriante futuro. *Revista de Derecho Social*, 76, 133-151.
- Mella Méndez, Lourdes. (2011). Protección de los trabajadores «versus» libre prestación de servicios en el ámbito europeo: el caso Laval (STJCE de 18 de diciembre de 2007; asunto C-341/05). En Francisco Javier Gárate Castro (Coord.), *Desplazamientos transnacionales de trabajadores. (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)* (pp. 127-142). Aranzadi Thomson Reuters.
- Miranda Boto, José María. (2015). De nuevo sobre la noción de salario mínimo en los desplazamientos transnacionales de trabajadores. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2, 191-194.
- Molina Martín, Amparo. (2010). *La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico-laboral.* Aranzadi.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2016). [Libertades económicas y norma laboral: ¿stop «dumping social»?](#)  *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 401-402, 5-18.
- Monereo Pérez, José Luis y Ortega Lozano, Pompeyo Gabriel. (2018). Sobre unas condiciones laborales equivalentes en la Unión Europea: a propósito de la Directiva (UE) 218/957 de desplazamiento de

- trabajadores y la propuesta de reglamento por la que se crea la Autoridad Laboral Europea. *La Ley: Unión Europea*, 62.
- Orlandini, Giovanni. (2017). Desplazamiento transnacional y *dumping* salarial en la Unión Europea. *Revista de Derecho Social*, 78, 139-148.
- Parra Gutiérrez, Juan Pablo. (2020). El desplazamiento de trabajadores tras la Directiva 2018/957. Razones para la reforma, principales aspectos y perspectivas de futuro. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 65, 52-70.
- Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel. (2016). El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 2014/67 relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CEE. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 5, 407-416.
- Rodríguez-Piñero Royo, Miguel y Carrascosa González, Javier. (1996). Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Impacto en el sistema jurídico español. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1, 1.335-1.374.
- Rojo Torrecilla, Eduardo. (7 de abril de 2020 –2020a–). Nuevamente sobre la importancia de la intervención previa a la vía judicial de la comisión administrativa para la seguridad social de los trabajadores migrantes. ¿Se combate realmente el *dumping* social? Notas a la sentencia del TJUE de 2 de abril (asunto C-370/17 y 37/18), y recordatorio obligado de la jurisprudencia anterior. *El Blog de Eduardo Rojo*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/04/ue-nuevamente-sobre-la-importancia-de.html>.
- Rojo Torrecilla, Eduardo. (15 de mayo de 2020 –2020b–). ¿Trabajadores desplazados? A vueltas con el «efecto vinculante» y sus límites (normativa de Seguridad Social) de los certificados E-101 y A1. Notas a la sentencia del TJUE de 14 de mayo de 2020 (asunto C-17/19). *El Blog de Eduardo Rojo*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/05/trabajadores-desplazados-vueltas-con-el.html>.
- Rojo Torrecilla, Eduardo. (14 de enero de 2021 –2021a–). Plena validez jurídica de la Directiva 2018/957 sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios. Notas a la sentencia del TJUE de 8 de diciembre de 2020 (asunto C-620/18). *El Blog de Eduardo Rojo*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/01/plena-validez-juridica-de-la-directiva.html>.
- Rojo Torrecilla, Eduardo. (29 de abril de 2021 –2021b–). Desplazamiento de personas trabajadoras. Transposición de la Directiva (UE) 2018/1957. Texto comparado del RDL 7/2021 de 27 de abril y de las normas modificadas. *El Blog de Eduardo Rojo*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/04/desplazamiento-de-personas-trabajadoras.html>.





# El juicio de proporcionalidad en la prueba de videograbación oculta a las personas trabajadoras. Análisis de la situación ante la reciente jurisprudencia

**Rodrigo Miguel Barrio**

*Profesor ayudante doctor de Derecho Procesal.*

*Universidad de Burgos*

[rmiguel@ubu.es](mailto:rmiguel@ubu.es) | <https://orcid.org/0000-0003-1681-9152>

## Extracto

El presente trabajo centra su atención en la utilización de la medida de videovigilancia laboral de manera oculta como medio de prueba en el proceso. Se pretende analizar, desde un punto de vista procesalista, los diferentes medios (y fuentes) de prueba existentes, una aproximación conceptual, y enfocarlo al área de la innovación tecnológica en este campo. De esta manera puede entenderse mejor el conflicto que la misma supone entre las partes trabajadora y empleadora, y cómo la jurisprudencia ha ido respondiendo a tal coyuntura, tanto a nivel nacional como europeo, dando un mayor enfoque en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) del caso Ribalda contra España, la cual estableció una línea doctrinal fija a seguir por los diferentes órganos jurisprudenciales, y la reciente jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia y del Tribunal Supremo. Así, y como parte final, se realiza un estudio del derecho de privacidad y del deber de informar, en conexión con el juicio de proporcionalidad que todo órgano jurisdiccional ha de realizar conforme a la necesidad e idoneidad de cada caso en concreto.

**Palabras clave:** prueba; derecho procesal social; videovigilancia; jurisprudencia.

Fecha de entrada: 09-04-2021 / Fecha de revisión: 08-06-2021 / Fecha de aceptación: 11-07-2021

**Cómo citar:** Miguel Barrio, Rodrigo. (2021). El juicio de proporcionalidad en la prueba de videograbación oculta a las personas trabajadoras. Análisis de la situación ante la reciente jurisprudencia. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 461-462, 99-141.



# The judgment of proportionality in the evidence of hidden video surveillance of workers. Analysis of the situation in light of recent case law

Rodrigo Miguel Barrio

## Abstract

This paper focuses its attention on the use of hidden labor video surveillance as a means of evidence in the process. It is intended to analyze, from a proceduralist point of view, the different existing means (and sources) of evidence, a conceptual approach, and to focus on the area of technological innovation in this field. Thus, it can be better understood the conflict that it involves between the worker and the employer, and how the jurisprudence has been responding to such situation, both at national and European level, giving a greater focus on the Judgment of the European Court of Human Rights (Grand Chamber) of the Ribalda v. Spain case, which established a fixed doctrinal line to be followed by the different jurisprudential bodies, and the recent jurisprudence of the Superior Courts of Justice and the Supreme Court of Justice. Thus, and as a final part, a study is made of the right to privacy and the duty to inform, in connection with the judgment of proportionality that every court must make according to the need and suitability of each specific case.

**Keywords:** evidence; procedural labor law; video surveillance; case law.

**Citation:** Miguel Barrio, Rodrigo. (2021). The judgment of proportionality in the evidence of hidden video surveillance of workers. Analysis of the situation in light of recent case law. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 461-462, 99-141.



## Sumario

1. Introducción
  2. La prueba electrónica en el proceso laboral
    - 2.1. Concepto y extensión de la prueba: su modalidad electrónica
    - 2.2. La videovigilancia como prueba en el proceso laboral
  3. La disparidad de criterios jurisprudenciales
    - 3.1. La doctrina del TC
    - 3.2. El asunto López Ribalda II ante el TEDH
    - 3.3. Una nueva visión sobre el deber de información desde los TSJ
    - 3.4. La jurisprudencia del TS
  4. Límites de la videovigilancia oculta como prueba en el proceso laboral
    - 4.1. El límite del derecho a la intimidad personal
    - 4.2. El deber de información
    - 4.3. El límite del espacio físico en que se efectúa la grabación
    - 4.4. El límite de la sospecha fundada
    - 4.5. El límite de la ponderación: idoneidad, necesidad y proporcionalidad
  5. La no superación del juicio de proporcionalidad y sus consecuencias jurídico-procesales
  6. A modo de reflexión final
- Referencias bibliográficas

## 1. Introducción

Decía Murgas en el II Congreso Sudamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Bogotá en el año 2011, que el «proceso debe de caracterizarse por una incesante búsqueda, con frecuencia angustiosa y frustrante de la verdad» (citado en Martínez, 2015, p. 278). Aun de acuerdo con tal afirmación, han de existir unos límites legalmente tasados para evitar un proceso social basado en la idea maquiaveliana de que el fin justifica los medios. La existencia de relación contractual no debe conllevar una sustracción empresarial de los derechos de las personas trabajadoras y, a su vez, estas tampoco han de poder utilizar sus derechos como un escudo impenetrable ante cualquier infracción. Ambas han de vivir simbióticamente, debiéndose ponderar la protección de una serie de derechos conforme a las situaciones y necesidades existentes en cada momento y situación particular.

Así, la organización productiva ha de ser sensible a los derechos de sus personas empleadas, que han de estar parcialmente limitados para un correcto desarrollo de la relación laboral (González González, 2016, pp. 129-130). A todo esto es cierto que existen diferentes momentos laborales en los cuales la desigualdad entre ambas partes se incrementa exponencialmente, tal y como sucede con la finalización del contrato laboral (López López, 2015, p. 24), siendo un momento trascendental una correcta valoración y ponderación de sus derechos para el análisis de las circunstancias acaecidas.

El presente trabajo se articula en la práctica probatoria relativa a la videograbación oculta, la cual con el paso del tiempo se ha ido complicando ante la muy dispar jurisprudencia, que transcurre entre sendas de mayor y menor calado garantista. La captación de tales imágenes ve afectados un conjunto de derechos constitucionalmente protegidos y a los que la jurisprudencia de los muy variados órganos jurisdiccionales ha decidido darles un mayor o menor grado de protección conforme a una serie de reglas de ponderación. Con mayor exactitud, aquellos derechos constitucionales que van a verse hipotéticamente vulnerados por tal medida probatoria son: el derecho a la intimidad (art. 18.1 Constitución española –CE–), secreto a las comunicaciones (art. 18.3 CE), propiedad privada (art. 33 CE) y tutela del patrimonio empresarial (art. 38 CE).

La virtualidad de nuestro sistema de fuentes conlleva la necesidad de ampliar el catálogo de derechos mencionados, viéndose involucrados diferentes recomendaciones, resoluciones y cuerpos normativos de carácter europeo e internacional. Es de interés realizar una remisión al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), con especial interés en los artículos 6 (proceso justo) y 8 (respeto a la vida privada y familiar); al 71.º Pleno de la Comisión de Venecia, por el cual se aprueba el Dictamen sobre «videovigilancia por parte de operadores privados en el ámbito público y privado y por autoridades públicas en el ámbito

privado, y la protección de los derechos humanos», celebrado los días 1 y 2 de junio de 2007; y a los artículos 6, 7, 10, 11, 13, 22 y 23 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos<sup>1</sup>.

Asimismo, otros cuerpos normativos nacionales, más allá de la carta magna, tienen entrada en el «tira y afloja» de la ponderación o test de proporcionalidad del órgano juzgador. La Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), es vital como medio para garantizar la información a la parte trabajadora acerca de la captación de su imagen, materia recogida en los artículos 22 y 89 relativos al tratamiento de datos con fines de videovigilancia y al derecho a la intimidad frente a tales dispositivos, respectivamente. De similar interés resulta el Estatuto de los Trabajadores (ET) a través de diferentes disposiciones tales como el artículo 5 relativo a los deberes de las personas trabajadoras, el artículo 20 referente a la buena fe y las medidas más oportunas de vigilancia, el artículo 90 respecto a los medios de prueba y el artículo 108 referente al despido nulo por causa de violación de derechos fundamentales y libertades públicas.

Por tanto, el órgano unipersonal o colegiado con competencia funcional sobre el asunto deberá realizar una valoración particular del mismo conforme a la normativa ya señalada, las circunstancias propias del supuesto e, incluso, la «contradictoria» jurisprudencia dictada, debiendo efectuar un juicio o test de proporcionalidad en aras de valorar la limitación realizada a la parte afectada por la misma<sup>2</sup> y su legalidad. Es objeto del presente trabajo un análisis de la jurisprudencia y normativa existente para resaltar la situación actual y las críticas a la misma, siempre desde un punto de vista de aclarar en qué supuestos puede instalarse una videovigilancia oculta sin incurrir en una prueba ilícita, con especial énfasis en la Sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) con el asunto López Ribalda y otros vs. España, de 17 de octubre de 2019, sin obviar la notable doctrina del TC, del Tribunal Supremo (TS) y de los tribunales superiores de justicia autonómicos (TSJ).

## 2. La prueba electrónica en el proceso laboral

### 2.1. Concepto y extensión de la prueba: su modalidad electrónica

La prueba, que ha sido analizada como «todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados por la ley, para llevarle al juez el conocimiento o la

<sup>1</sup> Derogada por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 14/2003, de 28 de enero (FJ 5.º).

certeza de los hechos» (Devis Echandía, 1984, p. 10), ha sufrido una evolución con las nuevas eras digitales –pudiendo ser denominada como una digi(tal)evolución de la prueba–, conllevando una ampliación del abanico de pruebas aceptadas y nuevas teorías conforme a su habilitación como fuente o medio de prueba. Primariamente hay que realizar una distinción entre estos dos últimos conceptos para entenderlo desde un plano extrajudicial o procesal, respectivamente. La primera de ellas se refiere a un concepto ajurídico y extraño a la actividad procesal, al resultar anterior a la misma (Abel Lluch, 2011, p. 62). Su virtualidad radica en que son instrumentos que existen en la realidad y tienen un valor en la sociedad, aun ante la inexistencia de un proceso (Sentís Melendo, 1979, pp. 9-27). Por su parte, los segundos nacen y se desarrollan dentro del proceso, necesítandolo para desplegar sus efectos y sirviendo para el convencimiento judicial (Montero Aroca, 2000, p. 201). La fuente preexiste a las actuaciones judiciales y va a seguir existiendo aunque estas nunca se inicien, siendo lo sustantivo, mientras que el medio es entendido como la actividad dentro del proceso (Abel Lluch, 2011, p. 62).

Queda claro que los medios, como concepto procesal, son el instrumento para la introducción en el proceso de las diferentes fuentes de prueba. Estas últimas no necesitan una previsión legal para su existencia (Montero Aroca, 2007, p. 150), diferenciándose así de los medios de prueba, los cuales han de estar recogidos de manera expresa en un cuerpo normativo (Taruffo, 2008, p. 15). Aun así, el avance tecnológico conlleva una necesidad de ampliación constante y adaptación de nuestra normativa procesal a las nuevas realidades, pudiendo reajustar los medios de prueba ya existentes –manteniendo su carácter tasado (Abel Lluch, 2011, pp. 64-68)<sup>3</sup>– o entenderlos como un *numerus apertus* (Serra Uribe, 2006, p. 143). Ambas opciones son plausibles, pues la ampliación de los medios de prueba puede ser una acorde respuesta frente a la aparición de estas nuevas tecnologías, pero, por otra vía y para mantener la consideración de *numerus clausus*, pueden entenderse como fuentes de prueba atípicas e introducirse a través de la analogía (Bueno de Mata, 2014, p. 97) respecto a alguna prueba típica o simplemente como una nueva prueba documental en el proceso laboral (Taruffo, 2008, p. 403). Para la introducción de las pruebas asentadas en medidas tecnológicas, la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS), en su artículo 90.1, realiza una referencia a la incorporación de tales captaciones de imágenes al proceso a través de la prueba documental en similitud a lo expuesto por el artículo 382.1 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC).

La LEC fue el primer cuerpo normativo nacional en resolver tal cuestión, otorgando una visión ilimitada de las fuentes de prueba y, por el contrario, acotada de los medios de prueba (Abel Lluch, 2011, p. 64). En su artículo 299.1 realiza una enumeración de los diferentes medios de prueba existentes, para, y en el apartado número dos del mismo precepto, recoger una serie de actuaciones probatorias más modernas como son los

---

<sup>3</sup> Para Abel Lluch (2011, pp. 64-68), es imposible ampliar los medios de prueba conforme a las propias instituciones, siendo únicamente plausible la ampliación del término fuente de prueba.

instrumentos de «reproducción de la palabra, el sonido y la imagen»<sup>4</sup>. En el tercer apartado, abre la posibilidad de inclusión a aquellas no expresamente previstas, actuando así como «cláusula residual que cierra todo el sistema probatorio» (Ormázabal Sánchez, 2000, p. 21), ahondando en la necesidad de adopción de las medidas que se estimen necesarias para su admisión.

Aunque inicialmente parece claro que esta normativización se refiere a estos nuevos instrumentos como «fuentes de prueba, no el medio de prueba en sentido estricto» (Montero Aroca, 2000, p. 218), existen opiniones doctrinales que consideran que el artículo 299.2 está específicamente refiriéndose a los medios de prueba al hacerse constar el sistema de reproducción correspondiente (Ormázabal Sánchez, 2000, p. 21). Pero hasta esta regulación no han sido pocas las resoluciones jurisdiccionales que han suplido la falta de normativización y admitido como medios de prueba determinadas fuentes no incluidas en la ley, justificándose en el derecho a «utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa» recogido en el artículo 24.2 de la CE<sup>5</sup>. Se superaban así los debates tendentes a la viabilidad o no de las pruebas digitales<sup>6</sup> y su posible entendimiento como un medio de vulneración de los derechos de las partes –intimidad, propia imagen, protección de datos, etc. (Colás Neila y Yélamos Bayarri, 2018, p. 257)– para entender que sus beneficios y desventajas van a variar conforme a su utilización.

De la ya desarrollada doctrina pueden sintetizarse tres teorías acerca de la naturaleza jurídica de la prueba electrónica. No es objeto del presente trabajo el desarrollo de las mismas y, por tanto, únicamente van a realizarse una serie de anotaciones. La primera de ellas, la teoría autónoma, promulga la idea de que la prueba digital tiene una característica que la diferencia de los clásicos métodos probatorios, basada en las especificidades en cuanto a su práctica y el contenido del soporte (Montero Aroca, 2007, p. 501). En segundo lugar, la teoría analógica equipara a los clásicos medios de prueba con los novedosos medios informáticos y audiovisuales, superándose la estricta concepción del «documento como escrito en soporte papel» (Abel Lluch, 2011, p. 108), obviándose las reglas de valoración de la prueba sobre la que ambos se someten (las reglas de prueba tasada en los documentos en soporte papel y la sana crítica en aquellos de carácter informático). En tercer y último lugar, la teoría de la equivalencia funcional trata a ambos soportes con identidad de efectos jurídicos mientras se cumplan una serie de requisitos de autenticidad, legibilidad, conservación, atribuible a un sujeto y fiabilidad.

<sup>4</sup> Superaba así las tres teorías existentes (del escrito, de la representación y amplia) por la cuales se englobaba el concepto de documento así como el de prueba documental (Montero Aroca, 2007, pp. 205-210).

<sup>5</sup> La Sentencia del TSJ (STSJ) de Galicia de 28 de enero de 2016 (en su FJ 4.º) entra a valorar la aplicación de mensajería instantánea WhatsApp: «no solo es un medio de prueba válido, pese a no contemplarse en la LJS [...]».

<sup>6</sup> Tal y como señala Montero Aroca (2007, p. 485) han sido múltiples las nomenclaturas que la doctrina le ha otorgado a este tipo de prueba digital, tales como tecnológica, electrónica, multimedia o audiovisual.

Existen muy variadas opiniones acerca de la calificación de este tipo de pruebas digitales, habiendo quien las cataloga como prueba documental o, incluso, reconocimiento judicial, al ser el órgano juzgador quien, por sí mismo, examina los datos digitales propuestos, ya sean imágenes o audio. A modo de ejemplo, una conversación por teléfono, correo electrónico o aplicaciones de mensajería instantánea debe de ser considerada como prueba documental al poderse plasmar por escrito y a la vez ser entregada en un soporte digital (Montero Aroca, 2007, pp. 375-376). Queda fuera de esta vía la prueba de captación de imágenes, entendiéndose que es habitual su introducción como prueba documental. No obstante, la propia LEC regula la prueba digital de manera autónoma a la documental, debiendo ser aportada de forma independiente.

Una vez ya entendido cómo se ha dado cabida legal a las diferentes pruebas digitales, es el momento de efectuar un concepto de las mismas para esclarecer exactamente qué es una prueba digital. Hay que señalar la dificultad de la materia ante la casi inexistente uniformidad de los estudios realizados, aun ante la multitud de foros para la contribución y desarrollo en la materia, tanto a nivel nacional como internacional<sup>7</sup>, debiendo señalar como la definición más acertada la efectuada por Bueno de Mata (2014), que la cataloga como:

[...] aquel medio electrónico que permite acreditar hechos relevantes para el proceso, ya sean hechos físicos o incluso electrónicos, y que se compone de dos elementos necesarios para su existencia, los cuales determinan la especialidad de la prueba electrónica en relación con el resto de medios probatorios: un elemento técnico o *hardware*, y un elemento lógico o *software* (pp. 103-104).

Se conjuntan así las dos visiones existentes hasta el momento: la obtención de la fuente a través de un medio digital y la inclusión en un programa informático. Se recogen una multitud de diferentes evidencias<sup>8</sup> que permiten obtener una información «objetiva, clara, precisa, completa y neutra» (Bueno de Mata, 2014, p. 172), a lo que habría que añadir poco costosa y ágil, con un cada vez mayor impulso y utilización en los diferentes órdenes jurisdiccionales, y, en especial, el ámbito laboral como medio de control empresarial. No

<sup>7</sup> El autor Bueno de Mata (2014, pp. 98-102) recoge diferentes foros y organismos que han ido efectuando estudios sobre la prueba electrónica, tales como la «Primera Conferencia Internacional sobre la Prueba Informática» en 1995, la «Conferencia Internacional de Crímenes de Alta Tecnología y Computación Forense» celebrada en 1999, «Foro de las Evidencias Electrónicas», y las empresas e instituciones Cybex, CFLabs, Atenea Interactiva o la Asociación Española de Normalización y Certificación.

<sup>8</sup> Siguiendo a De Urbano Castrillo (2009), puede definirse como prueba digital:

[...] las creadas directamente a través de la informática –así un correo electrónico–, las que proceden de medios de reproducción o archivo electrónicos –vídeos, fax, fotografía digital...– y las que se presentan mediante instrumentos informáticos del tipo *disquettes*, *pen-drives*, bases de datos, [...] pericial informática, pericia sobre documentos electrónicos o a la intervención de las comunicaciones electrónicas (pp. 47-48).

obstante, a su vez, puede suponer una infracción de los derechos de la parte empleada al existir una intromisión en la esfera interna del sujeto pasivo de la misma, pudiendo llevar a su consideración como ilícita en el supuesto de vulneración de algún derecho fundamental.

## 2.2. La videovigilancia como prueba en el proceso laboral

La medida de videovigilancia como prueba en el ámbito procesal laboral, al igual que todas las restantes tecnologías de la información y la comunicación, encuentra su habitación legal en el artículo 90 de la LRJS, lo cual muestra el interés legal por regular una figura de cada vez mayor auge. Podría definirse como aquel registro tecnológico efectuado por vídeo a través del cual pueden obtenerse imágenes de personas, animales y objetos (Calonge Crespo, 2010, pp. 81-82), dando una idea de qué estaba sucediendo en un momento determinado. Su finalidad puede ser muy variada, pero, a modo general y en el ámbito social, su objetivo de carácter general es la vigilancia, y más exactamente la prevención, verificación e identificación de la posible comisión de irregularidades, sirviendo la misma de prueba para la adopción de sanciones. La grabación de imágenes puede realizarse de manera automática –sistemas informáticos que constituyen prueba de cargo (Abel Lluch, 2011, p. 208)– o manual –bajo el control y seguimiento de personal especializado, el cual deberá testificar en el juicio para validar la eficacia de la medida (Jaume Bennasar, 2010, p. 154)–.

Su uso como medida de supervisión ha conllevado un carácter muy invasivo pero a la vez muy satisfactorio para el personal de la empresa. La parte trabajadora va a sentirse observada durante la realización de sus funciones, aunque a la vez su situación y sensación de seguridad se incrementa debido al carácter persuasorio que tienen las cámaras de videovigilancia frente a posibles actividades delictivas, ya sean desde personal de la propia empresa o por terceras personas ajenas a la misma. Por su parte, la persona encargada o gerente puede analizar la situación de la empresa, garantizar su correcto desarrollo, la seguridad del entorno laboral y que la actividad se lleve a cabo conforme a la buena fe con las demás personas integrantes de la empresa y con la clientela si la hubiere. Se entiende así como una medida más de dirección<sup>9</sup>, a través de la cual, y sin necesidad de recabar el consentimiento de la parte pasiva, puede controlarse el efectivo cumplimiento de las directrices empresariales y servir como prueba para la imposición de sanciones disciplinarias e incluso método probatorio en el proceso laboral<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> El artículo 20.3 del ET dispone que:

El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores con discapacidad.

<sup>10</sup> Esta situación ha sido puesta en entredicho por alguna sentencia, como, por ejemplo, la Resolución del Juzgado de lo Social número 6 de Santa Cruz de Tenerife de 10 de abril de 2019, a través de la cual se

La situación de mayor conflicto radica en los supuestos de la videovigilancia dentro del ámbito laboral sin conocimiento de la persona empleada, la cual puede definirse como aquella enfocada en demostrar un posible incumplimiento o infracción laboral sobre el que existen razonadas sospechas (Altés Tárrega, 2020, p. 328) a través de mecanismos ocultos. Esto es, la instalación de cámaras de captación de imagen y sonido sin comunicación previa. Una situación muy controvertida, pues la simple captación de la imagen es un dato de carácter personal<sup>11</sup>, pudiendo encontrarse posiciones de mayor o menor calado garantista, por las cuales tomen partido de prohibición extrema o aquellas que abren el abanico de posibilidades promoviendo la vía de la proporcionalidad entre los fines buscados y la privacidad afectada, tal y como se irá desarrollando durante el presente trabajo.

La videovigilancia oculta laboral no es únicamente una medida adoptada en el puesto de trabajo para controlar ciertas actividades fraudulentas que ocasionan pérdidas a la empresa, sino que también es un método probatorio para justificar ante el órgano judicial la sanción impuesta a quien haya cometido tales irregularidades<sup>12</sup>. La normativa laboral posibilita la utilización de procedimientos de reproducción de imagen como vías de prevención y control laboral, pudiendo ser igualmente practicadas en el juicio oral como medio justificativo de una sanción disciplinaria impuesta a la parte trabajadora «pillada *in fraganti*» en la comisión de una infracción.

La aportación de tales medios de prueba tiene que tener su justificación en una relevancia para el proceso. A esta propuesta, las partes podrán acompañar una transcripción escrita de las palabras contenidas en la grabación y cualquier otro medio de prueba instrumental que fuere conveniente, debiendo reproducirse en la vista las imágenes captadas en caso de admisión de la prueba. Para ello, el órgano judicial ha de realizar una valoración de la viabilidad de la medida, la cual, y aunque en principio podría delimitarse como ilegal –por posible vulneración de los derechos a la intimidad y vida privada de las personas que se vean afectadas por la misma–, puede soslayar este impedimento si demuestra que la prueba fue llevada a cabo conforme a una serie de límites que el órgano juzgador tomará en cuenta para ponderar qué intereses son más dignos de defender en el caso en concreto: límite de información, límite de espacio, límite de existencia de sospechas fundadas y

---

decretó la nulidad de un despido que se basaba en irregularidades demostradas a través de una cámara de vigilancia, instalada por motivos de seguridad y notificada previamente a la parte trabajadora del centro de trabajo. El órgano juzgador dictaminó la nulidad de la prueba al no existir suficiente justificación en la misma y faltar un conocimiento por la parte demandante de su hipotética utilización en su perjuicio. Sobre este pronunciamiento entró a conocer en suplicación el TSJ de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, en Sentencia de 12 de noviembre de 2019, dando validez a las grabaciones como método probatorio al estar dentro de su finalidad la seguridad de la empresa y la detección de actos que supongan un peligro para la integridad de la misma y de sus miembros.

<sup>11</sup> STC 29/2013, de 11 de febrero (FJ 8.º).

<sup>12</sup> STC 186/2000, de 10 de julio (FJ 9.º): «tales cintas fueron aportadas al acto del juicio y exhibidas en el mismo como prueba documental conforme a los requisitos del proceso laboral».

límite de ponderación. Todo ello sin obviar los principios que caracterizan al proceso laboral, especialmente el vigente principio *in dubio pro operario*.

Como prueba procesal, es conveniente su acompañamiento de manera conjunta a otro tipo de medios de prueba que sirvan para corroborar aquello puesto de manifiesto a través de las grabaciones. La declaración testifical de aquellas personas que han tenido acceso a la grabación o a la visualización directamente de los hechos es de valor para dar mayor énfasis a las imágenes captadas, pudiendo complementarse con la práctica de un perito/a experto que, no solamente dé constancia de la autenticidad de las imágenes en supuestos de impugnación de la autenticidad (Abel Lluch, 2011, p. 74), sino que ponga de manifiesto la existencia de irregularidades, como pueden ser cuestiones relativas a la comparación de las pérdidas económicas acaecidas en la empresa con las actuaciones llevadas a cabo por las personas de la misma, falta de materiales o cualquier otro aspecto propio de la pericia del/de la profesional.

### 3. La disparidad de criterios jurisprudenciales

El control laboral es una medida realizada por parte de la empresa para poder dar estabilidad a su núcleo de trabajo y mantener la buena fe contractual con las personas trabajadoras. A su vez es instrumento intrusivo de los derechos fundamentales de los sujetos pasivos. Esta situación ha creado una línea jurisprudencial muy dubitativa, en la cual los límites han ido variando continuamente a través de decisiones más o menos garantistas del derecho a la intimidad. La mayor parte de estos pronunciamientos han tenido que ver, tal y como pone de manifiesto Costas Rodal (2017, p. 221), con situaciones en las que las cámaras estaban ocultas y enfocadas a la caja, captando imágenes del personal trabajador cometiendo irregularidades tales como apropiarse de dinero y materiales. A través de las siguientes líneas se va a realizar un estudio pormenorizado de las más trascendentales doctrinas del TC para finalizar con una referencia al controvertido asunto López Ribalda vs. España y su respuesta por la Gran Sala del TEDH, sin obviar los pronunciamientos efectuados por otros órganos jurisdiccionales colegiados.

#### 3.1. La doctrina del TC

El TC, como órgano garante de los derechos fundamentales, tiene la función de moldear e interpretar los mismos, resolviendo el conflicto que puede suceder en el supuesto de colisión de dos derechos contrapuestos en el caso en concreto, «atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados por los órganos jurisdiccionales, ya que sus razones no vinculan a este tribunal» (STC 23/2010, de 27 de abril –FJ 2.º–). La primera sentencia a valorar es la STC 98/2000, de 10 de abril, en la cual se analiza la legalidad de

la medida adoptada por la empresa: la instalación de micrófonos en diferentes zonas de un casino, aun sin la existencia de sospechas sobre la comisión de infracciones. En este supuesto, el tribunal se muestra garante de los derechos de intimidad de la parte trabajadora, manifestando que «el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador»<sup>13</sup>, y la medida «constituye una actuación que rebasa ampliamente las facultades que a la empresa le otorga el art. 20.3 LET y supone, en definitiva, una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE»<sup>14</sup>, pues no existen sospechas razonadas de comisión de un hecho delictivo, no respetándose el principio de proporcionalidad. Puede entenderse una primera posición del TC por la cual subraya reiteradamente que el interés empresarial alegado no demuestra ser una suficiente necesidad para la adopción de medidas que puedan limitar el derecho a la intimidad, debiéndose valorar en ponderación con otras circunstancias no expuestas en el caso que resuelven: razonables sospechas de irregularidades, idoneidad y proporcionalidad (Navarro Nieto, 2019, pp. 73-74). Se promueve una primera idea de posibilidad de modulación de derechos fundamentales en los supuestos estrictamente imprescindibles para garantizar el correcto desarrollo de la actividad empresarial (González González, 2016, p. 132).

Prosiguiendo con un interés en el principio de proporcionalidad, la STC 186/2000, de 10 de julio, analiza la instalación de una cámara oculta en dirección a las tres cajas registradoras. En este supuesto, el TC valora la necesidad de ponderar la injerencia y el interés perseguido a través de la medida. En el supuesto entiende que la instalación de un circuito cerrado de televisión era una medida justificada al existir razonables sospechas de graves irregularidades y no encontrarse otra vía más idónea para la consecución del fin esperado. Servía así como prueba para justificar la existencia de tales infracciones en el supuesto de impugnación por la parte perjudicada, estando además limitada a un lugar y por un periodo temporal específico para determinar la situación de «transgresión de la buena fe contractual»<sup>15</sup>, no produciendo por consiguiente lesión alguna en el derecho a la intimidad del personal afectado.

Se destaca reiteradamente en el pronunciamiento, y como aspecto trascendental, que la adopción de la vigilancia estaba proporcionada y justificada ante la existencia de irregularidades que ocasionaban un perjuicio a la empresa. Respecto a la obligación de informar –la cual de haberse dado hubiere frustrado los objetivos de la medida–, y basándose en la Ley sobre protección de datos de carácter personal vigente en la época, el TC pone de manifiesto que la falta de información a las personas trabajadoras no supone la vulneración de ningún derecho constitucional, sino una cuestión de legalidad ordinaria. Se dispone que el derecho

<sup>13</sup> STC 98/2000, de 10 de abril (FJ 7.º).

<sup>14</sup> STC 98/2000, de 10 de abril (FJ 9.º).

<sup>15</sup> STC 186/2000, de 10 de julio (FJ 7.º).

a la intimidad carece de un carácter absoluto y, por tanto, puede verse limitado ante otros intereses constitucionales, como el interés empresarial (Altés Tárrega, 2020, p. 346), siempre y cuando se respete su contenido esencial a través de este fin legítimo (González González, 2016, p. 133). En la misma línea, se resalta la importancia de acompañar tales grabaciones con un conjunto de práctica probatoria suficiente que ayude al órgano judicial a llegar a la convicción. Por tanto y a modo conclusivo, se valora la prueba realizada como lícita y válida sin ocasionar una vulneración de los derechos recogidos en el artículo 18.1 de la CE.

La STC 292/2000, de 30 de noviembre, realiza un estudio sobre la protección de datos y la disposición de la ciudadanía para consentir proporción de los mismos a una tercera persona, conocer quién los posee, el uso que se está realizando sobre ellos e incluso oponerse a estas facultades<sup>16</sup>, promulgándose así el derecho a la «libertad informática» o control de los datos insertos en programas informáticos<sup>17</sup>. Esta postura fue refrendada posteriormente por el Pleno del TC en la Sentencia 39/2016, de 3 de marzo.

Un cambio de paradigma se ocasiona con la STC 29/2013, de 11 de febrero, al propugnarse una mayor salvaguarda del derecho a la intimidad entendido como la autodeterminación informativa (Pinto Palacios y Pujol Capilla, 2017, p. 267) integrado en la protección de datos (González González, 2016, p. 131). Para ello, el TC da un giro total dando prioridad a una cuestión hasta ahora totalmente olvidada como era el derecho –o deber, dependiendo de sobre quién caiga el mismo– a la información (Navarro Nieto, 2019, p. 75), poniendo de manifiesto que el interés empresarial no puede justificar la utilización de tales medidas de vigilancia sin una información previa a la parte empleada<sup>18</sup> –no necesitando obviamente su consentimiento para la instalación de las medidas al ser una medida de seguridad y control laboral propia a la relación laboral existente<sup>19</sup>–, aun cuando evidentemente puede menoscabar su interés de obtención de datos sobre posibles infracciones. Se promueve una línea garantista y tajante al afirmar que:

[...] no hay en el ámbito laboral, por expresarlo en otros términos, una razón que tolere la limitación del derecho de información que integra la cobertura ordinaria del derecho fundamental del art. 18.4 CE. Por tanto, no será suficiente que el tratamiento

<sup>16</sup> STC 292/2000, de 30 de noviembre (FJ 7.º):

[...] el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.

<sup>17</sup> STC 254/1993, de 20 de junio (FJ 7.º).

<sup>18</sup> STC 29/2013, de 11 de febrero (FJ 7.º).

<sup>19</sup> Este aspecto es recalcado por la posterior STC 39/2016 (FJ 3.º): «El consentimiento se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes».

de datos resulte en principio lícito, por estar amparado por la ley (arts. 6.2 LOPD y 20 LET), o que pueda resultar eventualmente, en el caso concreto de que se trate, proporcionado al fin perseguido; el control empresarial por esa vía, antes bien, aunque podrá producirse, deberá asegurar también la debida información previa (FJ 7.º).

Se protege la idea de cumplimiento de un requisito previo de información expreso a la parte trabajadora sobre la existencia de medidas de videovigilancia, pues en el asunto tratado se impugnaba la sanción en virtud de una hipotética vulneración del artículo 18.4 de la CE al no haberse especificado clara e inequívocamente la finalidad de la medida adoptada ni el tratamiento de los datos que iban a realizarse<sup>20</sup>.

Este requisito de información previa va a ser atenuado (Chacartegui Jávega, 2018, p. 125) por el dictado de la STC 39/2016, de 3 de marzo, dando una vez más una nueva interpretación<sup>21</sup> y corrigiendo la doctrina mantenida hasta el momento, ganando relevancia al ser dictada por el Pleno aun ante la existencia de dos votos particulares (González González, 2016, p. 130). En este supuesto, la empresa instala un sistema de videovigilancia apuntando directamente a la caja registradora, señalizando a través de un distintivo visible la existencia de cámaras, pero sin información expresa a las personas trabajadoras afectadas, tras constatar irregularidades en las cuantías recaudadas, sospechas que se corroboran con las grabaciones. El tribunal descarta la producción de lesión al entender que la utilización de las grabaciones tenía fundamentación ante las irregularidades existentes, siendo una medida idónea y proporcionada para poder verificar tal situación<sup>22</sup>. Además se incide en que se

<sup>20</sup> STC 29/2013, de 11 de febrero (FJ 8.º):

[...] era necesaria además la información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida. Una información que debía concretar las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo. Por otra parte, más allá de que ese derecho a la información expresa y previa es el realmente determinante, podríamos no obstante añadir que tampoco había evidencia alguna de que aquella fuera la finalidad del tratamiento de los datos, o uno de sus posibles objetos, pues ni siquiera estaban situados los aparatos de video-vigilancia dentro de las concretas dependencias donde se desarrollaba la prestación laboral, sino en los vestíbulos y zonas de paso públicos [...] la video-vigilancia respondía a una «medida de seguridad pública en un lugar tan abierto al público» (alegaciones de la propia universidad en el procedimiento ante la Agencia Española de Protección de Datos), y no por tanto a un fin declarado y específico de control de la actividad laboral.

<sup>21</sup> STC 39/2016, de 3 de marzo (FJ 1.º): «[...] aclarar el alcance de la información a facilitar a los trabajadores sobre la finalidad del uso de la videovigilancia en la empresa: si es suficiente la información general o, por el contrario, debe existir una información específica».

<sup>22</sup> STC 39/2016, de 3 de marzo (FJ 5.º):

[...] era una medida justificada (ya que existían razonables sospechas de que alguno de los trabajadores que prestaban servicios en dicha caja se estaba apropiando de dinero); idónea para la

había ubicado el correspondiente distintivo en el escaparate del centro, dándose a conocer la existencia de cámaras<sup>23</sup>, cumpliendo las exigencias de información (Pinto Palacios y Pujol Capilla, 2017, p. 269) y eliminando así la obligación expresa y precisa a través de una nueva interpretación más flexible (Navarro Nieto, 2019, p. 77), por la cual vuelve a resaltar la importancia del principio de proporcionalidad. Se establece así una línea jurisprudencial que parecía ya tener claro qué camino elegir, a través de la cual el deber de información y el principio de proporcionalidad van a acudir de manera conjunta.

Desde un punto de vista periodístico, el TC ha valorado las cámaras como medio para la captación de imágenes y utilización siempre y cuando supere una ponderación entre el derecho a la intimidad y la libertad de información del artículo 20.1 d) de la CE. La STC 176/2013, de 21 de octubre, acredita que no es admisible la captación de imágenes cuando se realice de manera clandestina, en sucesos de la vida íntima de la persona afectada (FJ 6.º), pudiéndose alegar el derecho a la intimidad como garantía frente a intromisiones injustas de terceras personas, aun siendo personajes públicos o con notoriedad, respecto a la esfera interna de su propio ámbito reservado (FJ 7.º). En la misma línea, el carácter oculto de tales grabaciones conlleva que la persona afectada no pueda ejercer el poder de exclusión frente a las mismas (FJ 7.º. En igual sentido, *vid.* STEDH de 23 de septiembre de 1994, asunto Jersild c. Dinamarca, apdo. 31, y Sentencia del TS –STS– 12/2012, de 30 de enero, FJ 6.º). En la misma línea puede delimitarse la STC 25/2019, de 25 de febrero, manifestando, en los supuestos de grabaciones ocultas, la necesidad de existencia de medios menos intrusivos (FJ 7.º), que sea información de relevancia pública<sup>24</sup>, que no afecten a su reputación y no se grabe a personas que no sirvan al interés general, debiéndose difuminar o pixelar su rostro (FJ 9.º).

---

finalidad pretendida por la empresa (verificar si algunos de los trabajadores cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); necesaria (ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades); y equilibrada (pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja) [...].

<sup>23</sup> STC 39/2016, de 3 de marzo (FJ 4.º). Asimismo, se entiende que con la mera colocación de un cartel en el centro se cumple con las directrices de la vigente, en tal momento, Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras, por el cual, y en consonancia con su artículo 3:

Los responsables que cuenten con sistemas de videovigilancia deberán cumplir con el deber de información previsto en el artículo 5 de la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre. A tal fin deberán: a) Colocar, en las zonas videovigiladas, al menos un distintivo informativo ubicado en lugar suficientemente visible, tanto en espacios abiertos como cerrados [...].

<sup>24</sup> La STEDH de 22 de febrero de 2018, asunto Alpha Doryforiki Tileorasi Anonymi Etairia c. Grecia (apdos. 49-88), manifiesta la admisión de utilización de una cámara oculta con fines periodísticos en supuestos en los que la afectación a la privacidad sea llevada a cabo en un lugar público y no se interfiera en la esfera privada del sujeto.

### 3.2. El asunto López Ribalda II ante el TEDH

El origen de esta nueva línea jurisprudencial, parcialmente armonizante y discrepante con las líneas doctrinales anteriormente examinadas, tiene lugar en una serie de actos llevados a cabo en un supermercado por un grupo de empleadas/os del mismo. Tal y como relata la sentencia, la dirección del centro detectó, desde el año 2009, irregularidades y pérdidas económicas por montantes de incluso 24.614 euros en un solo mes<sup>25</sup>, no cuadrando con las ventas realizadas y el *stock* de la empresa. Para la averiguación de los sucesos, el 15 de junio de 2009 se instalaron cámaras de videograbación para la captación de imagen de cuatro de las cajas donde operaban algunas de las personas infractoras, tanto visibles como ocultas, comunicándose exclusivamente sobre aquellas que eran visibles. La información obtenida fue puesta en conocimiento de quien ostentaba la representación sindical, llamándose al personal trabajador a la realización de una entrevista individual, sin mostrarles las imágenes captadas, efectuándose 14 despidos disciplinarios por el robo de material realizado, así como por permitir que la clientela no pagara por las adquisiciones. Como nota a recalcar, es la negociación que tuvo la gerencia del local con 5 personas empleadas a través de la cual llegó a un acuerdo con 3 de ellas, en el cual reconocían la infracción ilícita –aceptando el despido– y la empresa se comprometía a no iniciar acciones penales por los delitos cometidos.

Ante la situación acaecida, se interponen 5 demandas por despido improcedente ante el Juzgado de lo Social de Granollers número 1, alegando 2 de ellas una posible violación «de su derecho a la protección de la vida privada», solicitando la no admisión como práctica probatoria de las videograbaciones obtenidas. Las restantes partes demandantes impugnaban la validez del acuerdo de transacción llevado a cabo al señalar la firma del mismo bajo amenazas, estando su consentimiento viciado por la coacción de la parte encargada de la gerencia en la empresa, así como de quien ostentaba la delegación sindical. El juzgado de lo social, desestimando las alegaciones, dictó sentencia no estimatoria el 20 de enero de 2010, siendo de mayor valor la interpretación efectuada en relación con la práctica probatoria. El órgano judicial, en virtud del artículo 20.3 del ET, pone de manifiesto la facultad de la empresa de «aplicar las medidas de control y vigilancia que considerase apropiadas para verificar que un empleado cumple con sus obligaciones laborales, siempre que el empleador respetara la "dignidad humana" y, por tanto, los derechos fundamentales de las interesadas», basándose en la STC 186/2000, de 10 de julio.

El juzgado de lo social realiza un primer test de proporcionalidad, ponderando los variados intereses constitucionales puestos en relevancia en el caso, declarando que, aun siendo una medida encubierta que afecta directamente a la vida privada, está debidamente fundada a consecuencia de las «sospechas razonables» de comisión de infracciones

---

<sup>25</sup> Exactamente, las cuantías son: 7.780 euros en febrero de 2009, 17.971 euros en marzo, 13.936 euros en abril, 18.009 euros en mayo y 24.614 euros en junio.

graves, siendo necesario verificar el objeto y el sujeto activo y sancionar por la misma. Se declara la inexistencia de vulneración del artículo 18 de la CE al ser actuaciones limitadas en el espacio y el tiempo (no se prorrogaron más allá de lo necesario ni a otros lugares del centro) y no existir otra vía menos gravosa para la clarificación de los hechos. Entiende en la misma línea que no existe vulneración de la tutela judicial efectiva al existir otro tipo de pruebas<sup>26</sup> (testimonio del gerente) que ratificaban y complementaban las grabaciones. Respecto a la hipotética coacción para la firma del acuerdo de transacción, el órgano judicial no ve indicios de ello y los constata como una solución al conflicto en el que ambas partes llevan a cabo concesiones.

La parte demandante interpuso recurso de suplicación ante el TSJ de Cataluña los días 16 y 22 de marzo, respectivamente, por sus impugnaciones ya descritas, siendo ambas pretensiones desestimadas y confirmándose las sentencias en primera instancia del juzgado de lo social<sup>27</sup>. Tanto el TS como el TC inadmiten el recurso de las demandantes, agotando así la vía ordinaria y de amparo a nivel nacional.

Al no recibir contestación en amparo de sus intereses, se impugna el pronunciamiento constitucional ante el TEDH por vulneración del artículo 8 del CEDH, al considerarse que, como la videovigilancia ejercida fue contraria a derecho, los órganos jurisdiccionales españoles incumplieron su obligación de protección del derecho a su vida privada, invocando el artículo ya citado. La sala resuelve en STEDH de 9 de enero de 2018 y considera que, aun ante la existencia de sospechas, la grabación afectaba un amplio periodo de tiempo y se dirigía contra todas las personas empleadas, y no habiendo sido ninguna de ellas informada, no existe por tanto proporcionalidad entre la medida utilizada y el fin de la misma, produciéndose una vulneración de la privacidad de las personas recurrentes. Respecto a la vulneración del artículo 6 del CEDH, el tribunal considera que el proceso se desarrolló con todas las garantías posibles, desestimando su pretensión al valorar que no existió

<sup>26</sup> Aspecto trascendental pues en esta sentencia se denota la necesidad de acompañar tales grabaciones con otro tipo de práctica probatoria. En el presente caso se señaló que la prueba práctica, aparte de las grabaciones, fue: el testimonio del gerente de la tienda; el testimonio de la delegada sindical; el testimonio de otros empleados partícipes en las conductas; el informe pericial de comparación de las imágenes captadas y las compras llevadas a cabo.

<sup>27</sup> STSJ de Cataluña de 28 de enero de 2011 (FJ 2.º):

Quando para el desarrollo de la función empresarial de control se han utilizado tecnologías de la información, en nuestro caso video-vigilancia, y existe repercusión en el derecho de los trabajadores, el cumplimiento de los principios de protección de datos, admisibilidad y condicionamiento, debe partir [...] de la esencia de no requerimiento de consentimiento previo y expreso (ex art. 6.2 de la LO 15/1999), pero sí de cumplimiento de un principio de proporcionalidad exhaustivo. Del mismo modo, al no tratarse de una medida general y generalizada de exposición constante y permanente a una información o video-vigilancia tampoco creemos [...] que se obligue jurídicamente a la puesta en conocimiento de su adopción temporal y provisional a cualesquiera representantes de los trabajadores [...].

coacción o amenazas para la firma de los acuerdos de transacción (Chacartegui Jávega, 2018, p. 120). Por tanto y hasta aquí, el TEDH matiza la línea doctrinal realizada por los tribunales españoles al señalar una inexistencia de respeto de los:

[...] principios de transparencia (información previa, clara y específica –no genérica– en cuanto a la naturaleza del control empresarial) y de proporcionalidad (sospecha justificada, vigilancia individualizada y limitada espacial y temporalmente) (Navarro Nieto, 2019, p. 79).

Esta resolución es impugnada ante la Gran Sala por el Gobierno de España, alegando que la parte recurrente ejercía su puesto de trabajo en un espacio público y que la «protección del artículo 8 no puede ampliarse para proteger comportamientos delictivos». La Gran Sala del TEDH resuelve el asunto (López Ribalda y otros vs. España) en fecha de 17 de octubre de 2019 y se dispuso a analizar los dos artículos (6 y 8) del CEDH discutidos y admitidos, pero desde una vertiente de obligaciones positivas por parte del Estado de España en referencia a las personas empleadas. La resolución efectuada se asemeja a aquellas respuestas judiciales dictadas por el juzgado de lo social y el TSJ de Cataluña, conllevando una no violación del artículo 8 del CEDH. El tribunal entiende la existencia de una videovigilancia continuada durante su jornada laboral en el puesto de caja, lo cual conlleva que las actuaciones hayan sido captadas en un espacio fuera del ámbito íntimo de las mismas.

En la misma línea, entiende que las medidas de vigilancia fueron tomadas por el supermercado y no por ello, inicialmente, podría entenderse que exista una «injerencia por una autoridad del Estado». No obstante, y para entrar a valorar el artículo 8 del CEDH, sí que considera que los Estados han de «garantizar a las personas en causa el derecho a disfrutar los derechos consagrados en el artículo 8 del convenio» (apdo. 100), definiendo un marco normativo o una serie de instancias para «garantizar que la aplicación por parte del empleador de medidas de supervisión que atenten contra el derecho a la privacidad o correspondencia de los empleados, sea proporcionada y vaya acompañada de las garantías adecuadas y suficientes contra el abuso» (apdo. 114).

El Tribunal de Estrasburgo, para la efectiva realización de la ponderación entre las medidas llevadas a cabo y los derechos vulnerados, alega una serie de principios denominados «test Bărbulescu», aplicables *mutatis mutandis* al caso aquí estudiado (apdo. 116) y que podrían ser resumidos en: (a) comunicación de las medidas; (b) alcance de la vigilancia; (c) fundamentación; (d) posibilidad de utilización de medios menos intrusivos; (e) consecuencias derivadas y uso de datos; (f) garantías en supuesto de que sea una medida de «naturaleza intrusiva» (Henríquez Tillería, 2019, p. 71).

Un punto muy discutible de la misma es su referencia al deber de información. Reconoce la obligación legal de informar a la parte empleada de la existencia de cámaras de videovigilancia (apdo. 133), pero a su vez se posiciona en la postura de valorar tal deber como

excusable, transformándolo en uno de los criterios a tener en cuenta del principio de proporcionalidad. En esta línea, el tribunal valora que, a falta de tal requisito, se ha de poner mayor relevancia en las restantes garantías, dándose trascendencia a la proporcionalidad de las medidas adoptadas e intereses en juego (Navarro Nieto, 2019, p. 81). Una idea que respalda los posicionamientos que habían declarado desde el juzgado de instancia hasta el TC y que lo asemejaban a una cuestión de legalidad ordinaria, con una repercusión ante su falta de imposición de sanción administrativa (apdos. 34 y 55). Así, la Gran Sala estipula que:

[...] ante las garantías que ofrece el marco normativo español, incluidas las vías de recursos que las demandantes no emprendieron, así como el peso de las consideraciones consideradas por los órganos jurisdiccionales internos, que justificaban la videovigilancia, el tribunal concluye que las autoridades nacionales no incumplieron sus obligaciones positivas en virtud del artículo 8 del convenio (RCL 1999, 1190, 1572), traspasando su margen de apreciación. Por tanto, no ha habido violación de esta disposición (apdo. 137).

A modo de finalización del apartado, el tribunal decide estimar el recurso formulado por el Gobierno de España alegando que la videovigilancia fue llevada a cabo en un espacio público afectando en menor medida el derecho de las personas damnificadas; siendo además necesaria ante las irregularidades detectadas para la revelación de la conducta que le provocaba un menoscabo a la empresa; obteniéndose así el suficiente material fáctico probatorio y no dudando de su autenticidad ni necesitando por ello corroboración por otros elementos de prueba, aunque posteriormente valora la existencia de mayor material probatorio (Navarro Nieto, 2019, p. 82); y no existiendo otra medida con la que descubrir las irregularidades llevadas a cabo. Se ponderó el interés del centro de trabajo y su buen desarrollo con los derechos a la intimidad de sus personas empleadas, dándose preferencia a la empresa y sus medidas ante la infracción grave cometida y que le había ocasionado pérdidas sustanciales, existiendo una justificación en la adopción de las mismas, las cuales además estaban enfocadas en una sospecha contra determinadas personas, quienes lastimaban el buen desarrollo del negocio<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Asunto López Ribalda y otros vs. España, de 17 de octubre de 2019:

[...] la instalación de la videovigilancia estaba justificada por razones legítimas, a saber, la sospecha del gerente de la tienda debida a las pérdidas significativas durante varios meses, de que se habían cometido robos. También tuvieron en cuenta el interés legítimo del empleador en tomar medidas para identificar y sancionar a los responsables de las pérdidas constatadas, con el fin de garantizar la protección de sus activos y el buen funcionamiento de la empresa (apdo. 123). [...] si bien no puede aceptar que la mínima sospecha de robos u otras irregularidades cometidas por los empleados, pueda justificar la instalación de un sistema de videovigilancia encubierta por parte del empleador, la existencia de sospechas razonables de que se habían cometido graves irregularidades, y el alcance de los robos constatados en el presente asunto, pueden parecer una justificación seria. Esto es más cierto cuando el buen funcionamiento de la empresa estaba en entredicho no solo por las irregularidades cometidas por un solo empleado, sino por la acción conjunta de varios empleados [...] (apdo. 134).

Respecto a la vulneración del artículo 6, hay que analizar la admisión de las imágenes de videovigilancia como práctica probatoria, aspecto trascendental desde el punto de vista del actual estudio. Las –en primera y única instancia– partes demandantes nunca impugnaron la autenticidad de las mismas, sino la falta de información previa a la instalación, no pudiéndose constatar carencia alguna de autenticidad o fiabilidad. Esta prueba fue contrastada por las declaraciones de las personas que ostentan el cargo de gestión en la empresa y representación sindical, quienes pusieron de manifiesto que se había producido una admisión de los hechos por las personas autoras de las irregularidades en las cajas. De igual manera, la prueba pericial evidenciaba los hechos a través de una comparación entre los *tickets* emitidos y las imágenes de las cámaras (apdo. 157). A esto hay que añadir que 3 demandantes reconocieron los hechos en los acuerdos transaccionales firmados con la empresa, no vulnerándose la tutela judicial efectiva de las partes.

### 3.3. Una nueva visión sobre el deber de información desde los TSJ

Aun cuando parecía que la sentencia de la Gran Sala del TEDH establecía una línea sólida jurisprudencial a seguir y acababa con la disparidad de criterios emanados por las diferentes resoluciones en suplicación, ya fuesen en favor de un juicio de proporcionalidad para la superación del deber de información o, por el contrario, de catalogación de aquel como una obligación inexcusable de la parte empleadora<sup>29</sup>, algunos TSJ han decidido matizar este último pronunciamiento del Tribunal de Estrasburgo y dar una importancia sustancial a la obligación de información previa a la parte afectada sobre la medida de videovigilancia. En primer lugar, es conveniente poner de manifiesto la Resolución 1146/2020, de 1 de junio, del TSJ de Andalucía, quien conoce del despido de un miembro del equipo de vigilancia y seguridad de una empresa por la comisión de diferentes irregularidades en su horario laboral tales como dormir, ver contenido cinematográfico en su dispositivo móvil, descalzarse y, en general, no prestar la debida diligencia en sus tareas. Estas acciones, evidentemente, son causa suficiente para proceder a una sanción, pero al haberse obtenido las imágenes a través de una cámara de control no informada, y extralimitada en cuanto a su utilización indiscriminada, pues se tomaron imágenes de todo su turno e incluso de su cambio de ropa una vez finalizaba el mismo, se considera ilícita la prueba y el despido es nulo. No es la única resolución apoyada en tales tesis, sino que, y con incluso un mayor énfasis en el deber de información, se manifiesta la STSJ del Principado de Asturias 1762/2020, de 20 de octubre<sup>30</sup>, poniendo de manifiesto la obligatoriedad de dar a conocer la utilización de tal medida

<sup>29</sup> A modo de ejemplo puede citarse muy variada jurisprudencia autonómica favorable del deber de información como requisito sustancial, siendo aquellas de mayor interés doctrinal las SSTSJ de Castilla y León de 11 de abril de 2018 (rec. 407/2018) y de Madrid de 28 de septiembre de 2018 (rec. 275/2018).

<sup>30</sup> El asunto en cuestión versa sobre el despido de la persona empleada del hogar por un presunto robo de joyas y 30.000 euros en efectivo de una caja fuerte, basándose la prueba en una imagen de una cámara

de control laboral salvo cuando existan «sospechas razonadas y fundadas de comisión de actos ilícitos». No obstante, y como deber que nunca puede ceder, es la colocación de un dispositivo informativo en un lugar suficientemente visible (art. 89.1 Ley orgánica 3/2018, de protección de datos)<sup>31</sup>. Queda claro que la comunicación a la persona trabajadora debe existir, pero no es necesario que sea expresa y concisa, sino que basta con adherir un letrero que informe sobre la existencia de tal cámara.

Esta línea es matizada por el TSJ de Galicia, a través de su Sentencia de 15 de febrero de 2021 (rec. 4586/2020), la cual, y basándose en la STC 39/2016 y, especialmente, en la resolución de la Gran Sala del TEDH, remarca la importancia del principio de proporcionalidad y la no necesidad de comunicación a la persona trabajadora de la adopción de tales medidas, ni de manera explícita ni sobrentendida con cartel informador. Las circunstancias de sospechas razonadas de comisión de irregularidades, así como la limitación espacial y temporal de la cámara, no suponen, por sí solas, justificación suficiente para la restricción del derecho, debiendo ser complementadas con otro tipo de caracteres de ponderación, tales como la idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta (FJ 3.º). Esta sentencia es importante pues se hace eco de la jurisprudencia marcada por el Tribunal de Estrasburgo y puede ayudar a establecer una línea sólida doctrinal que, aun debiendo analizarse caso por caso, pueda proporcionar seguridad jurídica.

### 3.4. La jurisprudencia del TS

El TS no ha sido, evidentemente, ajeno a este fenómeno tecnológico, adaptando su postura y matizándola conforme se iba normalizando el uso de la medida dentro de los centros empresariales. Aun cuando en algunas ocasiones el más Alto Tribunal ordinario español ha optado por considerar la obligatoriedad, no solo de informar a la parte trabajadora de la instalación de tales medidas de vigilancia, sino también de informar de la finalidad de la misma para su consideración de prueba lícita –a modo de ejemplo puede señalarse la STS de 13 de mayo de 2014 (rec. 1685/2013)–, tras la doctrina desarrollada por la STC 39/2016, se elimina esta última obligatoriedad, siendo válida la medida únicamente si se informa de su existencia, no así de su objetivo, tal y como se manifiesta en múltiples pronunciamientos como las SSTs 77/2017, de 31 de enero; 86/2017, de 1 de febrero; y 96/2017, de 2 de

---

de seguridad –en la cual se puede observar a la persona trabajadora intentando abrir la caja referida– instalada con posterioridad a los hechos y enfocada en dirección al lugar de la hipotética infracción sin información alguna de la instalación de tal medio. Tras considerar en primera instancia la acreditación de los hechos, se impugna la sentencia en suplicación por posible vulneración de los artículos 18.1.4 de la CE, relativo a la intimidad y protección de datos, 20 del ET, 1, 6.1 y 11 de la Ley orgánica 3/2018, de protección de datos, entendiéndose que las pruebas obtenidas a través de un sistema de videovigilancia sin información previa vulneran la normativa citada.

<sup>31</sup> STSJ del Principado de Asturias 1762/2020, de 20 de octubre (FJ 5.º).

febrero, valorando la necesidad de información previa a la parte empleada de la instalación de tales instrumentos, pero no necesitándose de su consentimiento<sup>32</sup> de manera expresa, así como de su ubicación, recalándose la idea de una finalidad de seguridad a través del control laboral<sup>33</sup>.

El TS ha mantenido esta línea jurisprudencial manifestada a través de las tres resoluciones citadas, pero de igual manera ha llevado una matización de los pronunciamientos, como el realizado a través de la STS 21/2019, de 15 de enero, en la cual pone en evidencia que los dispositivos utilizados han de ser previa y expresamente puestos en conocimiento de la parte empleada, respetándose el principio de proporcionalidad a través de una valoración de su justificación y su uso no indiscriminado. Se reitera la idea de obligatoriedad del deber de información como parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos, y a la dispensa del consentimiento si la finalidad de las medidas de videovigilancia están encaminadas al cumplimiento del contrato firmado por las partes (FJ 3.º). Se mantiene así la idea de que únicamente en los supuestos de utilización de medidas de control laboral de manera encubierta es cuando el juicio de proporcionalidad ha de ser valorado por el órgano juzgador.

El órgano pluripersonal, en Sentencia 212/2020, de 5 de marzo, se pronuncia sobre la posibilidad de vulneración de la intimidad ante un recurso de casación de unificación de doctrina por un supuesto de instalación de cámaras visibles y permanentes sin sospecha alguna y despido a la parte demandante ante la captación de irregularidades en el desempeño de sus labores. Así, en el fundamento jurídico cuarto (punto 4), hace referencia al principio de proporcionalidad como método de valoración de la posible o no ilicitud de la medida llevada a cabo por la parte empleadora, debiéndose de constatar la existencia de «motivo legítimo que justifique la medida de vídeo-vigilancia y si las medidas adoptadas con este fin son adecuadas y proporcionales, mediante la constatación de que el objetivo legítimo perseguido por el empleador no podía atenderse por medidas menos intrusivas».

No son pocos los autos que desestiman recursos de casación para la unificación de doctrina evocando el artículo 219 de la LRJS al presumirse la posible existencia de resoluciones

<sup>32</sup> STS 96/2017, de 2 de febrero (FJ 4.º): «[...] aunque no se requiere el consentimiento expreso de los trabajadores para adoptar esta medida de vigilancia [...] persiste el deber de información».

<sup>33</sup> STS 77/2017, de 31 de enero (FJ 2.º):

[...] la instalación de cámaras de seguridad era una medida justificada por razones de seguridad (control de hechos ilícitos imputables a empleados, clientes o terceros, así como rápida detección de siniestros), idónea para el logro de ese fin (control de cobros y de la caja en el caso concreto) y necesaria y proporcionada al fin perseguido [...] los trabajadores estaban informados, expresamente, de la instalación del sistema de vigilancia, de la ubicación de las cámaras por razones de seguridad, expresión [...] que excluye otro tipo de control laboral que sea ajeno a la seguridad, esto es el de la efectividad en el trabajo, las ausencias del puesto de trabajo, las conversaciones con compañeros, etc. [...].

jurisdiccionales con pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, y que, y de manera indirecta, se valoran circunstancias de interés respecto a la prueba de videovigilancia, tal y como sucede con los Autos del TS de 2 de marzo<sup>34</sup> y de 13 de abril de 2021<sup>35</sup> (recs. 1641/2020 y 2540/2020, respectivamente).

Con un mayor interés al abordarse la videovigilancia desde un ámbito laboral, pero de la Administración pública, la STS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo 557/2021, de 26 de abril, realiza un análisis de la materia. Para ello, en su fundamento jurídico segundo, manifiesta que tales sistemas permanentes con una finalidad de seguridad deben ser informados al personal funcionariado de manera «previa, expresa e inequívoca», acerca de su hipotética utilización como instrumento sancionador. La sentencia vuelve a realizar un estudio de la circunstancia relativa al consentimiento de la parte empleada acerca de tales medidas de captación de imágenes, ilustrándose así a través del artículo 14 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, por el cual se otorga «intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización». Esta regla general encuentra su excepción en la «[...] necesidad del mantenimiento y cumplimiento de la relación de servicio que se despliega sobre las obligaciones que se derivan del régimen propio de los funcionarios públicos [...]. Siempre teniendo en cuenta la proporcionalidad», no resultando preciso que el cuerpo funcional afectado por tal medida preste su consentimiento para ser sujetos pasivos de la grabación tratamiento de las imágenes (FJ 4.º).

Respecto al controvertido derecho de información, tiene en cuenta la necesidad de análisis de cada caso para valorar la posible ilicitud de la medida conforme al principio de proporcionalidad, necesitándose un interés legítimo o prueba de idoneidad, una prueba de necesidad para el cumplimiento de la finalidad buscada y una proporcionalidad estricta, debiendo ser

<sup>34</sup> Se impugna la Sentencia de 24 de enero de 2020 de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias (rec. 899/2019). En el presente supuesto se resuelve la inadmisión del medio de impugnación a consecuencia de la inexistencia de similitud del caso valorado con la Sentencia de 24 de febrero de 2011 del TSJ de Cataluña, objeto del presente manuscrito. En el supuesto aquí analizado por el TS, se considera que no existe vinculación, puesto que la instalación de la medida de videovigilancia no fue comunicada a la persona empleada, su instalación es 2 años anterior a la comisión de la irregularidad, entendiéndose que no fue una medida justificada en una sospecha fundada, sino en un ánimo de intromisión de la intimidad de quienes estaban en el local, siendo una actuación desproporcionada.

<sup>35</sup> En este supuesto se desestiman las alegaciones de la parte recurrente al no existir identidad de su supuesto –en el cual es despedido a consecuencia de imágenes grabadas por un detective y valoradas por Sentencia de 6 de febrero de 2020 de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña (rec. 5643/2019), con un grado de intromisión mínimo al estar fundadas en un interés legítimo de control y en un carácter probatorio de una serie de conductas ilícitas que habían levantado sospechas fundadas en la empresa– con el conocido por el TSJ del País Vasco en Sentencia de 27 de febrero de 2018 (rec. 226/2018), en el cual no se acreditaban los hechos imputados, la fecha de instalación de las cámaras, la información sobre la misma ni, por consiguiente, la existencia de una ponderación conforme a su idoneidad, proporcionalidad y necesidad a consecuencia de unas sospechas suficientes.

la medida adecuada al interés general y particular pretendido. Se superará así este juicio de proporcionalidad cuando exista un «incumplimiento reiterado de los deberes propios de un funcionario público con el consiguiente descrédito que se ocasiona a la imagen de la Administración pública». Puede recalcar, tal y como ha sido analizado, que el TS ha tenido bastante conocimiento sobre cuestiones de videovigilancia, ya sea valorando la legalidad de la misma o como una causa de la sanción aplicada por el órgano empresarial, aun cuando no sea el objeto del recurso dirimido, tal y como sucede con las SSTs de 20 de enero y 10 de febrero de 2021 (recs. 39/2019 y 1329/2018), analizándose un recurso de revisión y un recurso de casación para la unificación de doctrina, respectivamente.

La doctrina del TS también es de interés desde un punto de vista meramente penalista, aun cuando existen amplias diferencias en cómo ha de afrontarse la prueba en ambas jurisdicciones<sup>36</sup>. Esta sala del TS, al analizarse cuestiones que han podido producir un daño penal, tiende a interpretar de una manera más restrictiva el artículo 18 de la CE, dando un gran valor a la excepcionalidad de la injerencia en el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, siendo a través de una autorización judicial la única vía para la limitación de tal derecho. Tal y como manifiesta la STS, Sala de lo Penal, 528/2014, de 16 de junio (FJ 1.º) –desde un punto de vista más enfocado en herramientas comunicativas como un ordenador o teléfono, pero que puede ser ampliado a la videoconferencia–, no existe posibilidad alguna «para excepcionar la necesaria e imprescindible reserva jurisdiccional en la autorización de la injerencia», no encontrándose tampoco amparo en la denominada «tácita renuncia» al derecho a la intimidad, puesto que si la misma se produjese –sabiendo las consecuencias que conlleva–, no existiría, por parte de la parte comunicante, una emisión del mensaje o realización de la irregularidad. De igual manera, el tribunal resalta la imposibilidad de renuncia, puesto que la carta magna no prevé una autorización expresa para tal injerencia. No se limita la utilización de tales medios para el descubrimiento y constatación de

<sup>36</sup> Es importante resaltar las claras diferencias existentes entre el proceso probatorio penal y laboral, puesto que en este último no rige la presunción de inocencia como pilar básico del mismo, al estar valorándose un aspecto contractual, no viéndose obligado el órgano judicial social a dictaminar una resolución conforme se hubiere interpretado la prueba en el primero de ellos. Ambas jurisdicciones tratan «culpas» distintas y el material probatorio ha de ser diferenciado en cuanto a su interpretación. Sobre esta materia, véase la muy variada jurisprudencia existente: SSTC 24/1983, de 23 de febrero, 36/1985, de 8 de marzo, 62/1984, de 2 de mayo, y SSTs, Sala de lo Penal, 1842/1999, de 28 de diciembre, 1715/2000, de 2 de noviembre, 18/2002, de 10 de enero, y 474/2009, de 20 de abril, entre otras. En esta misma línea, es importante recalcar que la STS, Sala de lo Penal, 528/2014, de 16 de junio, en su fundamento de derecho primero, pone de manifiesto esta idea:

[...] en modo alguno, procede que se extiendan [esos criterios] al enjuiciamiento penal, por mucho que en este la gravedad de los hechos que son su objeto, delitos que en ocasiones incluso constituyen infracciones de una importante relevancia, supere la de las infracciones laborales a partir de las que, ante su posible existencia, se justifica la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones del sospechoso de cometerlas.

conductas reprochables, sino la búsqueda de un cumplimiento de mandatos constitucionales, siendo imprescindible la autorización y control judicial para su garantía, tanto en el ámbito penal como en el social.

Sobre esta doctrina<sup>37</sup> se apoya la STS, Sala de lo Penal, 328/2021, de 22 de abril, para analizar la posible vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de comunicaciones, reinterpretando la misma y manifestando la posibilidad de negociación del ámbito fiscalizador para excluir la «imperatividad de la autorización judicial para justificar la intromisión» (FJ 3.º). Se abre la posibilidad de fijar unos términos de renuncia a la inviolabilidad de comunicaciones por parte de la persona trabajadora, siempre y cuando sean expresos, conscientes y permitan fijar un círculo de exclusión frente a terceras personas, pudiendo incluir en el mismo a la parte empleadora, todo ello bajo el manto de protección del principio de proporcionalidad que limite una cesión descontrolada de derechos y que «todo se vea como susceptible de ser contractualizado» (FJ 3.º).

#### 4. Límites de la videovigilancia oculta como prueba en el proceso laboral

En el presente epígrafe se pretende dar una idea de cómo ha de establecerse y entenderse, conforme a la normativa actual y jurisprudencia pretérita, esta prueba digital que todavía tantas dudas jurídicas genera al estar en conflicto con los derechos fundamentales de las personas implicadas. Su incorporación en el proceso judicial como medio de prueba ha de ser llevada a cabo con el máximo respeto de los derechos constitucionales de la parte empleada, y más especialmente su dignidad, intimidad y protección de datos (García Salas, 2016, p. 55). Para su admisión, el órgano judicial deberá realizar una ponderación conforme a una serie de límites, valorando la prueba conforme a la sana crítica tal y como recoge el artículo 382.3 de la LEC, siendo interesante la aportación de un/una perito que acredite su autenticidad<sup>38</sup>, tal y como sucede con la prueba documental privada en caso de impugnación de la misma (Abel Lluch, 2011, p. 70), así como la intervención

<sup>37</sup> Asimismo ha de recalcarse como base en estos nuevos pronunciamientos la STS, Sala de lo Penal, 489/2018, de 23 de octubre, la cual, en su fundamento de derecho séptimo, vuelve a interpretar el concepto de intimidad y la expectativa sobre la misma, la cual está situada en el «uso social de tolerancia respecto de una moderada utilización» y recalca que la intimidad tiene un ámbito de protección diferente conforme la intromisión puede provenir de los poderes públicos o de la parte empleadora, la cual justificaría la misma conforme a las facultades de supervisión y seguridad y en el consentimiento anticipado de la parte empleada para la realización de tales medidas, cesión que no puede producirse en las relaciones con los poderes públicos.

<sup>38</sup> Este aspecto es puesto de manifiesto por la ya citada STC 186/2000, de 10 de julio (FJ 9.º): «[...] aceptan la utilización probatoria en el proceso de los medios mecánicos de reproducción de la imagen, siempre que ofrezcan las debidas garantías de autenticidad».

de asistentes expertos/as en materia informática que constaten la no manipulación de la grabación (Martínez, 2015, p. 290).

Puede adelantarse que el juicio de proporcionalidad comprendería el análisis de los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (García Salas, 2016, p. 55), existiendo otros límites a analizar expuestos por la doctrina del TC que deben ser utilizados como complementos a los tres ya citados para su comprensión y admisión o inadmisión de la prueba propuesta, tales como el espacio físico filmado y la existencia de sospechas fundadas (Costas Rodal, 2017, p. 229). Lógicamente sobra decir que, fuera de estos límites, toda prueba, ya sea electrónica o no, tiene que cumplir con tres grandes requisitos<sup>39</sup> que no son objeto de análisis en el presente trabajo: pertinencia<sup>40</sup>, utilidad y necesidad.

## 4.1. El límite del derecho a la intimidad personal

Para poder comprender la razón de tanta controversia surgida con la implantación de medidas de videovigilancia en el ámbito del trabajo, hemos de partir de un análisis previo del derecho a la intimidad personal, el cual, gracias a los avances tecnológicos, engloba un conjunto de derechos dentro de sí como la autodeterminación informativa, libertad informática y protección de datos personales (Ojeda Bello, 2015, p. 70). Esta labor ya ha sido previamente desarrollada por el TC con base en un conjunto de resoluciones que han configurado su limitación teórica y práctica a través de la interpretación del artículo 18 de la CE, y más concretamente del apartado 1.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> STC 236/2002, de 9 de diciembre (FJ 4.º):

«[...] para que resulte fundada una queja sustentada en una vulneración del derecho a la prueba es preciso, para su admisión, que reúna determinados requisitos que son, en definitiva, el que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos [...], la relevancia o virtualidad de la prueba, que habría de ser alegada y fundamentada por el recurrente o resultar de los hechos y peticiones de la demanda [...], así como, finalmente, que reúna las condiciones de idoneidad objetiva para la acreditación de los hechos que sean relevantes [...].»

<sup>40</sup> Siguiendo a la STC 43/2003, de 3 de marzo (FJ 3.º):

[...] el juicio sobre la pertinencia de una prueba es una valoración *a priori* o *ex ante* sobre la relación que media entre la prueba propuesta y los hechos que van a ser objeto de enjuiciamiento, para lo que debe ser tomada en cuenta exclusivamente la información que hasta ese momento tengan los tribunales.

No pueden ser aceptadas aquellas pruebas impertinentes cuya finalidad es crear confusión y desequilibrio en el proceso (De Urbano Castrillo, 2009, p. 23).

<sup>41</sup> Sobre esta materia, el TC ha manifestado la necesidad de separar el derecho a la intimidad de la propia imagen aun estando ambos recogidos en el mismo precepto constitucional. Exactamente, el más Alto Tribunal interpretador de la carta magna manifiesta en la ya analizada STC 76/2013, de 21 de octubre (FJ 6.º):

[...] el derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir

Su redacción se encuentra en consonancia con aquellos textos internacionales previos que otorgaron una plasmación real de indudable protección, dando un paso más allá y conjugándolo en un mismo precepto con la inviolabilidad del domicilio<sup>42</sup>, el derecho al honor, el secreto a las comunicaciones, la intimidad personal y familiar, la propia imagen y la limitación del uso de la informática (Fernández López, 2006, pp. 615-617; Serra Uribe, 2006, p. 167). Se concede al sujeto la suficiente autonomía para desarrollar su propio comportamiento<sup>43</sup> sin incidencias externas que afecten a su propia privacidad –ya sean provenientes de terceras personas, particulares o poderes públicos<sup>44</sup> e inclusive las derivadas de la relación laboral (entre otras, STC 12/2012, de 30 de enero, FJ 5.º, y STS, Sala de lo Penal, 328/2021, de 22 de abril, FJ 3.º)–, la cual tiene una afectación social cuando el ser humano se relaciona con los demás, debiendo ser protegida en tales situaciones ante las diferentes consecuencias jurídicas que ello ocasiona. Uno de los ámbitos de mayor controversia radica en la privacidad y el ámbito profesional, el cual no queda excluido del primero<sup>45</sup>, pero no por ello deja de pertenecer a la vida privada del propio sujeto<sup>46</sup>.

No obstante, y donde mayores controversias pueden existir es en aquellas situaciones en las cuales la privacidad de la persona –en un contexto privado o público– es captada por diferentes medios y registrada temporal o permanentemente, viéndose su imagen parcialmente desprotegida ante una injerencia externa, sin importar si es un personaje público o no<sup>47</sup>. Es por ello que se ha posibilitado la vía de oposición a la conservación y reproducción –incluso desde el punto de vista de una reproducción que exceda lo que la persona

---

libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana. [...] lo que se pretende, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a las injerencias externas [...] impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad –informativa, comercial, científica, cultural, etc.– perseguida por quien la capta o difunde.

<sup>42</sup> Tal y como especifica la STC 10/2002, de 17 de enero, en su fundamento jurídico quinto, el domicilio no es únicamente un ámbito espacial de la persona con una especial protección de privacidad que conlleva una exención de injerencias externas de cualquier persona, sino que también atañe la imposibilidad de penetración física o por medios electrónicos como puede ser una cámara.

<sup>43</sup> Es el propio ser quien debe «acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno» (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3.º), o sea, efectuar un «acotamiento de un espacio resguardado de la curiosidad ajena» (STC 241/2012, de 17 de diciembre, FJ 3.º).

<sup>44</sup> Sobre esta materia, *vid.* SSTC 159/2009, de 29 de junio (FJ 3.º), 185/2002, de 14 de octubre (FJ 3.º), y 170/2013, de 7 de octubre (FJ 5.º).

<sup>45</sup> Asunto Fernández Martínez vs. España, de 12 de junio de 2014 (apdo. 110).

<sup>46</sup> Asunto Perry vs. Reino Unido, de 17 de julio de 2003 (apdo. 36).

<sup>47</sup> Asunto Schüssel vs. Austria, de 21 de febrero de 2002.

interesada esperaba<sup>48</sup>– de la imagen captada, existiendo amplia jurisprudencia que estudia y protege a la ciudadanía de tales supuestos<sup>49</sup>.

Su desarrollo inicial fue elaborado por la no exenta de críticas<sup>50</sup> Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este cuerpo normativo delimitó el artículo 18.1 de la CE<sup>51</sup> desde un punto de vista civil exclusivamente y no efectuó una definición del mismo como tal, permitiendo a la doctrina analizar esta indeterminación legal para ahondar en un necesario análisis conforme las delimitaciones jurisprudenciales iban marcando la línea a seguir. Es plausible afirmar que es un derecho de tercera generación (Ojeda Bello, 2015, pp. 60-61), aun cuando en la misma medida puede situarse en la cuarta generación a consecuencia de la vinculación de la sociedad en el mundo de las nuevas tecnologías.

En la misma línea y para dar mayor valor al derecho a la intimidad, el máximo órgano constitucional ha vinculado el mismo con el derecho a la dignidad recogido en el artículo 10.1 de la CE<sup>52</sup>. Así y de toda la jurisprudencia al respecto, puede abrirse una doble vía de protección, desde un primer punto de vista de lo que podría señalarse como la vida íntima y privada de la persona, así como, y desde un segundo punto de vista, desde la perspectiva de la necesidad de desarrollo vital de la manera más digna posible, la cual se ve afectada a través de tales intromisiones injustas de terceras personas, tal y como puede ser una captación de imagen. Por tanto, el TC ha puesto en alza el derecho a la intimidad como una

<sup>48</sup> Asunto Peck vs. Reino Unido, de 28 de enero de 2003 (apdos. 62-63).

<sup>49</sup> A modo de ejemplo: De la Flor Cabrera vs. España, de 27 de mayo de 2014, apartado 31.

<sup>50</sup> Fernández López (2006, pp. 616-617) considera que la presente ley deja imprejuizada la determinación de sus límites estrictos a consecuencia de interpretar el derecho desde un punto de vista civilista, obviando otras ramas del derecho que también pueden ver afectado el derecho aquí analizado.

<sup>51</sup> El artículo 18.1 de la CE ha provocado cierta división conforme a su ámbito de protección, existiendo posiciones que dejan al margen el ámbito laboral (Serra Uribe, 2006, p. 32) o aquellas que lo extienden a todos los ámbitos, dando como punto trascendental la voluntad de exposición del titular del derecho (García García, 2003, p. 160).

<sup>52</sup> STC 231/1988, de 2 de diciembre (FJ 3.º):

Los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el art. 18 de la CE aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la «dignidad de la persona», que reconoce el art. 10 de la CE, y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de la vida humana.

STC 150/2011, de 29 de septiembre (FJ 5.º):

El derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana» y que se halla estrictamente vinculado a la propia personalidad y deriva de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce.

vía de desarrollo dignamente<sup>53</sup> del propio ser, entendiéndose ambos derechos interrelacionados, conllevando que una vulneración del primero de ellos supondría una afectación del segundo, dándosele un mayor halo de protección a la propia imagen a consecuencia de esta lógica conexión.

Pueden entenderse dos vertientes, una positiva y otra negativa. En relación con la primera, permite que la ciudadanía pueda tener referencias sobre la información que terceras personas estén llevando a cabo sobre sus personas. Respecto a la segunda, el TC lo ha considerado como aquel derecho que inhibe a las personas de poder efectuar una intromisión injusta en la esfera privada de una persona particular<sup>54</sup>, consistente en la posibilidad de controlar la creación y difusión de datos, o más conocido como autodeterminación informativa (Mieres Mieres, 2002, p. 35). En la misma línea, se desarrolla una esfera triple:

- Un primer ámbito de esfera interna, propio y reservado de injerencias externas (Serra Uribe, 2006, p. 28), en el cual se recogen aquellas situaciones más íntimas de cada ser.
- Un segundo, menos estricto que el anterior al encontrarse situaciones de la vida diaria y sus relaciones personales.
- Un tercero, en el cual la intimidad pierde protección al ser determinadas situaciones que acaecen frente a los poderes públicos y privados (Serrano Olivares, 2001, pp. 104-105), pero siempre en un ámbito público y de exposición social, y de ahí la menor garantía del derecho existente (Gimeno Sendra, 1997, pp. 1.852-1.853).

A través de los diferentes ámbitos de protección se consigue una mayor cobertura del derecho, permitiendo excluir aquellas conductas no deseadas dentro del ámbito personal (Mieres Mieres, 2002, p. 30). Es la sociedad quien dicta qué debe ser y qué no debe ser objeto de protección conforme al propio avance de la misma y cambios de mentalidades, no suponiendo una exclusión total del ser particular en la delimitación personal dentro de la «intocable soberanía personal» (Fernández López, 2006, pp. 616-617). Puede entenderse que la intimidad va a depender también del lugar donde se efectúe el hecho, siendo de interés desde el presente caso el análisis de la intimidad y la vida privada en el lugar de realización de la actividad económica. Es trascendental resaltar aquí cómo la intimidad puede quedar relegada en cuanto a su protección constitucional conforme a la existencia de intereses

<sup>53</sup> Entre otras: SSTC 110/1984 (FJ 3.º), 170/1987 (FJ 4.º), 231/1988 (FJ 3.º), 197/1991 (FJ 3.º), 57/1994 (FJ 5.º), 143/1994 (FJ 6.º), 207/1996 (FJ 3.º), 151/1997 (FJ 5.º) y 202/1999 (FJ 2.º).

<sup>54</sup> Sobre esta situación, la STC 85/2003, de 8 de mayo (FJ 21.º):

[...] el derecho fundamental a la intimidad reconocido por el art. 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares.

también merecedores de una especial defensa. Este aspecto es correctamente manifestado por la STS, Sala de lo Penal, 649/2019, de 20 de diciembre, que en su fundamento de derecho tercero considera constitucionalmente legítima la instalación de tales medios de control en los espacios intermedios –comercios, zonas de tránsito público en urbanizaciones o bares y cafeterías– al ser «zonas abiertas al público con radio de acción de la cámara en el núcleo de acceso al comercio con objetivo de seguridad y preventivo», catalogándolas como medidas privadas de autoprotección de la propia empresa. Su fundamento es garantizar la seguridad del local, de los bienes y de las personas, pudiéndose a través de este interés público superar la protección que la carta magna otorga a la propia imagen.

Es entendible que el artículo 18.1 de la CE no regula un derecho absoluto, lo que resulta en una posibilidad de cesión ante el posible confrontamiento con otros intereses constitucionalmente recogidos y derivados de la facultad de dirección de la empresa para la salvaguarda de sus propios derechos, a través de una perfecta ponderación que conlleva un debido respeto a la protección de datos de la parte empleada (Del Valle Villar, 1992, p. 164). Es por ello que ha de existir un férreo control sobre las limitaciones que pueden afectar a la intimidad individual<sup>55</sup>, como puede suceder, dentro de un lugar de trabajo, la comisión de un hecho delictivo o la comisión de infracciones graves, pero siempre bajo el amparo de la ley. Este tipo de medidas a adoptar han de ser proporcionadas y necesarias, aspecto que se valorará en apartados posteriores. Únicamente y a modo de adelanto, cabe señalar la importancia de búsqueda de la mínima restricción posible con la implantación de la medida que afecte a la intimidad de la persona trabajadora, intentando siempre elegir aquella de menor carácter intrusivo y que no exista otra que pueda obtener el mismo o mejor resultado afectando menos el derecho.

A modo anecdótico, la STC 172/2020, de 19 de noviembre, realiza un estudio respecto a la seguridad pública, donde remarca que los sistemas de videovigilancia son medidas dirigidas a evitar graves riesgos sobre las personas y bienes (FJ 3.º), con relación a las «infracciones vinculadas al uso de imágenes o datos personales o profesionales», dando respuesta a la impugnación efectuada por diferentes grupos parlamentarios al artículo 36.23 de la Ley orgánica de protección de la seguridad ciudadana, que «sanciona el uso, sin autorización, de imágenes o datos de autoridades o miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad». Desde un punto ajeno al objeto de este trabajo, pero relacionado con la intimidad e información (no laboral), el TC considera que la libertad de expresión es conexas a tales

<sup>55</sup> STC 70/2009, de 23 de marzo (FJ 3.º):

[...] tales limitaciones han de estar previstas legalmente y ser las indispensables en una sociedad democrática, lo que implica que la ley que establezca esos límites sea accesible al individuo concernido por ella, que resulten previsibles las consecuencias que para él pueda tener su aplicación, y que los límites respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados y proporcionados para el logro de su propósito [...]. A las exigencias de legalidad y proporcionalidad para la restricción legítima del derecho a la intimidad debe sumarse el control judicial y la motivación de la decisión restrictiva administrativa o judicial.

valores constitucionales, no siendo necesaria la autorización de la autoridad administrativa para el uso de imágenes de autoridades o miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad (FJ 7.º). Se remarca que el derecho a la libertad puede ser modulable conforme pueda entrar en colisión con otros derechos tales como el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen, los cuales, a su vez, carecen de un carácter absoluto, siendo este último punto importante, pues se entiende de la resolución la posibilidad de valoración del derecho a la intimidad de las personas conforme a otros intereses.

## 4.2. El deber de información

Una vez ya enumeradas las finalidades de una cámara de vigilancia y el derecho a la intimidad de toda persona que ejerce un trabajo, se ha de valorar el deber de informar por parte de la empresa de la instalación de cámaras de videovigilancia. Aun estando visible, ha sido entendida por la doctrina –no así por la jurisprudencia, la cual ha ido virando su postura constantemente– la necesidad de valorar la instalación de las medidas conforme a una serie de criterios: idoneidad-necesidad-proporcionalidad.

El deber de información es una garantía del derecho a la protección de datos, siendo ambos interpretados para dar cabida y protección a otros intereses relevantes, tal y como son la libertad de empresa o la propiedad. Conforme a la legislación actual, la LOPDGDD pone de manifiesto en su artículo 22.4 que el deber de información se entenderá cumplido con la simple «colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando». Por tanto puede entenderse que la parte empleadora no necesita una información expresa y previa sobre su colocación, tal y como anteriormente exigía la STC 29/2013, abriendo el abanico de posibilidades<sup>56</sup> de la utilización de medidas de ponderación de intereses. Para valorar si existe una afectación en el derecho a la intimidad, ha de necesitarse un juicio de proporcionalidad, y tal y como se ha podido observar a través de la doctrina analizada, no existe una clarificación exacta de qué valores han de primar y cómo se ha de realizar.

No han sido pocas las líneas jurisprudenciales que han ido promoviendo la necesidad de ponderar intereses afectados para valorar la falta de información como un aspecto no sustancial en la protección constitucional de la vida privada del empleado, entendiéndola como una necesidad de simple comunicación genérica –STC 36/2016– o incluso –tal y como pone de manifiesto la sentencia López Ribalda II– considerar que la falta de información es una vulneración de la Ley de protección de datos, desligándola así de su conexión con el derecho a la intimidad y de, por consiguiente, su protección constitucional,

---

<sup>56</sup> Parte de la doctrina, y de los letrados y letradas ejercientes en la materia, dan un paso más allá en referencia al control laboral y la limitación de la intimidad de la persona trabajadora, considerando que la simple «autorización se entendería implícita en la propia aceptación del contrato que implicaría un reconocimiento expreso y automático del poder disciplinario del empresario» (Gútiérrez Sainz-Pardo, 2018).

para ventilarla desde la vía de un incumplimiento de la ley e indemnización a quien se viera afectado/a por la medida. Este último entendimiento abre la puerta a posibles limitaciones de la misma, siendo catalogada como una «verdadera absorción doctrinaria» (Henríquez Tillería, 2019, p. 72) al obviarla del criterio de valoración de la proporcionalidad.

Las posturas más garantistas ponen de manifiesto que el deber de información está debidamente conectado con el derecho de intimidad, sirviéndole a este último como garantía frente a posibles injerencias externas. La LOPDGDD tiene una finalidad de regulación y garantía del artículo 18 de la CE, desarrollando aquellas circunstancias en las que este puede verse mermado. Exactamente, el artículo 89.1 de dicho cuerpo legal obliga a la empresa a efectuar una expresa, clara y concisa comunicación a las personas empleadas sobre la instalación de tales medidas de control laboral. A través de esta vía puede señalarse como crítica a las nuevas interpretaciones doctrinales que la infracción de un precepto básico, recogido en una ley orgánica para la defensa y garantía de un derecho fundamental, no debe ser considerada como algo ajeno al propio proceso, o como una infracción administrativa y sin afectación a la validez de la prueba procesal.

Desde la presente se parte de la postura de no valorar el derecho a la intimidad como un derecho absoluto, estando abierto a la posibilidad de limitación conforme a un conjunto de cánones que conllevarán a la ponderación de los intereses afectados y a la posibilidad de admisión o inadmisión de la prueba, a través del test de proporcionalidad. No obstante, y de igual manera, es importante establecer un límite a esta ponderación judicial y considerar el deber de información como un valor del principio de proporcionalidad. En el supuesto en que esto no suceda y se promueva la idea de no ligamiento al derecho de intimidad, se corre el peligro de establecer una base de una vulneración a la vida privada de la persona afectada a costa de una sanción económica que puede llegar a compensar a quien impuso la medida al no tener efectos de nulidad de las pruebas por violación de un derecho fundamental en un hipotético proceso futuro. Este camino jurisprudencial de establecimiento del deber de información como infracción ordinaria podría desembocar en vulneraciones de derechos constitucionales, e incluso la deriva hacia interpretaciones jurisdiccionales menos garantistas de los derechos de la «clase trabajadora», por las cuales la protección de sus derechos sea cada vez más ineficiente y permita a la empresa la utilización de medidas muy invasoras con el consentimiento de la doctrina de los tribunales.

El ya asentado principio jurídico *in dubio pro operario* quedaría cada vez más primando posturas encaminadas a la utilización de cualesquiera medios para la constatación de sospechas, sin importar la afectación de la intimidad de personas empleadas –tanto de aquellas que pudieran haber cometido una irregularidad como de aquellas que no– y permitiendo una disminución de la protección constitucional de la persona empleada en su puesto de trabajo.

Es por ello que se considera trascendental incardinar el derecho de la información dentro de la protección constitucional del artículo 18.4 de la CE para otorgar la debida y justificada protección a las personas trabajadoras. No obstante, este artículo no supone un derecho

constitucional absoluto, sino que podrá ser limitado a través de una ponderación de los intereses en juego, unos suficientes indicios que demuestren la necesidad de la medida y su proporcionalidad y, a su vez, se acompañe con otros tipos de prueba –ya sea testifical, pericial o documental– que ratifiquen tal infracción.

### 4.3. El límite del espacio físico en que se efectúa la grabación

Otro aspecto importante a apuntar es el lugar que es grabado y el tiempo de duración de las grabaciones. Ello se fundamenta en la búsqueda de discernir si la captación tiene una finalidad concreta contra un comportamiento específico sospechoso o si la misma está enfocada en cualquier persona empleada y sin límite temporal, lo cual dificultaría más una justificación. Es evidente que aquellos lugares objeto de la medida van a tener que ser las dependencias donde se lleve a cabo la actividad laboral, no pudiendo nunca ser vestuarios o zonas similares, lo cual supondría una intromisión ilegítima conforme al artículo 7 de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen<sup>57</sup>.

Aun estando en supuestos por los cuales puede entenderse, a través de la ponderación, la necesidad de instalar cámaras ocultas sin previo aviso en aras de servir como medida de averiguación de las irregularidades, estas han de tener una limitación espacial y temporal. Respecto de la primera, nunca podrán controlar todo el centro de trabajo, sino que deberán estar enfocadas única y exclusivamente a un punto en concreto, el lugar donde pueden estar cometándose las irregularidades. Es ya reiterada doctrina la que ha puesto de manifiesto que, incluso con fines más allá del ámbito social, las cámaras de vigilancia, tanto visibles como ocultas, han de situarse en zonas comunes de los locales, con exclusión de aseos y vestuarios<sup>58</sup>. Respecto a la segunda, la videograbación no puede realizarse durante toda la jornada laboral, sino que tendrá que ser efectuada en igual manera en los momentos donde se han percibido tales infracciones, no extendiéndose más del tiempo necesario para tales averiguaciones. La finalidad de tales limitaciones es no proceder a captar imágenes de otras personas empleadas o terceras personas que no tienen nada que ver con las actuaciones investigadas y pueda ello ocasionar una vulneración de sus derechos de intimidad. La legitimación que tiene el órgano empresarial para la toma de imágenes como medida de control y vigilancia laboral nunca puede ser permanente ni indiscriminada

<sup>57</sup> STC 98/2000, de 10 de abril (FJ 9.º): «[...] en el ámbito de la esfera privada del trabajador, que en la empresa hay que entenderlo referido a sus lugares de descanso y esparcimiento, vestuarios, servicios y otros análogos, pero no en aquellos lugares en que se desarrolla la actividad laboral».

<sup>58</sup> Sobre esta materia puede acudirse a múltiple jurisprudencia, con especial énfasis en la ya citada STS, Sala de lo Penal, 649/2019, de 20 de diciembre, así como aquellas a las que la misma sentencia se remite para justificar su postura, tales como las SSTS, Sala de lo Penal, de 13 de marzo de 2001 (rec. 101/2020) y de 19 de septiembre de 2001 (rec. 3136/1999).

(Navarro Nieto, 2019, p. 84), debiendo, tal y como pone de manifiesto Altés Tárrega (2020, pp. 339-340), preferirse sistemas de visualización de cámaras fijas y circuitos cerrados de televisión, captando un lugar específico y por una limitación temporal y no continua.

#### 4.4. El límite de la sospecha fundada

Para imponer una sanción es necesario que la conducta esté expresamente prevista, debiendo basarse en tres supuestos: (1) indisciplina o desobediencia en el trabajo, como puede ser realizar un uso inadecuado en el ámbito laboral; (2) disminución voluntaria del rendimiento de trabajo, el cual deberá ser expresamente alegado y probado por la empresa; (3) transgresión de la buena fe contractual (Abel Lluch, 2011, p. 89). Es por ello que la medida de videovigilancia puede resultar efectiva para la constatación de estos tres factores. La instalación de tales medidas podría ser entendida como un interés empresarial de defensa ante tales infracciones, blanqueándose así la utilización del instrumento de captación (Altés Tárrega, 2020, p. 354), el cual fuera de estos tres supuestos conllevaría la no superación de un juicio de proporcionalidad al no existir motivos para su adopción.

No obstante, ha de manifestarse la previa existencia de una sospecha razonada suficientemente acreditativa para la adopción del sistema, debiéndose analizar la proporcionalidad. Si no existe suficiente justificación, la prueba será ilícita y, por tanto, inadmitida. Así se consigue establecer un primer límite frente a posibles circunstancias en las cuales la instalación se realice de manera aleatoria, irregular y sin indicio alguno, pero que por el mero azar pueda descubrirse la comisión de irregularidades (Baz Rodríguez, 2019, pp. 65-67).

El órgano judicial que ha de examinar la legalidad o no de la medida de vigilancia laboral deberá recibir las justificaciones de quien la instaló y realizar una doble valoración. La primera radica en si los indicios estaban debidamente demostrados y a través de ellos puede observarse en sus alegaciones la existencia de algo más que conjeturas que justificasen la adopción de medidas de injerencia en la vida privada e intimidad de la persona afectada. Estas sospechas han de ser indicios razonables de comisión de una actividad ilícita o in-moral que está conllevando un perjuicio a la empresa. Por tanto, deberán ofrecer ante el órgano juzgador, de manera conjunta a las grabaciones, los suficientes elementos objetivos que apoyen ese juicio de probabilidad para que el órgano judicial valore como justificada la injerencia. Se entiende que deberá analizarse cada caso en concreto y valorar la real existencia de tal irregularidad, debiendo ser documentada de manera previa a la instalación de la videovigilancia como método preventivo y probatorio de la comisión de tales infracciones (Altés Tárrega, 2020, pp. 339-340).

El juzgado conecedor del caso ha de sopesar la posibilidad real derivada de los indicios presentados, no siendo aceptable la presentación de sospechas basadas en intuiciones o deducciones. Hay que justificar muy bien este punto, pues no hay que obviar que la ilegalidad de la prueba puede conllevar la nulidad de las medidas tomadas contra la persona

trabajadora que presuntamente cometió las irregularidades. No obstante, existe jurisprudencia que determina que en materia de despido la ilegalidad de las pruebas determinaría la improcedencia del despido y nunca la nulidad del mismo, tal y como se analizará posteriormente.

## 4.5. El límite de la ponderación: idoneidad, necesidad y proporcionalidad

La doctrina predominante del TC, de la Gran Sala del TEDH, del TS y de la propia LOPDGDD promueve la idea de posibilidad de restricción de derechos fundamentales a través de la superación del juicio de ponderación o proporcionalidad<sup>59</sup> o, en palabras de Berlanga de la Pascua (2018, p. 66), «juicio clásico de constitucionalidad». En definitiva, se ha de demostrar, a través de una ponderación por parte del órgano judicial, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida (Durán López, 2018), sin obviar la pertinencia<sup>60</sup> y utilidad de la prueba.

En relación con el juicio de idoneidad, se ha de examinar si la utilización de la medida de videovigilancia es apta desde un doble punto de vista, objetivo y subjetivo. El primero de ellos está enfocado en el descubrimiento de la irregularidad que ha ocasionado una serie de daños en la empresa, aspecto de vital importancia para la adopción de la sanción. En cuanto al segundo de ellos, la captación debe estar encauzada en descubrir a quien efectúa la infracción y merece ser sancionado para el restablecimiento de las situaciones normales de la actividad empresarial.

Respecto al juicio de necesidad<sup>61</sup>, conlleva una ponderación sobre la medida utilizada y otras plausibles de ser adoptadas y que puedan conllevar una menor injerencia en el derecho de la persona empleada. Por tanto, se debe justificar la inexistencia de otro tipo de medios menos intrusivos para conseguir la finalidad buscada, debiéndose recurrir a ellos preferentemente en los supuestos en que existan (García Salas, 2016, p. 134). Se entiende así que tales sistemas deben tener un carácter de subsidiarios y únicamente adoptarse en casos de *ultima ratio*. Es lógico que, si hubiere otras actuaciones a llevar a cabo de menor carácter

<sup>59</sup> STC 66/1995, de 8 de mayo (FJ 5.º).

<sup>60</sup> Tal y como señala Muñoz Sabaté (2001, p. 239), en los supuestos en los cuales se ha de justificar una actividad basada en indicios (la comisión de una irregularidad por la persona trabajadora que justificaba la adopción de la medida de videovigilancia) no resultará sencillo, ni para la parte que lo alega ni para el órgano juzgador.

<sup>61</sup> No hay que confundirlo, aun cuando es muy similar en este supuesto, con el requisito civilista de necesidad, el cual no valora la existencia de otros medios probatorios menos intrusivos, sino que valora si la prueba es o no «superflua y redundante [...] por no aportar nada nuevo al debate» (De Urbano Castrillo, 2009, p. 24).

lesivo y el centro empresarial hubiese rehuído de ellos para la instalación de la videovigilancia, el órgano juzgador no podrá admitir tal prueba, debiendo considerarla como ilícita.

En último lugar, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto conlleva un equilibrio entre las ventajas que ha supuesto la adopción de la medida con los perjuicios causados: patrimonio empresarial e intromisión, respectivamente. A la hora de valorar qué derechos van a quedar más vulnerados en este «choque», aunque ambos son derechos constitucionalmente protegidos, el derecho a la intimidad de la persona empleada debe tener preferencia al ser un derecho fundamental frente a los derechos de propiedad y patrimonio empresarial, cuya protección es menor al ser ambos principios rectores. Este planteamiento no conlleva una valoración absoluta del derecho fundamental, pero sí que deberá tenerse en cuenta como un método de prevalencia en la ponderación de los intereses, y ahí radica la importancia de valorar todas las demás circunstancias analizadas anteriormente.

Estos tres juicios debidamente dictaminados por la jurisprudencia del TC han de conjugarse con diferentes variables a la hora de la efectiva proporcionalidad valorada por el órgano judicial. Para ello, y de manera primigenia, han de existir razonables sospechas de la comisión de infracciones. La mera existencia de indicios no es motivo suficiente para la adopción de tales medidas en el ámbito empresarial, y mucho menos para su aceptación como medio de prueba en el proceso laboral. Estas sospechas han de ser indicios razonables de comisión de una actividad ilícita o inmoral que está conllevando un perjuicio a la empresa.

## 5. La no superación del juicio de proporcionalidad y sus consecuencias jurídico-procesales

La pregunta a realizar en el presente epígrafe es ¿qué sucederá cuando no se cumplan tales límites? Si el órgano juzgador, en el momento de valorar la prueba, detecta el incumplimiento de alguno de los límites anteriormente desarrollados (ya sea por falta de necesidad, idoneidad, proporcionalidad, utilización indiscriminada o inexistencia de sospechas razonadas que justifiquen su utilización), tendría que inadmitir la prueba al haberse obtenido tal fuente a través de la violación de los derechos fundamentales, descartando en el presente supuesto los casos de pruebas irregulares por meros defectos procesales (De Urbano Castriño, 2009, p. 23). En tal supuesto estaríamos ante una prueba ilícita<sup>62</sup>, que de ser la única prueba de cargo para la justificación de la sanción –usualmente el despido– adoptada contra quien infringió la buena fe contractual, conllevaría la declaración de nulidad de la misma, aun encontrándonos históricamente con sentencias que han ido variando su interpretación, admitiendo o inadmitiendo las pruebas conforme a cambios doctrinales del órgano máximo garante de la constitucionalidad.

<sup>62</sup> Como correctamente pone de manifiesto Picó i Junoy (2007, p. 124), prueba ilícita no es prueba prohibida por ley, sino la que vulnera los derechos fundamentales en su práctica u obtención.

No se comparte la opinión vertida por parte de la doctrina científica de la declaración de improcedencia del despido en este tipo de supuesto de obtención de imágenes por videoconferencia y no superación del juicio de proporcionalidad<sup>63</sup>. Esta interpretación conllevaría entender que la causa de la sanción no ha quedado acreditada, aspecto que no concordaría con la situación aquí valorada. En el presente supuesto es evidente que se ha de valorar que la medida de videovigilancia adoptada por la empresa ha acreditado la existencia de unos hechos, pero se ha obtenido en perjuicio de los derechos fundamentales de la persona trabajadora afectada, suponiendo así una declaración *ipso facto* de nulidad del medio de prueba utilizado.

Acudiendo al artículo 90.2 de la LRJS, puede entenderse que el órgano juzgador deberá valorar cuándo la prueba es ilícita y en tal caso no será admitida –cabe impugnación en supuesto de admisión a través del incidente contradictorio del art. 90.2 LRJS y, supletoriamente, el art. 287 LEC<sup>64</sup>–. En la misma medida y para justificar nuestra postura, hemos de acompañarla con el artículo 108.2 de la LRJS, que especifica que «será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador»<sup>65</sup>, debiendo procederse a su readmisión con el abono de los salarios de tramitación (art. 113 LRJS). Puede señalarse, por ende, una clara postura normativa de declarar el despido como nulo en los supuestos de prueba ilícita, lo cual lo manifiesta tanto en el ET como en diferentes artículos de la LRJS.

No es menos cierto que aunque la ley haya sido clara en su posicionamiento, la jurisprudencia de los diferentes órganos jurisdiccionales ha ido variando en cuanto a su interpretación, primando, incomprensiblemente, doctrinas favorables de la declaración de improcedencia del despido (imposibilidad de demostrar el hecho) en los supuestos en los que la prueba sea ilícita<sup>66</sup>. Es por eso que las tesis que promulgan la nulidad en tales

<sup>63</sup> Tal y como analizan Colás Neila y Yélamos Bayarri (2018, p. 257), erróneamente las personas defensoras de la idea de improcedencia del despido por prueba ilícita y aquellas que parten de ideas de nulidad del mismo se apoyan en el artículo 11.1 de la Ley orgánica del Poder Judicial («No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales»).

<sup>64</sup> Sobre este aspecto, Abel Lluch (2005, p. 239) indica que «no es posible que el tribunal pueda soslayar el incidente de ilicitud e inadmitir de oficio y *ab limine* una prueba por ilícita, como puede hacer al inadmitir una prueba por impertinente o inútil».

<sup>65</sup> En la misma línea se pronuncia el artículo 55.5 del ET: «Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador».

<sup>66</sup> Mayoritariamente compartida por la jurisprudencia es la teoría que promueve la idea de que la obtención de manera ilícita de imágenes por sistemas de videovigilancia supone la declaración de improcedencia del despido. Sobre ello puede leerse la STC 39/2016, de 3 de marzo; STEDH, asunto López Ribalda c. España, de 9 de enero de 2018; y STSJ de Castilla-La Mancha 25/2018, de 12 de enero. Sobre ello hay que remarcar dos sentencias primigenias en el tiempo que marcaron esta primera línea doctrinal a seguir. La primera es la STSJ de Cataluña 7109/2000, de 5 de septiembre (FJ 1.º), que señala que:

supuestos son minoritarias<sup>67</sup>, aun cuando es lo estipulado en los diferentes cuerpos normativos que regulan el proceso laboral. Si bien es cierto que la legislación laboral ha potenciado la figura del «juez» como ente para la calificación del despido conforme a su propia interpretación, este ha de ser garante de los derechos de las partes debidamente estipulados en los muy variados cuerpos normativos. Su misión es la valoración del juicio de proporcionalidad conforme los diferentes límites ya examinados, con la idea de observar qué valores han de predominar y, por consiguiente, declarar la prueba como lícita o ilícita. Esto último supondría la imposibilidad de subsanación de la prueba de videovigilancia, no teniéndose en cuenta la misma para la decisión judicial. En la misma línea, es por ello que entendemos que, en el supuesto en que existieran otro tipo de pruebas conexas que no han sido consideradas como ilícitas, el despido no tiene por qué considerarse como nulo, pues existen variados datos fácticos justificativos que permiten continuar con la valoración de los hechos.

En estos supuestos en los que se acompaña la prueba ilícita de captación de imágenes con otro tipo de práctica probatoria, hay que analizar tres situaciones:

- La existencia de los demás medios de prueba complementarios tiene la suficiente carga probatoria para justificar, por sí misma, la sanción adoptada y que dichos medios complementarios no provienen de la videovigilancia. En estos supuestos aquí analizados, puede entenderse que la prueba utilizada, como, por ejemplo, una testifical, es independiente de la grabación y, por tanto, da constatación de la existencia de las irregularidades. Aun cuando no se cumpliera el juicio de proporcionalidad analizado en el apartado anterior, y la prueba conseguida a través de

---

[...] la cuestionada calificación del despido litigioso debe vincularse al «móvil» que lo determina o a la «violación» de los derechos y libertades a que se refiere el art. 55.5 ET y no a la «ilegalidad» de alguna de las pruebas incorporadas al proceso; circunstancia que si bien puede trascender a la decisión que finalmente se adopte (en la medida en que la misma incida en la prueba de los hechos y su consecuente implicación en el principio de inversión de la carga probatoria), no afecta –de forma directa– a la calificación que, en derecho, merezca la decisión disciplinaria de la empresa ni (obviamente) a la nulidad de lo actuado (petición que es la que, finalmente, se infiere del último párrafo de este primer motivo de recurso).

En segundo lugar, la STSJ de Andalucía 1050/2001, de 9 de marzo (FJ 2.º), pone de manifiesto:

[...] es dudoso que la eventual ilicitud de la prueba pueda determinar la nulidad del despido, porque este se basa en la conducta del trabajador y no en móvil atentatorio a su derecho a la intimidad, salvo que se quiera trasladar la construcción de la doctrina del árbol envenenado a este campo, lo que es inadecuado, pues no se juzga la ineficacia de pruebas en un proceso penal.

<sup>67</sup> A modo de ejemplo puede estudiarse la sentencia que ha sido la base para múltiples pronunciamientos posteriores al terminar de unificar doctrinalmente estas teorías de nulidad existentes en muy variadas sentencias constitucionales (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, 114/1989, de 22 de junio, 186/1996, de 25 de noviembre, 1/1998, de 12 de enero, 57/1999, de 12 de abril, 20/2002, de 28 de enero, y 49/2003, de 17 de marzo), la STC 196/2004, de 15 de noviembre (FJ 10.º): «la reparación de la lesión de un derecho fundamental que hubiese sido causado por el despido laboral debe determinar la eliminación absoluta de sus efectos, es decir, la nulidad del mismo».

cámaras ocultas fuere declarada ilícita por vulneración de un derecho fundamental, no se constataría la nulidad de la sanción impuesta al existir suficiente material fáctico para la demostración del hecho, declarándose la procedencia del despido.

- Los medios de prueba acompañados no tienen suficiente carga probatoria. La declaración de ilícita de aquellas pruebas de videovigilancia oculta llevaría al órgano juzgador a analizar el restante material fáctico aportado por las partes. Si ya vimos en el primer supuesto que el despido sería procedente, en el presente supuesto no podría declararse como tal, al no tener la suficiente capacidad de demostrarse la existencia de la infracción por la parte empleada. El órgano juzgador, tras el análisis de la prueba propuesta y práctica en la vista del juicio oral, podría optar por dos situaciones. La primera, y la que nos parece más lógica, es la declaración de nulidad del despido al ser ilícita la única prueba que constata la existencia de los hechos que han desembocado en el despido, tal y como ya se ha puesto en evidencia en las líneas anteriores del presente epígrafe. Respecto a la segunda, que es aquella adoptada por la mayoría de tribunales, la ilicitud de la prueba conllevaría la declaración de improcedencia del despido al no poder constatarse la existencia de la infracción con los restantes medios probatorios. Ambas opciones son plausibles, pues en ellas juegan un papel importante todas las pruebas en su conjunto, pudiéndose entender el supuesto de nulidad del despido al ser declarada como prueba ilícita la única que tenía suficiente carga probatoria para evidenciar la irregularidad, así como la improcedencia del despido por valorarse las restantes pruebas prácticas y su falta de capacidad para asentar una postura acusatoria contra el empleado.
- Los demás medios de prueba complementarios se obtienen a consecuencia de las grabaciones ilícitas. Partimos de la misma opinión que Colás Neila y Yélamos Bayarri (2018, pp. 272-274), según la cual en el proceso laboral la teoría de los frutos del árbol envenenado no puede hacer relación entre la prueba ilícita y la calificación del despido, pues se estaría calificando de improcedente el despido al no poder valorar el órgano juzgador la prueba. En estos supuestos, ha de entenderse más la necesidad de aplicar la regla de la valoración que la regla de la exclusión, que tiene una mayor cabida en el proceso penal, en el cual rigen una serie de principios y garantías ajenos al proceso social, tal y como es la presunción de inocencia. No obstante, esta teoría tiene cabida parcial en un único supuesto laboral<sup>68</sup>, en el que la ilicitud de la prueba de videovigilancia conlleve una

<sup>68</sup> Aun siendo en el ámbito penal, esta teoría puede coger acomodo igualmente para el ámbito laboral, y está desarrollada por la STC 165/2005, de 20 de junio (FJ 12.º):

[...] no pueden considerarse pruebas de cargo y obtenidas con todas las garantías aquellas que han sido conseguidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos, pues aunque esta prohibición de valoración no se halla proclamada en un precepto constitucional que explícitamente la imponga, ni tiene lugar inmediatamente en virtud del derecho sustantivo originariamente

nulidad de todas aquellas que tengan conexión con la misma o su origen radique en ella, como, por ejemplo, puede ser el conocimiento de un/una testigo por la captación de imágenes. En tales circunstancias, todas las pruebas derivadas de aquella que haya sido declarada nula tendrán la misma consideración, conllevando una nulidad del despido a causa de la ilicitud de las pruebas, no por relación directa con la calificación del despido, sino por la propia norma laboral ya desarrollada que califica como nulos los despidos basados en una prueba ilícita vulneradora de derechos fundamentales.

## 6. A modo de reflexión final

La videovigilancia como medida de control laboral, que nace del poder de dirección empresarial recogido en el artículo 38 de la CE relativo a la libertad de empresa (García Salas, 2016, p. 31), supone un avance en la detección de irregularidades en el centro de trabajo, proporcionando una protección de la libre empresa y la propiedad en beneficio de la persona empleadora, facilitando el acceso, conservación, reproducción y transmisión de las imágenes captadas (Thibault Aranda, 2011, p. 218). Es usual la aportación de la videograbación –ya sea informada u oculta– al proceso como prueba electrónica (Pinto Palacios y Pujol Capilla, 2017, p. 265), mostrándose como una de las futuras pruebas imprescindibles de todo proceso (Bueno de Mata, 2014, p. 172). El avance de la sociedad conlleva una mayor digitalización, la cual a su vez provoca la aparición de nuevas medidas de control tecnológicas, que facilitan la labor a la persona empleadora para la protección de su patrimonio, empresa e intereses empresariales en general. No obstante, a la vez que se incrementa este beneficio, surge paralelamente la sombra de la incertidumbre jurídica al estar ante medidas de injerencia en la vida privada de la persona afectada.

El tiempo actual permite diferentes interpretaciones conforme a la muy variada doctrina y normativa, existiendo una indeterminación que conlleva una «etapa de conflictividad» (Altés Tárrega, 2020, p. 359). Acudiendo a la última resolución del TEDH en el caso Ribalda II, doctrina continuista de la línea marcada por la mayoría de juzgados y tribunales, aun existiendo algunos TSJ que vacilan sobre la misma, puede entenderse una parcial solución a la conflictividad existente hasta el momento, no permitiéndose la instalación de medios de grabación ocultos salvo en aquellos supuestos en los cuales existan razonadas sospechas de la comisión de infracciones contra el centro empresarial. Asimismo, será necesaria

---

afectado, expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente, en el Estado de derecho que la Constitución instaura, exige que los actos que los vulneren carezcan de eficacia probatoria en el [...]. A partir de estas premisas hemos venido afirmando la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías al valorar pruebas obtenidas directamente con vulneración de derechos fundamentales, como acontece en ese caso, u otras que sean consecuencia de dicha vulneración.

la vía de la ponderación para determinar la no existencia de otras vías menos lesivas, que su utilización se encuentre limitada al lugar de los posibles hechos por un periodo de tiempo determinado, sea una medida necesaria y la injerencia no suponga un gran perjuicio. A través de este modelo de límites de proporcionalidad no se resquebraja el principio *in dubio pro operario*, sino que se promueve la valoración ponderada de los diferentes intereses acaecidos conforme a un conjunto de circunstancias específicas.

Por tanto, no se establece ninguna directriz para la valoración de la prueba, sino que la misma se seguirá rigiendo por el principio de la libre valoración conforme a cada caso concreto y las circunstancias en él acaecidas. De este análisis sobre los derechos enfrentados y los límites de ponderación, el órgano judicial podrá resolver de muy variadas maneras, desde entendiendo la necesidad de la empresa en la instalación de las medidas a consecuencia de las sospechas razonadas suficientes para interferir en la intimidad de personas empleadas, así como la declaración de nulidad de la prueba aportada a consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental, debiendo valorar el supuesto conforme a los restantes medios de prueba practicados para la declaración de despido procedente, improcedente o nulo.

Los tribunales internos tendrán el deber de garantizar que las medidas tomadas dentro del centro de trabajo no vulneren los derechos de las personas trabajadoras y sean siempre proporcionadas y fundadas<sup>69</sup>, en búsqueda del menor perjuicio posible, y cumpliendo la normativa interna sobre la práctica probatoria y, concretamente, sobre la videovigilancia<sup>70</sup>, todo ello recordando la no necesidad del consentimiento expreso para su instalación (González González, 2016, p. 140), pero siendo de interés la información previa de su existencia para facilitar su utilización como prueba procesal, a no ser que existan suficientes indicios para la superación del juicio de proporcionalidad analizado ya previamente. Así, el propio TEDH elabora un conjunto de medidas para garantizar la privacidad en los supuestos de videovigilancia y que los tribunales han de advertir y ponderar en el momento de conocer y resolver cualquier asunto<sup>71</sup>: (1) advertencia previa y clara respecto a la instalación de la cámara de vigilancia, su ubicación y funcionamiento; (2) grado de intrusión de la medida: lugar y duración; (3) número de personas que tienen acceso a las imágenes; (4) valoración de los fines de la medida en consideración de la sospecha existente; (5) posibilidad de utilización de otro tipo de medidas menos intrusivas y dañinas; (6) valorar si los fines de la medida tuvieron utilidad para alcanzar los resultados perseguidos. Es importante establecer línea jurisprudencial estable que ponga fin a la disparidad de interpretaciones y que proporcione estabilidad y seguridad jurídica al personal empleado, empleador y judicial.

<sup>69</sup> Asunto Bărbulescu vs. Rumanía, de 5 de septiembre de 2017 (apdo. 120).

<sup>70</sup> Asunto Köpke vs. Alemania, de 5 de octubre de 2010.

<sup>71</sup> Asunto López Ribalda y otros vs. España, de 17 de octubre de 2019 (apdo. 116).

## Referencias bibliográficas

- Abel Lluch, Xavier. (2005). *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*. Bosch.
- Abel Lluch, Xavier. (2011). La prueba electrónica. En Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy (Dirs.), *La prueba electrónica: serie sobre estudios prácticos de los medios de prueba* (pp. 15-230). Bosch.
- Altés Tárrega, Juan Antonio. (2020). La videovigilancia encubierta en la nueva regulación sobre derechos digitales laborales y la incidencia de la STEDH López Ribalda (II). *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 55, 327-362.
- Baz Rodríguez, Jesús. (2019). La Ley orgánica 3/2018 como marco embrionario de garantía de los derechos digitales laborales. Claves para un análisis sistemático. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 54, 49-78.
- Berlanga de la Pascua, Carlos. (2018). Límites de la videovigilancia. *La Toga*, 197, 64-68.
- Bueno de Mata, Federico. (2014). *Prueba electrónica y proceso 2.0: especial referencia al proceso civil*. Tirant lo Blanch.
- Calonge Crespo, Iñaki. (2010). Videovigilancia y seguridad pública. En José Francisco Etxeberria Guridi (Dir.), *Videovigilancia. Ámbito de aplicación y derechos fundamentales afectados. En particular la protección de los datos personales* (pp. 81-106). Tirant lo Blanch.
- Chacartegui Jávega, Consuelo. (2018). Videovigilancia en el lugar de trabajo y «expectativa razonable de privacidad» según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Comentario a la Sentencia de 9 de enero de 2018 (caso López Ribalda contra España). *Revista de Derecho Social*, 83, 119-132.
- Colás Neila, Eusebio y Yélamos Bayarri, Estela. (2018). Prueba digital ilícita y calificación del despido: la constatación judicial de la vulneración de derechos fundamentales no puede suponer otra cosa sino la nulidad. En Josep de Quintana Pellicer, Mar Mirón Hernández y Francisco Pérez Durán (Dirs.), *XXIX Jornades Catalanes de Dret Social. Noves Tecnologies i relacions laborals* (pp. 255-283). Consejo General del Poder Judicial, Associació Catalana de Iuslaboralistes.
- Costas Rodal, Lucía. (2017). *Intimidad, grabación de imagen y sonido y prueba en el proceso*. Aranzadi.
- Devis Echandía, Hernando. (1984). *Compendio de derecho procesal civil*. Editorial ABC.
- Durán López, Federico. (2018). El uso de las TIC en el trabajo, ¿protección o hipergarantía? *Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*. <http://mynmedia.mynews.es>.
- Fernández López, María Fernanda. (2006). La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo. En María Emilia Casas Baamonde, Jesús Cruz Villalón y Federico Durán López (Coords.), *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer* (pp. 615-671). La Ley.
- García García, Clemente. (2003). *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Editum. Ediciones de la Universidad de Murcia.
- García Salas, Ana Isabel. (2016). *Necesidades empresariales y derechos fundamentales de los trabajadores*. Lex Nova.
- Gimeno Sendra, Vicente. (1997). El registro de la propiedad y el derecho a la intimidad. *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 3, 1.851-1.858.

- González González, Carlos. (2016). Control empresarial de la actividad laboral, videovigilancia y deber informativo. A propósito de la STC de 3 de marzo de 2016. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 5, 129-148.
- Gútiérrez Sainz-Pardo, Alejandra. (15 de febrero de 2018). ¿Supone la utilización de cámaras de videovigilancia una vulneración del derecho fundamental a la intimidad del trabajador? *Legal Today*. <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/civil/supone-la-utilizacion-de-cameras-de-videovigilancia-una-vulneracion-del-derecho-fundamental-a-la-intimidad-del-trabajador-2018-02-15/>.
- Henríquez Tillería, Sebastián. (2019). Protección de datos, videovigilancia laboral y doctrina de la sentencia López Ribalda II: un peligroso camino hacia la degradación de la obligación de información. *IusLabor*, 3, 55-80.
- Jaume Bennasar, Andrés. (2010). *La validez del documento electrónico y su eficacia en sede procesal*. Lex Nova.
- López López, Julia. (2015). *La extinción del contrato como última ratio: los mecanismos de protección del contrato de trabajo*. Bomarzo.
- Martínez, Héctor Armando Jaime. (2015). La prueba electrónica en el proceso laboral. *Omnia*, 3(21), 276-296.
- Mieres Mieres, Luis Javier. (2002). *Intimidad personal y familiar: prontuario de jurisprudencia constitucional*. Aranzadi.
- Montero Aroca, Juan. (2000). *Introducción al proceso laboral*. Marcial Pons.
- Montero Aroca, Juan. (2007). *La prueba en el proceso civil*. Civitas.
- Muñoz Sabaté, Lluís. (2001). *Fundamentos de prueba judicial civil LEC 1/2001*. Bosch.
- Navarro Nieto, Federico. (2019). Las facultades de control a distancia del trabajador: videovigilancia y grabación del sonido. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 150, 71-89.
- Ojeda Bello, Zahira. (2015). El derecho a la protección de datos personales desde un análisis histórico-doctrinal. *Tla-melaua. Revista de Ciencias Sociales*, 38(9), 58-71.
- Ormázabal Sánchez, Guillermo. (2000). *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar o conocer datos*. La Ley.
- Picó i Junoy, Joan. (2007). Alcance de la prueba ilícita en la LEC. *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 3-4, 122-124.
- Pinto Palacios, Fernando y Pujol Capilla, Purificación. (2017). *La prueba en la era digital*. La Ley.
- Sentís Melendo, Santiago. (1979). *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Jurídicas Europa-América.
- Serra Uribe, Carlos Enrique. (2006). *Derecho a la intimidad y videovigilancia policial*. Ediciones del Laberinto, SL.
- Serrano Olivares, Raquel. (2001). El derecho a la intimidad como el derecho a la intimidad en el ámbito laboral. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 103, 97-124.
- Taruffo, Michele. (2008). *La prueba*. Marcial Pons.
- Thibault Aranda, Javier. (2011). La videovigilancia en el puesto de trabajo. En José Ramón de Verda y Beamonte (Coord.), *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista* (pp. 217-240). Aranzadi.
- Urbano Castrillo, Eduardo de. (2009). *La valoración de la prueba electrónica*. Tirant lo Blanch.
- Valle Villar, José Manuel del. (1992). El derecho a la intimidad durante la relación de trabajo en el ordenamiento laboral español. En Luis García-San Miguel Rodríguez-Arango (Coord.), *Estudios sobre el derecho a la intimidad* (pp. 157-184). Tecnos.





# La «huella psicosocial» de la COVID-19 en la población trabajadora: conclusiones y aprendizajes

**Margarita Miñarro Yanini**

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universidad Jaume I*

[myanini@dtr.uji.es](mailto:myanini@dtr.uji.es) | <https://orcid.org/0000-0001-8411-3595>

## Extracto

La pandemia de COVID-19 ha tenido un impacto especialmente negativo en determinados colectivos, entre los que se encuentra el personal sanitario y el de atención en residencias de la tercera edad. Tras esta situación negativa, existen ciertas condiciones de trabajo, preexistentes a la situación pandémica, aunque agravadas por esta, que ocasionan la particular vulnerabilidad psicosocial de estas personas trabajadoras.

**Palabras clave:** riesgo psicosocial; COVID; trabajo.

Fecha de entrada: 15-07-2021 / Fecha de aceptación: 15-07-2021

**Cómo citar:** Miñarro Yanini, Margarita. (2021). La «huella psicosocial» de la COVID-19 en la población trabajadora: conclusiones y aprendizajes. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 461-462, 143-164.



# The «psychosocial brand» of COVID-19 in workers: conclusions and learning

Margarita Miñarro Yanini

## Abstract

The COVID-19 pandemic has had a particularly negative impact on certain groups, including healthcare personnel and nursing home care personnel. Behind this negative situation, there are certain working conditions, pre-existing to the pandemic situation, although aggravated by it, which cause the particular psychosocial vulnerability of these workers.

**Keywords:** psychosocial risk; COVID; work.

**Citation:** Miñarro Yanini, Margarita. (2021). The «psychosocial brand» of COVID-19 in workers: conclusions and learning. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 461-462, 143-164.



## Sumario

1. Introducción: la psicosocial, una dimensión de la salud olvidada en la pandemia
2. Una aproximación cuantitativa: la evidencia científica sobre la huella emocional de la gestión de la COVID-19 en la población trabajadora
3. De la evidencia cuantitativa a la cualitativa: precariedad y malestar psicosocial, en especial en el trabajo de cuidar residencial
  - 3.1. Factores de riesgo psicosocial estructurales en el personal de residencias de mayores
  - 3.2. De la estimación cuantitativa y cualitativa al «testimonio judicial»: la sobrecarga del trabajo residencial y su huella psicosocial registrada por los tribunales
4. De la evaluación a la intervención psicosocial: las recomendaciones de la OIT para anticipar una gestión eficaz de la nueva pandemia

Referencias bibliográficas

## 1. Introducción: la psicosocial, una dimensión de la salud olvidada en la pandemia

Ante una gravísima pandemia de una enfermedad vírica, como es la COVID-19, puede considerarse razonable que la prioridad para las políticas de seguridad y salud, tanto pública como laboral, sea la prevención del riesgo biológico de contagio, dado que la enfermedad ya ha sido calificada judicialmente como profesional<sup>1</sup>. Así ha sido en España y, por lo general, en el resto de la Unión Europea (UE), pues los protocolos de gestión sanitaria, en general, y de seguridad y salud en el trabajo, inspirados y promovidos por aquellos, de esta forma lo reflejan. No obstante, ha quedado en el completo olvido la dimensión psicosocial de la protección de la salud, que también debería llevar asociada la gestión sanitaria.

Por ello, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) reclamó la gestión integral, poniendo ejemplos reales de buenas prácticas, puesto que algunos países no han preterido tal dimensión –por ejemplo, directrices para la gestión de la COVID-19 de Malasia o de Chile–. Inequívoca al respecto es la Guía de la OIT *Gestión de los riesgos psicosociales relacionados con el trabajo durante la pandemia de COVID-19*, auténtica desconocida en nuestro país, así como en el resto de los países de la UE. En ella, entre otras pautas de interés, se incluye un catálogo de medidas prácticas orientadas a tratar de reducir algunos de los principales factores de riesgo psicosocial asociados a la pandemia, como serían las situaciones –objetivadas–, así como las sensaciones o sentimientos –percepciones– de inseguridad laboral, fuente de tanta incertidumbre, contractual y personal. Así, junto al «escudo de protección social y laboral», se proponen acciones para ayudar a las personas a mejorar

---

Junto al «escudo de protección social y laboral», se proponen acciones para ayudar a las personas a mejorar su sentimiento de control sobre el futuro, en especial en lo que se refiere a los cambios sufridos en la gestión de sus empleos, desde la novación de las condiciones de empleo y de trabajo hasta la regulación extintiva

---

---

<sup>1</sup> Si bien no afecta a profesionales sanitarios, sino a una auxiliar administrativa de un centro sanitario. Se trata de la [Sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Talavera de la Reina 187/2021, de 21 de mayo](#). Es la punta del iceberg, porque, solo para el sector sanitario, mientras que el Ministerio de Sanidad reconoce más de 128.000 personas profesionales del sector contagiadas por COVID-19, apenas se ha reconocido como «accidentes de trabajo» a unas 13.200, en consecuencia, en torno al 10%. Como es sabido, el [artículo 6 del Real Decreto-Ley 3/2021, de 2 de febrero](#), por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, reconoce estos contagios como enfermedad profesional para el personal sanitario y sociosanitario.

su sentimiento de control sobre el futuro, en especial en lo que se refiere a los cambios sufridos en la gestión de sus empleos, desde la novación de las condiciones de empleo y de trabajo hasta la regulación extintiva. Justamente, estas constituyen factores psicosociales que, si bien adecuadamente regulados y gestionados actúan de factores de protección, en caso contrario, constituyen serios factores de riesgo psicosocial<sup>2</sup>.

Como evidencian nuestras leyes de gestión sanitaria pandémica ([art. 7 Ley 2/2021, de 29 de marzo](#), de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19), la escasa negociación colectiva habida en la materia (por ejemplo, acuerdo para materias concretas ex [art. 83.3 Estatuto de los Trabajadores](#) –ET– en el seno del Grupo Inditex), así como la doctrina judicial y jurisprudencial (por ejemplo, [Sentencia de la Audiencia Nacional 105/2021, de 12 de mayo](#), y [Sentencia del Tribunal Supremo –STS– 518/2021, de 12 de mayo](#)), según se analizó críticamente en esta [sección de actualidad](#) y revista por el profesor Molina (núm. 458, mayo 2021), el enfoque de gestión psicosocial de la salud laboral frente a la pandemia ha brillado por su ausencia. Las citadas leyes, acuerdos y sentencias, lejos de exigir la evaluación del impacto de las decisiones novatorias en la salud psicosocial de las personas afectadas, refuerzan los poderes de modificación, aun unilaterales, justificándose por el primado de la salud biológica y la temporalidad de la medida. Únicamente cuando esas medidas novatorias no se asocian a la pandemia, los tribunales han respondido reprobándolas, aplicando criterios netamente laborales ([art. 41 ET](#)), no de salud o bienestar psicosocial.

Pero que ni normas, ni protocolos, ni decisiones judiciales incorporen la dimensión psicosocial a la gestión sanitaria pandémica para la población en general, y para la trabajadora en particular, agravando la estructural desatención que padecemos en España a la salud psicosocial, no significa, ni mucho menos, que el problema no exista. Así lo evidencian estudios recientes de ámbito estrictamente nacional, y para el personal sanitario<sup>3</sup>, así como internacional, y para las más variadas actividades profesionales. De interés, el realizado por [Affor \(2021\)](#). No es el único, convergiendo todos –al margen de las cifras variables– en la apreciación de la existencia de una importante huella psicosocial en la población trabajadora por la

---

Que ni normas, ni protocolos, ni decisiones judiciales incorporen la dimensión psicosocial a la gestión sanitaria pandémica para la población en general, y para la trabajadora en particular, agravando la estructural desatención que padecemos en España a la salud psicosocial, no significa, ni mucho menos, que el problema no exista

---

<sup>2</sup> *In extenso*, Miñarro Yanini *et al.* (2021, en prensa).

<sup>3</sup> Un 53 % de las personas que trabajan en sanidad ha presentado valores compatibles con estrés posttraumático tras la primera ola de atención hospitalaria por coronavirus, según concluye un [estudio realizado por el Laboratorio de Psicología del Trabajo y Estudios de Seguridad de la Universidad Complutense](#), en el que se toma una muestra de 1.243 profesionales pertenecientes a diversos centros hospitalarios.

pandemia<sup>4</sup>, que será mayor si no se adoptan medidas preventivas adecuadas, de presente y de futuro. Justamente, este es el mensaje que acaba de lanzar, una vez más, la OIT en su informe [Anticiparse a las crisis, prepararse y responder: invertir hoy en sistemas resilientes de seguridad y salud en el trabajo](#).

El objetivo de este análisis es exponer de forma breve los aspectos más relevantes de esta nueva dimensión psicosocial de los sistemas y políticas de seguridad y salud en el trabajo relacionados con las crisis pandémicas. Por un lado, se examinarán las evidencias científicas más relevantes en el plano cuantitativo respecto de esta huella psicosocial en la población laboral. Por otro, se hará especial referencia a la significativa prevalencia en ciertos colectivos profesionales, en especial el personal de residencias, quizás el más «ignorado», frente a la mayor atención social al personal sanitario –el otro colectivo más afectado–. Finalmente, se proponen algunas claves de cambio para corregir estas deficiencias en el futuro, conforme a las propuestas de la OIT.

## 2. Una aproximación cuantitativa: la evidencia científica sobre la huella emocional de la gestión de la COVID-19 en la población trabajadora

El enfoque de la OIT es muy claro para los Estados –políticas–, las empresas –prácticas– y las organizaciones representativas de las personas trabajadoras –diálogo social–: no puede haber gestión sanitaria eficaz frente a las pandemias, como frente a cualquier otra situación crítica, si simultáneamente a la prevención de los contagios no se minimizan los factores y riesgos psicosociales en los entornos laborales. Como se reconoce en el punto 8 de la citada [Guía de la OIT relativa a la gestión de riesgos psicosociales en la pandemia](#), referido a la «Promoción de la salud y prevención de los comportamientos negativos para afrontar la pandemia»:

---

El enfoque de la OIT es muy claro: no puede haber gestión sanitaria eficaz frente a las pandemias si simultáneamente a la prevención de los contagios no se minimizan los factores y riesgos psicosociales en los entornos laborales

---

Los riesgos psicosociales y el estrés relacionado con el trabajo están asociados a comportamientos poco saludables, como el consumo excesivo de alcohol, el

---

<sup>4</sup> Otros estudios al mismo fin, también de carácter internacional, son los de [Ruiz Frutos y Gómez Salgado \(2021\)](#) y, asimismo, el [estudio elaborado por Cigna](#) –«COVID-19 Global Impact», perteneciente a su informe anual *360° Wellbeing Survey 2020*– concluye que el pasado mes de julio de 2020 el 45 % de las personas empleadas en España sufría algún tipo de estrés laboral, observando un incremento de 9 puntos desde enero de ese mismo año.

aumento del consumo de cigarrillos, los malos hábitos alimentarios, el ejercicio físico menos frecuente y las pautas de sueño irregulares. Todos estos comportamientos pueden afectar tanto a la salud física como a la salud mental y tener un impacto negativo en el rendimiento laboral.

En consecuencia, es preciso un sistema de gestión integral del bienestar de las personas, y por supuesto, también de quienes están llamadas a afrontar más directamente la lucha contra las pandemias. A tal fin, la OIT propone medidas de tipo social y laboral, pero también una red de apoyo psicosocial, público y empresarial, para las personas trabajadoras. Un enfoque de gestión integral tan razonable y coherente como desatendido en la mayor parte de las experiencias nacionales, también en las que contaban, *a priori*, con más recursos, sistemas, políticas y experiencia para llevarlo a cabo. No sorprende este déficit de gestión psicosocial de la seguridad y salud en el trabajo si se tienen en cuenta las iniciales carencias de medios de protección, individuales y colectivos, para el propio riesgo biológico de contagio, como constata la jurisprudencia, contenciosa y social (SSTS [217/2021, de 17 de febrero](#), y [425/2021, de 22 de abril](#)). Aunque en la mayor parte de estas sentencias la problemática psicosocial no es atendida, hay otras que sí apuntan el déficit de gestión psicosocial como un argumento a favor de la condena a la Administración empleadora, en el caso, la Comunidad de Madrid (por ejemplo, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –[STSJ de Madrid 222/2021, de 23 de marzo](#), de la que se incluye un sugerente [comentario](#) a cargo de José María Moreno en la sección de diálogos con la jurisprudencia, dedicada monográficamente a la contribución judicial en materia de garantías de la salud psicosocial laboral).

Este olvido tiene consecuencias graves y así se ha empezado a evidenciar a través de las estimaciones cuantitativas incluidas en estudios rigurosos, a través de numerosas entidades, desde las universidades hasta empresas consultoras en materia de prevención de riesgos. Aunque no es el único, como se ha apuntado con anterioridad, se considera de especial relevancia, por la diversidad de la muestra –aunque sea reducida– y por el rigor metodológico, el realizado por [Affor \(2021\)](#). El estudio aporta datos sobre el índice de afectación de la salud emocional en población trabajadora, empleando diferentes escalas psicológicas validadas, centrandó su atención en el triple foco de los niveles de ansiedad, estrés y depresión. El interés de este objeto de estudio no es menor, ni tiene un sentido tan solo de verificación de deficiencias preventivas de riesgos laborales, a fin de recomendar mejoras en los sistemas, políticas y prácticas, sino que tiene unas dimensiones humana y económica

---

Es preciso un sistema de gestión integral del bienestar de las personas, y por supuesto, también de quienes están llamadas a afrontar más directamente la lucha contra las pandemias

---

---

La problemática psicosocial no es atendida en la mayor parte de sentencias, pero otras sí apuntan el déficit de gestión psicosocial como argumento a favor de la condena a la Administración empleadora

---

claves, dado que la ansiedad y la depresión son ya la principal causa de baja laboral en las naciones desarrolladas y la segunda enfermedad más prevalente en el mundo, [según la Organización Mundial de la Salud](#).

Este estudio parte de la inexorabilidad de la transición desde la dedicación al riesgo biológico –contagios, o posibilidad de contagiarse– a la inquietud o preocupación por el riesgo psicosocial. De ahí que llame la atención sobre la gestión de los factores organizativos e individuales que inciden en ese tránsito, a fin de reducir el impacto, una vez que ha fallado la prevención primaria. En España, la muestra de la encuesta ha sido de 1.024 personas trabajadoras, de las que 634 son mujeres y el resto, 390, hombres, distribuidas por distintos sectores de actividad. Los datos han sido tratados sobre dos escalas psicológicas validadas ([Ausín et al., 2020](#)): Test de salud total (TST) y GHQ Goldberg. El uso de una metodología u otra no es indiferente para los resultados, pues ha arrojado porcentajes de prevalencias diversas. No obstante, ambos convergen en estimar un porcentaje de afectación psicosocial laboral muy elevado, pues, conforme al primer instrumento, se constata una tasa de incidencia del 42 % de las personas trabajadoras que perciben tasas de ansiedad altas, siendo del 67 %, según la segunda escala, con lo que el área de intervención psicosocial en el trabajo se amplía notablemente.

La diferencia de resultados está relacionada con el número de ítems o síntomas incluidos en la respuesta a valorar para establecerlos, pues, a más ítems se exijan para realizar la estimación, menor será el porcentaje, elevándose cuando se reduzcan. En el primero, se incluye a las personas trabajadoras que han respondido de una forma afirmativa a 8 o más de los 22 síntomas propuestos por la escala. Esta herramienta es indicativa de riesgo psicosocial según la Nota técnica de prevención (NTP) 421 del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo –«[Test de salud total de Langner-Amiel: su aplicación en el contexto laboral](#)»–. La NTP se inicia con la constatación de que: «En el mundo del trabajo se dan multitud de casos donde la salud y la adaptación al trabajo no es satisfactoria, pero se continúa trabajando en el mismo entorno, sin corregir la situación con medidas específicas». Es interesante reseñar una advertencia que se realiza, con acierto, en este instrumento científico-técnico y pauta interpretativa para la acción preventiva, que es que se trata de un ámbito de prevención de riesgos laborales en sentido estricto, no de estimación o registro de daños, por lo que los resultados del test o escrutinio «no indican enfermedad o patología», sino factores de riesgo de estrés laboral. A los efectos que aquí interesan, se ha de destacar que:

- Si dicho resultado ( $T \geq 8$ ) está relacionado con el entorno de trabajo –condiciones psicosociales– y no se toman medidas, se resentirá la salud de la persona trabajadora y de la organización.
- La herramienta no infiere estructuras de personalidad –factor de vulnerabilidad personal–, sino sintomatología psicosomática relacionada con el estrés.
- Evidencia la relación del contexto o entorno como factor de disfunción de salud para la persona trabajadora.

En consecuencia, mediante otras herramientas de valoración más típicas del sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo, como es la evaluación de riesgos laborales ex artículo 16 de la Ley de prevención de riesgos laborales (LPRL), se podrá detectar cómo y dónde se producen esas tensiones psicosociales para las personas trabajadoras individualmente consideradas, que se referirán a aspectos organizativos. Asimismo, también habrán de tenerse en cuenta, según el artículo 15 de la LPRL, todos los factores relacionados con el entorno físico y relacional de la organización de trabajo.

---

Mediante herramientas de valoración más típicas del sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo, como la evaluación de riesgos laborales, se podrá detectar cómo y dónde se producen esas tensiones psicosociales para las personas trabajadoras individualmente consideradas, que se referirán a aspectos organizativos

---

Asimismo, también habrán de tenerse en cuenta, según el artículo 15 de la LPRL, todos los factores relacionados con el entorno físico y relacional de la organización de trabajo.

En cambio, como se dijo, atendiendo a la referida «Escala de Goldberg», el 67,58 % de las personas trabajadoras encuestadas requiere de una evaluación detallada desde el área de salud laboral por posible ansiedad y depresión. Es una escala en la que se considera resultado positivo de afectación que la persona trabajadora muestre al menos 3 de los 12 síntomas alterados, siendo la referencia científico-técnica el [Protocolo PSICOVS2012](#) (Osalan-Instituto Vasco de Seguridad y Salud Laborales, 2020).

Entre los principales motivos de malestar psicosocial laboral relacionados con el tiempo de COVID-19 se encuentran<sup>5</sup>:

- 
- Sentirse agobiado y en tensión (61,5 %).
  - Acusar falta de concentración (56,8 %).
  - Perder el sueño por preocupaciones (54,7 %).
  - Sentirse poco feliz y deprimido (46,5 %).
- 

Fuente: Affor (2021).

Aunque el estudio se dirige al conjunto de las poblaciones trabajadoras de los diversos países donde se ha realizado, una de las variables del análisis más significativas es la relativa a la prevalencia según el tipo de actividad profesional. Como es lógico, la incidencia varía de una forma notable según el tipo de profesión, pues muy diferente ha sido el papel de cada uno de los colectivos profesionales en la gestión de la pandemia de COVID-19. Así,

---

<sup>5</sup> Un análisis más extenso, también contrastado con otros estudios con pretensiones análogas, en Miñarro Yanini *et al.* (2021, en prensa).

mientras los sectores de «actividad esencial» han debido afrontarlo en primera línea –personal sanitario, de atención de residencias, de orden público y seguridad ciudadana, de provisión de alimentación, de limpieza...–, las «no esenciales» han podido realizarse de forma más despegada del riesgo biológico, si bien no necesariamente libres de riesgo psicosocial.

---

La incidencia varía de una forma notable según el tipo de profesión, pues ha sido muy diferente el papel de cada uno de los colectivos profesionales en la gestión de la pandemia de COVID-19

---

Si bien confirma la prevalencia de la huella psicosocial de la COVID-19 en las personas del sector sanitario y de residencias de mayores, situándola en casi el 11 %, según este estudio, no serían los colectivos profesionales más afectados, pues el personal investigador en el ámbito de las vacunas presenta una afectación en torno al 14 %. Otros estudios no solo constatan prevalencias análogas, sino que confirman cómo el impacto de la COVID-19, más que crear nuevas evidencias, ha dado visibilidad y agudizado problemas estructurales del pasado, en buena medida silenciados, tanto por el tipo de riesgos –pues los psicosociales siempre han tenido una menor atención– cuanto por los colectivos más afectados, por su alta precariedad, bien en términos de inestabilidad –personal sanitario–, bien por su malas condiciones laborales generales e infravaloración –personal al servicio de residencias de mayores–<sup>6</sup>.

### 3. De la evidencia cuantitativa a la cualitativa: precariedad y malestar psicosocial, en especial en el trabajo de cuidar residencial

#### 3.1. Factores de riesgo psicosocial estructurales en el personal de residencias de mayores

Sin duda, es de justicia otorgar una atención especial al personal de los servicios públicos de salud en los estudios e informes sobre la gran huella psicosocial que ha dejado la COVID-19 en la población trabajadora. Ha de destacarse que **España es uno de los países del mundo con más personas del sector sanitario contagiadas por el coronavirus** tipo 2 del síndrome respiratorio agudo grave (SARS-CoV-2). Solo en la primera ola se contagió más

---

En el sector sanitario en España, solo en la primera ola se contagió más de la mitad del porcentaje total, una cifra muy alejada de Italia, Alemania o Reino Unido, países también con una altísima incidencia de contagios de su población, según un informe publicado por la OCDE y la Comisión Europea

---

---

<sup>6</sup> Vid. [García Bustos et al. \(2020, p. 137\)](#).

de la mitad del porcentaje total, una cifra muy alejada de Italia, Alemania o Reino Unido, países también con una altísima incidencia de contagios de su población, según un informe sobre el estado del sector publicado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la Comisión Europea. Es evidente que en gran medida se debe a la –judicialmente constatada– falta de elementales medidas preventivas.

Así se ha asumido tanto por la comunidad científica, a través de los estudios priorizados, como por la social, mediante continuos homenajes y reconocimientos, y, ahora parcialmente, por la institucional, con el reconocimiento como enfermedad profesional de tales contagios, si bien no ha sido sencillo plasmarlo en la ley, y más su actualización práctica. No obstante, lo que más sorprende es el olvido que siguen experimentando otros colectivos que han sufrido también una gran incidencia de la COVID-19 y que, sin embargo, no han recibido el «espaldarazo moral» que supone visibilizar su situación y promover medidas de corrección, sea cual sea el éxito en la práctica, como es el personal de residencias de mayores –colectivo de personas usuarias que, mutadas en víctimas, ha sufrido con intensidad el impacto de la pandemia, registrando casi 30.000 fallecimientos desde el inicio de la pandemia–.

Sin duda, la situación vivida en este sector fue dramática, pues 1 de cada 10 personas internas en residencias de mayores murió durante la pandemia, además, en soledad, y todas ellas estuvieron completamente aisladas, con temor de fallecer sin la debida atención institucional, médica ni familiar. Las personas trabajadoras de estas residencias vivieron el mismo drama, además en unas condiciones de empleo y trabajo extremadamente precarizadas. Entre las consecuencias más evidentes que ocasionó la pandemia se encuentra la sobrecarga de trabajo de las personas prestadoras de servicios en las residencias, que se multiplicó exponencialmente debido a la suma de diversos factores encadenados. Además, a la insuficiencia de medios humanos se sumó la carencia de medios materiales necesarios para el desarrollo del trabajo. Así, aunque se trata de un servicio intensivo en el factor trabajo, es evidente que, por las circunstancias de vulnerabilidad de las personas que se atienden –lo que conlleva también otro factor de riesgo psicosocial, la carga emocional–, precisa de inversiones en equipos de trabajo, que apenas existen, como tampoco en equipos de protección individual. Numerosos estudios-informes, antes y después de este momento más

---

Lo que más sorprende es el olvido que siguen experimentando otros colectivos que han sufrido también una gran incidencia de la COVID-19 y que, sin embargo, no han recibido el «espaldarazo moral» que supone visibilizar su situación y promover medidas de corrección, sea cual sea el éxito en la práctica, como es el personal de residencias de mayores

---

---

Entre las consecuencias más evidentes que ocasionó la pandemia se encuentra la sobrecarga de trabajo de las personas prestadoras de servicios en las residencias, que se multiplicó exponencialmente debido a la suma de diversos factores encadenados

---

álgido de la pandemia, así lo evidencian, por lo que el problema, una vez más, tendría que haberse previsto<sup>7</sup>.

En apretada síntesis, las deficiencias del sector pueden concretarse en:

- Carencia de personal estructural.
- Reducción adicional de personal: sobre unas plantillas insuficientes, y en un momento de máxima necesidad, las bajas por contagios o cuarentenas fueron demoledoras.
- Imposibilidad de cubrir las bajas por falta de personal disponible: a la merma de plantillas por bajas se sumó la imposibilidad de cubrir las bajas por no disponer de mano de obra dispuesta a realizar el trabajo debido a no considerarlo atractivo.
- Cuando se lograba encontrar personal, generalmente carecía de formación, por lo que era necesario enseñarle, dirigirlo y supervisarlos: falta de profesionalización en el sector ligada a las malas condiciones laborales.
- Enfermedad de residentes, que exigió prestarles mayor atención y distinta de la rutinaria.
- Aplicación de protocolos específicos que supuso trabajo añadido.

Si a esta situación de déficits estructurales organizativos y de gestión se suman otro tipo de circunstancias más coyunturales vinculadas a la pandemia, como es la muerte «masiva» de personas atendidas, cierta culpabilización social, aislamientos decretados en entornos dramáticos, miedo al contagio, incertidumbre..., no sorprende que el resultado sea un plus de estrés psicosocial, evidenciado en los informes realizados en el sector<sup>8</sup>. Otros informes han constatado una alta frecuencia de los casos de *shock* postraumático entre el personal de atención de residencias. Consecuencia de ello es que uno de los daños psicosociales debidos a esta huella psicosocial laboral pandémica haya sido un gran incremento del consumo de sustancias psicoactivas –en particular,

---

Si a esta situación de déficits estructurales organizativos y de gestión se suman otro tipo de circunstancias más coyunturales vinculadas a la pandemia, como es la muerte «masiva» de personas atendidas, cierta culpabilización social, aislamientos decretados en entornos dramáticos, miedo al contagio, incertidumbre..., no sorprende que el resultado sea un plus de estrés psicosocial, evidenciado en los informes realizados en el sector

---

<sup>7</sup> Entre otros estudios-informes, que están sirviendo para la reforma, *vid.* Informe del [Grupo COVID-19 y Residencias \(2020\)](#). Un estudio más extenso en Miñarro Yanini *et al.* (2021, en prensa).

<sup>8</sup> *Vid.* [Pérez de Arenaza Escribano y Rodríguez Rodríguez \(2021\)](#).

los hipnosedantes<sup>9</sup>-, como ya alertaba la OIT. Como se reconoce en el sector, más que los propiamente físicos, afectan «los dolores psíquicos», más aún cuando el escaso salario va unido a la falta de reconocimiento social.

En este contexto tan precarizado, es comprensible el más que notable rechazo a trabajar en este sector, salvo que no exista otra opción, que se produce respecto del personal sanitario, que se suma al de otros colectivos que prestan servicios en residencias. De ello parecen ser más conscientes las diferentes Administraciones públicas, como reclama la institución de defensoría del pueblo, que exige una revisión al alza de las ratios mínimas de personal de atención directa a las personas mayores para mejorar la calidad asistencial (Defensor del Pueblo, 2020, p. 87). No obstante, esta cuestión se plantea con el foco puesto en las personas residentes, no en quienes las atienden, pese a que la mejora de las condiciones de empleo y de trabajo constituye un presupuesto insoslayable para mejorar el bienestar de este personal.

Es, por ello, muy importante potenciar en este ámbito un marco legal e institucional de gestión capaz de interrelacionar eficazmente las políticas de promoción de la salud psicosocial de las personas cuidadoras y de las personas cuidadas, con una adecuada y eficaz gestión de prevención de riesgos laborales, sean ergonómicos sean psicosociales. Un impulso que pudiera –y debiera– vincularse al «Plan de recuperación, transformación y resiliencia» presentado por el Gobierno español para beneficiarse de los tan célebres fondos de recuperación «Next Generation EU», concretamente a propósito del conocido como «Componente 22». En este, el Gobierno se ha comprometido a reforzar los servicios de cuidar con 3.500 millones, centrándose en la atención domiciliaria, la digitalización y la garantía de la accesibilidad «integral». Así, la llegada de los fondos europeos se presenta como una oportunidad para acelerar la necesaria mejora de los servicios de acción social –nueva «economía de los servicios de cuidados» y «sociedad del trabajo de cuidar»–.

---

En este contexto tan precarizado, es comprensible el más que notable rechazo a trabajar en el sector sanitario, salvo que no exista otra opción, que se suma al de otros colectivos que prestan servicios en residencias

---

---

Es muy importante potenciar en este ámbito un marco legal e institucional de gestión capaz de interrelacionar eficazmente las políticas de promoción de la salud psicosocial de las personas cuidadoras y de las personas cuidadas, con una adecuada y eficaz gestión de prevención de riesgos laborales, sean ergonómicos sean psicosociales

---

---

<sup>9</sup> Vid. CC. OO. (2021); estudio llevado a cabo en 9 comunidades autónomas; al sesgo de género hay que sumar el de la edad, pues la mayoría están entre 55 y 65 años.

No obstante, al margen de los objetivos de transformación del modelo de más domicilio y menos residencia, y de modernización, introduciendo más digitalización y reduciendo los contactos directos, sigue ausente el enfoque de mejora de la gestión psicosocial de riesgos laborales, por lo que tampoco atienden las recomendaciones de la OIT.

### 3.2. De la estimación cuantitativa y cualitativa al «testimonio judicial»: la sobrecarga del trabajo residencial y su huella psicosocial registrada por los tribunales

Al margen de la suerte final de estos procesos de reforma legislativa e institucional, ya en marcha, lo cierto es que, como tantas veces, el problema mayor es la ausencia de garantías de cumplimiento efectivo de las previsiones legislativas ya existentes. Como ha evidenciado un reciente [estudio de investigación periodística muy ilustrativo](#), el sector de las residencias de personas mayores sigue siendo un sistema asistencial de una gran opacidad, con poca transparencia y escaso control público y social. La gran mayoría de las comunidades autónomas no examina los centros ni una vez al año, al menos desde 2014, lo que supone una profunda anomalía en el contexto europeo cuya regulación más extendida prevé al menos una inspección anual<sup>10</sup>. Además, las sanciones que se imponen son muy bajas, siendo la más frecuente por falta grave, de importe de 5.000 euros, y casi siempre impuesta debido a «falta de personal».

---

La gran mayoría de las comunidades autónomas no examina los centros ni una vez al año, al menos desde 2014, lo que supone una profunda anomalía en el contexto europeo cuya regulación más extendida prevé al menos una inspección anual. Además, las sanciones que se imponen son muy bajas, siendo la más frecuente por falta grave, de importe de 5.000 euros, y casi siempre impuesta debido a «falta de personal»

---

Gran parte del sector se manifiesta favorable a implantar modelos más transparentes, pues saben que la desconfianza hacia las residencias deriva de la opacidad existente hasta la fecha. Valga para ilustrarla el dato de que, aunque se calcula que el número de residencias en España se sitúa en torno a 5.600 –7 de cada 10 son privadas, pero un amplio número de

---

<sup>10</sup> España es una anomalía entre otros países occidentales, porque en estos suele haber un sistema de clasificación pública de la calidad de las residencias. En Alemania, en el Reino Unido o en Estados Unidos la hacen las autoridades. Tienen sistemas de clasificación de estos centros por estrellas, como para el modelo de los hoteles (USA), o notas de evaluaciones en la puerta (Alemania) o en la web. En España, está abierto un proceso de intensa reforma, precisamente a raíz de la tragedia desvelada por la pandemia y que va más allá de las decenas de miles de personas ancianas que han fallecido en las residencias (más de 30.000).

las plazas que gestionan lo son concertadas con los servicios sociales autonómicos–, no se conoce oficialmente su cifra, ni cuántas personas usuarias hay en España, pues no existe un censo general. El Gobierno ha emprendido este año la elaboración del primer censo oficial, habiendo acordado, también, un sistema de inspección estatal. En países como Alemania y Estados Unidos hay una evaluación anual obligatoria, que no se basa tanto en la constatación del cumplimiento de los requisitos legales, especialmente de tipo procedimental, sino en una verificación de la calidad de vida real de las personas usuarias de estas residencias, cuyos resultados se publican centro por centro. De este modo, no solo se garantiza el derecho a saber o conocer, sino que forma parte de la decisión de uso o derecho a la elección informada del servicio residencial para personas mayores.

Con todo, el problema no reside tanto en la falta de voluntad para llevar a cabo ese control, sino en la incapacidad material de realizarlo, ante la bajísima ratio de personas inspectoras existentes a tal fin. Además, cuando se produce, tampoco se le da difusión pública, por lo que no forma parte de los criterios de elección de residencias para la clientela. En consecuencia, se produce una elección a ciegas, lo que también choca con una regla de transparencia extendida en los demás países de la UE. Como antes se apuntaba, prácticamente un 25 % de las sanciones impuestas a residencias lo son por inobservancia de la ratio autonómica de personal por persona mayor atendida. No obstante, el muy modesto importe de las sanciones determina que a las empresas gestoras les compense tal situación, ya que el coste de la contratación del personal necesario sería muy superior.

Este déficit ha quedado constatado en sede judicial, reflejando la huella psicosocial que deja en las personas trabajadoras de estos «modelos de organización de servicios basados en modelos de gestión de estrés laboral» –como los denomina el profesor Molina, dando cuenta de algunos pronunciamientos en el [estudio](#) que precede al monográfico de diálogos con la jurisprudencia dedicado al tema de la contribución judicial a la mejora

---

El problema no reside tanto en la falta de voluntad para llevar a cabo ese control, sino en la incapacidad material de realizarlo, ante la bajísima ratio de personas inspectoras existentes a tal fin

---

---

Prácticamente un 25 % de las sanciones impuestas a residencias lo son por inobservancia de la ratio autonómica de personal por persona mayor atendida. No obstante, el muy modesto importe de las sanciones determina que a las empresas gestoras les compense tal situación, ya que el coste de la contratación del personal necesario sería muy superior

---

---

Este déficit ha quedado constatado en sede judicial, reflejando la huella psicosocial que deja en las personas trabajadoras de estos «modelos de organización de servicios basados en modelos de gestión de estrés laboral»

---

de la salud psicosocial en los entornos de trabajo-. Sin duda, de enorme interés resulta la [STSJ de Madrid 410/2020, de 16 de junio](#), en la que se refleja perfectamente, a modo de testimonio público o institucional, esta situación de sistemático incumplimiento por parte de un gran número de las empresas del sector –ni todas las que intervienen, ni dentro de las incumplidoras todas con el mismo nivel de inobservancia, por supuesto– de sus obligaciones respecto de la ratio persona cuidadora residencial/persona cuidada residente y en relación con las normas preventivas. En el caso examinado se legitima la decisión extintiva ex [artículo 50 del ET](#) ante la sobrecarga de trabajo experimentada por el gerocultor –no solo hay mujeres, aunque estas son mayoría y añaden otros factores de riesgo que exigirían un enfoque de género– y el efecto de estrés laboral generado.

Si se analizan comparativamente el referido [informe de investigación-difusión periódica](#) y la [sentencia](#), se confirma lo recurrente del problema. En el caso, la deficiencia de organización y gestión del trabajo se sitúa en el marco autonómico madrileño ([Orden 612/1990, de 6 de noviembre](#), de la Consejería de Integración Social de la Comunidad de Madrid, por la que se desarrolla el Decreto 91/1990, de 26 de octubre –hoy derogado–, relativo al régimen de autorización de servicios y centros de acción social y servicios sociales), que establece en su anexo I B) los requisitos funcionales –en vigor– respecto de las referidas ratios de personal para garantizar la calidad asistencial: 0,25 o 0,35 para persona usuaria no dependiente o dependiente, respectivamente.

Sin pretender realizar un análisis mínimamente detenido de tan sugerente sentencia –examinada a diferentes efectos por el profesor Molina en su [estudio preliminar](#) y por el profesor Moreno en su [análisis](#)–, es de destacar la constatación de un incumplimiento recurrente de tales ratios, manteniéndose durante meses, e incluso tras la demanda. Este incumplimiento no se debe a acoso moral en el trabajo, como se pedía en la demanda, aunque sí supone:

[...] un trato absolutamente degradante [...], totalmente incumplidor de las obligaciones empresariales de prevención de riesgos, al ser manifiestamente deficiente la organización y condiciones de trabajo, obligando a los trabajadores a realizarlo en las condiciones señaladas, sin tener en cuenta las graves consecuencias que la sobrecarga de trabajo y del estrés que ello conlleva, máxime dados los usuarios del servicio de que se trata, conlleva un riesgo grave e inminente para la salud del trabajador [...].

Daño biológico este que queda probado por la baja del trabajador desde el 21 de junio al 16 de agosto de 2019, produciéndose recaída del 14 de noviembre hasta el 16 de diciembre.

No es este un problema aislado, pues en el referido [estudio de periodismo de investigación](#) realizado por *El País* se confirma que muchas de las residencias sancionadas por incumplimientos son reincidentes, sin que ello parezca tener especiales consecuencias. Precisamente, el «récord» de acumulación de sanciones lo ostentaba la empresa gestora de la

residencia demandada en la sentencia apuntada, pues desde 2014 hasta 2016, año en el que fue comprada por Orpea, sumaba 12 sanciones, la mayoría por falta de personal, por un importe total que ascendía a 191.192 euros. Aunque la legislación contemple sanciones altas, en absoluto es la norma, pues la multa más elevada de los últimos 7 años ha sido a una residencia pública de gestión privada, que en 2016 fue sancionada con 499.799 euros.

---

Aunque la legislación contemple sanciones altas, en absoluto es la norma, pues la multa más elevada de los últimos 7 años ha sido a una residencia pública de gestión privada, que en 2016 fue sancionada con 499.799 euros

---

No obstante, incluso en ocasiones en que la Administración hace su trabajo, es difícil llegar a adoptar medidas drásticas. Así, el Gobierno de la Comunidad Valenciana, que ha multiplicado por 5 el cuerpo de inspección y ha intensificado las sanciones con su [Ley de 2019](#) –además, incrementó las ratio de personal un 22 %–, multó 3 veces desde 2014 por falta de atención, trato degradante a las personas usuarias y por carecer de autorización administrativa a una residencia de Castellón con una multa que ascendía a un total de 43.915 euros, imponiéndole en 2019 sanción de 140.000 euros y su cierre temporal. Con todo, las familias y el Ayuntamiento recurrieron la medida y el TSJ la paralizó.

#### 4. De la evaluación a la intervención psicosocial: las recomendaciones de la OIT para anticipar una gestión eficaz de la nueva pandemia

Cualquiera que sea la fuente de información, investigación y análisis que se siga, queda evidenciado que existe un porcentaje muy significativo de personas trabajadoras –al menos 4 de cada 10, según el dato más prudente de [Affor](#)– afectadas por esta huella psicosocial derivada de la pandemia, siendo bastante más alta la prevalencia en determinados colectivos profesionales, como el personal sanitario y el de residencias. En atención a estos datos, parece igualmente cierto que tales colectivos de profesionales tienen una alta probabilidad de padecer un trastorno psicosomático a medio plazo si no se gestiona eficazmente la sintomatología hoy existente, como ordena el [artículo 14 de la LPRL](#). Es el momento, por tanto, de pasar a una gestión eficaz del riesgo psicosocial derivado de la pandemia en el entorno laboral, de modo que, como propone la OIT, aunque hoy permanezca desatendida, no solo es recomendable, sino necesario, llevar a cabo una política de evaluaciones pormenorizadas de todas las

---

Queda evidenciado que existe un porcentaje muy significativo de personas trabajadoras afectadas por esta huella psicosocial derivada de la pandemia, siendo bastante más alta la prevalencia en determinados colectivos profesionales, como el personal sanitario y el de residencias

---

personas trabajadoras que muestren sintomatología relevante para prevenir consecuencias, tanto en su salud mental y física, como en la eficiencia de las organizaciones.

Esta misma conclusión se desprende de otros informes, como el realizado por Microsoft (2021), que ha puesto el acento en la huella psicosocial que generan algunas de las respuestas dadas a la pandemia, como la migración masiva hacia el teletrabajo. En ese informe se constata que «hay un sentimiento generalizado de que los límites se han esfumado y los jefes se creen en el derecho de despertar a sus subordinados a las 7 de la mañana o hacerles trabajar hasta las 8 o las 9 de la noche». El problema no parece coyuntural, aunque esté disminuyendo notablemente tras el confinamiento el porcentaje de personas teletrabajadoras, puesto que las ofertas de empleo para trabajar en remoto se han multiplicado por 5 en LinkedIn durante el último año. Por lo tanto, los problemas psicosociales derivados de esta forma de organización del trabajo, que organizada de forma adecuada tiene claras ventajas (el art. 16 Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, reclama una atención especial a los factores de riesgos psicosocial y organizativos asociados al teletrabajo), no solo no desaparecerán, sino que generarán nuevas dimensiones.

En consecuencia, la necesidad de intervención psicosocial se evidencia cada vez más. Existe, además, una nueva razón de actualidad que impone una notable mejora de sistemas y políticas en materia de salud psicosocial y mental de las personas en general, y trabajadoras en particular. Tal necesidad ya fue apuntada por el Defensor del Pueblo en su comparecencia en el Congreso de noviembre de 2020, en la que reiteró y enfatizó su precedente petición al Gobierno y a las comunidades autónomas de incrementar el servicio de atención a la salud mental en España, donde la ratio de profesionales en la sanidad pública es 3 veces menor que la media europea, y muy particularmente el ámbito laboral (Defensor del Pueblo, 2020). De este modo, se insiste en la demanda de asistencia psicosocial, incrementada tras la pandemia, constatándose la muy notable insuficiencia de una prestación que está prevista en la cartera del Sistema Nacional de Salud. En suma, no es ni casualidad ni fatalismo que España sea el país del mundo donde se tomen más tranquilizantes.

---

Es el momento de pasar a una gestión eficaz del riesgo psicosocial derivado de la pandemia en el entorno laboral, de modo que, como propone la OIT, es necesario llevar a cabo una política de evaluaciones pormenorizadas de todas las personas trabajadoras que muestren sintomatología relevante para prevenir consecuencias, tanto en su salud mental y física, como en la eficiencia de las organizaciones

---

---

Tal necesidad ya fue apuntada por el Defensor del Pueblo en su comparecencia en el Congreso de noviembre de 2020, en la que reiteró y enfatizó su precedente petición al Gobierno y a las comunidades autónomas de incrementar el servicio de atención a la salud mental en España, donde la ratio de profesionales en la sanidad pública es 3 veces menor que la media europea, y muy particularmente el ámbito laboral

---

Las causas de esta situación son diversas, tanto de índole institucional, como incluso sociolaboral, por lo que las soluciones también deben atender a estos factores. La situación de sobrecarga psicosocial y emocional en determinadas profesiones, sumada a condiciones de empleo y de trabajo precarias, en modo alguno son ajenas a estos consumos, y requieren sistemas y políticas de gestión psicosocial de los entornos de trabajo en general, y en especial de ciertos colectivos, especialmente feminizados y que han estado en «primera línea de batalla» con la COVID-19, con una extrema escasez de medios –personales y materiales–.

De este modo, una vez más en el marco de las políticas integrales de gestión de la salud laboral promovidas por la OIT –**Programa SOLVE**–, se debe subrayar la necesidad de una gestión integrada de políticas de promoción de la salud psicosocial laboral con las de prevención de riesgos laborales psicosociales, a fin de evitar que la situación de alto riesgo derivado de la pandemia se actualice en daños psicosociales. Precisamente, como también se anticipó, cuando la OIT aboga por el establecimiento de sistemas de seguridad y salud en el trabajo resilientes para afrontar futuras situaciones de emergencia –que por desgracia parece que serán más frecuentes por cuestiones vinculadas al cambio climático y al errático modelo de crecimiento–, desde la perspectiva integral, no se olvida de esa faceta de gestión psicosocial laboral.

En el citado informe *Anticiparse a las crisis, prepararse y responder*, cuando se examinan la prevención y la gestión de riesgos vinculados con la pandemia, se hace de forma integral, atendiendo a otros riesgos de salud y seguridad asociados a la modificación de las pautas de trabajo como consecuencia de la adopción de medidas de control del virus, como son los psicosociales. Se propone así, si se pretende crear políticas anticipatorias, no solo expandir conceptos tales como los de «emergencia» para abarcar las pandemias –que obligaría a modificar el **art. 20 LPRL**–, sino también adoptar una visión integral, de modo que los riesgos psicosociales tengan espacios más significativos, máxime si se tiene en cuenta que una parte de las soluciones apuesta por la digitalización y este modelo organizativo es en sí mismo creador de otros factores de riesgo de esta naturaleza –violencia digital y ciberacoso en el trabajo, como reconoce ya el **art. 3 Convenio 190 OIT** (Mangarelli, 2014; Molina Navarrete, 2019)–.

---

La situación de sobrecarga psicosocial y emocional en determinadas profesiones, sumada a condiciones de empleo y de trabajo precarias, en modo alguno son ajenas a los consumos de tranquilizantes, y requieren sistemas y políticas de gestión psicosocial de los entornos de trabajo en general, y en especial de ciertos colectivos, especialmente feminizados y que han estado en «primera línea de batalla» con la COVID-19, con una extrema escasez de medios –personales y materiales–

---

---

Cuando la OIT aboga por el establecimiento de sistemas de seguridad y salud en el trabajo resilientes para afrontar futuras situaciones de emergencia, desde la perspectiva integral, no se olvida de esa faceta de gestión psicosocial laboral

---

No obstante, la OIT no solo fomenta nuevos contenidos para los sistemas normativos y políticas de seguridad y salud en el trabajo anticipatorios, sino que insiste en reforzar un modelo de gestión también desatendido por completo en esta crisis, como es la gobernanza colectiva o la gestión mediante diálogo social de las crisis. Los protocolos de la autoridad sanitaria –también hoy la [Ley 2/2021](#)– reclaman fundamentalmente el ejercicio del poder empresarial, como garante de la seguridad y salud en el trabajo, pero sin mencionar que ese ejercicio también ha de hacerse respetando las reglas laborales vinculadas a la participación colectiva. Las decisiones judiciales recientes referidas en el apartado introductorio ponen de relieve este reforzamiento del principio de autoridad empresarial, hasta el punto de habilitarlo para modificaciones unilaterales, incluso sustanciales, si se amparan en exigencias de salud laboral y salud pública. Aunque en un «estado excepcional», propio de la situación de alarma –si bien, como es sabido, el Tribunal Constitucional ha reparado esta identificación<sup>11</sup>– y de un marcado protagonismo de la autoridad sanitaria, pueda parecer razonable tal unilateralismo, realmente constituye una nueva anomalía de gestión, en el marco de los compromisos con las normas y estándares de la OIT.

---

Pero la OIT no solo fomenta nuevos contenidos para los sistemas normativos y políticas de seguridad y salud en el trabajo anticipatorios, sino que insiste en reforzar un modelo de gestión también desatendido por completo en esta crisis, como es la gobernanza colectiva o la gestión mediante diálogo social de las crisis

---

La OIT recuerda que la [Recomendación sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia, 2017 \(núm. 205\)](#), esboza un enfoque estratégico para la respuesta a las crisis basado en el diálogo social. De ahí que destaque la importancia de promover unas condiciones de trabajo seguras y decentes e inste a que se fomente la adopción de políticas negociadas en las empresas para facilitar la resiliencia en orden a prevenir y mitigar las crisis. En sí mismo, el diálogo social sería un valor para preparar un mejor afrontamiento mediante la identificación y la evaluación de los riesgos, la gestión de estos y la prevención y mitigación de sus efectos negativos, sobre una base de consenso, o de participación de las representaciones de las personas trabajadoras.

Finalmente, y en relación con el personal de las residencias de mayores, ya se ha señalado que entre los factores causantes del impacto negativo en su salud psicosocial están, sin duda, las precarias condiciones de empleo y de trabajo. Por lo tanto, corregir esta precariedad es una condición necesaria para proteger su bienestar psicosocial, como también apunta la OIT. De este modo, la seguridad contractual bajo el paradigma

---

<sup>11</sup> Si la [Sentencia del Tribunal Constitucional \(STC\) 111/2021, de 13 de mayo](#), ya reparó en el uso y abuso de la técnica del real decreto-ley para la gestión pandémica (en el caso, el traspaso a la Seguridad Social de la gestión de Muface), [una nueva STC ha declarado, por mayoría, la inconstitucionalidad del primer estado de alarma](#).

de trabajo decente de la OIT –estabilidad razonable, salarios dignos, límites adecuados de jornada para que sea saludable, carga de trabajo, física y emocional adecuada...–, así como la fijación institucional de ratios mínimas entre personas atendidas y personas cuidadoras, constituyen dos presupuestos clave para prevenir los principales factores de inseguridad y de insalubridad psicosocial de este personal.

Con todo, se considera que no será suficiente, puesto que también se precisará que esa calidad en el empleo y el trabajo se proyecte en los sistemas de gestión de sus factores de riesgo laboral, sobre todo ergonómicos y psicosociales. En consecuencia, se estima necesario, no solo oportuno, normalizar y mejorar sus evaluaciones de riesgos en los puestos del personal de cuidados de residencias de mayores, como exigencia de la previsión establecida en el [artículo 16.2 a\), 2.º párrafo, de la LPRL](#), así como la planificación de actividad ex [artículo 17 de la LPRL](#). Sin duda, la toma de conciencia de los problemas es fundamental para empezar a resolverlos realmente. Se considera de utilidad esta llamada de atención en el actual marco de la denominada y analizada «Componente 22» del «[Plan de recuperación, transformación y resiliencia](#)», relativo al «Plan de choque para la economía de los cuidados y refuerzo de las políticas de inclusión»<sup>12</sup>.

---

En relación con el personal de las residencias de mayores, entre los factores causantes del impacto negativo en su salud psicosocial están, sin duda, las precarias condiciones de empleo y de trabajo. Como también apunta la OIT, corregir esta precariedad es una condición necesaria para proteger su bienestar psicosocial

---

---

Se estima necesario, no solo oportuno, normalizar y mejorar sus evaluaciones de riesgos en los puestos del personal de cuidados de residencias de mayores, como exigencia de la previsión establecida en el artículo 16.2 a), 2.º párrafo, de la LPRL, así como la planificación de actividad ex artículo 17 de la LPRL

---

---

<sup>12</sup> *In extenso*, para estas propuestas, *vid.* Miñarro Yanini *et al.* (2021, en prensa).

## Referencias bibliográficas

- Affor. (2021). *I Estudio global sobre el impacto psicológico del COVID-19 en la salud psicosocial de las personas trabajadoras*. Affor. Prevención psicosocial. <https://affor.es>.
- Ausín, Berta; González Sanguino, Clara; Castellanos, Miguel Ángel; López Gómez, Aída; Saiz, Jesús y Ugidos, Carolina. (2020). Estudio del impacto psicológico derivado del COVID-19 en la población española (PSI-COVID-19). Cátedra extraordinaria UCM-Grupo 5. <http://www.infocoponline.es/pdf/ESTUDIO-IMPACTO-COVID.pdf>.
- CC. OO. (2021). *Tus derechos, la mejor medicina. Guía para delegadas y delegados del sector sociosanitario. Residencias para mayores*. Secretaría Confederal de Salud Laboral de CC.OO. <https://www.ccoo.es/7d9d4ddf643f5eb78017aa947e9c4317000001.pdf>.
- Defensor del Pueblo. (2020). *Actuaciones ante la pandemia de COVID-19*. [http://www.infocoponline.es/pdf/Documento\\_COVID-19.pdf](http://www.infocoponline.es/pdf/Documento_COVID-19.pdf).
- García Bustos, José Manuel; Fouce Fernández, José Guillermo; García Villameriel, Luis; Llavona Serrano, Marta; Gutiérrez Bachirí, Dylan; Bazo Santos, Rocío y García Heras, Cristina. (2020). *Riesgos psicosociales y COVID-19. Informe de investigación. El impacto de la pandemia por virus SARS-CoV-2 (enfermedad por coronavirus 2019; COVID-19) en los riesgos laborales psicosociales*. UGT-Madrid. [https://madrid.ugt.org/sites/madrid.ugt.org/files/informe\\_final\\_ugt\\_psf\\_2020.pdf](https://madrid.ugt.org/sites/madrid.ugt.org/files/informe_final_ugt_psf_2020.pdf).
- Grupo COVID-19 y Residencias. (2020). *Informe del Grupo de trabajo COVID-19 y Residencias*. Secretaría de Estado y Derechos Sociales-IMSERSO. [https://www.msccbs.gob.es/ssi/imsero/docs/GTCOVID\\_19\\_RESIDENCIAS.pdf](https://www.msccbs.gob.es/ssi/imsero/docs/GTCOVID_19_RESIDENCIAS.pdf).
- Mangarelli, Cristina. (2014). *Acoso y violencia en el trabajo. Enfoque jurídico*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Microsoft. (2021). *The Next Great Disruption Is Hybrid Work-Are We Ready?* <https://www.microsoft.com/en-us/worklab/work-trend-index/hybrid-work>.
- Miñarro Yanini, Margarita; Molina Navarrete, Cristóbal y González Coboleda, Estefanía. (2021). *Estudio-Informe «Crisis y cambios estructurales en el trabajo asociados a la pandemia de COVID-19 y su impacto en la prevalencia de adicciones: nuevos factores de riesgo y factores de protección para las personas trabajadoras»*. UGT-CEC, Plan Nacional sobre Drogas. Ministerio de Sanidad (en prensa).
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2019). *El ciberracoso en el trabajo: cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*. Wolters Kluwer.
- Osalan-Instituto Vasco de Seguridad y Salud Laborales. (2020). *Guía de recomendaciones para la vigilancia específica de la salud de trabajadores expuestos a factores de riesgo psicosocial*. [http://www.infocoponline.es/pdf/guia\\_PSICOVS2012.pdf](http://www.infocoponline.es/pdf/guia_PSICOVS2012.pdf).
- Pérez de Arenaza Escribano, Carmen y Rodríguez Rodríguez, Vicente. (17 de febrero de 2021). Estrés y precariedad: el difícil día a día de los cuidadores de residencias en la pandemia. *The Conversation*. <https://theconversation.com/estres-y-precariedad-el-dificil-dia-a-dia-de-los-cuidadores-de-residencias-en-la-pandemia-155057>.
- Ruiz Frutos, Carlos y Gómez Salgado, Juan. (2021). Efectos de la pandemia por COVID-19 en la salud mental de la población trabajadora. *Archivos de Prevención de Riesgos Laborales*, 1(24). <https://dx.doi.org/10.12961/april.2021.24.01.01>.

## Un nuevo tiempo para la salud psicosocial en el trabajo: fragmentos de derecho vivo

**Cristóbal Molina Navarrete**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Jaén*

### Extracto

La jurisprudencia comunitaria acaba de ratificar que las empresas están obligadas a evaluar los factores y riesgos psicosociales relacionados con el trabajo. Esta obligación no solo incluye la carga de trabajo propiamente, sino todos los aspectos del entorno de trabajo que influyan en el incremento de la «carga psicosocial» de las personas empleadas. Entre los riesgos psicosociales no se encuentra solo la violencia y el acoso en el trabajo, sino también el estrés laboral, el agotamiento profesional, etc. Sin embargo, las demandas, en el orden social y en el orden penal, sobre acoso moral en el trabajo siguen teniendo un mayor protagonismo que las relativas a otros riesgos laborales, como el estrés laboral. Además, tanto la jurisdicción social como la penal han venido manteniendo un concepto muy restrictivo del acoso moral en el trabajo como riesgo laboral, que hoy resulta disconforme tanto con la doctrina constitucional española como con el Convenio 190 de la OIT. En este estudio se hace un balance general, analítico y crítico, del estado del arte interpretativo judicial, y jurisprudencial, sobre los riesgos psicosociales relacionados con el trabajo.

**Palabras clave:** riesgos psicosociales; acoso laboral; violencia en el trabajo; estrés de género; evaluación de riesgos; derecho judicial.

**Cómo citar:** Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). Un nuevo tiempo para la salud psicosocial en el trabajo: fragmentos de derecho vivo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 461-462, 165-186.

# A new time for psychosocial health at work: fragments of living law

Cristóbal Molina Navarrete

## Abstract

The Court of Justice of the European Union has just ratified that companies are obliged to assess psychosocial factors and risks at work. This preventive obligation includes the workload itself, but also aspects of the work environment that influence the increase in the «psychosocial burden» related to work. Psychosocial risks include not only violence and harassment at work, but also work stress, burnout, etc. However, lawsuits, in the social and criminal order, on harassment at work continue to have more presence than those related to work-related stress. In addition, both social and criminal jurisdiction assume a very restrictive concept of moral harassment at work. This interpretation is inconsistent with both Spanish constitutional doctrine and ILO Convention 190. In this study, a general, analytical and critical balance is made of the state of the art, judicial and jurisprudential interpretation, on the psychosocial risks related to work.

**Keywords:** psychosocial risks; workplace harassment; workplace violence; gender stress; risk assessment; judicial law.

**Citation:** Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). A new time for psychosocial health at work: fragments of living law. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 461-462, 165-186.

Es raro que uno tenga tiempo de verse triste: siempre suena una orden, un teléfono, un timbre y, claro, está prohibido llorar sobre los libros porque no queda bien que la tinta se corra.

M. Benedetti. «Ángelus»

**1. ¿Qué de nuevo?: aproximación panorámica a los aspectos de actualidad e innovación en la regulación y gestión de riesgos psicosociales relacionados con el trabajo.** La ansiedad, el estrés y la depresión constituyen una línea de problemas de salud muy difundidos en la población mundial, en general, y trabajadora, en particular, sobre los que se alerta desde hace décadas. No por casualidad, la Organización Mundial de la Salud (OMS), como recordaba, en su [actualidad](#), la profesora Margarita Miñarro, y la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>1</sup>, para el mundo del trabajo, llevan hablando de ellos como la principal causa de bajas laborales en los países más desarrollados y la segunda en los países en desarrollo. Este tipo de bajas, además, tienen una media de duración superior a las vinculadas a problemas de salud física, por lo que suponen un coste superior, para las personas y para las organizaciones de trabajo (absentismo laboral, pérdidas de productividad, etc.). Asimismo, tienden a mantener una relación estrecha con otra tipología de bajas muy frecuentes, las derivadas de trastornos musculoesqueléticos, exigiendo una gestión también psicosocial del retorno. Una necesidad más perentoria en épocas de crisis, como las pandemias, confirmando la utilidad de inversión en salud psicosocial.

La realidad, sin embargo, tiende a ser la opuesta. De modo que ni en el ámbito público ni en el ámbito laboral progresan las políticas y prácticas de salud psicosocial. El historial de baja inversión y prácticas en este ámbito continúa, haciéndose más visible cuando más se necesita, como en las situaciones de crisis (así sucedió en la crisis financiera precedente –el episodio más traumático, pero no el único, fue la política de reestructuraciones laborales basada en la presión y el acoso por parte de la multinacional France Telecom, hoy Orange, con 19 suicidios y decenas de bajas más por estrés y depresión, [según constató la sentencia penal que la condenó](#)–, así ha sucedido en la crisis pandémica actual). Estas persistentes deficiencias se constatan, antes de la pandemia, en la [tercera Encuesta europea de empresas sobre riesgos nuevos y emergentes \(ESENER-3\)](#). La [ESENER-3](#) presta especial atención a la gestión de riesgos psicosociales, también los asociados a la digitalización, a fin de dibujar una imagen global de las prácticas preventivas en la Unión Europea para impulsar nuevas políticas y garantizar, así, una mayor eficacia en la gestión de los riesgos

<sup>1</sup> OIT. (2016). *El estrés en el trabajo: un reto colectivo*.

(psicosociales). En ella se refleja que [crecen más los factores de riesgo psicosocial que las políticas de gestión preventiva](#), centradas, además, en los protocolos de acoso laboral.

Aquí dejamos de lado la vertiente coyuntural, para situaciones de emergencia y estados de excepción (no solo de emergencia, [como ahora reconoce el Tribunal Constitucional \[TC\]](#) –con gran discusión y aún mayor descrédito jurídico–), que no mengua la necesidad de una gestión psicosocial de la seguridad y salud en el trabajo (por ejemplo, Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. [Trabajar en tiempos de COVID-19: buenas prácticas de intervención psicosocial en centros sanitarios](#)). Así lo recuerda la OIT y desarrolla el [análisis de actualidad](#) de la profesora Miñarro (conforme a recientes estudios, e incluso de sentencias tangencialmente atinentes a tal conexión con la pandemia de la gestión psicosocial –por ejemplo, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia [\[STSJ\] de Madrid 222/2021, de 23 de marzo](#)–). Situados, en cambio, en una lógica estructural, de «normalidad», nos limitaremos a ilustrar las principales novedades que, en el ámbito de la regulación y la gestión, han vuelto a poner en el centro de la actualidad la salud psicosocial de las personas trabajadoras. Una visión panorámica que pretende ser el contexto que ayude a comprender el estado del arte judicial en esta materia, a fin de verificar su contribución a la mejora de la salud psicosocial en el trabajo.

En el plano de la regulación normativa, la principal novedad reside en la Ley de trabajo a distancia ([Ley 10/2021, de 9 de julio](#)). Su [artículo 16](#) pone énfasis en los factores de riesgo psicosocial y «organizativos» (corrigiendo el exceso de personalismo individualista actual sobre los mismos). Pero también son de mucho interés sus artículos [4.4](#) y [18](#).

El [artículo 4.4](#), en el marco de la garantía de igualdad, en general, y de no discriminación por razón de género, en particular, para las personas teletrabajadoras, anticipa en buena medida la necesidad de protección específica que, respecto de los nuevos canales digitales abiertos para la violencia y el (ciber)acoso en el trabajo (por ejemplo, SSTSJ de [Cataluña 5206/2018, de 5 de octubre](#), y de [Cantabria 51/2019, de 21 de enero](#)), prevé el [Convenio 190 OIT](#), sobre violencia y acoso. Bien sabido es que entró en vigor el 25 de junio de 2021, tras la ratificación de más de 2 países (concretamente 6, por ahora ninguno europeo –solo Francia está teniendo en estos momentos un debate parlamentario para su ratificación–), siendo de aplicación para ellos 1 año después (25 de junio de 2022). No obstante, ya podemos hallar sentencias que apelan a su autoridad de norma internacional tripartita para avanzar en la comprensión operativa del sistema preventivo de los riesgos de violencia y acoso en el trabajo, reforzando el «enfoque de gestión integral» que ya reflejara, con escaso éxito en esta tipología de riesgos, la [Ley de prevención de riesgos laborales \(LPRL\)](#). Así, la muy sugerente y bien fundada [STSJ de Canarias/Las Palmas 299/2021, de 22 de marzo](#) (por su trascendencia merece un [análisis específico](#), realizado por la profesora Amanda Moreno en este número monográfico, al que se remite por su notable interés), reconoce que:

Este enfoque de gestión integral de los diversos factores y riesgos psicosociales [...] se verá refrendado [...] cuando entre en vigor [...] el importantísimo Convenio n.º 190 (2019) OIT [...]. Se trata de un importante instrumento normativo internacional para

la protección de la salud psicosocial de las personas trabajadoras, en cuanto que integra la protección contra la violencia y el acoso dentro de un derecho social humano a un ambiente libre de los riesgos psicosociales, en todo contexto de denuncia de situaciones de conductas inapropiadas (art. 1) susceptibles de provocar daños y [...], de no prevenirse adecuadamente, de escalar en conflictos de [...] acoso [...].

No hay que desplegar mucho esfuerzo argumentativo para evidenciar la importancia de esta nueva dimensión de la prevención de riesgos psicosociales en los entornos de trabajo, dada la creciente digitalización, aunque no se trate de teletrabajo. La necesidad de perfeccionar el sistema de gestión de la salud psicosocial laboral vigente resulta evidente a la luz del doble fracaso institucional, judicial penal y de inspección laboral, para hacer frente a uno de los casos más trágicos de ciberacoso sexual laboral, como el de la trabajadora de Iveco que se suicidó. Tanto la justicia penal (por falta de autor conocido) como la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) han terminado por [archivar tan sonoro caso](#). Más fortuna hubo en la Sala Militar del Tribunal Supremo (TS), que confirmó la condena de un soldado por difundir por WhatsApp la foto de una mujer desnuda parecida a una compañera (Sentencia del TS –STS–, Sala 5.ª, 45/2020, de 12 de junio). Para la sala, el ciberacoso sexual en el trabajo militar:

[...] afecta [...] tanto a su imagen como a su dignidad personal, al hacerla foco de los comentarios de sus compañeros y convertirla en el objeto de deseo sexual del conjunto de los miembros del grupo de WhatsApp, compañeros de armas, dañando así su nombre y prestigio, y perturbando su integridad moral [...].

En lo que concierne a su [artículo 18](#), como es más conocido, la Ley de trabajo a distancia reproduce la doble previsión, normativamente deslocalizada, que ya hiciera (con escaso éxito en la práctica cotidiana del mundo laboral) casi 2 años antes el [artículo 88 de la Ley orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales](#). De un lado, la tipificación de un nuevo riesgo, no solo, pero sí eminentemente, psicosocial, la fatiga digital (también tiene una manifestación biológica, en virtud del síndrome de fatiga visual). De otro, el recordatorio de la nueva garantía para la efectividad del derecho subjetivo (social fundamental ex art. 31 [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#)) al descanso que representa el imperativo de desconexión digital extramuros del trabajo y de la jornada laboral. Las políticas de usos razonables de los dispositivos digitales deberán integrar tal doble perspectiva de gestión psicosocial (garantizar la «desconexión» o el «respiro» digital aun dentro de la jornada laboral, para evitar la fatiga, no solo fuera de la jornada, que por supuesto), lo que no suele suceder, limitándose a garantizar usos estrictamente productivos de aquellos, a lo más usos moderados de interés particular o personal.

Es cierto que, por el momento, la mayor parte de los numerosos, y crecientes, conflictos judiciales (más colectivos, por ahora, que individuales) en torno al teletrabajo, por lo general el experimentado (más bien sufrido) durante la pandemia, tienen una dimensión monetaria. Así sucedería con aspectos tales como el alcance de los poderes novatorios de la empresa (por ejemplo, [STSJ de Cataluña 1336/2021, de 3 de marzo](#) –la imposición de presencialidad

total, cuando antes se desarrollaba parcialmente en forma de teletrabajo, debe ser calificada como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo [MSCT] que excede del *ius variandi* empresarial–; Sentencia de la Audiencia Nacional –SAN– 105/2021, de 12 de mayo –la decisión empresarial de teletrabajar tras la pausa de la comida en el marco de la pandemia no es una MSCT, sino una medida específica y coyuntural con fines preventivos del riesgo biológico de contagio–; o el modo de compensación de gastos (por ejemplo, SAN 132/2021, de 4 de junio –las empresas, en el caso de *contact center*, no estarían obligadas a compensar los gastos derivados de la implantación del teletrabajo por COVID-19, salvo acuerdo colectivo o individual, de conformidad con la disp. trans. tercera del RDL 28/2020–); incluso sobre calificación, también con finalidad retributiva, de ciertas situaciones como tiempo de trabajo (por ejemplo, SAN 104/2021, de 10 de mayo –las desconexiones dentro de la jornada debidas a cortes de luz o internet, no imputables a la persona teletrabajadora, deben tenerse como tiempo efectivo de trabajo, sin recuperación ni descuento por la empresa, en el caso también de *contact center*–).

No obstante, en estos contextos de trabajo con mayores elementos digitalizados y en relación, precisamente, con cuestiones relativas al tiempo de trabajo emerge cada vez más una dimensión de salud laboral. Así, debe quedar claro que los tiempos de prestación de servicios en régimen de teletrabajo añadido a la jornada presencial (por ejemplo, atendiendo llamadas, correos electrónicos u otros sistemas de mensajería o mediante aparatos portátiles conectados a la red) deben considerarse tiempo de trabajo para el cómputo de la jornada real o total (STSJ de Madrid 628/2020, de 8 de julio). Por lo mismo que no es dudoso que el derecho a la desconexión digital debe preservarse cuando se realice algún tipo de trabajo a distancia o cuando la persona trabajadora deba utilizar en su domicilio dispositivos digitales, salvo que se trate de obligaciones de tipo formativo fuera del horario ordinario (STSJ de Madrid 962/2020, de 4 de noviembre).

No obstante, como algunas de estas sentencias, así como la propia experiencia laboral, dejan transparentar, ante la complicada organización y gestión de la jornada de trabajo en muchas actividades económicas y relaciones laborales, no siempre será fácil identificar las fronteras entre el tiempo de trabajo y el de descanso propiamente, además de que las reglas convencionales ya regulan expresamente las «obligaciones de reconexión» en interés de las empresas. Factores de riesgo a los que, por supuesto, ya en el terreno netamente del abuso, hay que añadir la alerta sobre la «letra pequeña de las semanas laborales de 4 días»: un modelo de organización reducida (sin pérdida retributiva –Telefónica no lo entiende así–) de la jornada a efectos de protección de la salud psicosocial –relacionado con una mejor solución al conflicto psicosocial entre trabajo-familia, entre trabajo productivo y reproductivo–, 32 horas, puede ocultar un factor de riesgo psicosocial. Esto sucedería si, *de facto*, se mantienen iguales altos objetivos de rendimiento, de modo que se desplace al domicilio –tiempo particular– observarlos, con lo que se reduciría el tiempo de trabajo, pero no la «carga de trabajo» ni los ritmos laborales, sobre la idea de que la reducción de jornada no debe perjudicar la productividad –tampoco el salario–, sin necesidad de contratar a más personal (política de reparto de empleo).

En suma, no solo se abre un nuevo frente al abuso o al fraude, que debe ser advertido por la representación laboral y vigilado por la ITSS, sino también un nuevo factor de riesgo psicosocial si se reduce jornada, pero no objetivos, sin ampliar plantilla. En consecuencia, la gestión psicosocial de la «carga psicosocial» asociada a los tiempos de vida y de trabajo, aun no propiamente de trabajo efectivo, adquiere nuevas dimensiones a los efectos de salud. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ([STJUE de 9 de marzo de 2021, C-344/19](#), aun en ámbitos no digitalizados, llama la atención sobre este nuevo enfoque ([comentada](#) por la profesora Estefanía González).

Pero un análisis más detenido de esta tipología de conflictos asociados a entornos digitales deja emerger nuevos factores de riesgo psicosocial, como la gestión de la diversidad etaria, al convivir personas trabajadoras jóvenes y de mayor edad (la ley incluye novedades para la prohibición de discriminación por razón de edad y discapacidad, así como de garantías de accesibilidad de medios para teletrabajar a personas con discapacidad, lo que igualmente refleja en su [art. 16](#)). Aunque, tangencialmente, un ejemplo de ello podemos encontrarlo en la citada [SAN 104/2021, de 10 de mayo](#). Esta sentencia reprueba que las personas trabajadoras (conectadas en todo momento «telefónica y digitalmente») solo puedan interrumpir su actividad por las causas convencionales (convenio del *contact center* –comida y descanso visual–), por lo que no tienen espacio las necesidades de tipo fisiológico («ir al baño»). Tal prohibición no solo contraría al estándar de trabajo saludable y decente, sino que supondría una discriminación indirecta por razón de edad. Tampoco sería una práctica aislada, una anécdota, pues se conocen otras experiencias (por ejemplo, trabajos de la economía de plataformas, basadas en modelos de gestión de estrés –incertidumbre, competencia continuada–) en las que se dan situaciones análogas por la presión de la carga-tiempo de trabajo y la automatización extrema (por ejemplo, [Amazon](#)).

Si del plano de la regulación normativa pasamos al de las garantías administrativas para su cumplimiento efectivo, también de gran relevancia resulta ser la aparición, por fin (empezó a elaborarse hace 5 años), del nuevo [Criterio técnico 104/2021](#), de 13 de abril (CT), sobre actuaciones de la ITSS en riesgos psicosociales. En la medida en que marca las pautas (hoja de ruta) de la acción inspectora adquiere un gran protagonismo. Aún hoy, las evaluaciones de riesgos psicosociales, notablemente menores en número a las de los riesgos clásicos (seguridad, higiene), tienden a realizarse no mediante un cumplimiento voluntario de la norma, sino a partir de un requerimiento por parte de la ITSS (4 de cada 10 evaluaciones de esta naturaleza presuponen una intervención inspectora previa; por ejemplo, SSTSJ de Andalucía/Sevilla [2068/2019, de 11 de septiembre](#), y [2625/2020, de 9 de septiembre](#)).

La doctrina judicial suele recalcar en la autoridad interpretativa del CT. Muy interesante al respecto, entre otras, si bien en relación con el criterio anterior, es la [STSJ de Madrid 410/2020, de 16 de junio](#), sobre la que volveremos por ofrecer diversos puntos de interés (desde diversos ángulos –relacionados con la sobrecarga de trabajo como factor de riesgo psicosocial– ya han sido tratadas [por la profesora Miñarro](#), para el sector de residencias, y lo serán, después, [por el profesor Moreno Pérez](#), en un marco más amplio de doctrina judicial).

La importancia de esta pauta de autoridad interpretativa y de acción inspectora aún resulta más relevante si se tiene en cuenta la [actualización de las sanciones realizada por la Ley 10/2021, de 9 de julio](#). La modificación (mediante su [disp. final primera](#)) del artículo 40 de la Ley de infracciones y sanciones en el orden social también afecta a las sanciones en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, aumentando en todo el sistema en torno al 20 % la cuantía de las sanciones precedentes (inalteradas desde el año 2007). Esta reforma entrará en vigor el próximo 1 de octubre de 2021.

Finalmente, por no hacer más largo este sucinto repaso por las principales novedades de regulación y gestión en materia de factores y riesgos psicosociales, mención especial merece la alternativa al enfoque normativo que constituye el estándar de normalización internacional recientemente aprobado. Me refiero a la norma (no vinculante) [ISO 45003:2021](#) (Gestión de la seguridad y la salud en el trabajo-Salud y seguridad psicológicas en el trabajo-Directrices para la gestión de los riesgos psicosociales). Este estándar de normalización brinda pautas para la gestión del riesgo psicosocial dentro de un enfoque de sistemas de gestión de la seguridad y salud ocupacional basado, a su vez, en la [ISO 45001:2018](#). Aplicable a las empresas de todo tamaño –aunque suelen acogerse solo las grandes empresas– y sector, su propósito no es solo facilitar el establecimiento de una política de la organización que evite riesgos y daños de tipo psicosocial, sino también ser capaz de promover el bienestar en el trabajo.

**2. Aclarando algunas viejas dudas «interesadas»: la obligación empresarial de prevención de los factores de riesgos psicosociales en los entornos de trabajo no es discutible, tampoco la proscripción del «vicio de peregrinar de jurisdicciones».** Al margen de la utilidad práctica de este «estándar internacional de mercado» para la mejora de la gestión psicosocial en el entorno laboral, para mí más que dudosa, la OIT recuerda que debe aceptarse como complementario del marco normativo, nunca como sustitutivo o alternativo. Además, igualmente ha reseñado una diferencia fundamental entre el marco normativo y el estándar de normalización, cual es el valor vinculante del primero, del que carecería el segundo. De ahí que, por ejemplo, en materia de gestión de la violencia y el acoso en el trabajo, la propia OIT haya transitado desde un modelo de regulación de «*soft law*» (derecho suave –no vinculante–), como las recomendaciones y buenas prácticas, a otro de «*hard law*» (derecho fuerte –vinculante–): [Convenio 190 OIT](#).

Si esto es así en el momento preventivo, no sucede, lo mismo, lamentablemente, sin embargo, en el de la reparación objetivada (derecho indemnizatorio prestacional público), esto es, respecto de la calificación de los riesgos psicosociales y los daños que producen, si falla la faceta preventiva, a las personas trabajadoras como enfermedades profesionales en sentido estricto. La [lista de enfermedades profesionales de la OIT](#) (de 2002, pero actualizada en 2010) incluye estas patologías psicosociales relacionadas con el trabajo, pero lo hace, además de una forma algo abierta e incierta, ambigua, con carácter no vinculante para los Estados. De ahí, la gran diversidad de posiciones legislativas al respecto, siendo la europea mayoritaria la omisiva de tal calificación ([Recomendación 2003/670/CE de la Comisión, de 19 de septiembre de 2003](#),

relativa a la lista europea de enfermedades profesionales), acogida por la española (que las contempla solo como «enfermedades del trabajo» ex [art. 156.2 e\) Ley general de la Seguridad Social –LGSS–](#), a calificar como si de accidentes de trabajo se tratara –exige prueba exclusiva del vínculo entre el daño psicosocial y el trabajo, sin perjuicio del juego de las presunciones de laboralidad ex [art. 156.3 LGSS](#): por ejemplo, [STSJ de La Rioja 59/2021, de 7 de mayo](#)–).

No obstante, también en el ámbito preventivo han venido persistiendo dudas sobre el alcance jurídico y contenido obligacional del deber de protección psicosocial (y organizativa). Como demuestra el [ESENER-3](#), una de las razones prevalentes reconocidas por las empresas para cumplir con sus obligaciones preventivas, en general, y sobre riesgos psicosociales, en particular, es la de hallarse ante un marco jurídico-normativo cierto. Sin embargo, desde hace años vienen arrojándose ciertas sombras de duda, sin duda deliberadas, sobre el momento en que se activa la obligación preventiva de los riesgos psicosociales, si antes de que sean constatados, incluso denunciados (evaluación de factores), o cuando se verifiquen, incluso se denuncien (cuando se reciban quejas o reclamaciones por estrés, acoso, etc.). Unas dudas que reverdecieron hace 1 año, con el Auto del TS ([ATS](#)) de [14 de julio de 2020 \(rec. 4469/2019\)](#), en el que se declaraba firme, por falta de contradicción, la [STSJ de Cataluña de 9 de septiembre de 2019 \(rec. 2949/2019\)](#). En ella se negaba el reconocimiento del recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad y salud en el trabajo, no solo por constatar una falta de relación directa causal entre la lesión (una dolencia cardíaca –atribuida a problemas congénitos–) y el trabajo, así como entre el eventual incumplimiento preventivo y la lesión, sino también porque no habría incumplimiento alguno, al no regular la ley expresamente la obligación de dar protección de riesgos psicosociales antes de que estos afloren en la relación (reclamaciones, denuncias, quejas, etc.). Las referencias de los artículos [4.7 d\)](#) y [15.1 d\)](#) de la LPRL serían tan genéricas que de ellas no se podría extraer ninguna obligación concreta a cargo de las empresas, al menos en aquel momento.

No es momento de volver sobre la crítica de esta sentencia de suplicación, que niega la existencia de norma heterónoma o convencional aplicable que exija prevenir los factores de riesgo psicosocial, lo que constituye un monumental error (la [STSJ de Cataluña de 27 de diciembre de 2019, rec. 4642/2019](#), firme por [ATS de 10 de febrero de 2021, rec. 1017/2020](#), sí condenó a un Ayuntamiento por cumplimiento tardío –aunque anterior a finalizar el procedimiento inspector activado, rebajando el porcentaje del recargo de prestaciones– de su obligación de prevenir los riesgos psicosociales, con la consiguiente responsabilidad por el recargo referida<sup>2</sup>). Tampoco de la decisión de inadmisión del recurso de casación, pues,

<sup>2</sup> La cita de precedentes de suplicación podría ser interminable. Así, en el ámbito del sector aéreo, el [ATS de 18 de mayo de 2021 \(rec. 1015/2020\)](#) da firmeza, por falta de contradicción, a la [STSJ del País Vasco de 17 de diciembre de 2019 \(rec. 2123/2019\)](#), que condenó a AENA por incumplimientos preventivos de riesgos psicosociales (la desigual asignación de cargas de trabajo en el departamento generó un conflicto grupal que no solo no fue bien resuelto, pese a conocerse, sino que incluso generaría actitudes acosadoras a la persona denunciante). El [profesor Moreno Pérez da cuenta de ella](#) en concordancia con otras sentencias recientes relativas al impacto psicosocial de la sobrecarga de trabajo.

con un enfoque de análisis de la contradicción flexible (seguida en otros casos), cabría apreciar la contradicción (pese a que los hechos mantenían divergencias: en la sentencia de contraste se trataba del infarto de un director de sucursal, atribuido a una inadecuada prevención de factores de estrés, incumpliendo la obligación legal, con la consiguiente responsabilidad derivada del recargo de prestaciones ex [art. 164 LGSS](#)). Aquí interesa mucho más resaltar que ese tipo de «dudas», más «interesadas que interesantes», deben quedar hoy absolutamente fuera de lugar.

Y ello no solo porque así lo asume expresamente la jurisprudencia del TS (los autos no la crean, pues no entran en el fondo), especialmente respecto del acoso laboral, sino que, por lo que aquí más interesa, lo acaba de reafirmar el TJUE, 20 años después de su primera decisión explícita, clara y general en tal sentido. Se trata de dos sentencias de 9 de marzo de 2021 ([C-344/19](#) y [C-580/19](#)). El TJUE no solo revalorizará la fuerza jurídica y el contenido de prevención psicosocial primaria (pone el acento en los factores), sino que también promueve nuevas dimensiones de la evaluación (cuestionada por la patronal europea), incluyendo condiciones contractuales (por ejemplo, jornada) y factores del entorno, valorados como «carga psicosocial ambiental» (se remite al [análisis](#) específico de la profesora Estefanía González en este monográfico). Se abre, así, una dualidad de enfoques en la gestión de las condiciones de trabajo, evidenciando que lo que puede resultar correcto desde la gestión estrictamente laboral (retributiva, económica) podría no serlo desde la perspectiva de protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo, primando el enfoque no monetario (suele ser frecuente en estos ámbitos: por ejemplo, [STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife 220/2021, de 29 de marzo](#), que niega el plus de penosidad para el servicio municipal de personas auxiliares de ayuda a domicilio, pese a reconocer el estrés laboral asociado a su actividad y condiciones de trabajo), sino de bienestar de las personas empleadas.

Cosa distinta han venido siendo las dudas creadas en torno a qué jurisdicción acudir para lograr una tutela efectiva frente a los factores y riesgos psicosociales. La posibilidad de intervenir las cinco jurisdicciones (la militar, en el ámbito profesional de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil) se presta al riesgo de victimización secundaria o institucional, calificado como «peregrinar de jurisdicciones». Al que añadir el «diferencial de incomprensión jurisdiccional» del problema por las mayores resistencias, culturales y de inercias tradicionales más que legales, de un orden en relación con otros, en la medida en que, existentes en todos, tienen diverso peso (hipoteca). Ni el contencioso ni el penal –tampoco el militar– son muy proclives a comprender, en sus respectivos ámbitos, este tipo de conflictos de salud psicosocial, de ahí la errática evolución y la escasísima ratio de sentencias estimatorias. Por ello la importancia práctica de determinar bien el orden que ha de garantizar el cumplimiento efectivo del sistema de obligaciones preventivas de naturaleza psicosocial, así como de elegir la mejor estrategia procesal.

En relación con la selección de la jurisdicción realmente garante de la prevención de riesgos psicosociales, al margen de la naturaleza jurídica del vínculo profesional, hasta hace bien poco tiempo se mantuvieron dudas en torno al alcance del [artículo 2 e\) de la Ley reguladora](#)

de la jurisdicción social (LRJS) para las personas funcionarias (y estatutarias), con una interpretación de doctrina judicial y jurisprudencial tan errática como errada. Frente a la pretensión de la ley jurisdiccional social de fijar una competencia plena –queda fuera el orden penal–, bajo la primacía del principio de especialidad material, las Salas Contenciosa y Social del TS introdujeron una reserva atendiendo al procedimiento de tutela elegido: si era el especial de derechos fundamentales, la competencia sería contenciosa, si seguía cualquier otro que permitiera invocar normas de prevención de riesgos laborales, sería social. La situación, muy confusa y absolutamente incoherente, por cuanto no es posible separar radicalmente los derechos fundamentales vinculados a la salud (integridad) del derecho a la protección eficaz de las personas trabajadoras frente a los riesgos psicosociales, máxime si se trata del de acoso (Sentencias del TC –SSTC– [56/2019, de 6 de mayo](#), y [160/2007, de 2 de julio](#)), debió llegar hasta la sala de conflictos del TS ([ATS, Sala de Competencia, 12/2019, de 6 de mayo](#) –competencia social para calificar la incapacidad de una funcionaria de farmacia y mutualista de Muface derivada de acoso laboral–).

Afortunadamente, la situación acaba de ser aclarada por la [STS 487/2021, de 5 de mayo](#). En ella se fija la competencia del orden social en un procedimiento de tutela de derechos fundamentales y prevención de riesgos laborales de un funcionario de la Policía Nacional por acoso laboral. La Sala Social apela tanto a la literalidad como al espíritu del [artículo 2 de la LRJS](#): ni la letra e) excluye las reclamaciones preventivas a través del procedimiento de tutela de derechos fundamentales, ni su letra f) excluye del orden social conocer de la vulneración de los derechos fundamentales del personal funcional relacionados con la prevención de riesgos laborales.

Sin duda, determinantes en este cambio de rumbo y reafirmación de la competencia social para conocer tanto de la acción preventiva<sup>3</sup> cuanto de las reparadoras derivadas de actualización de daños, al fracasar la prevención (medie o no incumplimiento), han sido dos decisiones de gran calado. De un lado, la [STS 483/2019, de 24 de junio](#) (que declaró la competencia de la jurisdicción social para conocer de las reclamaciones, también colectivas, en materia de cargas de trabajo a efectos de salud laboral y riesgos psicosociales para las personas titulares de la jurisdicción social). De otro lado, las SSTs de 17 y 18 de febrero de 2021 (recs. [129/2020](#) y [105/2020](#), respectivamente), que, como se sabe, reconocieron la competencia del orden social para dilucidar si hubo o no (como así se decidió)

---

<sup>3</sup> Por ejemplo, cuando una cuestión netamente laboral (por ejemplo, sistema de turnos) se vincule directamente a la dimensión de seguridad y salud en el trabajo (efectos en la salud de jornadas muy prolongadas, como sucede cuando el propio personal encadena turnos por acuerdos entre las personas prestadoras), la competencia será del orden social, incluso aunque se tratara de personal estatutario. En el caso de la [STSJ de Canarias/Las Palmas 114/2021, de 29 de enero](#), se trató de personal laboral que presta servicios en este régimen para el Hospital Ciudad de Telde, pero el orden competente y la solución (la sala prohíbe tales prácticas –muy extendidas en todos los servicios públicos de salud– por peligrosas para la seguridad y salud de las personas trabajadoras) deberían ser el mismo para el personal estatutario.

incumplimientos preventivos respecto del personal sanitario en tiempos de COVID-19, aunque se ejercite la acción de derechos fundamentales<sup>4</sup>.

Como se decía, no se trata solo de una cuestión procesal (evitación de los costes humanos y económicos del peregrinar de jurisdicciones), sino también sustantiva, porque no existe una visión uniforme entre el orden contencioso y el social de los problemas de riesgos psicosociales, pese a la aproximación constatable en los últimos tiempos, asumiendo el contencioso cada vez más las construcciones en materia del orden social. Por lo general, la comprensión en el orden contencioso ha sido mucho más restrictiva, como ilustra, por ejemplo, la doctrina consolidada de la Sala Contenciosa de la AN, conforme a la cual las situaciones de acoso en el trabajo no pueden calificarse como accidentes en acto de servicio. La razón no puede ser más peregrina, y casi mueve a hilaridad si no fuese por lo gravísimo de estas situaciones humanas: el acoso es una situación completamente ajena a la actividad pública, tratándose de una profunda anomalía de conducta funcional que deberá ser sancionable, punible y reparable bajo las más diversas y severas formas, por la conducta y por sus daños, pero nunca como acto de servicio, pues tal ejercicio caería extramuros del mismo. ¿Por qué? Porque «si hay algo totalmente ajeno al ejercicio de las labores o deberes que un militar [ha de] [...] desempeñar, son precisamente las conductas de acoso moral» (*vid.* [SAN, Sala de lo Contencioso, de 13 de marzo de 2013, rec. 198/2012](#), precedente citado por la [SAN de 2 de junio de 2021, rec. 18/2021](#))<sup>5</sup>.

No podemos entrar aquí en el estudio de tan restrictiva –y errada– doctrina, pero sí conviene hacer dos observaciones. En primer lugar, aun dentro del ámbito contencioso, sería esperable una rectificación por la doctrina de casación, porque no solo constituye una interpretación errónea, sino muy perjudicial para el personal funcional (civil y militar), en línea con lo que ha sucedido en otros ámbitos de reparación de Seguridad Social, como el accidente *in itinere* de una guardia civil. Enrocada la doctrina de la AN en su ajenidad a los actos de servicio, a efectos de percibir la pensión extraordinaria de retiro, ahora el TS la ha revisado, apelando a la identidad de situaciones con el [artículo 156.2 de la LGSS](#) (por ejemplo, [STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 912/2021, de 24 de junio](#))<sup>6</sup>. En segundo lugar, tratándose

<sup>4</sup> En última instancia, como ha reconocido la [STSJ de Galicia de 29 de abril de 2021 \(rec. 677/2021\)](#), no hay obligación procesal alguna para que las lesiones de derechos fundamentales se reconduzcan necesariamente por la modalidad especial.

<sup>5</sup> En el asunto resuelto por la [SAN, Sala de lo Contencioso, de 16 de junio de 2021 \(rec. 561/2020\)](#), el guardia civil que califica su situación de acoso laboral y vincula su patología a esta situación de maltrato sufrido durante el servicio por superiores pretende, y consigue, sin embargo, que se mantenga su utilidad para el servicio, una vez que ha ido mejorando conforme su lucha judicial contra la situación fue ganando éxito.

<sup>6</sup> Interesante este razonamiento de esta sala a la hora de interpretar el [artículo 47.2 del texto refundido de la Ley de clases pasivas del Estado](#) conforme al [artículo 156.2 a\) de la LGSS](#):

[...] no responde a criterios lógicos que, para la Administración, si lo sufre un funcionario público sujeto al régimen de clases pasivas el accidente *in itinere* no sea como consecuencia del servicio,

de daños psicosociales que derivan de incumplimientos de prevención de riesgos laborales, como los que supondrían las situaciones de acoso, la calificación como derivadas o no del servicio debería también ser competencia del orden social, a fin de evitar el peregrinaje de jurisdicciones señalado (el orden social para la prevención –incluso el orden militar–, el orden contencioso para la calificación como acto de servicio –«de trabajo»–). Veremos la evolución.

Tampoco bien resuelta queda, pese a los años transcurridos desde la reforma legal, la opción de estrategia procesal que se presenta, tanto para el personal laboral como para el funcional, dado que aquí la regulación (también) es unitaria ([art. 173 Código Penal –CP–](#)), entre la acción social (que se supone debería ser la «normalizada», por más eficaz o plausible) y la acción penal (en línea de principio, más «excepcional», y de más difícil éxito, por el principio, de derecho y de hecho, de intervención mínima del derecho penal)<sup>7</sup>. Igualmente, en este crucial ámbito cabe identificar una evolución muy errática de la Sala Penal del TS, de modo que hallamos sentencias donde el concepto de gravedad del acoso moral en el trabajo como condición de tipicidad penal adquiere una dimensión tan extrema y vaporosa, por lo tanto, muy restrictiva, que supone, en la práctica, su despenalización (por ejemplo, [STS, Sala de lo Penal, 45/2021, de 21 de enero](#) –la acosada moralmente fue una guardia civil por su sargento–), mientras que en otras se hace un análisis más ajustado, estricto, no restrictivo (por ejemplo, [STS, Sala de lo Penal, 426/2021, de 19 de mayo](#) –acoso a una empleada del sector privado, respecto del gerente de la empresa, que termina con su suicidio–). El profesor Fernando de Vicente Pachés [analiza](#) con detalle este dilema desgranando la evolución de la Sala de lo Penal.

**3. La, lenta, pero progresiva, evolución del ámbito objetivo de protección jurisdiccional frente a los factores y riesgos psicosociales: no solo las modalidades del acoso laboral tendrían relevancia, aunque siguen siendo prevalentes, también la conflictividad laboral que les sirve de caldo de cultivo por deficiencias preventivas de índole psicosocial, así como por sobrecarga de trabajo (factores interpersonales y organizacionales).** Como en los albores de este siglo, cuando la problemática de los factores y riesgos psicosociales se dio a conocer en varios tribunales en España, tanto en el orden contencioso como social, el acoso moral en el trabajo (entonces más conocido como

---

mientras que, si se trata de un empleado público, vinculado por una relación laboral, sí se entienda que ha sido como consecuencia del mismo [...]. En otras palabras, se ha de decidir conforme a los términos y a los conceptos de que se sirve el legislador y para ello es útil, sin duda, la referencia ofrecida por la legislación de la Seguridad Social.

<sup>7</sup> Como recuerda la [STSJ de Canarias/Las Palmas 148/2021, de 8 de febrero](#), en relación con una situación de acoso sexual en el trabajo (en el sector de hostelería), la jurisdicción penal y la laboral:

[...] operan sobre culpas distintas y no manejan de idéntica forma el material probatorio para enjuiciar una misma conducta [...] no incluye un juicio sobre su culpabilidad o inocencia respecto a la comisión del ilícito penal, que es lo que se ventila en el proceso penal.

«*mobbing*») sigue marcando la pauta del debate jurisdiccional en materia de gestión psicosocial en el trabajo, en línea con lo que sucede en el derecho social internacional ([Convenio 190 OIT](#)) y en el derecho de la Unión Europea (regulación de las modalidades de acoso discriminatorio). La principal cuestión debatida continúa siendo la distinción entre las conductas de acoso laboral en sentido estricto (respecto del cual seguimos sin conceptualización legal, salvo –la muy deficiente<sup>8</sup>– en el CP) y la conflictividad laboral y el malestar ambiental, no solo interpersonal, que la prolongación en el tiempo de esta, sin gestión preventiva, provocaría.

Lamentablemente, una abrumadora mayoría de veces la decisión judicial concluye que no hay acoso (moral) laboral, manteniendo una noción jurídica extremadamente restrictiva, sino conflicto interpersonal, sin que, además, esta situación resulte jurídicamente relevante a efectos de obligaciones preventivas de riesgos psicosociales (por ejemplo, [SSTSJ de Madrid 199/2021, de 3 de marzo](#), y de [Castilla-La Mancha 534/2021, de 29 de marzo](#) –esta última, aunque aprecia prescripción de la acción, entra a valorar la conducta y llega a la conclusión de que no hay acoso, sino un conflicto interpersonal, sin más–<sup>9</sup>). Incomprensiblemente, en más de una de estas decisiones se razona, como en la [STSJ de Madrid de 10 de febrero de 2020 –rec. 774/2019–](#) (firme por [ATS de 23 de marzo de 2021, rec. 1875/2020](#)), con craso error, que no existiendo acoso laboral, entendido como una «conducta intencional y sistemática de violencia psíquica extrema» (obsoleta concepción psicologizada, carente de todo referendo jurídico, como ilustra el art. 1 [Convenio 190 OIT](#)), fallaría la relación causal entre la patología (médicamente objetivada) y el incumplimiento preventivo (que la instancia sí apreció), como si solo la violencia psíquica extrema fuese relevante para la obligación preventiva, y no otras situaciones generadoras de estrés, también relevantes (como afirma la citada [STJUE de 9 de marzo de 2021](#)). Por fortuna, otras decisiones se muestran más abiertas y perfeccionadas a enfoques de gestión psicosocial de estos conflictos (por ejemplo, la citada [STSJ de Canarias/Las Palmas 299/2021, de 22 de marzo](#), comentada por la profesora Amanda Moreno).

Como se desprende de esta doctrina de suplicación (en sentido análogo, *vid.* [STSJ de Canarias/Las Palmas 348/2021, de 12 de abril](#) –conflictividad colectiva en el seno del Grupo Naviera Armas con denuncias de acoso a la representación laboral y activación del protocolo para la investigación de tal denuncia–), el deber de intervención psicosocial de la empresa requiere de una diligencia cualificada, aunque no se trate de una situación de acoso propiamente (si bien, como recuerda su [STSJ de Canarias/Las Palmas 148/2021, de 8 de febrero](#), para un caso de despido disciplinario de la persona sexualmente acosadora a una compañera –en el sector de la hostelería–, el ejercicio del poder disciplinario no queda condicionado de forma necesaria a la activación del protocolo, que tendría funciones añadidas

<sup>8</sup> Muy interesante la crítica a la definición legal penal que hace la citada [STS, Sala 2.ª, 426/2021, de 19 de mayo](#).

<sup>9</sup> También, entre otras, la [STSJ de Madrid de 8 de mayo de 2020 \(rec. 1232/2019\)](#) (en el caso, la persona que demanda por acoso era la responsable del servicio de prevención de la empresa).

y distintas –preventivas, sobre todo–). En todo caso, ¿si por acoso moral laboral la jurisdicción social sigue entendiendo una conducta intencional (esto es, dolosa) de una violencia psíquica extrema, dónde trazamos la diferencia con el acoso laboral penalmente relevante<sup>10</sup>? ¿O no la hay y es una cuestión sobre todo de estrategia procesal de quien se sienta víctima de tal conducta?

Evidentemente, la delimitación de fronteras entre el acoso moral relevante a efectos laborales y/o a efectos penales debe generar mayor certidumbre, de modo que la concurrencia de una comprensión restrictiva social y penal no conlleve impunidad ni alimente la frustración de las personas trabajadoras víctimas ante la doble incompreensión jurisdiccional (hoy evidente). Así, por ejemplo, es evidente que el asunto resuelto por la [STS, Sala de lo Penal, 45/2021, de 21 de enero](#), con total absolución de las personas acusadas de acoso moral en el trabajo (en especial del sargento, que actuaba como superior jerárquico de la agente), revocando la condena en apelación, constituye un acoso moral en el trabajo de libro –lo reconoce la Sala 2.<sup>a</sup>, pero considera que no tiene la suficiente gravedad para su punición penal–, sancionable en el orden social (seguir esta vía, como en el caso de la citada [STS 487/2021, de 5 de mayo](#) –en el que el funcionario de Policía Nacional condujo su asunto por esta vía social–, hubiera resultado más exitoso). Del mismo modo que, para el caso resuelto por la [STS, Sala de lo Penal, 426/2021, de 19 de mayo](#), condenatoria (una mujer se suicida en un entorno de hostigamiento psíquico por la empresa a resultas de verse obligada a readmitirla, tras un despido arbitrario por la insatisfacción del gerente de la empresa con la trabajadora al no responder como pretendía a la sobrecarga de trabajo derivada del crecimiento de empresas clientes, enfermado en vez de dar más de sí, que es lo que esperaba la empresa), una demanda preventiva en vía psicosocial, quizás, hubiese evitado el trágico final.

Con razón, la Sala Penal, tras criticar abiertamente la mala técnica legal («queriendo resolver problemas de tipicidad ha incrementado los escollos interpretativos»), advierte de la proscripción de una interpretación «elástica» del ámbito típico del delito de acoso moral. Ha de evitarse la «superposición de injustos», social (entraría la creación de un clima permanente de tensión y estrés por parte de la dirección en virtud de las condiciones de trabajo impuestas a las personas trabajadoras que lo sufren) y penal (el clima laboral enrarecido o entorno de tensión creado ha de desembocar, al tiempo, en un ambiente de vejaciones o humillaciones reiteradas, con grave afectación de la integridad psíquica y moral de las personas afectadas –perseguidas–). Ahora bien, lo que ya no puede admitirse es que en

<sup>10</sup> Como recuerda la [STS, Sala de lo Penal, 426/2021, de 19 de mayo](#), trayendo a colación otros precedentes, como la [STS, Sala de lo Penal, 325/2013, de 2 de abril](#) (condenatoria, pese a no estar en vigor el nuevo delito específico de acoso moral ex [art. 173.1 CP](#)) y la [STS, Sala de lo Penal, 694/2018, de 21 de diciembre](#) (absolutoria, revocando la condena en la instancia, pese a estar en vigor ya el nuevo redactado penal del delito de acoso), la exposición de motivos de la reforma operada en el artículo 173 por la [Ley orgánica 5/2010](#) sintetiza la conducta punible como toda «situación de hostilidad que constituya una grave ofensa a la dignidad».

el orden social se mantenga la misma actitud prudente o cautelar, porque si para el orden penal puede aceptarse la irrelevancia de los estados de ansiedad y estrés creados por las «continuas exigencias de trabajo [...] al tener más clientes la empresa IRCO», no puede decirse lo mismo de la jurisdicción social. Esta no puede normalizarlos, según la Sala de lo Penal, como una mera «incidencia [...] equiparable a la situación de [muchas personas trabajadoras] que, por una u otra razón, se sienten desbordadas por un incremento exponencial del trabajo que no pueden inicialmente controlar» ([STS, Sala de lo Penal, 426/2021, de 19 de mayo](#), FJ 2.º 5.5).

La obligación de protección eficaz de la salud en el trabajo debe ejercerse mucho antes en el orden social, sin esperar a situaciones de acoso consumado (entendidas en el sentido de la [STC 56/2019, de 6 de mayo](#), que arrumba el modo más restrictivo tradicional de entendimiento en el orden social –y contencioso, no así en el penal–). De este modo, aunque la gravedad del daño no es condición de intervención preventiva, incidiendo en el momento de las reacciones de reparación-punición, ni la más precoz acción psicosocial garantiza que no desemboque la situación en el suicidio<sup>11</sup> (desenlace autolítico no frecuente, por fortuna, pero tampoco raro, según evidencia no solo el asunto Ivecó, ya referido, sino el reciente [suicidio de un soldado en Corea del Sur acosada sexualmente](#), sin que se hiciese nada para corregir esta conducta), es evidente que, a más anticipación de la actividad preventiva, mayor probabilidad de evitar no ya solo el daño psicosocial (o de reducir su gravedad), sino también el propio riesgo (violencia, acoso, estrés). Justamente, la doctrina judicial social ya empieza a ser consciente de la relevancia que estas situaciones de sobrecarga de trabajo tienen para la seguridad y salud en el trabajo, aunque no se trate de situaciones de acoso en el trabajo (cuya valoración no puede ser apriorística, sino el resultado de la investigación de toda situación de desequilibrio psicosocial, sea por las malas relaciones interpersonales, sea por deficiencias organizativas, o por ambas).

En este sentido, y de ahí su relevancia, merecen especial reseña decisiones judiciales como la citada [STSJ de Madrid 410/2020, de 16 de junio](#) (comentada, desde varias perspectivas, por la [profesora Margarita Miñarro](#) y el [profesor José María Moreno](#)), o la [STSJ de Canarias/Las Palmas 485/2020, de 26 de mayo](#), para el sector del ejercicio de la abogacía, en el ámbito de organizaciones públicas (municipales). En ellas no solo se establece una estricta relación de causalidad entre el trabajo y sus condiciones de ejercicio y la patología (baja por ansiedad), ex [artículo 156 de la LGSS](#), sino que también se constata la relación de causalidad entre el daño psicosocial experimentado y el incumplimiento preventivo, aunque no siempre se deriven las consecuencias económicas agravadas (por ejemplo, indemnización de daños, el recargo de prestaciones ex [art. 164 LGSS](#), etc.). En otras

---

<sup>11</sup> Para el juego de la presunción de laboralidad del suicidio, *vid.* la [STS de 25 de septiembre de 2007 \(rec. 5452/2005\)](#). Para un uso restrictivo, excluyéndola, *vid.* STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de enero de 2020 (rec. 2973/2018) (confirmada por [ATS de 25 de mayo de 2021, rec. 1677/2020](#)) y [STSJ de Andalucía/Sevilla 2654/2020, de 11 de septiembre](#).

ocasiones se constata la causalidad entre el daño y la conflictividad laboral ambiental (toxicidad psicosocial del entorno laboral), sin atribuir responsabilidad empresarial, al entender que el manifiesto fracaso preventivo no puede imputarse a culpa empresarial, dado que la empresa cuenta con una política de prevención de riesgos psicosociales y no ha permanecido pasiva, aunque no haya sido lo suficientemente eficaz (por ejemplo, [STSJ del País Vasco 409/2021, de 2 de marzo](#)).

Algunas de estas sentencias evidencian lo lábil que es, a menudo, en la práctica, fijar, más apriorísticamente en el plano de la gestión psicosocial de las organizaciones, la diferencia entre unas situaciones de riesgo psicosocial y otras (la citada [STS, Sala de lo Penal, 426/2021, de 19 de mayo](#), confirma que el acoso es un conflicto de violencia escalada –si no se interviene a tiempo, un conflicto organizativo deviene en violencia psíquica–). De nuevo hemos de citar la [STSJ de Madrid 410/2020, de 16 de junio](#). En un escenario de marcada sobrecarga de trabajo, en parte por deficiencias estructurales, aplicables a toda la plantilla, en parte por determinadas condiciones de trabajo de la persona demandante, con efectos de daños psicosociales (bajas por estrés y ansiedad), la sala descarta el acoso moral. Pero sí la califica, siguiendo –*rara avis* en la doctrina judicial– la nueva conceptualización normativa y pautas de interpretación innovadoras de la [STC 56/2019, de 6 de mayo](#), anticipatorias en buena medida del concepto del [Convenio 190 OIT](#), como:

[...] un trato [...] degradante [...] al ser [...] deficiente la organización y condiciones de trabajo [...], sin tener en cuenta las graves consecuencias que la sobrecarga de trabajo y el estrés [...] conlleva un riesgo grave e inminente para la salud [...] al sufrir sucesivas crisis de ansiedad que han determinado diversas bajas por incapacidad temporal (FJ 2.º).

Comprobamos, de este modo, sobre la experiencia judicial más reciente, cómo colapsan, o cuando menos sufren una fuerte sacudida, quedando desautorizadas, algunas construcciones arraigadas en la doctrina judicial (por ejemplo, [STSJ de Madrid 292/2021, de 19 de abril](#)). Aquí señalaremos dos, al menos, que nos parecen especialmente relevantes. A saber:

En primer lugar, no solo el acoso como riesgo psicosocial pone en peligro el derecho a la integridad personal, también las situaciones de ejercicio degradante (y abusivo) del poder de dirección, para la maximización de su rentabilidad, cuando se realiza en condiciones de crear violencia psíquica, riesgo psicosocial diferenciado (art. 1 citado [Convenio 190 OIT](#)). Por tanto, ni el bien jurídico protegido (derechos fundamentales, en un caso, derechos ordinarios, en otro) ni la existencia de un peligro concreto de daño a la salud pueden considerarse como elementos suficientes para diferenciar un tipo de riesgos psicosociales de otros. En segundo lugar, ni el acoso ni la violencia psíquica deben reducirse solo a conflictos interpersonales («malos rollos»), sino que tienen dimensión organizativa (aquí la sobrecarga de trabajo como déficit organizativo).

**4. La triple acción de tutela frente a los riesgos psicosociales: gana terreno la prevención, pero se multiplican los litigios de calificación de los daños psicosociales como profesionales, en un escenario de persistente estancamiento del derecho a la reparación disuasoria.** Desde esta perspectiva más integral e integrada, renovada de afrontamiento del deber de prevención de los riesgos psicosociales, cualquiera que sea, incluso si no es acoso moral, ha de saludarse favorablemente que se reconozca el derecho a la extinción indemnizada ex [artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) cuando se constatan por la persona trabajadora, con indicios suficientes objetivados, factores de riesgo psicosocial grave e inminente y pasividad de la empresa en su corrección. Esta autotutela no ha de suponer solo el derecho indemnizatorio tasado previsto en aquel precepto, sino que amerita una indemnización adicional de reparación íntegra y disuasoria ex [artículo 183 de la LRJS](#).

Sorprende negativamente –es su único punto oscuro– que la [STSJ de Madrid 410/2020, de 16 de junio](#), agotara la indemnización en la tasada, pese a constatar una vulneración del [artículo 15 de la Constitución española](#) (análoga omisión realiza la [STSJ de Galicia de 22 de abril de 2021, rec. 311/2021](#)). Por supuesto, no se trata de crear expectativas injustificadas indemnizatorias a favor de las personas trabajadoras, pues la solución debe ser preventiva, no monetaria (por ejemplo, la [STSJ de Canarias/Las Palmas 320/2021, de 26 de marzo](#), si bien confirma improcedente el despido de la trabajadora, aun sin aplicar su doctrina del «acoso putativo», le reprueba que use la denuncia por acoso, así como otras eventuales irregularidades, para obtener una salida voluntaria indemnizada indebida). Lo que aquí se postula es tomar en serio la acción preventiva, de modo que no solo se promueva una intervención precoz, a fin de cumplir con la obligación de protección eficaz de los riesgos psicosociales, sino que la alta probabilidad de una adicional condena indemnizatoria con efectos disuasorios cumpla también con esa función de incentivo de gestión adecuada, sin esperar a los daños: incapacidades, muertes o enfermedades asociadas a patologías cardiovasculares o cerebrales –infartos, ictus<sup>12</sup>–, suicidios.

Desde esta perspectiva reparadora, pese a los persistentes obstáculos legales a declarar estas patologías como de etiología profesional (prueba de exclusividad del nexo causal), son cada vez más las acciones judiciales que las personas trabajadoras se ven obligadas a interponer (en el empleo privado y en el público) para reconocer el origen profesional de sus dolencias. Si bien tampoco son mayoría los pronunciamientos estimatorios, sí crecen las decisiones judiciales que reconocen la relación directa del trabajo con la patología (crisis de ansiedad por exceso de carga de trabajo; bajas por ansiedad derivada de condiciones de trabajo estresantes, o por mala gestión empresarial de conflictos interpersonales, etc.). Por lo tanto, no solo ganan presencia en los conflictos judiciales

---

<sup>12</sup> Un revelador y novedoso estudio en colaboración entre la OIT y la OMS («[Carga mundial, regional y nacional de cardiopatía isquémica y accidente cerebrovascular atribuible a la exposición a largas horas de trabajo](#)») relaciona el aumento de las muertes por ictus y cardiopatías atribuibles a haber trabajado 55 o más horas semanales en el periodo de 2000 a 2016.

factores y riesgos psicosociales de origen común, pero que agravan las incapacidades de trabajo (por ejemplo, SSTSJ de [Canarias/Las Palmas 255/2021, de 11 de marzo](#) –revoca la sentencia de instancia que había valorado un impacto menor, no incapacitante, de la dolencia psíquica de la persona trabajadora–, y de [Cantabria 351/2021, de 17 de mayo](#)), también los que tienen una dimensión estrictamente laboral.

Sin ánimo exhaustivo, sería el caso de la [STSJ de Cantabria 302/2021, de 29 de abril](#) (califica como profesional la baja producida por no atender la empresa a la necesidad de adaptar las condiciones de trabajo a la persona trabajadora recién incorporada, tras una baja de carácter psíquico, aun de origen común –trastorno obsesivo compulsivo: TOC–, de modo que el retorno resulta estresante). También de la sugerente [STSJ de Andalucía/Granada 1173/2019, de 9 de mayo](#), que declaró accidente laboral el derrame cerebral sufrido por una trabajadora de un centro de menores (en este ámbito son continuos los pleitos por obtener un plus de peligrosidad –en este caso, la actora percibía un plus de peligrosidad reconocido judicialmente–), aunque tuvo lugar fuera de su actividad, al encontrarse en un curso de relajación y gestión individual de las situaciones de estrés o presión («*mindfulness*») recomendado por la empresa. Revoca la sentencia en contrario de la instancia, aplicando la consolidada doctrina jurisprudencial ([STS 442/2018, de 25 de abril](#)) sobre la presunción de laboralidad de la contingencia causada por síndromes cardiovasculares agudos, cuando se producen en conexión con la actividad, pues la etiología de naturaleza común no excluye el impacto de la actividad laboral y las condiciones de prestación (en la misma línea, la [STSJ del País Vasco 1075/2020, de 15 de septiembre](#)).

La complejidad y contradicción reinantes en estos asuntos –en ascenso– igualmente se ponen de relieve en la [STSJ de La Rioja 59/2021, de 7 de mayo](#), una vez más revocatoria de la instancia, que no aprecia conexión alguna entre las condiciones de trabajo de una jefa de tienda, que, para mayores, tenía una reducción de jornada por guarda legal, y sus dos episodios de síncope con desvanecimientos seguidos de mutismo durante su trabajo. En cambio, disintiendo del parecer de la instancia, la sala (con aplicación de la [STS 363/2016, de 26 de abril](#)) califica la baja como contingencia laboral por aplicación del tipo legal del [artículo 156.3 de la LGSS](#), atendiendo a una constatada situación de estrés laboral en las últimas semanas y sin perjuicio tanto de reconocer su personalidad «anancástica» (perfeccionismo obsesivo), como su migraña crónica que la lleva al abuso de los hiposedantes (FJ 3.º, letra C). Si bien reconoce que la evaluación de riesgos contempla el nivel de estrés como «tolerable», el contenido del puesto (responsabilidad) y sus condiciones de ejercicio (polivalencia funcional, incremento de los objetivos de productividad).

Con buen criterio, la sala de suplicación precisa que la tendencia al perfeccionismo, lejos de ser un factor excluyente o de desnaturalización de los factores estresores objetivos, reafirma la necesidad de una gestión preventiva. En cuanto que tal factor de personalidad hace a la persona más propensa a estresarse (factor individual), evidencia un signo de especial sensibilidad a la tensión psíquica a prevenir en el marco del [artículo 25 de la LPRL](#) en relación con su [artículo 15.1 d\)](#). Por lo tanto, la preexistencia de esos factores individualizados de propensión a padecer problemas de tensión y estrés no puede quedar al margen

de gestión preventiva por parte de la empresa, a fin de no perjudicar las posibilidades de integración y promoción laboral de estas personas (así se desprende también, entre otras, de la [STSJ de Cantabria 441/2021, de 10 de junio](#)).

Ciertamente, reconocer esta conexión causal entre trabajo y patología no significa, de conformidad con lo que ya se anticipó, que medie siempre un criterio de imputación por culpa a la empresa (citadas SSTSJ de [Cantabria 302/2021, de 29 de abril](#), y del [País Vasco 409/2021, de 2 de marzo](#)). Pero sí se abre un abanico de posibilidades más amplias para buscar su reconocimiento judicial, a fin de obtener la reparación íntegra de los daños –limitada si se agota en la prestación de Seguridad Social–, así como un cierto efecto disuasorio de la no prevención de riesgos psicosociales, como se decía. De ahí que nos encontremos con frecuentes acciones en demanda tanto de responsabilidad empresarial por los daños psíquicos culposos, ya se reclame solo a la empresa o también a su aseguradora (por ejemplo, [STSJ de Navarra 126/2021, de 29 de abril](#) –muy interesante esta sentencia, porque evidencia la práctica de las aseguradoras de incluir en las pólizas de seguro cláusulas excluyentes de responsabilidad en el ámbito de los riesgos psicosociales–), como de recargo de prestaciones ex [artículo 164 de la LGSS](#) (por ejemplo, [ATS de 10 de febrero de 2021, rec. 1017/2020](#)).

**5. Un nuevo reto para la gestión del trabajo a efectos de salud: prevenir el estrés laboral de género, en especial el relacionado con el factor «conflicto trabajo/familia».** Es tiempo de poner fin a este estudio preliminar, dando «voz» directa y en primera persona a las «plumas», de reconocida solvencia, sobre las que se articula este análisis monográfico del estado del arte interpretativo jurisdiccional en materia de riesgos psicosociales relacionados con el trabajo. Pero conviene hacerlo con una mínima referencia a una nueva faceta de la gestión psicosocial que, reflejada por el [anexo \(apdo. 4\) del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre](#), sobre los planes de igualdad, y por los artículos [4.4](#) y [8.3](#) de la [Ley 10/2021](#), hoy debe tener un marcado protagonismo en los sistemas de gestión de la seguridad y salud en el trabajo, en general, y psicosocial, de una forma particular: la perspectiva de género. Una perspectiva de gestión de la salud psicosocial en el trabajo que se integraría igualmente en un enfoque más amplio de gestión de la diversidad, según ya se apuntó (y ahora refuerza, en el ámbito del teletrabajo, el [art. 16 Ley 10/2021](#), al incluir expresamente, junto a los factores psicosociales y organizativos, el de «accesibilidad del entorno laboral», lo que exige atender la especificidad de las distintas personas y colectivos).

Sorprendentemente, si bien nadie duda (es un imperativo normativo multinivel, como ahora deja claro el [Convenio 190 OIT](#)) de la dimensión de género de la violencia y el acoso en el entorno laboral (el [proyecto de Ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual](#) refuerza esta dimensión cuando tiene un componente sexual), muy diferente es la situación respecto del denominado «estrés laboral de género». Esto es, los desequilibrios demanda/control/apoyo que derivan de los conflictos laborales relacionados con el reparto

(vertical y horizontal) sexista del trabajo y de las condiciones de su prestación y que, por su gran entidad, son susceptibles de provocar daños a la salud, en especial de las mujeres, en función de tales factores específicos de riesgo psicosocial (que no se agota en la violencia laboral de género). Aunque no únicos<sup>13</sup>, sí que adquieren especial significación, por su entidad, los relacionados con el «conflicto psicosocial de género» por antonomasia: el conflicto «trabajo (productivo)/familia (trabajo reproductivo)». Por lo general agotados en su dimensión de gestión laboral ex artículos 34.8 y 37.5 y 6 del ET, suele quedar ausente esta dimensión de gestión de salud psicosocial (un ejemplo es la citada [STSJ de La Rioja 59/2021, de 7 de mayo](#) –prescinde por completo de la circunstancia de que la jefa de tienda estresada tenía reducción de jornada por guarda legal en una plantilla a su cargo de 24 personas con 16 mujeres y 8 hombres, 4 con reducción por la misma causa, ningún hombre–).

No obstante, si bien de forma difusa y deslocalizada (vertiente reparadora), crecientes decisiones judiciales empiezan a valorar el impacto psicosocial de este conflicto (cuya dimensión constitucional es una y otra vez reconocida por el TC, últimamente [STC 119/2021, de 31 de mayo](#), lo que significa que sigue habiendo decisiones judiciales que la ignoran), incluyendo como daños personales a indemnizar, ex artículos 139 y/o 183 de la LRJS, derivados de la desatención por la empresa de las razones de conciliación de la vida laboral y personal, sobre todo ex [artículo 34.8 del ET](#), los estados de ansiedad (reflejados en ocasiones en bajas laborales –daños biológicos, pues–) creados por una gestión inadecuada empresarial. Los propios convenios colectivos tratan cada vez más de vincular la gestión de este «conflicto trabajo/familia» desde una perspectiva propia de salud laboral. Fuera de la cuestión de la desconexión digital, sería el caso, por ejemplo, del artículo 58 D del convenio colectivo de *contact center* que incluye el deber de evaluar los factores psicosociales y de organización relacionados con horarios y turnos de trabajo que interfieran negativamente en la vida familiar.

Y ello, aunque su interpretación judicial no sea siempre la adecuada, infravalorando, de nuevo, esta dimensión preventiva (y constitucional). Así sucedería con la [STSJ de Asturias 750/2021, de 30 de marzo](#). Pese a reconocer que la negativa empresarial a facilitar las razones de conciliación de la trabajadora vulnera el derecho subjetivo del [artículo 34.8 del ET](#), niega la indemnización (exige prueba de los perjuicios<sup>14</sup>), no admitiendo que haya

<sup>13</sup> No entramos aquí, aunque será un importante tema de futuro, una vez sea de aplicación el artículo 1 del [Convenio 190 OIT](#), en si la discriminación retributiva continuada por razón de sexo, negándose la empresa a la equiparación con los hombres que ejercen un trabajo de igual valor en su empresa, pese a ser reclamado, puede constituir un supuesto de «violencia económica de género». Se añadiría, así, un enfoque nuevo a la lucha contra la brecha retributiva de género (la constata, por ejemplo, la [STSJ de Madrid 492/2021, de 21 de mayo](#)).

<sup>14</sup> Los presume, en cambio, por la violación de derechos fundamentales inherente al incumplimiento del [artículo 34.8 del ET](#), la bien fundamentada [STSJ de Galicia de 25 de mayo de 2021 \(rec. 335/2021\)](#).

vulneración de derechos fundamentales (pese a ser inherente al derecho del [art. 34.8 ET](#)), ni tampoco a la norma convencional a estos efectos<sup>15</sup>.

Los conflictos no son solo individuales, sino también grupales y colectivos, en especial cuando las demandas de adaptación de jornada con cambio de turnos de trabajo, por razones de conciliación, se extienden y «masifican» en una empresa, creándose problemas no solo entre las razones de conciliación de las personas trabajadoras y las razones organizativas de empresa, sino incluso entre las razones de conciliación de las diferentes personas trabajadoras. En este sentido, de especial interés es la [STSJ de Andalucía/Granada 697/2021, de 25 de marzo](#). En ella se da validez a un acuerdo colectivo de empresa novatorio del sistema de rotación de turnos, con una clara reducción del número de personas que pueden disfrutar de elección de turno solo de mañana por razones de guarda legal, a fin de equilibrar el interés de conciliación de la vida laboral y familiar de este grupo con el del resto, adoptando medidas organizativas que reduzcan sus riesgos psicosociales. En suma, un nuevo tiempo socioeconómico, nuevos conflictos, tanto individuales como grupales, nuevos desafíos de gestión de personas en aras del bienestar.

---

<sup>15</sup> La [STSJ de Andalucía/Sevilla 769/2018, de 7 de marzo](#), sí utilizó la norma convencional (art. 61 convenio de este sector –*contact center*–) para reforzar el deber de la empresa de evaluar los factores de riesgo psicosocial, cuya inobservancia fue sancionada.

## Nuevo reto de la gestión de riesgos psicosociales: el deber de evaluar los tiempos de disponibilidad (*offline, online*), aun no siendo de trabajo

Comentario a la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 2021, asunto C-344/19](#)

**Estefanía González Cobaleda**

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universidad de Jaén*

*Investigadora permanente del Observatorio Andaluz de Riesgos Psicosociales.*

*Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales (IAPRL)*

### Extracto

La dimensión conflictiva en la gestión del tiempo de trabajo no es un aspecto novedoso; sí lo es el tratamiento sobre los efectos en el plano de la salud psicosocial de las personas, como así aporta la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 2021, asunto C-344/19. En efecto, se trata de una vertiente diferente a los aspectos más clásicos de la gestión de los tiempos de disponibilidad, pasando a un enfoque de gestión preventiva de los factores de riesgo psicosocial con el fin de lograr un bienestar personal y social de las personas trabajadoras.

**Palabras clave:** tiempos de trabajo y de descanso; factores de riesgo psicosocial; carga psicosocial; desconexión del trabajo; bienestar personal y social de las personas trabajadoras.

**Cómo citar:** González Cobaleda, Estefanía. (2021). Nuevo reto de la gestión de riesgos psicosociales: el deber de evaluar los tiempos de disponibilidad (*offline, online*), aun no siendo de trabajo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 2021, asunto C-344/19. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 461-462, 187-199.

# New challenge of psychosocial risk management: the duty to assess availability times (offline, online), even when not at work

Commentary on the Ruling of the Court of Justice of the European Union of 9 March 2021, case C-344/19

Estefanía González Cobaleda

## Abstract

The conflictive dimension in the management of working time is not a new aspect; it is the treatment of the effects on the psychosocial health of people, as provided by the Judgment of the Court of Justice of the European Union of 9 March 2021, case C-344/19. In effect, it is a different approach to the classic aspects of the management of work times, moving to a preventive management approach of psychosocial risk factors in order to achieve personal and social well-being of workers.

**Keywords:** working times and rest time; psychosocial risk factors; psychosocial burden; disconnection from work; personal and social well-being of working people.

**Citation:** González Cobaleda, Estefanía. (2021). New challenge of psychosocial risk management: the duty to assess availability times (offline, online), even when not at work. Commentary on the Ruling of the Court of Justice of the European Union of 9 March 2021, case C-344/19. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 461-462, 187-199.

## 1. Marco normativo: dualidad de valoraciones del tiempo de disponibilidad al interés productivo a efectos retributivos y a efectos de salud

Es conocida la íntima relación de la regulación comunitaria laboral del tiempo de trabajo, y de los tiempos de descanso, con las cuestiones de seguridad y salud en el trabajo, como recuerda continuamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en las más diversas situaciones. Por ejemplo, así lo pone de relieve la Sentencia del TJUE (STJUE) de 25 de junio de 2020 (asuntos acumulados C-762/18 y C-37/19), que reitera la doble finalidad de descanso efectivo y goce de ocio real de periodos como el relativo al derecho a las vacaciones retribuidas (en ese asunto confirma que el periodo entre la fecha del despido ilícito y la fecha de la readmisión a raíz de la anulación judicial debe asimilarse a un periodo de trabajo efectivo a fin de determinar el derecho a vacaciones anuales retribuidas; en España, aplica esta doctrina la Sentencia del Tribunal Supremo –STS– 513/2021, de 11 de mayo). O, respecto al registro de la jornada diaria, la STJUE de 14 de mayo de 2019 (C-55/18), que convirtió un tema de legalidad ordinaria (si había o no obligación de regular un registro de jornada –hoy art. 34.9 Estatuto de los Trabajadores [ET]–), en otro de derechos sociales fundamentales (art. 31 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea –CDFUE–).

Esta dimensión esencial de salubridad del régimen del tiempo de trabajo y de descanso la encontramos por doquier y bajo los aspectos más dispares. Sería el caso de la Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) 104/2021, de 10 de mayo, que reprueba a una empresa de *contact center* que prohíba registrar pausas que no se prevean expresamente en el sistema, dada la exigencia de conexión digital permanente, aun tratándose de realizar exigencias fisiológicas, pues con ello se vulneraría tanto la dignidad de la persona como su salud (además de ser una discriminación indirecta por razón de edad). Desde esta perspectiva de salud, pero ahora no fisiológica sino mental o psicosocial, una de las noticias más significativas antes del verano, como es la de que el Grupo Telefónica implantará la semana de 4 días de trabajo y 3 de descanso de forma voluntaria, a partir del próximo mes de octubre, se presenta como integrante del actual movimiento de muchas empresas a favor de políticas de cuidado de la salud mental, cada vez más en el centro de las políticas –al menos de los discursos– empresariales (por ejemplo, la eliminación de horarios rígidos de entrada y salida, o el ofrecer jornadas intensivas, no solo en verano). De este modo, se ayuda a la conciliación de la vida laboral y familiar, ofreciendo soluciones más aptas –como razona el profesor Molina en su estudio preliminar– al «conflicto trabajo-familia», factor psicosocial de creciente relevancia (de riesgo o malestar cuando no se ordena adecuadamente, o de protección o bienestar cuando sí).

Ahora bien, dejando de lado la «letra pequeña» de la reducción de jornada a 32 horas, sobre la que luego se volverá, no solo la reducción del 20 % del salario, sino también la exigencia de mayor conexión digital por necesidades de empresa al disponer de 1 día más de descanso, no menos cierto es que, en la práctica, la mayor parte de los –constantes y crecientes– conflictos vinculados al tiempo de trabajo tienen que ver con un enfoque remuneratorio (retribución, bien como jornada ordinaria, bien extraordinaria). Claros ejemplos son los casos en los que se apela al derecho a vacaciones anuales para exigir una retribución equivalente a la ordinaria. La propia [STJUE de 25 de junio de 2020 \(asuntos acumulados C-762/18 y C-37/19\)](#) termina reconociendo que el artículo 7.2 de la [Directiva 2003/88](#) requiere una compensación financiera por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas en tal periodo. Como a nadie queda oculto que la lucha por el registro horario lo era realmente para la emergencia de las millonarias horas extras en España sin retribuir, más que para una garantía efectiva de los tiempos de descanso ([STS 582/2021, de 27 de mayo](#), que avala el uso del registro para descontar de la retribución el tiempo de retraso en la incorporación al puesto). Un enfoque de gestión retributiva presente también cuando se llevan ante los tribunales los «tiempos de disponibilidad» al servicio de las razones de empresa, aunque no se trate de tiempos de «trabajo efectivo» en sentido estricto, sino, por ejemplo, de guardias no presenciales.

Para ello se esgrime la concepción binaria (frente a la ternaria de la tradición nacional –como el [art. 8 RD 1561/1995, de 21 de septiembre](#), de jornadas especiales: tiempo de trabajo efectivo, tiempo de presencia, tiempo de descanso–) del tiempo impuesta por el derecho de la Unión Europea: o es «tiempo de trabajo» (tiempo dirigido por la satisfacción de las razones e intereses de empresa) o, al contrario, es «tiempo de descanso» (autodeterminado). No hay más. La realidad, sin embargo, evidencia una mayor complejidad y, por tanto, una alta conflictividad. Por ejemplo, la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia \(STSJ\) de Cataluña 639/2021, de 3 de febrero](#), aplicando la [doctrina Matzak](#), considera que no todo el tiempo de presencia de una persona empleada al cuidado de otra persona cliente (enferma de alzhéimer) en el lugar de trabajo, convertido en domicilio de aquella al pernoctar en él, es tiempo de trabajo:

Así [...] lo que se pacta es la pernocta [...] 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. Como en el caso que nos ocupa, la simple pernocta en el domicilio del cabeza de familia no veta o impide la facultad del trabajador para organizar de forma autónoma su tiempo para atender sus asuntos particulares, con derecho efectivo a la desconexión, durante parte de su presencia en el domicilio familiar (FJ 2.º).

En el caso se pretendía percibir remuneración por las 24 horas de cada jornada de prestación de servicios, durante 16 horas cada día u 80 semanales. Pero allí donde no existe disponibilidad inmediata para la prestación, aun permaneciendo en el lugar de prestación de

servicios, que es también su domicilio habitual por el pacto de pernocta, no hay obligación de remuneración. En cambio, para la [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 8 de octubre de 2018 \(rec. 1361/2018\)](#), aplicando analógicamente la doctrina sobre guardias localizadas en el domicilio pendientes de llamada (si bien la [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 25 de enero de 2021, rec. 1131/2020](#), rechaza que sea tiempo de trabajo si la inobservancia del tiempo máximo de respuesta –30 minutos– no es objeto de sanción), sí ha de considerarse como tiempo de trabajo la jornada presencial realizada por la empleada y cuidadora. Y ello aunque no haya intervención directa, e incluso si está «durmiendo o realizando actividades estrictamente personales, pues evidentemente sobre ella durante todo ese tiempo recaía la obligación de atender sin solución de continuidad a los requerimientos laborales que se la realizasen». Cosa distinta es si la retribución debe ser la misma para todas esas horas o puede ser retribución más reducida, como permite el TJUE ([doctrina Tyco](#)). Pero esa sería una cuestión retributiva, ajena a la [Directiva sobre el tiempo de trabajo](#) y, por lo tanto, ajena a la decisión jurisdiccional, siendo la ley o el convenio colectivo la fuente que debe fijarla. Ahora bien, ¿es esta perspectiva la única a valorar cuando nos encontramos en tales situaciones?

No parece. La distribución de los tiempos de vida y de trabajo incide de lleno en la salud y en la seguridad de las personas, conformándose la autonomía sobre el tiempo de prestación de servicios, no solo su prolongación e intensidad, como uno de los factores de riesgo psicosocial más relevantes, según reconocen de forma unánime todos los métodos de evaluación de riesgos de esta naturaleza ([NTP 926/2012. Factores psicosociales: metodología de evaluación](#)). En este sentido, los artículos 5.1 y 6 de la [Directiva 89/391/CEE](#), del Consejo, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de las personas trabajadoras (Directiva-marco), y sus correlativos nacionales ([arts. 14 a 17 Ley de prevención de riesgos laborales –LPRL–](#)) dejan bien claro que las empresas están obligadas a evaluar y prevenir los factores de riesgo para la seguridad y salud de las personas trabajadoras derivados del entero entorno laboral (Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de [15 de noviembre de 2001, asunto C-49/00](#), apdos. 12 y 13, y de [14 de junio de 2007, asunto C-127/05](#), apdo. 41).

¿Significa, entonces, que los periodos de tiempo considerados como de disponibilidad, aun sin calificarse como tiempos de trabajo, deberán evaluarse como factores de riesgo para la salud psicosocial, a efectos de la gestión preventiva ex [Directiva 391/1989](#), pese a ser tiempo de descanso a efectos de gestión retributivo-laboral ex artículo 2 de la [Directiva 2003/88](#)? Sin duda, se abre una nueva dimensión conflictiva en la gestión del tiempo de trabajo, cuyo reduccionismo dicotómico ya ha sido criticado, pero desde perspectivas estrictamente laborales diferente (por ejemplo, en el número de julio, [por el magistrado González de Rivera](#), que lo opuso a la noción acotada por la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales, haciendo referencia a esta sentencia desde ese plano). Aquí afrontamos una vertiente bien diferente, a raíz de varias sentencias del TJUE que merece la pena analizar desde este enfoque de gestión preventiva de los tiempos de disponibilidad no de trabajo, tanto en los sistemas de trabajo más tradicionales (*offline*) como en los digitalizados, como el trabajo en plataformas (*online*).

## 2. Los casos controvertidos: síntesis del relato de hechos relevantes

El [asunto C-344/19](#) se sintetiza así. Durante 7 años, un técnico especialista prestó servicios en centros de radiodifusión alejados de su domicilio. Las dificultades para acceder a ellos obligaban a residir en las inmediaciones de esos lugares. Por eso, la empresa acondicionó, en las propias instalaciones de esos dos centros de transmisión, la residencia de este y de otro técnico, ambos presentes simultáneamente. Tras desarrollar el trabajo podían descansar en la sala de estar o relajarse en las proximidades. Su trabajo se realizaba por franjas horarias, uno trabajaba entre las 6:00 y las 18:00 y el otro entre mediodía y medianoche. El trabajo en esta franja, que implica parte de nocturnidad, exigía la presencia en el lugar de trabajo durante 6 horas.

La retribución se diferenciaba según el trabajo disponibilidad presencial y no presencial. Durante este último periodo, podía abandonar el centro, pero debía estar localizable en caso de llamada y, de ser necesario, presentarse en 1 hora, salvo actividades urgentes, a realizar de inmediato, mientras que las restantes podían realizarse al día siguiente. Por este periodo de guardia no presencial, la empresa abonaba una compensación equivalente al 20% del salario base, salvo que debiera intervenir, tiempo que sí se contabilizaba y remuneraba como tiempo de trabajo. La persona trabajadora reclamó que las horas durante las que debía prestar guardias bajo el régimen de disponibilidad no presencial se le abonaran como horas extraordinarias, porque, *de facto*, debía pasar casi todo el tiempo en el centro. Dado lo alejado del lugar, apenas tenía posibilidad de realizar actividades de ocio, permaneciendo en las instalaciones de los centros de transmisión. Asimismo, habría realizado varios turnos de trabajo de más de 1 día, derivando en un exceso de periodos de guardia en régimen de disponibilidad no presencial.

Presentado recurso judicial de índole retributiva, será desestimado en primera y en segunda instancia. En casación, el TS eslovaco planteará cuestión prejudicial. Sus dudas de calificación tienen que ver más con el impacto de las circunstancias del entorno en que se realiza el servicio: las características geográficas de la estación de radiodifusión hacen imposible, o muy difícil, volver a diario al domicilio, además de reducir notablemente las posibilidades de tiempo libre y ocio, así como de atención a sus intereses, respecto de las que tendría de poder regresar a su domicilio y desconectar realmente.

En el [asunto C-580/19](#) (resuelto el mismo día que el anterior), no se trataba de un periodo de disponibilidad no presencial en un lugar remoto, como el anterior, sino de disponibilidad en un lugar no fijado por la empresa, pero con llamamientos recurrentes al servicio (servicio de bomberos) que restringen su elección de paradero y sus posibilidades de autodeterminación para satisfacer sus intereses personales y sociales: cuando prestan «servicios de intervención» («BvE»), debe presentarse de forma inmediata en uniforme y vehículo de servicio, máximo 20 minutos, contando con los derechos de preferencia de circulación que le asisten.

Durante la semana, el servicio «BvE» se presta entre las 17:00 y las 7:00 del día siguiente. Los fines de semana abarca desde las 17:00 del viernes hasta las 7:00 del lunes. Una semana de 42 horas de trabajo puede ir seguida de tal servicio durante el fin de semana (entre 10 y 15 fines de semana al año). Entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de diciembre de 2015, prestó el servicio «BvE» 126 veces y hubo de atender a avisos o intervenir en 20 ocasiones. Solicitado que se le reconociese ese servicio «BvE» como tiempo de trabajo y se le retribuyese como tal, la empresa lo rechazó, siendo demandada. El órgano judicial alemán planteó cuestión prejudicial, por entender que este tipo de servicios restringen seriamente el tiempo libre.

### 3. Breviario de razonamientos jurídicos para la decisión: relevancia del concepto jurídico-preventivo de «carga psicosocial recurrente» en el derecho de la Unión

En ambos casos, el TJUE conduce una doble argumentación. Una muy enrevesada, relativa al tema central, si las dos situaciones de guardia de disponibilidad no presencial, pero netamente restrictivas de la autodeterminación de vida personal, son calificables de tiempo de trabajo o, en caso contrario, de tiempo de descanso. No es esta dimensión de la doctrina jurisprudencial comunitaria la que nos interesa, siendo ampliamente comentada y conocida. Al respecto, sabido es que el TJUE ofrece razones para una calificación (como tiempo de trabajo) y la contraria (como tiempo de descanso), remitiendo a «una apreciación global de todas las circunstancias del caso», a fin de determinar si las limitaciones derivadas para las personas trabajadoras afectan de forma objetiva y «considerable a su capacidad para administrar libremente, en ese mismo periodo, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicarlo a sus propios intereses». Ni el hecho de que el entorno inmediato del lugar en cuestión sea poco propicio para el ocio carece de pertinencia a efectos de dicha apreciación, ni el uso de derechos preferentes de circulación viaria tampoco.

Consciente el TJUE tanto de las dificultades de la calificación final como de la notable ambigüedad de sus criterios, adopta una perspectiva innovadora y reconduce la cuestión por la senda de la gestión preventiva de los factores de riesgo psicosocial, sumándola a la clásica, a la de gestión retributivo-laboral de los periodos de disponibilidad. En la decisión del citado [asunto C-580/19](#) remite, a tal fin, a los razonamientos expuestos en la [sentencia del asunto C-344/19](#). Al respecto, partiendo de la obligación empresarial de evaluar todos los factores derivados del entorno laboral, incluyendo los relativos a los de naturaleza psicosocial, entre los que destacan «el estrés o el agotamiento profesional» (apdo. 62), asume el criterio de la Comisión Europea, según el cual los tiempos de disponibilidad, aunque no constituyan tiempo de trabajo a efectos del artículo 2.1 de la [Directiva 2003/88/CE](#), deben incluirse en esa obligación preventiva, porque de ellos se deriva algún tipo de obligaciones profesionales y, por tanto, «en esa estricta medida, forman parte de su entorno laboral, entendido en sentido amplio» (apdo. 63).

De este modo, el TJUE reclama la atención sobre la necesidad de atender a un concepto netamente preventivo, como es el que denomina «carga psicosocial recurrente» para la persona trabajadora. Su relevancia para la gestión preventiva de riesgos se asegura incluso si se trata de una carga psicosocial «de baja intensidad». No bastaría con atender a la extensión de jornada, su prolongación, su intensidad, sino que debe atenderse igualmente al modo y al entorno en que se lleva a cabo: duración de guardias, alta frecuencia, nocturnidad o no, entorno del centro...

Consecuentemente, a resultados de esta evaluación del conjunto de factores de entorno laboral, que no solo atiende al centro mismo, sino a sus condiciones ambientales y relacionales (art. 6 [Directiva 391/89](#); [art. 15.1 d\) LPRL](#)):

[...] puede resultar muy difícil, en la práctica, que este [persona trabajadora] se evada completamente de su entorno laboral durante un número suficiente de horas consecutivas que le permita neutralizar los efectos del trabajo sobre su seguridad y su salud [...] (apdo. 64).

Si, en los términos del profesor Molina en su [estudio preliminar](#), convertimos la garantía de «evasión completa del entorno laboral» en un concepto más conocido, y hoy de más difusión, como garantía del «derecho a gozar de un periodo de desconexión del trabajo real, efectiva» (se trate o no de trabajos en línea o entornos digitalizados), la obligación de protección eficaz frente a los riesgos psicosociales en que tal garantía se incluye se traduce en una regla de prohibición. El TJUE la formula así:

[...] los empresarios no pueden introducir periodos de guardia [o cualquier otro tipo de periodo de disponibilidad] tan largos o frecuentes que constituyan un riesgo para la seguridad o la salud [...] con independencia de que [...] se califiquen de «periodos de descanso» [...]. Corresponde a los Estados [...] definir, en su ordenamiento jurídico nacional, las modalidades de aplicación de esta obligación (apdo. 65).

## 4. Trascendencia de la doctrina jurisprudencial más allá de los casos: la reafirmación de la dimensión organizativa de los riesgos psicosociales

### 4.1. La gestión de riesgos psicosociales no es una cuestión de psicología solo, sino más bien de organización del trabajo, mejorando condiciones y entornos laborales

Aunque la práctica totalidad de los comentarios de estas dos sentencias del TJUE se centran en los aspectos clásicos de la gestión de los tiempos de disponibilidad, su calificación jurídica como tiempos de trabajo (a efectos retributivos y de límites en aras de la garantía de

la salud) o como tiempos de descanso, evidenciando sus ambigüedades, su principal interés residiría en la otra perspectiva de gestión de los tiempos de disponibilidad que asume, mucho más innovadora, la relativa a la evaluación de la carga psicosocial que representan, a efectos de una protección más eficaz de la salud de las personas trabajadoras. De ahí que, como bien recuerda el profesor Molina en su [estudio preliminar](#), estas sentencias, en especial la dictada en el [asunto C-344/19](#), no solo tienen el valor de reafirmar la obligatoriedad jurídica para las empresas de la gestión de riesgos psicosociales, «revalorizando la técnica de la evaluación de riesgos» (cuestionada por la patronal europea), sino también el de «abrir nuevas dimensiones» a la misma.

Desde este enfoque más atento a la revalorización-renovación de contenidos de la gestión integral de los riesgos psicosociales, se pone énfasis más en los factores de riesgo-bienestar psicosocial que en los riesgos mismos (aunque se mencionan, a título de ejemplo, como el estrés, el agotamiento), lo que no suele suceder en el ámbito jurisdiccional, primando la prevención primaria. Asimismo, y esto nos parece muy relevante, como también se apunta en el [estudio](#) que precede estos comentarios, deja bien claro que la gestión de riesgos psicosociales tiene que ver con las vivencias personales, por supuesto, pero no desde un punto de vista individual solo, sino eminentemente organizacional. Los factores de riesgo psicosocial se asocian aquí no, como se cree a menudo, a factores estrictamente personales o a relaciones interpersonales (lo que es muy frecuente en el ámbito de la gestión de la violencia psíquica y el acoso como riesgos de esta índole psicosocial), sino eminentemente organizativos (con esta doble dimensión psicosocial y de organización aparecen, por ejemplo, en el art. 16 [Ley 10/2021, de 9 de julio](#), de trabajo a distancia) y de entorno ([art. 15 LPRL](#)).

Se reclama, pues, una visión gestora compleja y heterogénea, donde se integren un conjunto de variables y factores relacionados no solo con la actividad profesional y sus condiciones contractuales de trabajo, sino también con las condiciones del entorno, en sentido amplio. En consecuencia, el TJUE promueve, incluso exige, un enfoque de gestión más dirigido al objetivo de alcanzar un bienestar personal y social de las personas trabajadoras, unas condiciones típicas de calidad de vida, no solo de trabajo, que la más tradicional perspectiva de seguridad e higiene en el trabajo de evitar la producción de accidentes y enfermedades profesionales. Esta visión resulta coherente con el concepto amplio de salud acogido por la OMS, como ahora ponen en valor algunas doctrinas de suplicación social (por ejemplo, [STSJ de Canarias/Las Palmas 1219/2020, de 30 de octubre](#) –pese a referirse a cuestiones de violencia psíquica y sus protocolos de gestión, reclama un enfoque típicamente integral, de gestión psicosocial, como exige el [Convenio 190 OIT](#), que anticipa–).

Más allá, incluso antes, de la cuestión de la calificación de los tiempos de vida y de trabajo como «laborales» o «de descanso», el TJUE requiere de una intervención necesaria para afrontar los factores de riesgo psicosocial de carácter integral, no solo sobre todos los factores que puedan generar peligro para la seguridad y salud de las personas trabajadoras, sino también en relación con los que, atendiendo al contexto organizacional y de entorno, también las relaciones interpersonales, tienen influencia en el grado de bienestar personal. La garantía de un nivel

óptimo en la prevención de estos riesgos psicosociales exige evitar atenderlos de una forma separada, organización del trabajo y factores ambientales, para postular su valoración unitaria. Así se fija en el principio de acción preventiva formalizado en el [artículo 15.1 g\) de la LPRL](#).

No cabe duda de que, con esta jurisprudencia, se consolida una nueva manera de atender a los imperativos de gestión de las relaciones de trabajo, no solo como productivas, sino también de índole social, valorando sus efectos en el plano de la salud y el bienestar de las personas. Si los tiempos de disponibilidad, aun no considerados laborales, generan obligaciones de diligencia profesional (por ejemplo, la [STS 289/2021, de 10 de marzo](#), concluye que no cabe consumir, ni moderadamente, alcohol o cannabis durante una guardia localizable, pese a no ser tiempo de trabajo, asumiendo un poder disciplinario empresarial en tal caso, pero sin reparar en la faceta perspectiva que al mismo tiempo debería tener), deben igualmente tenerse en cuenta a efectos de una protección integral del bienestar de las personas, pues inciden en él notablemente. Una perspectiva de gestión de bienestar o salud integral que, quizás, podría proyectar una valoración diferente en situaciones extendidas.

Por ejemplo, la valorada por la [STSJ de Baleares 172/2019, de 24 de mayo](#). En esta decisión, con un asunto que recuerda al resuelto por la [STJUE de 9 de marzo de 2021](#), se excluye que todo el tiempo de permanencia de un trabajador, vigilante de áreas marinas, en el lugar de trabajo sea tiempo de trabajo, pese a verse obligado a permanecer en él no por decisión de la empresa, sino por las dificultades de movilidad, teniendo la residencia en una estancia del centro de trabajo (Parque Nacional de la Isla de Cabrera). La mera disponibilidad de opciones telefónicas o digitales de gestión de asuntos propios sería suficiente para descartar que esos tiempos sean de trabajo, para la sala balear. Pero ¿si son recurrentes y prolongados no terminarán afectando a su salud psicosocial? ¿No deben evaluar este tipo de situaciones las empresas?

O, por ejemplo, la situación afrontada por la citada [STSJ de Cataluña 639/2021, de 3 de febrero](#) (y otras igualmente referidas), en la que se valoran formas de prestación de servicios con una disponibilidad elevada, así como con altas cargas psicosociales y emocionales, como el cuidar de personas enfermas y/o dependientes. La atención a la salud mental de las personas cuidadoras no se plantea solo en el ámbito sanitario y/o residencial (muy interesante la [actualidad](#) incluida en este número y a cargo de la profesora Margarita Miñarro, relativa a la huella psicosocial de la COVID-19 en ciertos colectivos de personas trabajadoras), sino también, y esto a veces queda más relegado, también porque es mucho más difícil de gestionar, cuando se trata de personas trabajadoras a domicilio (la mayoría mujeres).

## 4.2. La dilución de fronteras entre tiempo de trabajo y de no trabajo a efectos de la garantía efectiva de desconexión (*offline* y *online*) laboral

Aunque sin pretender ser exhaustiva en los recorridos por los impactos innovadores de la doctrina comunitaria comentada, no podemos terminar este análisis sin referirnos a otros

aspectos de gran relevancia y en parte ya apuntados (también en el [estudio preliminar](#) del profesor Molina). Me refiero al nuevo impulso que recibiría la «garantía de desconexión laboral efectiva».

En última instancia, el TJUE quiere mostrar una defensa real, de efecto útil, al derecho de toda persona trabajadora a que se le garantice un tiempo de desconexión laboral efectivo, no ya solo formal, lo que, con la proliferación de los tiempos de disponibilidad, aun no laborales, pero tampoco propiamente de descanso (sí formalmente, en el plano jurídico-laboral), quedaría en entredicho (en términos de salud laboral). Una garantía<sup>1</sup> que debe asegurarse tanto cuando se trata de entornos digitales (arts. [88 Ley orgánica de protección de datos y garantía de los derechos digitales](#) –LOPDGDD– y [18 Ley 10/2021, de 9 de julio](#)) como en los tradicionales (*offline*). Justamente, en relación con los primeros (que no son los contemplados por la doctrina del TJUE, pero, sin duda, en ellos tendrá una especial afectación también), ya se tuvo ocasión de analizar ([monográfico de junio/2021](#)), si bien desde otra perspectiva, la netamente laboral, la problemática que generará el reconocimiento como laborales de las relaciones de servicios en plataformas digitales, porque en ellas casi tiene tanta incidencia el tiempo de disponibilidad (conexión a la *app*) como los de prestación de servicios efectivos, cuando no más aquel que estos. Tratándose –[como evidencia el profesor Molina](#)– de un típico «modelo de gestión de estrés laboral», aunque no se considerarán tiempo de trabajo los de conexión a la plataforma (lo que está discutido –[Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 42 de Madrid 347/2020, de 11 de diciembre](#)–), es indudable que esos tiempos deben evaluarse desde la gestión psicosocial, a fin de prohibir usos insalubres, incluso si no son abusivos desde el punto de vista laboral.

Por lo mismo, la radical distinción que establece cierta doctrina judicial, que descarta toda garantía del derecho a la desconexión (digital) si los tiempos de disponibilidad de la persona (en este caso, *formativos* y *online*) no se producen en tiempos de descanso en sentido laboral (dado que la garantía del [art. 88 LOPDGDD](#) presupondría que la disponibilidad exigida por la empresa, pero prohibida por la ley, fuese en tiempo de descanso en sentido laboral), también pareciera necesitar matización. Para la citada [STSJ de Madrid 962/2020, de 4 de noviembre](#):

[...] no afecta al derecho a la desconexión digital (por tanto, a la intimidad personal y familiar) el que la empresa ordene la realización de trabajo efectivo y retribuido fuera del horario normal, porque entonces ya no hablamos de tiempo de descanso, sino [...] de trabajo (FJ 3.º).

<sup>1</sup> Definida judicialmente como el derecho a «mantener inactivos sus dispositivos o medios de comunicación, de manera que no reciba mensajes de la empresa o de sus compañeros de trabajo por razones laborales» ([STSJ de Madrid 962/2020, de 4 de noviembre](#)).

Ahora bien, la gestión psicosocial de los tiempos de vida y de trabajo requiere algo más. De un lado, se necesitará la evaluación de los factores de riesgo psicosocial cuando se trata de usos intensivos de tecnologías digitales en tiempos de trabajo. Se tratará de prevenir el riesgo de la fatiga informática («desconexión o respiro digital intrajornada», lo llama el profesor Molina).

Una política de usos razonables de los dispositivos tecnológicos para prevenir el (nuevo) riesgo de fatiga digital<sup>2</sup> que, por supuesto, iría más allá de la clásica medida de pausas cuando se trata de trabajo con pantallas de visualización de datos (PVD). Aunque, como ha confirmado recientemente el TS, todavía haya empresas, incluso del sector más afectado, como el propio de las personas teleoperadoras (*contact center*), que, en los casos de jornada partida, no computan las fracciones de horas previas al descanso a efectos de generar el derecho a las pausas de PVD. La [STS 581/2021, de 26 de mayo](#), equipara a las personas trabajadoras con jornada partida, a los efectos de sus descansos, con las que prestan servicios a jornada continuada (conforme al art. 54 de su convenio colectivo, pausas de 5 minutos por cada hora de trabajo efectivo, sin que sean acumulativas entre sí). Una vez más recuerda que, tratándose de interpretar una norma de prevención de riesgos laborales, debe estarse al sentido más favorable a su finalidad social: la preservación de la salud, evitando toda eventual alteración a causa del trabajo y su entorno.

De otro lado, la evaluación de factores de riesgo psicosocial será también necesaria cuando, incluso tratándose de periodos de «descanso» en sentido laboral<sup>3</sup>, por no ser de trabajo a efectos del artículo 2 de la [Directiva 2003/88](#), la falta de una desconexión real o

<sup>2</sup> En todo caso, debe recordarse que:

[...] el tiempo de prestación de servicios en régimen de teletrabajo que se añade sobre la jornada presencial (ej.: atendiendo llamadas laborales u otro tipo de trabajo a distancia por correo electrónico u otros sistemas de mensajería o mediante aparatos portátiles conectados a la red) debe ser considerado tiempo de trabajo y adicionarse al tiempo presencial para calcular la jornada realizada [...] ([STSJ de Madrid 628/2020, de 8 de julio](#), FJ 2.º).

<sup>3</sup> No deja de ser interesante la doctrina fijada por la ya citada –a otros efectos, como el deber de registrar las pausas por necesidades fisiológicas, aunque no se prevean en el convenio colectivo– [SAN 104/2021, de 10 de mayo](#), según la cual, en caso de producirse dentro de la jornada prestada en teletrabajo incidentes debidos a desconexiones que impidan la prestación, por ser imprescindibles para la misma, como cortes en el suministro de luz o conexión de internet, ajenos a las personas trabajadoras, la empresa debe computarlos como tiempo efectivo de trabajo, sin que deban recuperar ese tiempo ni sufrir descuento alguno en sus retribuciones. Eso sí, establece una condición:

[...] siempre y cuando se aporte justificación de la empresa suministradora del servicio de que se trate sobre la existencia y duración de la incidencia, por cuanto que dicho pronunciamiento es acorde con el deber del empresario de proporcionar los medios para que la actividad laboral pueda llevarse a cabo [...] (FJ 3.º)

ex [artículo 30 del ET](#), así como por el principio de equiparación entre personas teletrabajadoras y presenciales ex artículo 4.1 de la [Ley 10/2021, de 9 de julio](#).

efectiva (*offline*, *online*) pueda afectar negativamente al bienestar de las personas trabajadoras. En última instancia no debería olvidarse que estamos ante un derecho social fundamental comunitario en virtud del artículo 31.2 de la CDFUE (STJUE de 6 de noviembre de 2018, asuntos acumulados C-569/16 y C-570/16), lo que, sin duda, exige ya superar la visión formalista que lo infravalora, porque:

[...] eso no significa que se trate de un derecho fundamental de los recogidos en la Constitución española, puesto que en esta la limitación del tiempo de trabajo y el derecho al descanso aparecen en el artículo 40.2 dentro de los principios rectores de la política social y económica (STSJ de Madrid 962/2020, de 4 de noviembre, FJ 2.º).

Consecuentemente, el hecho de que en la organización de los tiempos de disponibilidad queden ciertos márgenes para la elección de las personas trabajadoras (gestión personal, cursos de formación *online*, ocio, etc.) no puede infravalorar que, estando en juego normas preventivas de riesgos laborales, la empresa no puede desentenderse del impacto en el bienestar personal de la organización y el entorno de trabajo, aun no tratándose de tiempos de trabajo. Debe llevar a cabo una política de gestión adecuada para evitar no solo daños a la salud, sino el malestar en situaciones solo formalmente de autodeterminación de tiempos de vida, porque realmente no son tales, sino de disposición al servicio de la empresa y en detrimento de su bienestar personal. En suma, la empresa, siendo deudora no solo de seguridad, sino de salubridad, debe atender de cerca igualmente el impacto en el bienestar de las personas de todos los factores de entorno que les afecten e incidan en la carga psicosocial de las personas trabajadoras, no solo laboral.

## Evaluar la carga de trabajo, prevenir el agotamiento profesional: ¿calidad de servicios públicos (justicia, salud, residencias) sin cuidar la salud mental de quienes los prestamos?

Comentario a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 485/2020, de 26 de mayo, y de Madrid 410/2020, de 16 de junio, y 222/2021, de 23 de marzo

**José María Moreno Pérez**

*Abogado  
Profesor asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Jaén*

### Extracto

Uno de los factores de riesgo psicosocial más importantes está constituido por la carga de trabajo. Cuando las personas empleadas se ven sometidas a sobrecargas de trabajo por un tiempo continuado, con reducido control sobre su evolución, se producen situaciones de alta tensión y, a menudo, derivan en episodios de ansiedad y reacciones de estrés laboral. Cuando este desequilibrio entre altas cargas de trabajo y reducido control se cronifica, el riesgo escala hacia estados de agotamiento profesional. Un creciente número de sentencias judiciales han puesto el acento sobre la obligación empresarial de evaluar las cargas de trabajo para evitar el estrés y el agotamiento de sus personas empleadas, incurriendo, en caso contrario, en un claro incumplimiento de prevención de riesgos psicosociales. Este análisis da cuenta del estado del arte interpretativo judicial en esta materia.

**Palabras clave:** riesgos psicosociales; evaluación de riesgos; carga de trabajo; agotamiento profesional; estrés laboral.

**Cómo citar:** Moreno Pérez, José María. (2021). Evaluar la carga de trabajo, prevenir el agotamiento profesional: ¿calidad de servicios públicos (justicia, salud, residencias) sin cuidar la salud mental de quienes los prestamos? Comentario a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 485/2020, de 26 de mayo, y de Madrid 410/2020, de 16 de junio, y 222/2021, de 23 de marzo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 461-462, 200-212.

# Evaluate the workload, prevent burnout: quality of public services (justice, health, residences) without taking care of the mental health of the workers?

Commentary on the Rulings of the High Court of Justice of the Canary Islands/Las Palmas 485/2020, of 26 May, and of Madrid 410/2020, of 16 June, and 222/2021, of 23 March

José María Moreno Pérez

## Abstract

Workload is one of the most important psychosocial risk factors in organizations. Employees subjected to work overloads for a long time are at risk of high stress, leading to episodes of anxiety and work-related stress reactions. When this imbalance, between high workloads and reduced control, is chronic, workers can suffer from situations of professional burnout. A growing number of court cases have emphasized the business obligation to assess workloads to avoid work stress and professional burnout, otherwise incurring in a clear violation of the duty to prevent psychosocial risks at work. This analysis gives an account of the state of the judicial interpretive art in this important issue of occupational health.

**Keywords:** psychosocial risks; risk assessment; workload; burnout; work-related stress.

**Citation:** Moreno Pérez, José María. (2021). Evaluate the workload, prevent burnout: quality of public services (justice, health, residences) without taking care of the mental health of the workers? Commentary on the Rulings of the High Court of Justice of the Canary Islands/Las Palmas 485/2020, of 26 May, and of Madrid 410/2020, of 16 June, and 222/2021, of 23 March. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 461-462, 200-212.

## 1. El marco normativo: regulaciones muy fragmentarias y difusas en busca de más precisión y claridad

El «agotamiento profesional» es, junto al «estrés laboral», uno de esos riesgos psicosociales de los entornos de trabajo expresamente citados por la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 2021, asunto C-344/19](#), que acaba de ser exhaustivamente [analizada por la profesora Estefanía González Cobaleda](#), a fin de recordar la obligación empresarial de incluir los factores que lo generan en la evaluación de riesgos laborales o profesionales. Siendo inequívoca esta obligación preventiva en el plano de la norma, a partir de su reconocimiento comienza un camino plagado de dificultades para llevarla a cabo de forma eficaz en la práctica, conforme al deber de protección establecido en el [artículo 14 de la Ley de prevención de riesgos laborales](#) (LPRL). Primero, porque ni el riesgo psicosocial de agotamiento profesional está nominado, menos aún precisado, en el vigente sistema de gestión preventiva, ni tampoco sus principales factores o agentes, entre ellos la «sobrecarga de trabajo» (física, mental, emocional, psicosocial, etc.). No obstante, el agotamiento profesional, como síndrome de cansancio emocional escalado, que conlleva a una pérdida de motivación y reacciones de estrés que, si se cronifican, suelen progresar hacia sentimientos de fracaso personal y profesional (*burnout* o síndrome del quemado profesional), está [catalogado oficialmente por la OMS](#) como un problema de salud laboral directa y exclusivamente relacionada con el trabajo ([Clasificación internacional de enfermedades: CIE-11](#)).

Al respecto, en el plano científico-técnico, en España también contamos con criterios, reglas o pautas de autoridad interpretativa y aplicativa orientativas de la actividad preventiva en este ámbito, como serían las NTP [704](#) y [705](#), relativas al «síndrome de estar quemado por el trabajo o "*burnout*"» (definición y proceso de generación, consecuencias, evaluación y prevención). Al igual que contamos, desde hace largo tiempo, con NTP sobre factores que inciden en este riesgo, como el relativo a las «cargas de trabajo», [física](#) (intensidad y extensión del esfuerzo) y [mental](#) (carga emocional o psicosocial). La idea central de todas estas guías de buenas prácticas, útiles para delimitar y precisar el alcance de las obligaciones normativas, reside en la necesidad de una mejora de las condiciones de trabajo, a fin de adecuar las exigencias de carga (física y mental) de trabajo a las capacidades normalizadas de las personas que prestan la actividad, sobre todo en el ámbito asistencial, donde tiene mayor prevalencia. No se trata, en suma, de diagnosticar el síndrome (manifestaciones conductuales, actitudinales y psicosomáticas –*vid. Castillo Ramírez, 2001*–) adecuadamente para su calificación a los efectos de la protección de Seguridad Social (que también), sino de primar la prevención de sus factores de riesgo.

Y en esta perspectiva surge una segunda dificultad preventiva. Si este problema de salud en el trabajo suele tener cierta visibilidad ahora ya en las personas prestadoras de ciertos servicios, como los socios sanitarios (servicios públicos de salud, servicios sociales, en especial residenciales, etc.), así como en otros colectivos profesionales que prestan por cuenta ajena su actividad, aún se mantiene en una altísima invisibilidad cuando se trata de prestación de servicios públicos, es decir, de actividad asistencial, en forma autónoma. Pensamos en el sector de la abogacía, al que pertenezco, aunque no sería el único. Si para ciertos servicios asistenciales (como en el caso del personal sanitario, así como del personal de atención a residencias –respecto a esta «huella psicosocial», clarividente e ilustrativo el [análisis de actualidad de este número](#) realizado por la profesora Margarita Miñarro–) la pandemia habría enfatizado un problema ya conocido previamente, para el sector de la abogacía, e incluso para otro tipo de profesiones realizadas de forma autónoma y en el ámbito de la asesoría o consultoría, la pandemia habría tenido el efecto de evidenciarlo. Así lo entiende la profesión en relación con un reciente informe de la asociación Humanizando la Justicia ([Informe Lawyers burnout, 2019](#)), sobre el que volveremos en la parte final del diálogo con la doctrina judicial –y jurisprudencial– que aquí emprendemos.

Desde esta perspectiva relativa a la naturaleza del vínculo jurídico profesional, si en todo caso existe un derecho, como derecho fundamental humano que es, pese a no formalizarse aún como tal ni en la Constitución española ni en la Constitución de la OIT, a la protección eficaz de la integridad personal (física, psíquica y moral), en el marco de políticas de seguridad y salud en el trabajo ([art. 4.3 e\) Estatuto del Trabajo Autónomo](#)), parece claro que es mucho más difícil de articular cuando la prestación no se realiza en virtud de una relación laboral o funcional ([art. 3 LPRL](#)), sino en el marco de una relación profesional «liberal» bajo régimen de autonomía jurídica, como la abogacía. Aunque, honestamente, como vamos a comprobar mediante el análisis judicial, no lo tienen más fácil quienes ejercen la profesión a través de la relación laboral. Y ello pese a la especial referencia que en su marco normativo halla la cuestión preventiva ([art. 5.1 y 3 RD 1331/2006, de 17 de noviembre](#) –relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos–).

En tercer lugar, y finalmente, para no dilatar más este catálogo de dificultades prácticas para hacer realidad la garantía normativa de prevención del agotamiento profesional, hay que evidenciar la complejidad de esta obligación preventiva. No se trata solo de una cuestión técnica, sino también y, sobre todo, organizativa y económico-profesional, en la medida en que uno de los factores de mayor incidencia, como es la carga de trabajo, constituye el núcleo más relevante de la organización y se regula conforme a finalidades diversas (a veces opuestas) a la preventiva (rentabilidad, retribución, ratios de personal). En consecuencia, la gestión de las (sobre)cargas de trabajo tiende a obedecer a regulaciones externas y ajenas al objetivo preventivo.

Piénsese en el sector sanitario (sufren agotamiento el 37 %). Nadie duda de que una reducción de la carga asistencial implicaría, *per se*, una reducción notable del agotamiento

profesional, elevado ya antes de que llegara la pandemia, que la ha exacerbado por las pésimas condiciones de trabajo que tuvieron para afrontarla. Pero esta gestión de salud laboral no depende solo de una correcta evaluación de riesgos, sino de las regulaciones, políticas y presupuestos de los servicios públicos de salud (también de los servicios privados). Del mismo modo, una parte relevante de la sobrecarga de trabajo y agotamiento en las residencias de personas mayores desaparecería con mejores ratios personal/clientela. Sin embargo, de nuevo, esta cuestión no depende de la gestión preventiva, al menos no solo, sino de la adecuada regulación de ratios asistenciales (una competencia autonómica) y la dedicación de los recursos económicos necesarios para garantizar que, luego, sean cumplidas adecuadamente. El conflicto preventivo entre el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y las organizaciones de personas titulares de la carrera judicial ilustra esta complejidad.

En este ámbito de prestación de servicios públicos (Administración de Justicia), la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 483/2019, de 24 de junio, conoció de la demanda de conflicto colectivo presentada por tales organizaciones profesionales contra el citado CGPJ, el Ministerio de Justicia y las comunidades autónomas con competencias transferidas en materia de justicia. Entre otras pretensiones se pedía que fuese reconocido que el CGPJ había «incumplido su obligación, documentada en el Plan de prevención de riesgos laborales de la carrera judicial 2015-2016, de regular la carga de trabajo de jueces/zas y magistrados/as a efectos de salud laboral», manteniendo un sistema de sobrecarga de trabajo creador de riesgos para las personas titulares de la carrera judicial. En consecuencia, se pretendía igualmente que se condenase al CGPJ a la regulación de la carga de trabajo judicial:

[...] a efectos de salud laboral conforme a un criterio de dedicación o rendimiento adecuado para la identificación de los riesgos de carácter psicosocial de las personas integrantes de la carrera judicial y que, además, tenga en cuenta circunstancias personales y del órgano, y ello [...] con carácter independiente [...] a la regulación de la carga de trabajo a otros efectos (retributivo, disciplinario o cualquier otro).

Lamentablemente, el fondo del asunto sigue sin resolverse. El CGPJ derivó el asunto, siendo aceptado por la sentencia de instancia (Audiencia Nacional), hacia cuestiones propias de la competencia jurisdiccional, en la confianza de obtener un pronunciamiento favorable a sus razones –economicistas– en el orden contencioso-administrativo (una dimensión de estrategia procesal presente en otras cuestiones y para otros colectivos de la gestión de riesgos psíquicos en el empleo público, como ha analizado con detalle, a propósito de la STS 487/2021, de 5 de mayo, el profesor Molina en su estudio preliminar). Aunque la Sala Social –por reducida mayoría– del TS corrigió esta errática deriva, reafirmando la plena competencia jurisdiccional social, por tratarse de un tema típico de prevención de riesgos laborales, la prevalencia de la dimensión preventiva sobre la retributiva o económica en la gestión de las cargas de trabajo en el ámbito de la carrera judicial sigue siendo una asignatura pendiente. Sin embargo, en los 2 últimos años, se vienen sucediendo variados conflictos, individuales y colectivos, que vuelven a traer al primer plano de la actualidad, sea por

razones coyunturales (pandemia), como estructurales (déficits asistenciales de buen número de los servicios públicos por falta de las debidas inversiones –incluso por las leyes de austeridad–), esta dimensión de la prevención de riesgos psicosociales y de la salud mental de las personas que prestan tales servicios. De ahí que las traigamos conjuntamente en este diálogo, a fin de dar una imagen más global y coherente del estado del arte judicial en esta materia, tan relevante no solo para hacer fiable el derecho-deber a una protección eficaz de la salud mental de las personas, sino el propio derecho-deber a la calidad asistencial de servicios públicos esenciales.

## 2. Relatos de hechos: breve síntesis de las circunstancias de los casos para su solución jurídica

El asunto judicial colectivo más reciente que ha saltado a la actualidad de la gestión de salud laboral de las cargas de trabajo se ha producido, cómo no, en el ámbito del sector sanitario y en el marco de una controversia más amplia asociada a las condiciones de desprotección preventiva en que se vio obligado el personal sanitario a afrontar la lucha contra la COVID-19 para preservar la salud de la población. Nos referimos a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid 222/2021, de 23 de marzo. Se trata de una demanda de conflicto colectivo, con vulneración de derechos fundamentales, planteada contra la Comunidad Autónoma de Madrid (CAM), en la que, además de pedir el reconocimiento de que la CAM incumplió sus obligaciones preventivas (antes, durante y después de la pandemia), exige un pronunciamiento de hacer, conforme al cual se condene a la CAM a que:

[...] en la elaboración del mapa de riesgos, tras la valoración de puestos de trabajo, se establezca e identifique la metodología, procedimiento y algoritmos que se utilizan [...] referidos a las condiciones laborales, plantilla, jornada y cargas de trabajo al representar estas cuestiones un elemento que supone influencia negativa y significativa en la generación y análisis del riesgo, siendo necesaria la limitación en materia de cupos, tiempos en la atención presencial o no presencial, límites de las agendas, evitando la prolongación de jornada de forma ordinaria y estructural, elementos todos ellos de las condiciones de trabajo que constituyen en su control y conocimiento el necesario y efectivo derecho a la salud e integridad física [...] y que deben ser valorados e informados en el proceso de evaluación de riesgos laborales.

A tal fin, incluso se concreta en la pretensión la regulación de la carga de trabajo asistencial a introducir, mediante la condena judicial, para hacer efectiva esta obligación preventiva. Así:

Que se fijen en la citada valoración de puestos de trabajo los límites de cupos por médico en 1.200 pacientes, y los tiempos de atención en 12 minutos/paciente, con un máximo por agenda diaria de 25 pacientes entre presencia física y no

presencial, durante un periodo máximo de 5 horas, como elementos de calidad de atención a pacientes y garantía de la salud [...].

Como vemos, se trata de un conflicto muy semejante al que se planteó contra el CGPJ por parte de las organizaciones profesionales de las personas titulares de la jurisdicción y enfatiza la dimensión preventiva (psicosocial y física) de la regulación de las cargas de trabajo. Veremos de inmediato la respuesta que dio la sala de suplicación madrileña.

Individual, y no colectivo, aunque bien podría haberlo sido, antes, durante y después de la pandemia, es el conflicto conocido por la [STSJ de Madrid 410/2020, de 16 de junio](#). En este caso, el sector de servicios asistenciales afectado es el de residencias de atención a personas mayores.

En este asunto, el trabajador, gerocultor en una residencia de personas mayores, presenta una demanda de extinción de contrato por la vía del [artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET), al considerar que sufría una triple situación de acoso en un breve lapso de tiempo (críticas a su trabajo reflejadas en la incoación de tres expedientes sancionadores por infracciones no cometidas; imputación de mala atención a una persona residente a la que no estaba tratando; protestar al haberle obligado a trabajar limpiando residentes sin guantes de protección, lo que considera una conducta constitutiva de acoso sistemática), consecuencia de la cual padeció estados de ansiedad, pérdida de autoestima y depresión. Además, considera que es acoso el obligarle a trabajar en condiciones indignas y de notable sobrecarga, haciendo el trabajo de dos personas y sin guantes de protección. Queda probado que, al menos durante un periodo de 6 meses, trabajó en el turno de tarde, con una carga de trabajo que dobla la prevista en la normativa autonómica. Consecuentemente, sumaría a una situación de estrés profesional, esto es, inherente a la actividad desarrollada, otro factor de estrés laboral, esto es, derivado del desequilibrio entre lo que se le demanda y lo que puede razonablemente ofrecer contractualmente, pues ha de realizar un plus de tareas laborales para compensar la situación de carencia de personal, con lo que se agravaría la situación de dificultad en el desempeño de la actividad.

Una situación de carencia de suficiente personal para el desarrollo de la demanda de trabajo comprometida en la relación de prestación de servicios (también públicos), a la que se sumaría un significativo déficit organizativo, que hallaríamos también en el asunto conocido por la [STSJ de Canarias/Las Palmas 485/2020, de 26 de mayo](#), relativa a un procedimiento de calificación de contingencia planteado por una abogada que prestaba servicios como personal laboral indefinido en servicio jurídico del Ayuntamiento de Telde (Las Palmas de Gran Canaria). En septiembre de 2014, tras disfrutar de la maternidad, se reincorpora a su puesto prestando servicios en el departamento de expropiaciones del Ayuntamiento. Varios días desde su reincorporación es habilitada para el ejercicio de las funciones propias de letrada de los servicios jurídicos municipales en cualquier materia, y no solo en las de carácter urbanístico, sin haber ejercido la defensa letrada antes ni recibido curso alguno de formación al respecto. Asumió la dirección legal de procedimientos

inicialmente asignados a un compañero que estaba en situación de incapacidad temporal (IT). Asimismo, la letrada realizaba, además, funciones consultivas. No había dirección del servicio jurídico municipal.

En enero de 2015, ante la enorme carga de trabajo existente, las demás personas empleadas que se encontraban en activo en la asesoría jurídica municipal presentaron un escrito a la Alcaldía. Se denunciaba en él un «estado de estrés y desgaste emocional y físico» con somatizaciones (bajas por ansiedad). Al exceso de carga de trabajo prolongado suman la inexistencia de una persona responsable de organizar el servicio jurídico municipal. El problema continuó, también las quejas.

Lejos de resolver el problema, el Ayuntamiento incrementó las labores a desempeñar por el departamento legal a medida que crecía la demanda de servicios de la ciudadanía, pero sin que se incrementara el personal, por las limitaciones presupuestarias. Incluso el concejal de asesoría manifestó en diversos medios de comunicación que el gran volumen de trabajo que afrontaba la institución municipal había llevado a que las tres personas letradas del departamento estuvieran desbordadas. Con ello justificaba el retraso en su prestación de servicios a la ciudadanía y la imposibilidad de atender más expedientes. A resultas de todo ello, la letrada contrajo diversas patologías que la llevaron a procesos de IT.

### 3. Doctrinas de suplicación: síntesis de los razonamientos jurídicos

Las distintas resoluciones estimarán, con matices, las diversas pretensiones, esgrimiendo diferentes razonamientos jurídicos, que sintetizamos de este modo. A saber:

a) La [STSJ de Madrid 222/2021, de 23 de marzo](#), reconoce que:

- La CAM ha omitido buena parte de las medidas reflejadas en su plan de prevención de riesgos laborales para el colectivo de atención primaria y pediatría, sin que conste evaluación de los riesgos laborales prevista en el plan estratégico. Aunque sí se habría avanzado en la evaluación de los riesgos psicosociales, solo habría ocurrido en una parte reducida, en 10 centros de salud.
- Se reconoce la insuficiencia de la plantilla de atención primaria, en tanto que asumió el compromiso de incrementar su dotación y cubrir la plantilla, lo que no consta haya cumplido: no hay ni estudio de cargas de trabajo, esencial para poder prevenir los riesgos, ni los cupos que pueden atender, ni del tiempo que han de destinar a la atención de cada paciente (FJ 7.º).
- Eso sí, a la hora de concretar las obligaciones derivadas del deber empresarial de la evaluación de la carga de trabajo de estos colectivos, la sala considera que

no puede ir tan lejos como para imponer el contenido concreto de las mismas, porque la tarea no es judicial sino empresarial. Además, la empleadora (público-administrativa) no puede hacerlo unilateralmente, sino con participación de la representación laboral.

Al respecto, concluye que excede del procedimiento judicial fijar los cupos y tiempos para la asistencia, agenda, etc. Esta tarea debe ser propia de la evaluación de la carga de trabajo, con la necesaria intervención de la representación de las personas trabajadoras, conforme al [artículo 34 de la LPRL](#). Lo que sí estima es la necesidad de tal evaluación imprescindible para la gestión preventiva.

b) La [STSJ de Madrid 410/2020, de 16 de junio](#), para el sector de residencias de personas ancianas y respecto de la pretensión individualizada de extinción causal ex [artículo 50 del ET](#), razonará:

- Al igual que la sentencia de instancia, que no aprecia una situación de acoso moral en el trabajo, al no darse los requisitos restrictivos fijados en su reiterada doctrina ([STSJ de Madrid 672/2019, de 13 de septiembre](#)). Ahora bien, sí constata, según la [Sentencia del Tribunal Constitucional 56/2019, de 6 de mayo](#), un trato degradante lesivo de la integridad personal por un ejercicio abusivo de las facultades empresariales, prohibido por los [artículos 4.2 d\) y 19 del ET](#).
- Junto a los factores de estrés profesional inherentes a la actividad de gerocultura (actividad estresante por la carga emocional y la responsabilidad que conlleva cuidar a personas dependientes), asume que se dan, además, otros factores organizativos (falta de la plantilla necesaria). La residencia de personas ancianas incumpliría la ratio persona asistente/persona asistida fijada en la normativa autonómica ([Orden 612/1990, de 6 de noviembre](#), de la Consejería de Integración Social de la CAM, por la que se desarrolla el Decreto 91/1990, de 26 de octubre –hoy derogado–, relativo al régimen de autorización de servicios y centros de acción social y servicios sociales, cuyo art. 2.6 del anexo I B) –en vigor– establece los requisitos de personal –0,25 para personas usuarias que no se valen por sí mismas y 0,35 si no es así–).

En suma, la sala concluye que, alejada la residencia de cumplir con la ratio exigida –para 170 personas residentes necesitaría 43 personas prestadoras de servicios, cuando solo dispone de 32 y desigualmente repartidas por turnos–, concurriría la causa extintiva prevista en el [artículo 50 del ET](#) –trato degradante que incumple las obligaciones preventivas de riesgos psicosociales–.

La causa no solo del riesgo, que califica de grave e inminente, sino del daño psicosocial, en la medida en que ya se han constatado bajas (con recaídas), residiría en factores organizativos:

[...] al ser manifiestamente deficiente la organización y condiciones de trabajo, obligando a los trabajadores a realizarlo en las condiciones señaladas, sin tener en cuenta las graves consecuencias que la sobrecarga de trabajo y del estrés que ello conlleva, máxime dados los usuarios del servicio de que se trata, conlleva un riesgo grave e inminente para la salud [...].

c) Para la [STSJ de Canarias/Las Palmas 485/2020, de 26 de mayo](#), ahora para el sector del personal de abogacía y asesoramiento jurídico, bajo relación laboral de empleo público, este tipo de organizaciones deficientes, incluso «caóticas», resultarían psicosocialmente tóxicas para las personas trabajadoras y ocasionarían no solo ineficiencias para los servicios que prestan, sino daños psicofísicos calificables como profesionales. Así, ratificando también el criterio de instancia social, razona que:

- La patología de la abogada viene motivada por una prolongada situación de tensión vivida en el trabajo, de carácter objetivo –no se trata de una mera visión subjetiva–.
- No constan agentes externos al trabajo que causaran su estado depresivo y quiebren el nexo causal entre el mal sucedido y la ejecución del trabajo. Los trastornos de juventud (episodios depresivos, trastornos alimentarios), alegados por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, nada tendrían que ver con las bajas actuales, de etiología profesional ex [artículo 156 de la Ley general de la Seguridad Social](#).

## 4. Trascendencia más allá de los casos: favor jurisdiccional por prácticas fiables de evaluación de las cargas de trabajo a efectos de salud

### 4.1. En el plano jurídico-preventivo: la consolidación jurisdiccional del criterio de favor hacia la gestión preventiva de las cargas de trabajo para prevenir el agotamiento

Aunque, como hemos visto, sus pretensiones jurídicas son bien diferentes, las decisiones jurisdiccionales analizadas tienen en común, además de una sustancial analogía en el relato de hechos o dimensión fáctica (básicamente, problema de excesivas cargas de trabajo debidas a deficiencias organizativas que generan tanto problemas de pérdida de calidad asistencial o servicial –ineficiencia– cuanto patologías en las personas que deben prestarlo en esas precarias condiciones –insalubridad laboral–), fallos estimatorios. Con esta convergencia interpretativa y de protección se reflejaría una extendida comprensión garantista, desde una perspectiva de gestión preventiva del agotamiento profesional como

riesgo psicosocial que se alimenta, entre otros factores, muy significativamente por situaciones de sobrecarga de trabajo, de modo que las organizaciones de trabajo (públicas o privadas) priman la dimensión económica (rentabilidad, límites presupuestarios, etc.) sobre la de salud laboral. Y ello pese a tratarse de servicios públicos esenciales, ya se ejerzan mediante formas de gestión privada (residencias) o pública (sanidad, abogacía en entidades públicas), con lo que, como reflejaron el profesor Molina Navarrete en su [estudio preliminar](#) y la profesora Margarita Miñarro en su ilustrativo [análisis de actualidad](#), el descuido de la salud mental de las personas trabajadoras termina repercutiendo negativamente en la propia calidad prestacional, asistencial o servicial.

La doctrina judicial española parece alinearse, así, claramente, con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su revalorización del deber empresarial (público y privado) de incluir en el sistema de gestión preventiva, tanto en la evaluación como en la planificación preventiva ([art. 16 LPRL](#)), aspectos de la organización del trabajo esenciales para su funcionamiento, también de eficiencia, como las cargas de trabajo, tanto de esfuerzo físico como emocional, mental o psicosocial, los tiempos y ritmos de trabajo, etc. La dimensión organizativa es, pues, determinante, junto a la personal y de interacción interpersonal o grupal, para la gestión de salud psicosocial en el trabajo.

Su importancia teórica y práctica es, pues, manifiesta, admitiendo diversos puntos de vista para su análisis (el [estudio preliminar](#) y el [análisis de actualidad](#) sobre la huella psíquica de la COVID-19 ofrecen diversas variables de algunos de estos pronunciamientos). Por supuesto, los analizados no son los únicos asuntos orientados en esta dirección de innovación y mejora garantista en materia de factores y riesgos psicosociales relacionados con las deficiencias organizativas en materia de asignación de cargas de trabajo y ratios de personal, ni seguramente serán los últimos, aunque sí se produzcan en sectores profesionales hoy puestos en el ojo del huracán a estos efectos, por el notable impacto de la pandemia, agravando todas las deficiencias previas. Incluso esta dimensión de la política de prevención de riesgos laborales psicosociales ha llegado al TS, aunque carezcamos de una decisión sobre el fondo que permitiera afianzar esta política jurisdiccional de favor hacia la ordenación de las cargas de trabajo como una cuestión eminentemente de salud laboral, no solo retributiva y/o de rentabilidad.

Así sucedió en el ya reseñado caso de la [STS 483/2019, de 24 de junio](#), para el ámbito de la Administración de Justicia, desde la perspectiva de las personas titulares de la jurisdicción, no como tales sino como personas trabajadoras con un estatuto de garantías de prevención de sus riesgos laborales «al mismo nivel» que cualquier otra (pese a su estatus de autoridad). Y así ha sucedido más recientemente, si bien tampoco ha habido fortuna para encontrar un fallo relativo al fondo, con el [Auto del TS de 18 de mayo de 2021 \(rec. 1015/2020\)](#). Esta decisión inadmite el recurso en casación para la unificación de doctrina presentado contra la interesante [STSJ del País Vasco de 17 de diciembre de 2019 \(rec. 2123/2019\)](#), por falta de contradicción.

La sentencia de suplicación vasca desestimó el recurso de suplicación interpuesto por Aena SME, SA, y estimó el recurso interpuesto por el trabajador (técnico administrativo que trabaja en la oficina del aeropuerto de San Sebastián) contra la sentencia de instancia, que fue revocada en parte para incrementar la cuantía de la condena y manteniendo inalterados el resto de los pronunciamientos. Así, se condena a Aena a realizar una distribución equitativa del trabajo entre las personas integrantes del equipo de administración mediante la elaboración de un estudio objetivo de la carga laboral, ante el desigual reparto entre el personal y el conflicto interpersonal creado por tal déficit organizativo. El deterioro de las relaciones llevó a presentarse incluso denuncias internas por acoso laboral. La sentencia no solo condenó a Aena –que permaneció pasiva ante el problema, que imputaba a «malos rollos» en el trabajo, a un mal ambiente laboral, no a factores organizativos; cuando actuó fue insuficiente– a adoptar las medidas necesarias para atender a los factores de riesgo psicosocial sufridos, sino también a indemnizar al trabajador en cuantía de 48.404,26 euros (una condena que no se producirá en el caso de la [STSJ de Madrid 410/2020, de 16 de junio](#), como, con acierto crítica, en el [estudio preliminar](#), el profesor Molina).

En este asunto se reprocha a la entidad su deficiente gestión preventiva de una situación de conflicto alargado en el tiempo, generando bajas laborales conectadas con aquella, poniendo de relieve el fracaso de la política preventiva. Reflejando un enfoque claramente orientado por la prevención eficaz, frente a la de papel o formal, la sala reprueba que Aena se limitara a emitir solo informes, diagnósticos o fijación de objetivos, puesto que la empresa debe aplicar de forma eficaz y efectiva los planes de prevención (un enfoque de garantías efectivas también asumido por la [STSJ de Madrid 222/2021](#), relativa al personal sanitario de la CAM), adoptando medidas concretas. Además, debe llevarse a cabo un seguimiento de la ejecución real y efectiva de las medidas tomadas, sin que basten la evaluación y planificación programada, no actuada ([art. 16 LPRL](#)). La falta de contradicción (se utilizó la [STSJ de Cantabria 51/2019, de 21 de enero](#), muy interesante para evidenciar la problemática de la violencia y el acoso ejercidos a través de las redes sociales, pero que nada tiene que ver con el asunto de la recurrida) nos deja sin un fallo jurisprudencial que, sin duda, sería claramente favorable a la decisión de suplicación vasca, por estar extremadamente bien fundada jurídicamente.

No es cuestión menor. Como ilustra el caso –ciertamente con un desenlace trágico extremo, por fortuna no usual– subyacente a la [STS, Sala de lo Penal, 426/2021, de 19 de mayo](#), un conflicto mal resuelto originado en excesos de carga laboral, que lejos de corregirse se incrementa a medida que se dispara la demanda de clientela de una empresa con efectos negativos en la salud de la persona empleada, no solo puede ser el origen de un conflicto escalado de violencia (acoso laboral), sino que puede terminar con daños irreversibles para la persona empleada, en el caso la muerte, a causa del suicidio de esta. Aunque la Sala Penal considera la primera fase del proceso conflictual, de desequilibrio entre lo que la trabajadora puede controlar laboralmente (prestación normal) y lo que se le demanda (excesivo), irrelevante penalmente, a diferencia de la segunda (acoso por inadaptación a esas altas exigencias laborales), es evidente que en el plano jurídico-laboral no son admisibles y requieren de una respuesta firme.

## 4.2. En el plano jurídico-social: la visibilidad de un problema de salud psicosocial laboral orillado antes, durante y después de la pandemia

Pero si relevantes son este conjunto de pronunciamientos judiciales, en suplicación, incluso en casación, en el plano de la gestión jurídico-preventiva, no menos interés presentan en un plano más propiamente social, incluso científico-técnico, al dejar transparentar, desvelar o corroborar con datos objetivados, institucionalizados, unos extendidos problemas de salud laboral, también de precariedad laboral, hasta ahora algo difuminados, incluso invisibilizados. Al menos en ciertos sectores, como el de residencias de personas ancianas, pero también en otros como la abogacía.

Si las sentencias sirven para confirmar, mediante registro o muestreo reales, los impactos negativos de determinadas situaciones, los estudios basados en encuestas y estimaciones tienen el valor de visibilizar déficits no individualizados, particulares, episódicos, sino colectivos. Puesto que la grave situación en el sector de salud o en el de residencias de personas mayores ha sido evidenciada, con precisión, por la profesora Margarita Miñarro en su sugerente [análisis de actualidad](#), en la sección que precede a esta, nos centraremos en sectores más invisibilizados y que, además, me atañen más de cerca. Cómo no, me refiero a la constatación de una prevalencia significativa de los problemas de agotamiento y/o síndrome de quemazón profesional en ejercicio de la profesión de la abogacía.

En este sentido, como anticipé, del [Informe Lawyers Burnout](#), de la referida [asociación Humanizando la Justicia](#), que ha obtenido una [gran repercusión mediática](#), y que resulta muy solvente científicamente –métodos: Maslach Burnout Inventory General Survey (MIBIGS) y Engagement Utrecht Work Engagement (UWES)–, se desprende que 6 de cada 10 personas abogadas estiman que sufren un síndrome de agotamiento profesional elevado. De ese 60 %, más del 15 % sufrirían un genuino síndrome de persona quemada profesional o *burnout*. [Los grupos más vulnerables serían quienes ejercen la profesión de forma generalista y, entre especialistas, los procesalistas y penalistas](#), sin duda por su mayor carga emocional.

También tendrían una clara incidencia en las prevalencias para el síndrome de agotamiento profesional factores tales como la forma de ejercicio (autónomo o asalariado), tamaño de los despachos (es mayor en los grandes despachos), así como el género. El predominio de riesgo de padecer agotamiento en el sexo femenino es 1.224 veces mayor que en el sexo masculino. La mayor dificultad de conciliación de la vida laboral y familiar y el plus de exigencia a las mujeres para obtener un reconocimiento análogo a los hombres son factores relevantes. En cambio, parece que no se hallan diferencias relevantes según la modalidad presencial o de teletrabajo, si bien puede deberse a la escasa presencia del teletrabajo cuando se hizo el estudio (2019), lo que ha podido cambiar en 2020. Con carácter general, [la dificultad de desconectar, offline u online, en esta profesión es también un factor de riesgo](#) innegable para tan inquietantes resultados. No parece más halagüeño el futuro, pese a la creciente conciencia profesional de la salud como un derecho fundamental predicable de toda persona trabajadora, asalariada o no.

# El correcto cumplimiento del deber de prevención ante el acoso: la diligente gestión de los factores de riesgos psicosociales y la indemnización por los incumplimientos

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 299/2021, de 22 de marzo**

**Amanda Moreno Solana**

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Carlos III de Madrid*

## Extracto

Resulta muy interesante observar cómo muchas de las sentencias de nuestros tribunales llegan a conocer de los asuntos de acoso a través de los procedimientos de vulneración de derechos fundamentales, pero en conexión con el derecho a la seguridad y salud laboral de las personas trabajadoras. Tal es el caso de la sentencia objeto del comentario que se presenta en este trabajo. Analizaremos la importancia del cumplimiento de las medidas de prevención en relación con los riesgos psicosociales, la importancia de la puesta en marcha y funcionamiento del protocolo de acoso, y las consecuencias que tiene el incumplimiento de estas obligaciones preventivas en relación con la responsabilidad por daños.

**Palabras clave:** acoso; prevención de riesgos laborales; riesgos psicosociales; indemnización por daños y perjuicios; protocolos.

**Cómo citar:** Moreno Solana, Amanda. (2021). El correcto cumplimiento del deber de prevención ante el acoso: la diligente gestión de los factores de riesgos psicosociales y la indemnización por los incumplimientos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 299/2021, de 22 de marzo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 461-462, 213-223.

# Correct compliance with the duty to prevent harassment: diligent management of psychosocial risk factors and compensation

Commentary on the Ruling of the High Court of Justice of the Canary Islands/Las Palmas 299/2021, of 22 March

Amanda Moreno Solana

## Abstract

It is very interesting to observe how many of the judgments of our courts come to know about harassment issues through the procedures of violation of fundamental rights, but in connection with the right to occupational health and safety of workers. Such is the case of the judgment that is the subject of the comment that is presented in this work. We will analyze the importance of compliance with prevention measures in relation to psychosocial risks, the importance of the implementation and operation of the harassment procedure, and the consequences of non-compliance with these preventive obligations in relation to liability for damages.

**Keywords:** harassment; occupational health and safety; psychosocial risks; compensation for damages; internal action procedures.

**Citation:** Moreno Solana, Amanda. (2021). Correct compliance with the duty to prevent harassment: diligent management of psychosocial risk factors and compensation. Commentary on the Ruling of the High Court of Justice of the Canary Islands/Las Palmas 299/2021, of 22 March. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 461-462, 213-223.

## 1. Marco normativo. La regulación del acoso a las puertas de la ratificación del Convenio 190 de la OIT

El acoso moral, acoso psicológico, *mobbing*, o simplemente acoso laboral, no tiene, hasta fecha actual, una definición en nuestro ordenamiento jurídico laboral. Sí en el ámbito penal, en el [artículo 173 del Código Penal](#), pero nada podemos encontrar sobre el concepto y la protección de estas posibles conductas en el ámbito laboral. No ocurre lo mismo con el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, para los que la legislación sí que ha establecido una definición y un marco de regulación en la [Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Es por ello por lo que una de las primeras cuestiones que tendrá que hacer el legislador español cuando se ratifique el [Convenio 190 de la OIT](#) (2019) será entrar a regularlo, definiendo tal acoso y sus elementos configuradores y estableciendo el marco preventivo en el que se ha de ubicar. Pero hasta que eso ocurra, han sido las resoluciones judiciales de nuestros tribunales y el Tribunal Constitucional (TC) en su reciente Sentencia (STC) [56/2019, de 6 de mayo](#), los que han ido perfilando el concepto de acoso moral, con mayor o menor acierto.

Los tribunales ordinarios han venido definiendo el acoso laboral tanto de forma positiva como negativa, es decir, han realizado un análisis de los casos, diferenciando entre lo que sí es acoso moral y lo que no lo es.

En este sentido, se considera acoso laboral la violencia psicológica intensa o extrema realizada en el marco de una relación de trabajo, llevada a cabo con reiteración y cierta prolongación en el tiempo, con el efecto de crear un entorno hostil o humillante que perturbe la vida laboral de la víctima ([Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Madrid de 7 de noviembre de 2017, rec. 715/2016](#)). En este caso, como en la mayoría de la doctrina de suplicación, la intención de dañar, el producir un daño en la esfera de los derechos personales más esenciales, y el carácter complejo, continuado y predeterminado del hostigamiento se han venido configurando como los elementos esenciales de este tipo de acoso.

Y no se considera acoso laboral las conductas que se producen desde una relación simétrica que definen un conflicto entre las partes en el ámbito del trabajo, bien sea de carácter puntual, en un momento concreto, o más permanente. Evidentemente, todo conflicto afecta al ámbito laboral, se da en su entorno, e influye en la organización y en la relación laboral; pero no puede considerarse *mobbing* o acoso laboral si no reúne las condiciones de la definición dada por los tribunales. No se considerarán conductas de acoso aquellas sobre las que, aun pudiendo incluirse aparentemente en la definición, se concluya que por sus características no constituyen comportamientos violentos (por ejemplo, las

amonestaciones fundadas por no realizar bien el trabajo, cuando no contengan descalificaciones improcedentes) o bien cuando las pruebas presentadas, aun no siendo falsas, no sean consistentes. Tampoco se considera acoso laboral las acciones de violencia en el trabajo, realizadas desde una posición prevalente de poder respecto a la víctima, pero que no sean realizadas de forma reiterada y prolongada en el tiempo. Hasta la fecha, nuestra jurisprudencia ha entendido que estas conductas pueden tratarse de auténticas situaciones de maltrato psicológico en el trabajo, similares a las incluidas en el *mobbing*, pero sin el componente de repetición y duración que se requiere en aquel, ya sea porque son realmente esporádicas o porque son denunciadas en una fase precoz, no pueden considerarse como situaciones de acoso laboral.

Es bien sabido que el conflicto es inherente al trabajo, por lo que cierto grado de conflictividad es consustancial a las relaciones laborales. Además, el estado de agotamiento o derrumbe psicológico provocado por el estrés profesional, propio de la tecnificación, competitividad en el seno de la empresa, horarios poco flexibles para compatibilizar la vida laboral y familiar, precariedad del empleo y falta de estabilidad laboral, no debe confundirse con el acoso moral, caracterizado por el hostigamiento psicológico intencionado y reiterado (SSTSJ de [Cataluña de 1 de diciembre de 2017, rec. 4179/2017](#); y de [Galicia de 9 de noviembre de 2017, rec. 2778/2017](#)).

La [STC 56/2019, de 6 de mayo](#), ha dado un importante y decisivo paso en la definición del derecho fundamental a la integridad moral en su proyección sobre las relaciones laborales en un caso de acoso laboral en la función pública, pero perfectamente trasladable a cualquier relación de trabajo, abriendo así un nuevo camino al venidero [Convenio 190 OIT](#). En esta sentencia se valora la vulneración del derecho a la integridad moral ([art. 15 Constitución española –CE–](#)) en relación con el reconocimiento constitucional de la dignidad de la persona ([art. 10 CE](#)) por los hechos que el demandante consideraba constitutivos de acoso laboral. Se trata de una sentencia muy interesante porque matiza de forma contundente el elemento de la intencionalidad ([Molina Navarrete, 2019](#)), que tradicionalmente la justicia ordinaria había venido exigiendo, como hemos puesto de manifiesto en los párrafos anteriores, pero que no ha terminado de calar entre los magistrados y magistradas que han analizado casos resueltos con posterioridad a esta sentencia. Es el caso de la [STSJ de Andalucía/Granada de 4 de julio de 2019 \(rec. 2922/2018\)](#) que entiende que no se produce acoso laboral porque no se dan los elementos establecidos en la doctrina del propio TSJ de Andalucía, en cuyo fundamento jurídico sexto recoge claramente como elementos del acoso moral la existencia de conductas o comportamientos humillantes o vejatorios, la reiteración de esos comportamientos, la intencionalidad de la conducta, y que entre el daño psicológico producido (se haya conseguido o no la finalidad perseguida) y la actuación activa o pasiva del sujeto activo de la actuación exista una clara y patente relación de causalidad, que habrá de ser, en todo caso, objeto de prueba por quien alegue el acoso. O el caso de la [STSJ del País Vasco de 22 de octubre de 2020 \(rec. 1720/2019\)](#) en la que sí se reconoce la existencia de un acoso, pero sobre la base y argumentos tradicionales del acoso, sin referencia ni rastro de la STC.

Resulta curiosa alguna otra sentencia que sí ha recogido la reciente doctrina del TC, incluso trasladándola a los argumentos de la fundamentación jurídica, simplemente para después volver a traer a colación los elementos que tradicionalmente se han considerado en la concurrencia del acoso por los tribunales ordinarios, denegando supuestos que probablemente deberían haber tenido una solución diferente. Y ello porque los tribunales se basan en la concurrencia de los elementos de una manera efectiva, pero no en el riesgo de producir esa conducta y en la probabilidad de que se produzca el daño o la lesión. Tal es el caso de las SSTSJ de [Cataluña de 27 de mayo de 2020 \(rec. 6447/2019\)](#) y de [Madrid de 21 de febrero de 2020 \(rec. 847/2019\)](#). Así pues, es en este punto donde quizá una fundamentación de las situaciones de acoso en la prevención de riesgos puede ser una posible solución para entender que no es necesaria ni la intencionalidad ni la existencia del daño efectivo para entender vulnerados los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. Veámoslo a continuación con el comentario a una sentencia muy interesante.

## 2. Supuesto de hecho. Demanda por vulneración del derecho a la integridad física y moral y por vulneración de la Ley de prevención de riesgos laborales

Toda situación posible o hipotética de acoso, o aquellas otras conocidas y toleradas por la empresa, o sobre las que no se han llevado a cabo las evaluaciones y comprobaciones necesarias, conllevarán, entre otros, un incumplimiento en materia preventiva por parte de la empresa de las obligaciones fijadas y derivadas del [artículo 14 de la Ley de prevención de riesgos laborales \(LPRL\)](#) en orden a garantizar la salud y seguridad de las personas trabajadoras a su servicio.

Aunque no contamos con datos que nos permitan corroborarlo, sí que podemos observar que cada vez encontramos más sentencias que resuelven cuestiones de acoso con resultado de responsabilidad de la empresa por incumplimientos en materia preventiva, lo que puede evidenciar un aumento de la conciencia social de que el acoso es un riesgo profesional. Este es el caso de la [STSJ de Canarias/Las Palmas 299/2021, de 22 de marzo](#), en la que el demandante solicita que se declare vulnerada la [LPRL](#) y el derecho fundamental a la integridad física y moral ([art. 15 CE](#)). Se trata de un procedimiento por vulneración de derechos fundamentales en su conexión con la vulneración de la [LPRL](#) (deber de protección psicosocial), cuya aplicación no requiere de la existencia de un daño efectivo, sino tan solo la existencia de un riesgo para la salud. Por tanto, no estamos ante una acción en materia de acoso laboral propiamente dicha.

En la [sentencia objeto de este «diálogo»](#), el demandante presta servicios como funcionario en el Ayuntamiento de Telde, desarrollando funciones de coordinador de la Escuela Municipal de Folclore de tal Ayuntamiento durante varios años. En junio de 2015, la nueva concejala de Cultura llevó a cabo una reorganización en esta escuela, implantando un

nuevo sistema de funcionamiento, reparto y distribución de tareas, por lo que al actor se le empiezan a retirar sus funciones como responsable de la escuela, así como se le insta a la devolución del vehículo oficial del que disponía para el servicio de parques y jardines. El demandante, en enero de 2016, pone en conocimiento de la alcaldesa del Ayuntamiento y del Comité de Seguridad y Salud tal situación y en escritos varios solicita la restitución de sus funciones, el reconocimiento del puesto de funcionario de superior categoría y la activación del protocolo de acoso. Además, presenta escrito ante el servicio de prevención del Ayuntamiento en el que se interesaba que se emitiese informe de valoración de riesgos psicosociales en relación con el vacío de funciones de su puesto de trabajo. Por su parte, también el presidente de la Junta de Personal (órgano de representación de las personas trabajadoras) presentó escrito ante el Ayuntamiento en el que manifestaba que se habían vulnerado los derechos del actor y que se le debía restituir en las funciones que venía realizando.

El jefe del servicio de cultura envió escrito al jefe del departamento de personal indicándole que la actividad del actor estaba viéndose afectada por la merma de actividad existente en la escuela y se plantea la valoración y habilitación de funciones complementarias para aquel. El jefe del servicio de prevención, por su parte, entiende que el actor debe realizar las funciones propias de la subescala de operario, que era su puesto inicial, y que no se evidenciaba ningún tipo de acoso. Por tanto, no procedía activar el protocolo de acoso de la Administración, porque de los hechos se desprende que no es un acoso objetivo, ya que en la denuncia del actor existe falta de objeto e insuficiencia de indicios para considerar la existencia del mismo. El concejal del área de Recursos Humanos emite decreto, desestimando la petición del actor en relación con la reposición de las funciones, pero, ante la existencia de otra demanda del actor por diferencias retributivas, y en aras de la prudencia y seguridad, se decide que el actor siguiera participando como miembro de la comisión de coordinación de la Escuela Municipal de Folclore.

El demandante, ante la situación, opta por interponer demanda en la jurisdicción social (las personas funcionarias pueden acudir al orden social para hacer valer sus pretensiones cuando estamos ante cuestión de prevención de riesgos laborales –[art. 2 e\) Ley reguladora de la jurisdicción social](#)–) contra el Ayuntamiento, contra el jefe del servicio de personal y contra el jefe del servicio de prevención. El Juzgado de lo Social de Las Palmas de Gran Canaria absuelve a todos los demandados de las pretensiones efectuadas por el actor. Es por ello que el actor acude en suplicación ante el TSJ de Las Palmas, denunciando la infracción de varios preceptos de la LPRL, específicamente, el derecho a la protección efectiva de las personas trabajadoras frente a los riesgos laborales ([art. 14](#)), incumplimiento de la actividad preventiva por parte de la empresa ([art. 15](#)); todo ello en relación con la ausencia de puesta en funcionamiento del protocolo de acoso establecido en el Consistorio demandado. También se denuncia la infracción del [artículo 39 de la LPRL](#) sobre las competencias y facultades del Comité de Seguridad y Salud, destacándose que por parte del jefe del servicio de prevención del Ayuntamiento demandado se asumieron competencias que correspondían al citado comité ([art. 39.2 c\) LPRL](#)).

El TSJ, en relación con el incumplimiento del protocolo de acoso, admite entrar a valorar la pretensión por conectividad con los preceptos denunciados en materia de prevención de riesgos (arts. 14 y 15 LPRL) que sí tienen la consideración de norma sustantiva a efectos suplicacionales.

### 3. Doctrina judicial. El alcance de la obligación de prevención y la responsabilidad por los daños ocasionados

Para determinar si la empresa incumplió o no con la obligación de protección de la salud de las personas trabajadoras, la [sentencia](#), con muy buen criterio, identifica dos obligaciones preventivas, autónomas, pero concurrentes. Por un lado, las obligaciones de llevar a cabo una diligente gestión de los factores de riesgos psicosociales y, por otro, si se hizo un cumplimiento diligente de lo establecido en el protocolo de acoso de la Administración General del Estado, aplicable a este caso. Por último, entra a valorar el incumplimiento preventivo desde la perspectiva del daño y su posible reparación.

Sobre la primera obligación, el tribunal llega a la conclusión de que no se llevó a cabo ninguna evaluación de riesgos psicosociales, adaptando, por tanto, una posición deficiente en su obligación de prevención. Ello es así porque resulta probado que al actor se le generó una confusión de roles en el trabajo, y que durante mucho tiempo había realizado funciones de coordinador en el Escuela de Folclore y, tras un cambio de gobierno y bajo un nuevo sistema de organización del trabajo, se alteran las funciones, pero sin asignársele funciones concretas a desarrollar, estando esta persona trabajadora en una situación de ambigüedad funcional. Así las cosas, entiende el tribunal que no se ha valorado el impacto psicosocial que esto ha tenido sobre la salud del demandante, vulnerando claramente la normativa de prevención de riesgos laborales.

Sobre la segunda obligación, y la aplicación real del protocolo, el tribunal trae a colación la [STC 56/2019](#), que viene a establecer que para incoar un protocolo no es exigible la prueba de la concreta marginación laboral, ni de los fines torticeros a los que responde. Tampoco se precisa la actualización de los daños psicológicos ni la concurrencia de un perjuicio moral adicional al que ya comporta esa marginación laboral. De hecho, hace el análisis contrario, es decir, si la Administración como empleadora hubiera aplicado correctamente el protocolo, habría puesto remedio a la vulneración del derecho a la integridad moral del recurrente, y el no hacerlo agrava la lesión.

El protocolo se configura, en sí mismo, como una medida preventiva de riesgos psicosociales. Y la pasividad de la Administración (en este caso) o empresa frente a la denuncia comporta claramente su incumplimiento. Es más, si el procedimiento de activación del protocolo y su resolución siguen su cauce, la decisión sobre la existencia o no de acoso nunca podrá tacharse de conducta infractora de la normativa de prevención, al margen

de su acierto. La infracción se comete cuando no se activa el protocolo, o cuando se activa, pero no se implementan las medidas adecuadas ([STSJ de Canarias/Las Palmas de 17 de mayo de 2019, rec. 1647/2018](#)). Por tanto, la omisión de cualquier indagación mínima, razonable y objetiva para justificar su inaplicación (entrevistas, examen médico, valoración del puesto de trabajo, etc.) da lugar al entendimiento de que se ha hecho un simple cumplimiento formal de la norma y no real, que es lo que verdaderamente debe concurrir en estos casos.

Lo que sí deja claro el tribunal es que la vulneración de las normas de prevención solo se ha podido cometer por la Administración empleadora, pero no por las personas físicas codemandadas, cuya responsabilidad solo podría hacerse valer por la vía del acoso laboral, pero no por la vía de la infracción de los preceptos preventivos, ya que se trata de normas eminentemente contractuales y vinculantes, por tanto, solo para la Administración (o para la empresa, en su caso).

En tercer lugar, y dado que el recurrente solicita el pago de una indemnización por daños y perjuicios de 60.876,15 euros, el tribunal entra a valorar si procede o no su reconocimiento. Esta cantidad está formada por dos conceptos diferenciados. Primero, los 876,15 euros equivalentes a 15 días improductivos de baja de incapacidad temporal por reacción aguda al estrés, cuya conexión con el trabajo se considera que no ha sido probada, ya que se trata de una interiorización subjetiva del actor, por lo que no puede entenderse como un hostigamiento permanente. Segundo, la cantidad de 60.000 euros por daño moral. En este sentido, el actor no aporta ninguna base para el cálculo, sino una referencia a la [Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social \(LISOS\)](#), atendiendo no solo a la reparación del daño, sino a la finalidad preventiva de un daño futuro.

El tribunal entiende que en este caso la indemnización reclamada en concepto de daño moral no puede estimarse en su totalidad, pues no se hace referencia a los concretos preceptos de la [LISOS](#) sobre los que se intenta apoyar. Eso sí, la cuantía de la indemnización que corresponda debe determinarse prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil, debiendo resarcir suficientemente a la víctima (criterio reparador) y, además, contribuir a la finalidad de prevenir el daño (criterio disuasorio y preventivo).

El problema, no obstante, consiste en determinar objetivamente la cuantía económica de lo que es muy difícil de cuantificar, esto es, el dolor. Por ello, la [STC 246/2006, de 24 de julio](#), sentó las bases para que pudiera servir como parámetro a estos efectos la [LISOS](#). En este sentido, el TSJ de Las Palmas de Gran Canaria considera que, para este caso, la infracción aplicable es la del [artículo 12.1 b\) de la LISOS](#), que es una infracción grave, a la que hay que aplicar el [artículo 39 de la LISOS](#) (graduación de las sanciones), entendiendo que, dadas las circunstancias, el poco tiempo transcurrido en la conducta y la falta de reincidencia, se debe aplicar la sanción en su grado mínimo, en su tramo superior, es decir, 8.195 euros.

## 4. Trascendencia de la doctrina más allá del caso

El acoso, en sus diversas manifestaciones (moral, sexual, por razón de sexo o discriminatorio), es un riesgo psicosocial que debe ser protegido desde el ámbito de prevención de riesgos laborales (de la misma manera, y con el mismo estándar de prevención, que cualquier otro riesgo: [Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de noviembre de 2001, asunto C-49/00](#)). Las obligaciones de la empresa establecidas en la LPRL son de plena aplicación a los supuestos de riesgo psíquico motivados por la organización del trabajo, cuando sean ciertos y previsibles. La [STC 160/2007](#) no solo dejó clara esta cuestión sobre los riesgos psicosociales, sino que estableció la dimensión constitucional del derecho a la seguridad y salud en el trabajo, con la vulneración del [artículo 15 de la CE](#).

En la actualidad, el análisis de los riesgos psicosociales se va desplazando y encuadrando cada vez más en el ámbito de la prevención de riesgos laborales (SSTSJ de [Canarias/Las Palmas de 16 de octubre de 2020, rec. 673/2020](#); del País Vasco de [22 de marzo de 2016, rec. 392/2016](#); de [Cataluña de 20 de noviembre de 2017, rec. 5165/2017](#)), lo que significa que no necesariamente tenemos que estar ante una conducta de acoso efectiva, sino ante un incumplimiento de prevención de riesgos cuya aplicación no requiere la producción del daño, sino tan solo la existencia de un riesgo para la salud (tal y como hemos visto en la [sentencia objeto de este comentario](#)). Ya la [STSJ de Cataluña de 6 de julio de 2018 \(rec. 1797/2018\)](#) llega a la conclusión de que no existe acoso laboral como tal, porque no se dan los elementos de la conducta. La persona trabajadora entiende que se encuentra en una situación de persecución y aislamiento dentro de su entorno laboral, como consecuencia de una situación de deterioro de la relación personal y profesional con su mando jerárquico inmediato. Sin embargo, el tribunal considera que hay una relación de causalidad entre el trabajo y la patología psiquiátrica de la persona trabajadora que da lugar a la incapacidad permanente absoluta por accidente de trabajo y que la empresa ha infringido la normativa de prevención de riesgos laborales, ya que no había realizado la evaluación de riesgos psicosociales y, ante la situación, no se habían adoptado medidas preventivas.

Alguna sentencia ha dado un paso más allá. Concretamente, la [STSJ de Galicia de 9 de noviembre de 2017 \(rec. 2778/2017\)](#), que empezó siendo un acoso sexual, para pasar después a una situación de acoso laboral, donde el tribunal determinó que el cumplimiento de todas las medidas preventivas no necesariamente exonera de responsabilidad cuando esas medidas han sido ineficaces. O también se responsabiliza a la empresa cuando han sido medidas finalmente ineficaces, pero por una actuación negligente de la empresa. Así lo declara el [Auto del Tribunal Supremo \(TS\) de 6 de noviembre de 2018 \(rec. 1547/2018\)](#), en el que la empresa no actuó en el tiempo adecuado que imponía el protocolo, ni para iniciar el proceso ni para finalizarlo, y tampoco prestó la ayuda a la que estaba obligada.

En relación con los protocolos de acoso también hay que destacar la [STSJ de Madrid de 1 de junio de 2020 \(rec. 1437/2019\)](#), que vino a establecer que la no activación del protocolo, ni de ninguna otra medida de prevención, da lugar a la responsabilidad de la

empresa. Además, con independencia de la valoración de los hechos por el órgano instructor, y lo que se concluya en el protocolo, ello no exime a la empresa del cumplimiento de las obligaciones de prevención que proceden. La conducta omisiva es permisiva de la situación ([Sentencia del Juzgado de lo Social de A Coruña 23/2017, de 23 de enero](#)).

La obligación de prevención y la obligación de llevar a cabo correctamente el protocolo de acoso son obligaciones que se interrelacionan, pero que son independientes. Así pues, la activación del protocolo no exime a la empresa de cumplir con las obligaciones preventivas que correspondan en relación con la persona presuntamente acosada. Asimismo, esa puesta en marcha del protocolo no evita las responsabilidades cuando no se toman las medidas preventivas adecuadas (SSTSJ de [Cataluña de 13 de mayo de 2016, rec. 1215/2016](#), y del [País Vasco de 2 de junio de 2015, rec. 887/2015](#)). Pero la falta de protocolo o su no activación no es un hecho suficiente para generar de forma automática la responsabilidad empresarial. Así lo establecen las SSTSJ de [Cataluña de 25 de febrero de 2014 \(rec. 4627/2013\)](#) y de 21 de mayo de 2012 (rec. 221/2012), que determinan que el recargo de prestaciones sobreviene no tanto por no tener protocolo o no activarlo, sino por no haber adoptado verdaderas medidas de prevención, y ello aunque no se declara la existencia de acoso.

Para finalizar, y en relación con la determinación del daño causado por la conducta de acoso y/o por la falta de cumplimiento de las medidas preventivas de los riesgos psicosociales, y en conexión con la vulneración de los derechos fundamentales, hay que partir de la base de que varios son los elementos que una indemnización por daños deberá tener en cuenta. En primer lugar, el daño emergente, es decir, los gastos ocasionados por la conducta; en segundo lugar, el lucro cesante, esto es, la cantidad equivalente a la pérdida de ingresos; y, por último, los daños extrapatrimoniales, es decir, el daño biológico y el daño moral. El primero se identifica con los daños sobre la salud física y psíquica y sobre las secuelas físicas y psicológicas que pueden permanecer, para lo que se utilizará el baremo de daños corporales. El segundo queda referido a la esfera y afectación del fuero interno, y a las relaciones personales y afectivas, para lo que se utilizará el baremo sancionador de la LISOS.

La indemnización por daños pretende resarcir y restituir a la persona a la anterior situación en la que se encontraba, previa a la vulneración de sus derechos. Se trata de una exigencia real y efectiva y no meramente simbólica. Pero, además de resarcir suficientemente a la víctima, y de restablecer a esta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, la indemnización tiene, o debería tener, una finalidad preventiva, es decir, deberá contribuir a la finalidad de prevenir el daño. En este sentido, las indemnizaciones deberían ser disuasorias. Y así lo ha venido entendiendo la doctrina del TS, como ocurrió en la [Sentencia de 13 de julio de 2015 \(rec. 221/2014\)](#), que señala que:

[...] «[e]l tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima [...], así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño». Con ello es claro que el precepto viene

a atribuir a la indemnización [...] no solo una función resarcitoria [...], sino también la de prevención general.

[Y que] [...] la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas en el caso ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional [...], a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta sala (SSTS 15/02/12 –rco. 67011–; 08/07/14 –rco. 282/13–; [...]).

De esta forma, la más reciente doctrina de la sala se ha alejado del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo.

## Estrategia procesal idónea para la defensa frente al acoso en el trabajo: ¿jurisdicción penal o laboral?

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 45/2021, de 21 de enero**

**Fernando de Vicente Pachés**

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Jaume I*

### Extracto

La Sentencia del Tribunal Supremo 45/2021, de 21 de enero, considera que no procede estimar la existencia del delito de acoso laboral por faltar la nota de gravedad, requisito cualificador necesario para que la conducta sea sancionada penalmente. Probablemente, estos mismos hechos de acoso en el ámbito de la jurisdicción social –por incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos– serían merecedores de un pronunciamiento judicial diferente. ¿Debió la víctima para el éxito de su pretensión acudir al orden social?

**Palabras clave:** prevención y salud; violencia y acoso en el trabajo; riesgo laboral psicosocial; Convenio 190 OIT; jurisdicción penal y laboral.

**Cómo citar:** Vicente Pachés, Fernando de. (2021). Estrategia procesal idónea para la defensa frente al acoso en el trabajo: ¿jurisdicción penal o laboral? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 45/2021, de 21 de enero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 461-462, 224-236.

# Suitable procedural strategy for the defense against harassment in the workplace: criminal or labor jurisdiction?

Commentary on Supreme Court Judgment, Criminal Division, 45/2021, of January 21

Fernando de Vicente Pachés

## Abstract

The Supreme Court Judgment 45/2021, of January 21, considers that it is not appropriate to estimate the existence of the crime of harassment at work because of the lack of a note of gravity, a qualification requirement necessary for the conduct to be punished criminally. Probably, these same acts of harassment in the area of social jurisdiction –due to non-compliance with risk prevention regulations– would deserve a different judicial ruling. Should the victim for the success of her claim go to the social jurisdiction?

**Keywords:** prevention and health; violence and harassment at work; psychosocial work risk; ILO Convention 190; criminal and labour jurisdiction.

**Citation:** Vicente Pachés, Fernando de. (2021). Suitable procedural strategy for the defense against harassment in the workplace: criminal or labor jurisdiction? Commentary on Supreme Court Judgment, Criminal Division, 45/2021, of January 21. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 461-462, 224-236.

## 1. Marco jurídico: perspectiva laboral y penal del acoso moral en el trabajo. La configuración del acoso laboral a la luz del Convenio 190 OIT

La violencia laboral es, lamentablemente, un fenómeno cada vez más presente en nuestras organizaciones. La realidad es que las tensiones, las agresiones, la violencia y acoso forman parte de la vida laboral de muchos centros de trabajo, públicos y privados. Todos estos comportamientos terminan por generar un intolerable ambiente de trabajo con importantes repercusiones en la salud de los trabajadores y trabajadoras, afectando a las relaciones de trabajo y a la propia productividad de las empresas y de las Administraciones públicas.

El acoso es una situación donde una persona atenta contra la dignidad de otra y crea un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo mediante conductas inaceptables. El acoso laboral, como es sabido, es el conjunto de conductas hostiles que se producen dentro del entorno laboral y que afectan negativamente al estado físico y emocional de la persona trabajadora y ponen en peligro su integridad.

Por ello, sigue siendo sumamente necesaria una regulación legal de protección frente al acoso laboral más sistemática, coherente y precisa, y ojalá la vigencia del [Convenio 190 OIT](#), sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo –vigente desde el pasado 25 de junio de 2021–, ponga un poco de sentido y orden en el tratamiento de este riesgo psicosocial, eliminando anomalías y deficiencias a fin de conseguir una mejor tutela integral del acoso en el trabajo.

El acoso moral ya fue definido por el Acuerdo Marco Europeo sobre Acoso y Violencia en el Trabajo, de 26 de abril de 2007, como «toda situación en la que un trabajador es sometido, de forma reiterada, a conductas que tienen como resultado o por finalidad vulnerar la dignidad del trabajador y crearle un entorno intimidatorio, ofensivo u hostil». Por su parte, nuestros tribunales laborales han ido delimitando este fenómeno, aportando un conjunto variado de definiciones de acoso moral laboral:

[...] es una práctica en la que se ejerce una violencia psicológica, de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus laborales y lograr que finalmente esa persona/s acaben abandonando el lugar de trabajo (Sentencias del Tribunal Superior de Justicia –SSTSJ– de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de septiembre de 2001, rec. 40/1998; de Cataluña de 23 de julio de 2003, rec. 2804/2003; de Aragón de 30 de junio de 2003, rec. 107/2003).

La idea base está en el «empleo de numerosas vejaciones en un periodo prolongado de tiempo con la intención de afectar negativamente a la personalidad de la víctima» (SSTSJ de Navarra de 30 de abril de 2001, rec. 148/2001, y 18 de mayo de 2001, rec. 134/2001; Sentencias del Juzgado de lo Social –SJS– de Madrid de 18 de junio de 2001, rec. 298/2001; de Pamplona de 24 de septiembre de 2001, rec. 400/2001; de Vigo de 28 de febrero de 2002, rec. 711/2001).

El [Convenio 190 OIT](#), en un marcado avance normativo, reconoce expresamente el derecho de toda persona a un entorno de trabajo libre de violencia y acoso, que la violencia y el acoso en el trabajo pueden constituir una violación o un abuso de los derechos humanos, son una amenaza para la igualdad de oportunidades y son inaceptables e incompatibles con el trabajo decente, pues afectan a la salud psicológica, física y sexual de las personas, a su dignidad y a su entorno familiar y social (art. 1.1).

Asimismo, este [Convenio 190 OIT](#) establece un concepto único de violencia y acoso en el trabajo, disponiendo que:

[...] la expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género.

Con esta norma internacional, a la espera de su pronta ratificación por nuestro país, se viene a corregir el tratamiento disperso y parcial de la normativa sobre violencia y acoso en las relaciones de trabajo, tanto en los sectores del ordenamiento jurídico laboral como del derecho penal (ámbito al que pertenece la [sentencia comentada](#)), pues, de conformidad con el artículo 4 de este [Convenio 190 OIT](#), debe abordarse la violencia y acoso en el trabajo «en la legislación relativa al trabajo y el empleo, la seguridad y salud en el trabajo, la igualdad y la no discriminación y en el derecho penal, según proceda». Por consiguiente, la alusión al derecho penal supone que las perspectivas laboral y penal del acoso moral laboral deberán adoptar necesariamente un criterio coherente, convergente y preciso en el tratamiento de esta compleja materia de violencia y acoso en el entorno de trabajo, de conformidad con los postulados contenidos en este nuevo [Convenio 190 OIT](#).

Tomando como referente la definición proporcionada por el [Convenio 190 OIT](#), se entiende por violencia y acoso en el trabajo:

[...] conjunto de comportamientos violentos y prácticas inaceptables de amplio contenido o las amenazas de ellos, realizado –generalmente– por uno o varios superiores o compañeros de trabajo, se manifiesten de una sola vez (agresión ocasional) o de forma recurrente y sistemática (acoso) y que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico en la persona trabajadora.

En consecuencia, se trata de comportamientos violentos de amplio contenido, siendo interesante traer a colación la tabla de conductas de acoso que propone la [Guía explicativa de buenas prácticas para la detección y valoración de comportamientos en materia de acoso y violencia en el trabajo](#) de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) que viene a complementar el [Criterio técnico 69/2009, sobre las actuaciones de la ITSS en materia de acoso y violencia en el trabajo](#), de 19 de febrero de 2009. Ahora complementadas con el reciente [Criterio técnico 104/2021](#), sobre actuaciones de la ITSS en riesgos psicosociales (de abril de 2021), que mantiene la vigencia del [Criterio técnico 69/2009](#), teniendo en cuenta que todavía no hay suficientes avances en la jurisprudencia de los tribunales respecto al establecimiento de un concepto unívoco de acoso laboral y al hecho cierto de que puede estar próxima la ratificación y aplicación del [Convenio 190 OIT](#) sobre violencia y acoso en el trabajo, lo cual implicaría la futura aprobación de una (por fin) regulación legal en esta materia.

La normativa también incide en que tales conductas causan, o son susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico. El fin es dañar a la persona trabajadora acosada (en su salud, en su integridad física, psíquica, sexual, económica). De esta manera, observamos que el elemento intencional, de conformidad con la definición del [Convenio 190 OIT](#), pasa a cuestionarse, al no considerarse relevante la intención o voluntad de causar daño por parte del sujeto agresor, en consonancia con la importante Sentencia del Tribunal Constitucional ([STC](#)) [56/2019, de 6 de mayo](#). En efecto, para que exista vulneración de un derecho fundamental no es estrictamente necesario que exista una intención de la persona agresora, sino que basta con que la conducta cause o sea susceptible de causar un resultado lesivo. Lo trascendental son los comportamientos susceptibles de crear «un clima hostil y humillante» para la persona trabajadora ([STC](#) [224/1999](#)). El daño en sí pasa también a no formar parte del concepto de acoso en el trabajo, dado que será suficiente con que la conducta sea susceptible de producir el daño. En consecuencia, el daño (personal o económico) puede o no haberse materializado, tal y como recoge la norma —«causen o sean susceptibles de causar un daño»—, no siendo, por tanto, necesario un resultado dañoso de la acción agresora.

Por su parte, el acoso en el trabajo está también sancionado penalmente en el [artículo 173.1 \(párr. 2.º\) del Código Penal](#) (CP) español (tipo penal introducido con la reforma operada por la [Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio](#); renovación legal que, en realidad, no ha generado grandes cambios sustanciales), que vino a reconocer el acoso laboral como un delito autónomo de maltrato, y que no por ello ha supuesto un incremento de estimaciones de la existencia de acoso laboral en el orden penal.

El [artículo 173.1 del CP](#) (delito específico de acoso moral en el trabajo) dispone que:

El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 2 años.

Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima.

El precepto, como vemos, requiere que la reiteración de actos humillantes u hostiles «suponga grave acoso contra la víctima». Para empezar, resulta criticable que se incluya en la propia definición de lo que constituye acoso precisamente el término a definir, que, por lo demás, se añade a la larga lista de conceptos de este tipo penal ([art. 173 CP](#)) que quedan a la interpretación judicial («actos hostiles o humillantes», «de forma reiterada», «trato degradante»...). Asimismo, el precepto regulador del delito de acoso laboral alude expresamente a que el acoso debe ser «grave», pero no concreta criterio alguno para distinguir –con garantías– qué supuestos cabe valorar como graves y cuáles no.

De conformidad con este precepto ([art. 173.1](#)), comprobamos que el CP exige varios requisitos (elementos del tipo) para que exista el delito de acoso laboral: 1) realizar contra otra persona actos hostiles o humillantes, sin llegar a constituir trato degradante; 2) que tales actos sean realizados de forma reiterada o continuada; 3) que se ejecuten en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional; 4) que el sujeto activo se prevalga de su relación de superioridad; 5) que tales actos tengan la caracterización de graves.

Por consiguiente, para que estemos ante una situación de acoso moral en el trabajo y tenga relevancia penal implica necesariamente, además de realizarse prevaliéndose de una relación de superioridad (dentro del ámbito laboral o funcional), una especial gravedad de la conducta, por su intensidad y duración de los actos hostiles o humillantes.

La sentencia que ahora analizamos, Sentencia del Tribunal Supremo ([STS](#)), [Sala Segunda, 45/2021, de 21 de enero](#), sin ser especialmente innovadora, pues destaca los aspectos más relevantes del tipo de acoso laboral que viene acogiendo reiteradamente la Sala Segunda del TS, sí se detiene (como tendremos ocasión de comentar) en el alcance de las notas de reiteración y de gravedad, a nuestro modo de ver, con escasa precisión e indeterminación.

Podemos adelantar que la perspectiva que adopta esta resolución judicial penal se caracteriza por ser garantista con los derechos que tienen las personas investigadas por conductas susceptibles de considerarse como constitutivas de un delito de acoso laboral. Se pone nuevamente en evidencia que, si no queda debidamente acreditada una manifiesta gravedad de los hechos probados, el tribunal penal –como casi siempre sucede– desestima tales conductas «vejatorias y hostiles» de su consideración como constitutivas de un delito de acoso laboral. El acoso laboral enjuiciado sí se confirma y existe, sí se materializa –afirma el propio órgano judicial penal–, pero, según criterio de este mismo tribunal, no contiene la suficiente gravedad que resulta imprescindible para su estimación como delito.

En este sentido podemos preguntarnos, qué hubiera ocurrido de haber elegido la víctima la vía de la jurisdicción social: ¿hubiera obtenido la funcionaria acosada la misma resolución desestimatoria que en el orden penal?, ¿hubiera sido determinante para el éxito de la acción acudir al orden social? El debate o tensión existente entre la elección de la acción penal o la acción laboral en relación con las conductas de acoso en el trabajo está servido.

## 2. Breve resumen del supuesto de hecho: existencia de acoso laboral, no punible penalmente

Estamos ante la relación entre un sargento y una agente de la Policía Local de Santander que trabajan juntos en la oficina de atención y protección de las víctimas de violencia de género, que no habían tenido problemas destacables entre ellos hasta que la agente propuso al sargento cambiar los protocolos de actuación respecto de las víctimas de violencia de género, provocando que se agriasen y enrarecieran las relaciones personales entre ambos.

Pruebas evidentes del clima laboral enrarecido y la nefasta relación existente entre el sargento y la agente las encontramos en que: 1) El sargento trasladó a un dirigente sindical que «estaba harto» de la agente y que hará lo posible para que se marche de la unidad. 2) La agente denuncia que ha desaparecido su teléfono móvil mientras estaba en la oficina y el sargento emite un informe manifestando que se trata de una denuncia falsa interpuesta por la agente. 3) A efectos disciplinarios, el sargento dio cuenta al jefe superior de la Policía Local que la agente acude a diversas citas médicas injustificadas, si bien se prueba que se trata de ausencias justificadas y registradas por la funcionaria al padecer sintomatología depresiva de probable etiología laboral. 4) El sargento propuso la incoación de un expediente disciplinario a la agente por haber demorado la confección de un informe sobre una víctima que se le había encomendado, aunque finalmente fue realizado por la agente dentro del mismo día último de plazo. 5) El sargento instó apertura de un nuevo expediente disciplinario contra la agente por no haberle informado de una incidencia con una víctima. Asimismo, una vez la agente (estando de baja médica) interpone una querrela ante el sargento por un delito de acoso, el sargento insta la incoación de numerosos partes disciplinarios contra la agente por llegar tarde, por abandonar las dependencias para desayunar sin haberle informado, por acudir a consulta médica o salir a tomar café avisando solo al cabo y no a él.

Por otra parte, no queda debidamente acreditado en juicio que el sargento haya evitado o impedido que se facilite ordenador y mesa a la agente, ni que se dirija constante o frecuentemente a esta diciendo expresiones tales como «se te han acabado los créditos», «voy a dar parte de ti», «si no estás a gusto, lo que tienes que hacer es marcharte». Tampoco se ha acreditado que haya sido privada del uso del arma reglamentaria por actuación del acusado (sargento). Ni que este haya realizado gestión alguna tendente a dificultarle o modificarle arbitrariamente el disfrute de vacaciones.

Sí se acredita que la agente ha padecido un trastorno adaptativo mixto ansioso depresivo, que ha precisado de tratamiento médico con psicoterapia y ansiolíticos, tardando en curar en la primera baja 90 días improductivos para sus ocupaciones habituales y quedándole como secuela trastorno del humor, trastorno depresivo reactivo en grado moderado con evolución desfavorable dada la persistencia del factor estresante. Con fecha 30 de noviembre de 2016, se dictó sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cantabria confirmando la SJS número 3 de Santander de 30 de mayo, que declaraba que «los dos periodos de baja laboral de la agente en 2014 y 2015 son accidentes de trabajo al responder al conflicto laboral mantenido con el acusado y no existiendo ninguna previa patología psicológica ni psiquiátrica».

La sentencia de la Audiencia Provincial (AP) de Cantabria absuelve al sargento del delito de acoso laboral al no estimar que concurra la suficiente gravedad en el acoso. Considera que sí hay acoso, pero que no reviste la nota de gravedad suficiente que exige el CP. Por ello, la agente (acusación particular), no conforme con la absolución del sargento, promueve recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración del precepto constitucional, argumentando que, cuando hay reiteración y persistencia de actos de hostigamiento u hostilidad, entiende que sí existe la nota de gravedad. La Sala Segunda del TS desestima el recurso de casación interpuesto por la acusación particular, ganando firmeza la sentencia dictada por la AP.

### 3. Fundamentos jurídicos claves de la decisión judicial: la ausencia de la nota de gravedad del acoso

La STS, Sala Segunda, 45/2021, de 21 de enero, considera que no procede estimar la existencia del delito de acoso laboral desde el momento que falta un elemento esencial del tipo: la gravedad de este acoso; requisito cualificador necesario para que la conducta sea sancionada penalmente. Es el fundamento jurídico octavo de la sentencia el decisivo o clave que viene a justificar la ausencia de la nota de gravedad y, por consiguiente –aun admitiendo la existencia de acoso–, la desestimación del recurso de casación negando que el comportamiento del sargento de la Policía Local sea constitutivo de delito.

En este sentido, pone de relieve que: se identifican actos hostiles –alguno, incluso, podría llegar a ser catalogado de «humillante»–, el escenario es una relación funcional en la que la destinataria de los actos está en posición de subordinación (existe una posición de prelación o superioridad), y se produce una reiteración de conductas, a veces con cierto esparcimiento, en otros periodos con regularidad mecánica. Pero la sentencia descarta el último elemento del tipo: la gravedad del acoso. No dice que no haya acoso, sino que el acoso no reviste la gravedad que reclama el CP, con el claro y plausible propósito de no extender el ámbito de lo punible a todo acoso laboral o funcional realizado por un/a superior, sino solo a sus manifestaciones más intolerables.

Los argumentos de la Audiencia para excluir la tipicidad por faltar ese elemento cualificador –la gravedad– los estima como que son asumibles, aduciendo que:

- No se trata de una conducta sistemática, continuada (que pueda decirse que sucede, por ejemplo, de manera diaria o semanal), sino que se manifiesta en determinadas ocasiones; además, que particularmente se incrementa tras la interposición de la querrela, lo que puede ponerse en relación con que el acusado quisiera acudir a una especie de retorsión o revancha ante la actuación judicial de la agente.
- Las actuaciones no han tenido graves efectos laborales para la víctima; así, la denuncia seguida tras la desaparición del teléfono móvil fue archivada y, respecto de las distintas comunicaciones del acusado para la apertura de expedientes, únicamente dieron lugar a que se abriese uno, que se archivó sin sanción, y a lo que debe añadirse que no se trataba de comunicaciones dirigidas a la agente y que, por tanto, buscasen como efecto directo desestabilizar o presionar a la misma.
- No puede negarse que en todo este problema está latente un importante conflicto interpersonal, un enfrentamiento iniciado por distintos modos de enfocar los métodos de trabajo que continúa como una disputa personal y que ha dado lugar a que la agente haya intentado evitar todo contacto verbal directo con el sargento y dirigirse a él únicamente por escrito, lo que indudablemente supone una situación que dificulta las relaciones entre dos personas –jerárquicamente ordenadas– que deben trabajar juntas cotidianamente.
- Y, siendo cierto que los problemas laborales habidos en la oficina han causado a la agente problemas de índole psíquico, no cabe atribuir los mismos exclusivamente al sargento, sino que han concurrido por una situación conflictiva con todos sus restantes compañeros y compañeras de la unidad en la que trabaja. Además, la agente no mantenía una buena relación con otros miembros de la unidad y determinados comportamientos del sargento se generaron dado que la agente no le dirigía la palabra.

En consecuencia, según el tribunal, no cabe afirmar que se cumpla el requisito típico relativo al «grave acoso» sufrido por la denunciante, por cuanto los actos concretos susceptibles de ser caracterizados como propios de acoso han confluído con un «tormentoso» ambiente laboral. La conclusión es que no concurren todos los requisitos exigidos por el tipo objeto de examen, por lo que no se estima que los hechos tengan la relevancia suficiente para la condena penal y no se alcanza la intensidad necesaria para sobrepasar la frontera de lo reprochable penalmente. La reiteración de conductas no determina por sí misma la gravedad; aunque, sin duda, entre los factores que deben ponderarse para catalogar de grave un acoso, ocupará un lugar importante el hecho de la mayor o menor repetición y la mecánica sistemática, metódica y perseverante de los actos de acoso. Aquí no se aprecia esa insidiosa persistencia, concluye el tribunal.

## 4. Valoración final y comentarios críticos: la competencia de la jurisdicción social en el control judicial del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales

Tal y como hemos adelantado, la [STS, Sala de lo Penal, 45/2021, de 21 de enero](#), no presenta especiales novedades, viniendo a reiterar la doctrina jurisprudencial de la Sala Segunda del TS, limitándose a recoger los aspectos más relevantes del tipo de acoso laboral. En realidad, la Sala Penal reconoce que sí existe acoso en el trabajo, pero no de tal gravedad como para ser relevante penalmente. El acoso enjuiciado no reviste la gravedad que requiere el CP, no extendiendo al ámbito de lo punible todo acoso laboral, sino únicamente aquellas manifestaciones consideradas más inaceptables.

Lo primero que cabe plantearse y discutirse de esta sentencia penal es la aparente confusión doctrinal existente entre gravedad y retirada. Esto es, si el «grave acoso contra la víctima» que define el precepto penal ([art. 173.1](#)) es el resultado de la reiteración de actos hostiles o humillantes, tratándose de algo distinto y separable de estos, o si, por el contrario, el «grave acoso» es algo inherente a esa reiteración de actos hostiles o humillantes y resulta, por tanto, indisoluble de estos. La [STS, Sala de lo Penal, 45/2021](#) sostiene que son elementos separados, que hay que diferenciar las notas de gravedad y de reiteración de la conducta hostil o acosadora, si bien en la práctica y en la argumentación que hace la sala resulta compleja su distinción, sobre todo, cuando señala que, aunque la reiteración de conductas no determina por sí misma la gravedad, lo cierto es que aparece como «muy relevante la mecánica sistemática, metódica y perseverante de los actos de acoso». ¿En qué quedamos? Y, por esta razón, la acusación particular no dudó en argumentar en su recurso «que cuando hay reiteración y persistencia de actos de hostigamiento u hostilidad, entiende que existe de por sí la nota de gravedad». El tribunal, la reiteración y gravedad, las identifica como elementos diferentes del tipo, pero es innegable que están estrechamente vinculadas y difícil su distinción, como en el caso que nos ocupa en este pronunciamiento.

La nota de gravedad dependerá, pues, de cada caso concreto y habrá que atender a elementos tales como la intensidad de los ataques, el contenido vejatorio de los mismos, el espacio temporal en el que se producen y la reiteración de los actos humillantes, quedando sometida su apreciación al criterio subjetivo del tribunal. En consecuencia, el delito exige que el comportamiento del sujeto acosador cause un daño físico o psíquico a la víctima, por lo que será necesario acreditar el nexo causal entre dicha situación de maltrato y los daños psicofísicos objetivables mediante datos clínicos; aspecto este que entendemos queda debidamente acreditado.

En segundo lugar, volvemos a la dialéctica entre orden penal o social. Es decir, si en la tutela penal los requisitos para el reconocimiento de un acoso laboral son más restrictivos (reiteración o continuidad, gravedad, intencionalidad, resultado lesivo...), nos podemos cuestionar los motivos por los que las víctimas acuden prioritariamente a la jurisdicción penal y

no a la laboral, más aún cuando estos mismos hechos merecerían una consideración diferente en el ámbito de la jurisdicción social. Es cierto que, en algún caso, se ha producido el efecto contrario, habiendo condena penal y absolución en el ámbito laboral, estimándose el acoso como delito en el ámbito penal y, sin embargo, se considera como un mero conflicto interpersonal laboral en el orden social ([Sentencia de la AP de Oviedo 434/2017, de 12 de diciembre](#)).

Y es que, como se ha apuntado, el delito de acoso laboral exige la realización de actos graves, hostiles o humillantes, realizados en el contexto de una relación laboral o funcional, de forma reiterada, ejecutados por quien tenga una relación de superioridad, y se prevalega de esa condición para su perpetración, lo cual tiene que estar suficientemente acreditado y descrito en la resultancia fáctica de la sentencia condenatoria.

La doctrina interpreta el delito de acoso laboral desde una posición restrictiva y exige que la conducta típica sea lo suficientemente grave como para integrar el plus de antijuricidad que reclama el derecho penal frente a las previsiones protectoras del ordenamiento civil o laboral. Por ello, los supuestos en los que se alcanza una resolución judicial condenatoria en el orden penal, como vemos, son muy escasos. Posiblemente, por la «difícil comprensión» o «escasa sensibilidad a la hora de identificar el acoso» que muestran algunos jueces y juezas del ámbito penal por este delito, pues siendo, en algunos casos, el acoso muy evidente, la mayoría de las veces se trata de una cuestión de matiz o de valoración de las conductas, como comprobamos que sucede en el pronunciamiento que ahora abordamos.

Por ello, podemos concretar el debate en torno a qué estrategia procesal es más idónea para la defensa frente al acoso en el trabajo, centrándonos en la utilización de la vía penal o la vía laboral (dejando aparte en este momento la jurisdicción civil –por vulneración de derechos fundamentales– y la contenciosa –si optara por una acción conjunta contra Administración municipal y el presunto agresor– a los efectos de no desviar todavía más la atención). Si la mayoría de pronunciamientos de los tribunales penales son absolutorios y es escasa la probabilidad de éxito de esta acción en el ámbito penal, sorprende todavía la voluntad de las víctimas de acoso moral laboral por acudir al orden jurisdiccional penal. En el caso que nos ocupa y reconociendo el órgano penal la existencia de acoso, ¿se hubieran calificado estas conductas en el ámbito social también como un mero conflicto interpersonal?

Y máxime cuando ante estos hechos la jurisdicción social es claramente la competente, pues se podría reclamar –además del cese de la conducta acosadora– la reparación de los daños materiales y morales derivados del acoso laboral sufrido con infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales ([art. 14 Ley de prevención de riesgos laborales](#) y [art. 15 Constitución española](#)). Es importante recordar que el acoso no se trata solo de un trato degradante reiterado o continuo, sino también ambiental o integral. Por consiguiente, será innegable la aplicación de lo dispuesto en el [artículo 2 e\) de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#), que atribuye la competencia a la jurisdicción social cuando se trata de controlar judicialmente el cumplimiento de la normativa de prevención de

riesgos laborales, incluida la reparación de daños, pudiendo ser las personas afectadas personal funcionario, estatutario o laboral, tal y como ha venido reiterando la Sala Cuarta del TS (SSTS [740/2017, de 28 de septiembre](#), [234/2018, de 1 de marzo](#), y [903/2018, de 11 de octubre](#)).

Por otra parte, el [Convenio 190 OIT](#) viene a reforzar la importancia de una gestión eficaz e integral en materia preventiva, en tener diseñadas unas políticas de empresa (y en la Administración) y adoptar medidas para prevenir y controlar el acoso moral laboral, puesto que la prevención –la tutela preventiva– debe ser el instrumento más adecuado para evitar que el acoso –en sus diversas manifestaciones: moral, sexual, sexista, discriminatorio– proliferen en los centros de trabajo. La calificación del acoso como riesgo psicosocial en el trabajo conlleva que las empresas y las Administraciones públicas deben actuar siempre de forma eficiente para que este riesgo no se produzca, analizando y evaluando el riesgo existente y adoptando cuantas medidas sean necesarias en prevención del mismo, contando con una política de empresa frente a la violencia y acoso a fin de evitar un daño –a la salud, a la dignidad, a la integridad– de las personas trabajadoras, garantizando, así, un ambiente de trabajo sano y seguro.

Asimismo, son numerosas las sentencias penales que, o bien absuelven por falta de pruebas, o bien, aunque consideran acreditado algún tipo de hostigamiento, descartan que tenga la entidad suficiente (gravedad y retirada) como para constituir delito. Podemos considerar que no siempre es fácil para el tribunal juzgador encuadrar unos criterios infalibles que determinen el acoso, pero la todavía excesiva amplitud del párrafo segundo del [artículo 173.1 del CP](#) plantea importantes dudas interpretativas que suponen la subsistencia de un elevado grado de inseguridad jurídica en torno a cuáles son las conductas punibles conforme a este precepto. Aspecto este que con mayor sentido debería inclinar a las víctimas de acoso a acudir al orden social o laboral.

En la [sentencia estudiada](#), observamos claramente que el sargento, en el ejercicio de una situación de superioridad jerárquica respecto a la agente con la que trabaja en la misma unidad, ha perpetrado diversas y numerosas conductas hostiles y humillantes a la trabajadora: 1) confiesa al delegado sindical de la Policía Local que estaba «harto» de la agente y que «iba a hacer lo posible porque se fuera de la unidad»; 2) remite un informe al Cuerpo Nacional de Policía considerando que esta agente ha formulado una denuncia falsa; 3) llega a incoar contra ella hasta diez expedientes disciplinarios y en todos ellos no se confirma en ningún caso la existencia por parte de la agente de un incumplimiento que fuera sancionable; 4) se acredita también en resolución judicial que la agente ha padecido dos procesos de incapacidad temporal (en los años 2014 y 2015), como consecuencia de sufrir «un trastorno adaptativo mixto ansioso depresivo, precisando de tratamiento médico con psicoterapia y ansiolíticos, quedándole como secuela trastorno depresivo reactivo en grado moderado con evolución desfavorable dada la persistencia del factor estresante». Sin embargo, no parece que todas estas conductas expuestas y debidamente probadas (sobre todo, instar diez expedientes disciplinarios –cantidad que nos parece ya de por sí lo suficientemente

humillante–, así como dos procesos de baja laboral y su consideración como accidente de trabajo) sean lo suficientemente determinantes para acreditar el daño producido en la trabajadora, puesto que el tribunal penal considera que estamos ante una conducta meramente «ocasional» o puntual –no continuada o sistemática–, porque los expedientes no tuvieron graves efectos o consecuencias laborales para la trabajadora, y por estimar que los daños psicológicos pudieron tener su origen no en la conducta hostil y vejatoria del sargento sujeto acosador, sino de otras situaciones (?) del propio entorno o «tormentoso» ambiente laboral. Asimismo, la resolución penal considera que falta acreditar el elemento intencional o doloso por parte del agresor, que creemos, como se ha expuesto, no debiera tenerse en cuenta, puesto que el resultado, el perjuicio, se ha producido igualmente sin importar –por innecesaria– la intención del acosador ([Convenio 190 OIT](#) y [STC 56/2019](#)).

Podemos concluir que, probablemente, estos mismos hechos de acoso en el ámbito de la jurisdicción social –por incumplimiento notable de la normativa de prevención de riesgos– serían merecedores de un pronunciamiento judicial totalmente diferente. Esperemos que a partir de la aplicación del [Convenio 190](#) y la futura aprobación en nuestro país de una regulación legal en materia de acoso se aporte mayor coherencia en el establecimiento de criterios de nuestros tribunales y que todo ello genere una mejor protección de las personas trabajadoras frente a esta lacra social.

## Subinspección Laboral de Empleo y Seguridad Social

**Paula Calvo Hidalgo**

*Subinspectora laboral de Empleo y Seguridad Social*

### Extracto

El presente caso práctico reproduce el enunciado del supuesto referido a la actividad de la Inspección planteado como tercer ejercicio en la convocatoria de la oposición para el ingreso en el Cuerpo de Subinspectores[as] Laborales, Escala de Empleo y Seguridad Social, correspondiente a 2019 –Resolución de 24 de octubre de 2019 (BOE de 4 de noviembre)–. En él se efectúa un análisis de las cuestiones derivadas del planteamiento, incorporando la fundamentación jurídica de la respuesta.

**Palabras clave:** inspección; caso práctico; subinspectores/as laborales; acta de infracción; acta de liquidación.

Fecha de entrada: 20-05-2021 / Fecha de aceptación: 01-07-2021

**Cómo citar:** Calvo Hidalgo, Paula. (2021). Subinspección Laboral de Empleo y Seguridad Social. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 461-462, 237-269.

# Labour Sub-Inspection of Employment and Social Security

Paula Calvo Hidalgo

## Abstract

This case on the work of the Inspection has been raised as a third exercise in the announcement of the competition for entry into the Corps of Labour Sub-Inspectors, Scale of Employment and Social Security, corresponding to 2019 –Resolution of 24 October 2019 (BOE of 4 November)–. An analysis of the questions derived from the approach is made, incorporating the legal basis of the response.

**Keywords:** inspection; case study; labour sub-inspectors; infraction report; settlement report.

**Citation:** Calvo Hidalgo, Paula. (2021). Labour Sub-Inspection of Employment and Social Security. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 461-462, 237-269.

## Enunciado

### Supuesto 1

Que en virtud de actuación inspectora enmarcada en la OS 28/1111111/00, y en colaboración con agentes de la Policía Local, el día 26 de febrero de 2020, a las 23:15 horas se realiza visita de inspección a la empresa El Botellón, SL, con CIF B-800000001 y CCC 28000000000, establecimiento de hostelería sito en la calle El Último Trago, 8, de Madrid.

Se realiza un control de empleo y Seguridad Social de las 14 personas trabajadoras presentes en el centro de trabajo. Todas ellas estaban sirviendo consumiciones en el establecimiento, detrás de las diferentes barras distribuidas en las 2 plantas con las que cuenta el local, con camiseta negra con el anagrama del establecimiento. Tras la entrevista e identificación de cada una de ellas, se solicita documentación a la empresa, y se analiza la base de datos de Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y la base de datos de Extranjería de la Dirección General de la Policía (aplicación ADEXTTRA).

El resultado de la actuación inspectora concluye el día 22 de marzo de 2020.

#### Manifestaciones durante la visita de inspección:

**1. Trabajador núm. 1.** Nacionalidad cubana. En un primer momento manifiesta que él no trabaja allí. Posteriormente indica que va a ayudar cuando lo llaman, que ha comenzado a trabajar a las 20:00 horas y que estará hasta las 3:00 horas de la madrugada, pagándole 60 euros por día de trabajo.

**2. Trabajador núm. 2.** Nacionalidad española. Indica que es el encargado del local y que tiene contrato indefinido desde hace algún tiempo. Que la empresa le abona 80 euros por día de trabajo desde las 20:00 horas a las 3:00 horas de la madrugada.

**3. Trabajadora núm. 3.** Nacionalidad española. Manifiesta que es amiga de otra chica y que la llaman de vez en cuando para ir a poner copas al bar. Que le pagan 60 euros al día, de 20:00 horas a 3:00 de la madrugada.

**4. Trabajador núm. 4.** Nacionalidad rumana. Señala que es el primer día que acude a ese local y que cree que le pagarán como al resto; que él se limita a poner copas hasta el cierre del local.

**5. Trabajador núm. 5.** Nacido en Senegal. Manifiesta que el dueño lo llama de vez en cuando según fiestas para que trabaje como «extra», pagándole unos 60 euros desde las 20:00 horas hasta las 3:00 horas de la madrugada.

**6. Trabajador núm. 6.** Nacionalidad española. Señala que trabaja de martes a sábado desde hace 2 meses, que le pagan por día 60 euros y que hace el mismo horario que sus compañeros/as.

**7. Trabajador núm. 7.** Nacionalidad cubana. Indica que acude cuando lo llaman y que le pagan 60 euros al día trabajando de 20:00 horas a 3:00 horas de la madrugada. Que él está cursando estudios universitarios y va para ganarse un dinerillo.

**8. Trabajadores núms. 8, 9, 10, 11 y 12.** Todos ellos de nacionalidad española. Señalan que están contratados desde hace 4 días aproximadamente, aunque ni el núm. 8 ni el núm. 9 firmaron aún el contrato según informan a la persona actuante por no poder pasar por la gestoría. Manifiestan que desarrollan un horario de 20:00 horas a 3:00 horas de la mañana, de miércoles a sábado, con una remuneración de 60 euros por día.

**9. Trabajadora núm. 13.** Señala que tiene un contrato para la formación, y que la dieron de alta en la Seguridad Social, con horario de 20:00 horas a 23:30 horas, y con un salario de 40 euros al día, trabajando de miércoles a sábado. Se le pregunta por su formación, señalando que está realizando un módulo de diseño gráfico de interiores en una academia.

**10. Trabajador núm. 14.** Nacionalidad española. Manifiesta que es hermano de la trabajadora núm. 3 y que en ocasiones lo llaman para «echar una mano». Que nunca le han hecho contrato, trabajando hasta el cierre del local y con una remuneración de 60 euros por día.

### Comprobaciones realizadas:

1.º La empresa El Botellón, SL, con CIF B-800000001 y único CCC 28000000000, no emplea a más personas trabajadoras que las 14 a las que se realizó control de empleo el día de la visita de inspección.

2.º El trabajador núm. 1 no figura de alta en la empresa, pero sí es perceptor de la prestación por desempleo desde el día 25 de diciembre de 2019. Se comprueba que tiene autorización de residencia y trabajo en España, en vigor.

3.º Las personas trabajadoras núms. 2, 3 y 6 fueron dadas de alta en la empresa con fecha 27 de febrero de 2020 a las 9:00 horas.

4.º Los trabajadores núms. 5 y 7 no estaban dados de alta en la Seguridad Social el día de la visita de inspección, y tampoco se ha tramitado su alta con posterioridad. Consultada la base de datos de Extranjería de la Policía (aplicación ADEXTTRA), se comprueba que el trabajador núm. 5 tiene denegada la última solicitud de autorización de residencia y trabajo, desde el 4 de julio de 2018. Por su parte, respecto al trabajador núm. 7 únicamente consta que tiene concedida una autorización de residencia por cursar estudios de

ingeniería en la Universidad Politécnica de Madrid, desde el 15 de septiembre de 2020 y con una duración de 9 meses.

5.º Los trabajadores núms. 8, 9, 10 y 11 figuran de alta todos ellos en el CCC 2800000000 de la empresa desde el día 20 de febrero de 2020. Todos tienen suscritos contratos temporales de duración determinada, eventuales por circunstancias de la producción, a jornada completa. La causa que figura expresada en los contratos de los 4 trabajadores es «atención terraza ante el incremento de la clientela en el periodo navideño».

6.º El trabajador núm. 12 tiene suscrito un contrato indefinido a tiempo parcial, con una jornada de 10 horas/semana. Se comprueba que se le dio de alta en la Seguridad Social el día 1 de marzo de 2020.

7.º La trabajadora núm. 13 figura de alta en la empresa desde el 15 de febrero de 2020 con un contrato para la formación y aprendizaje a jornada completa. Se comprueba que su fecha de nacimiento es el 15 de enero de 2003.

8.º El trabajador núm. 14 y el trabajador núm. 4 estuvieron de alta en la empresa desde el día 22 de diciembre de 2019 al 27 de diciembre de 2019. No constan más altas ni anotaciones en su vida laboral.

*Se pide:*

1. La persona opositora deberá indicar todas las medidas a adoptar por el subinspector/a laboral de Empleo y Seguridad Social; deberá analizar la situación de cada una de las 14 personas trabajadoras identificadas y, en caso de existir incumplimientos, deberá indicar si procede la extensión de actas de infracción o liquidación.
2. En el caso de considerar necesaria la extensión de actas de infracción, deberá indicar al detalle los preceptos infringidos, tipificadores y sancionadores, indicando la cuantía de la sanción en grado mínimo, medio o máximo; y si se aprecian circunstancias agravantes.

## Supuesto 2

Con fecha 14 de julio de 2020 se efectúa visita de inspección a la empresa Euromontajes España, SL, situada en el número 25 de la calle C del Parque Tecnológico de Leganés, en Madrid. La actividad declarada por la empresa es la de construcción de edificios.

Posteriormente, la empresa comparece en las oficinas de la Inspección Provincial el 21 de julio de 2020, representada por su asesor don Antonio B., que acredita tal representación aportando el correspondiente poder notarial. Don Antonio aporta diversa documentación solicitada en el curso de la visita.

De la visita efectuada y la posterior revisión de la documentación de empleo y Seguridad Social aportada el día 27 de julio de 2020, así como de las diferentes bases de datos consultadas, se constatan los siguientes hechos:

1. Don Emilio A., trabajador por cuenta ajena de la empresa, está vinculado a la misma en virtud de un contrato por tiempo indefinido y a jornada completa. Ha percibido de la empresa por los conceptos de plus transporte y quebranto de moneda las cantidades y en los periodos que se indican a continuación. Consultada la base de datos de la Seguridad Social, se constata que, respecto del plus transporte, la empresa cotiza por las cuantías que exceden, en su caso, del 20 % del IPREM mensual (107,57 €). Por el quebranto de moneda, la empresa no cotiza.

Los importes percibidos por el trabajador, por los citados conceptos, son los siguientes:

Periodo	Plus transporte	Quebranto de moneda
01/2018	125	90
02/2018	130	120
03/2018	100	85

2. Doña Ana L. lleva trabajando en la empresa con un contrato de obra y servicio desde el día 1 de octubre de 2018. En el contrato se indica que su objeto es la obra de construcción en la calle Larga número 34 de Azuqueca de Henares (Guadalajara). La trabajadora ha cobrado en concepto de dietas los siguientes importes en los periodos indicados:

Periodo	Importe dietas
octubre-18	40
noviembre-18	60
diciembre-18	70
enero-19	110
febrero-19	40
marzo-19	100



Período	Importe dietas
◀	
abril-19	80
mayo-19	60
junio-19	110
julio-19	120
agosto-19	120
septiembre-19	80
octubre-19	100
noviembre-19	40
diciembre-19	70
<b>Total</b>	<b>1.200</b>

Dichas cuantías las ha cobrado en concepto de manutención sin pernocta y gastos de desplazamiento, que no superan las cuantías máximas exentas de cotización (26,67 € por día, sin pernocta, y 0,19 € por km recorrido en los desplazamientos). La empresa no ha incluido ninguno de estos importes en la base de cotización de la trabajadora.

- Se ha recibido comunicación de la Subdirección General de Políticas Activas de Empleo del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) indicando que la empresa ha practicado bonificaciones en sus cuotas de la Seguridad Social por razón de haber impartido un curso de formación a sus personas trabajadoras durante el año 2014. La bonificación, de 1.200 euros, se practicó en la liquidación de cuotas correspondiente al mes de diciembre de 2014.

Al SEPE no le consta haber recibido la correspondiente comunicación telemática de la realización de la acción formativa. La empresa Euromontajes España, SL, fue requerida oportunamente por el SEPE para hacerla efectiva en el plazo habilitado al efecto, mediante citación remitida por correo, cuya recepción fehaciente el día 25 de septiembre de 2018 ha sido comunicada por el servicio de Correos. Sin embargo, no realizó aclaración alguna ni se acreditó por la empresa la devolución del importe solicitado. Ni en el momento de la visita ni de la comparecencia ante el subinspector/a actuante, la empresa Euromontajes España, SL, acredita haber

procedido a la devolución del importe indicado a pesar de haber sido requerida para ello en la diligencia efectuada en el momento de la visita. Tras interrogar al asesor respecto del tema, indica que lo desconoce, puesto que su vínculo con la empresa se inició en el 2019.

### Se pide:

1. Respecto del *punto 1*, indique los posibles incumplimientos en materia de cotización a la Seguridad Social y las actuaciones inspectoras procedentes. Deberá argumentarse la existencia o no de débitos a la Seguridad Social, indicando si es correcta la exclusión de las cantidades de la base de cotización efectuada por la empresa. Si apreciase la existencia de infracciones en el orden social, señale los preceptos infringidos, los preceptos tipificadores, su calificación y los criterios para la determinación de las sanciones a proponer.
2. Respecto del *punto 2*, indique los posibles incumplimientos en materia de cotización a la Seguridad Social y las actuaciones inspectoras procedentes. Deberá argumentarse la existencia o no de débitos a la Seguridad Social, indicando si es correcta la exclusión de las cantidades de la base de cotización efectuada por la empresa. Si apreciase la existencia de infracciones en el orden social, señale los preceptos infringidos, los preceptos tipificadores, su calificación y los criterios para la determinación de las sanciones a imponer.
3. Respecto del *punto 3*, indique los posibles incumplimientos en materia de cotización a la Seguridad Social y las actuaciones inspectoras procedentes. Deberá argumentarse la existencia o no de débitos a la Seguridad Social, indicando, en su caso, la normativa de aplicación. Si apreciase la existencia de infracciones en el orden social, señale los preceptos infringidos, los preceptos tipificadores, su calificación y los criterios para la determinación de las sanciones a imponer.
4. Respecto de los *tres puntos en conjunto*, en caso de que proceda la extensión de actas de infracción y/o liquidación, indique cuántas actas distintas deben elaborarse señalando los motivos.

## Solución

### Supuesto 1

De las actuaciones inspectoras practicadas y del análisis de la información contenida en la base de datos de la TGSS y la base de datos de Extranjería, se comprueban los siguientes

hechos respecto de cada una de las personas trabajadoras que se encuentran prestando servicios en la empresa referenciada en el momento de la visita de inspección, en orden a la procedencia de extender actas de infracción y/o liquidación y llevar a cabo otras medidas que procedan:

## Trabajador núm. 1

Se constata una irregularidad respecto de dicho trabajador, ya que la empresa El Bote llón, SL, debería haber solicitado el alta del trabajador en el régimen general de la Seguridad Social (RGSS) con carácter previo al inicio de la prestación de servicios, de conformidad con lo establecido en los artículos 7.1 a)<sup>1</sup> y 136.1<sup>2</sup> del Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (BOE de 31 de octubre) (TRLGSS), y los artículos 29.1.1.<sup>3</sup> y 32.3.1.<sup>4</sup> del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (BOE de 27 de febrero). Procedería su encuadramiento en el RGSS al tratarse de un trabajador extranjero extracomunitario titular de una autorización de residencia y trabajo en España en vigor.

Además, el trabajador figura como perceptor de la prestación por desempleo desde el 25 de diciembre de 2018, lo que supone una incompatibilidad con el trabajo por cuenta

<sup>1</sup> Artículo 7.1 a) del TRLGSS: «Trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a distancia, y con independencia, en todos los casos, del grupo profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral».

<sup>2</sup> Artículo 136.1 del TRLGSS: «Estarán obligatoriamente incluidos en el campo de aplicación del régimen general de la Seguridad Social los trabajadores por cuenta ajena y los asimilados a los que se refiere el artículo 7.1 a) de esta ley, salvo que por razón de su actividad deban quedar comprendidos en el campo de aplicación de algún régimen especial de la Seguridad Social».

<sup>3</sup> Artículo 29.1.1.º del Real Decreto 84/1996: «Con independencia de la obligación de solicitar la afiliación al sistema de la Seguridad Social de los trabajadores no afiliados al mismo que hayan de ingresar o ingresen a su servicio, los empresarios estarán obligados a comunicar la iniciación o, en su caso, el cese de la prestación de servicios de los trabajadores en su empresa para que sean dados, respectivamente, de alta o de baja en el régimen en que figuran incluidos en función de la actividad de aquella, en los términos y condiciones establecidos en este reglamento».

<sup>4</sup> Artículo 32.3.1.º del Real Decreto 84/1996: «Las solicitudes de alta deberán presentarse por los sujetos obligados con carácter previo al comienzo de la prestación de servicios por el trabajador, sin que en ningún caso puedan serlo antes de los 60 días naturales anteriores al previsto para el inicio de aquella».

ajena, con base en lo previsto en el artículo 282.1<sup>5</sup> del TRLGSS y en el artículo 15.1 b)<sup>6</sup> del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de protección por desempleo (BOE de 7 de mayo).

Con base en los hechos expuestos, procede la extensión de acta de infracción en materia de Seguridad Social por el subinspector/a actuante, en ejercicio de las atribuciones conferidas en el artículo 22.5<sup>7</sup> de la Ley 23/2015, de 21 de julio, ordenadora del sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE de 22 de julio) (LOSITSS), resultando sujeto responsable la empresa El Botellón, SL, al considerarse infringidos los siguientes preceptos:

- Artículos 7.1 a), 15, 16, 136, 139, 282.1 del TRLGSS (BOE de 31 de octubre de 2015).
- Artículos 7, 29.1.1.º, 30 y 32.3.1.º del Real Decreto 84/1996 (BOE de 27 de febrero de 1996).
- Artículo 15.1 b) y c) del Real Decreto 625/1985 (BOE de 7 de mayo de 1985).

Dar ocupación como personas trabajadoras a beneficiarias o solicitantes de prestaciones cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, sin haber comunicado el alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de la actividad, constituye una infracción calificada como muy grave y tipificada en el artículo 23.1 a)<sup>8</sup> del texto refundido de la Ley de infracciones y sanciones en el orden social, aprobado por el Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto (BOE de 8 de agosto) (TRLISOS).

---

<sup>5</sup> Artículo 282.1 del TRLGSS: «La prestación y el subsidio por desempleo serán incompatibles con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, o con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando este se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado».

<sup>6</sup> Artículo 15.1 b) del Real Decreto 625/1985: «La prestación y el subsidio por desempleo serán incompatibles: 1.º Con el trabajo retribuido por cuenta ajena a tiempo completo, en régimen laboral o administrativo, o con situaciones asimiladas, que supongan la inclusión en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social aunque no esté previsto cotizar por la contingencia de desempleo, salvo cuando esté establecida la compatibilidad en algún programa de fomento de empleo».

<sup>7</sup> Artículo 22.5 de la LOSITSS: «Iniciar el procedimiento sancionador mediante la extensión de actas de infracción o de infracción por obstrucción».

<sup>8</sup> Artículo 23.1 a) del TRLISOS: «Dar ocupación como trabajadores a beneficiarios o solicitantes de pensiones u otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad».

En virtud de lo establecido en el artículo 39.6<sup>9</sup> del TRLISOS, cuando no se considere relevante ninguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 39.2<sup>10</sup>, la sanción se impondrá en el grado mínimo en su tramo inferior. En este supuesto no se aprecian circunstancias que puedan agravar la sanción propuesta, por tanto, la cuantía de la sanción será de 10.001 euros, conforme al artículo 40.1 e)<sup>11</sup> de la misma norma legal. Si bien, al detectarse más de 5 infracciones de las previstas en este apartado (respecto de las personas trabajadoras núms. 2, 3, 4, 6, 12 y 14), el importe de la sanción se incrementará un 50 % en cada una de ellas, por lo que la cuantía total de la sanción ascenderá a 15.001,5 euros.

Asimismo, resultan de aplicación las sanciones accesorias recogidas en el artículo 46.1 del TRLISOS, al tratarse de una infracción tipificada en el artículo 23 del TRLISOS en materia de protección por desempleo, consistentes en:

- a) Pérdida automática y de forma proporcional al número de personas trabajadoras afectadas por la infracción de las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo o formación profesional para el empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción.
- b) Posibilidad de exclusión del acceso a tales ayudas, subvenciones, bonificaciones y beneficios por un periodo máximo de 2 años, con efectos desde la fecha de la resolución que imponga la sanción.

En este supuesto no consta que la empresa disfrute de beneficios derivados de programas de empleo o formación profesional para el empleo, por lo que únicamente resultará de aplicación la sanción accesoria prevista en la letra b) del artículo 46.1 del TRLISOS.

---

<sup>9</sup> Artículo 39.6 del TRLISOS: «[...] Cuando no se considere relevante a estos efectos ninguna de las circunstancias enumeradas en dichos apartados, la sanción se impondrá en el grado mínimo en su tramo inferior».

<sup>10</sup> Artículo 39.2 del TRLISOS: «Calificadas las infracciones, en la forma dispuesta por esta ley, las sanciones se graduarán en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada, como circunstancias que puedan agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida».

<sup>11</sup> Artículo 40.1 e) del TRLISOS: «Las infracciones señaladas en los artículos 22.2, 22.7 a), 22.16 y 23.1 a) se sancionarán: 1. La infracción grave de los artículos 22.2, 22.7 a) y 22.16 se sancionará con la multa siguiente: en su grado mínimo, de 3.126 a 6.250 euros; en su grado medio, de 6.251 a 8.000 euros y, en su grado máximo, de 8.001 a 10.000 euros. 2. La infracción muy grave del artículo 23.1 a) se sancionará con la multa siguiente: en su grado mínimo, de 10.001 a 25.000 euros; en su grado medio, de 25.001 a 100.005 euros y, en su grado máximo, de 100.006 a 187.515 euros. No obstante, cuando con ocasión de una misma actuación de inspección se detecten varias infracciones de las contempladas en este apartado, la sanción que en su caso se proponga para cada una de ellas, graduada conforme a los criterios contenidos en el artículo 39.2 que procedan, se incrementará en: [...] Un 50 % en cada infracción cuando se trate de 5 o más trabajadores, beneficiarios o solicitantes».

Además, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 23.2, segundo párrafo, del TRLISOS, la empresa El Botellón, SL, responderá solidariamente en la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por el trabajador.

Igualmente, en atención a las medidas previstas en el artículo 22.7<sup>12</sup> de la LOSITSS, procederá emitir informe a la TGSS para que se tramite el alta de oficio del trabajador desde la fecha de la visita de inspección, en virtud de lo dispuesto en el artículo 16.4 del TRLGSS<sup>13</sup>.

No procede la extensión de acta de liquidación en este supuesto, ya que se constata que el trabajador presta servicios desde el día de la visita de inspección y, por tanto, no ha transcurrido el plazo reglamentario de ingreso de las cuotas, que, conforme al artículo 56.1<sup>14</sup> del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social (BOE de 25 de junio), se ingresarán en el mes siguiente a que corresponda su devengo.

Respecto del trabajador, se constata que se encuentra percibiendo la prestación por desempleo mientras trabaja por cuenta ajena, sin haber comunicado dicha situación al SEPE para causar baja en la citada prestación, como establece el artículo 299 h)<sup>15</sup> del TRLGSS. El percibo de la prestación por desempleo es incompatible con el trabajo por cuenta ajena, de conformidad con lo previsto en el artículo 282.1 del TRLGSS y en el artículo 28.2<sup>16</sup> del Real Decreto 625/1985.

<sup>12</sup> Artículo 22.7 de la LOSITSS: «Promover procedimientos de oficio para la inscripción de empresas, afiliación y altas y bajas de trabajadores, así como para el encuadramiento de empresas y trabajadores en el régimen de la Seguridad Social adecuado, sin perjuicio del inicio del expediente liquidatorio a que se refiere el apartado anterior, si procediese».

<sup>13</sup> Artículo 16.4 del TRLGSS: «Tanto la afiliación como los trámites determinados por las altas, bajas y variaciones a que se refiere el artículo anterior podrán ser realizados de oficio por los correspondientes organismos de la Administración de la Seguridad Social cuando, a raíz de los datos de que dispongan, de las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o por cualquier otro procedimiento, se compruebe la inobservancia de dichas obligaciones».

<sup>14</sup> Artículo 56.1 del Real Decreto 1415/2004: «Las cuotas de la Seguridad Social y los recursos que se recauden conjuntamente con ellas se ingresarán dentro del mes siguiente al que corresponda su devengo, salvo que se establezca otro plazo por las normas que regulan cada uno de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social».

<sup>15</sup> Artículo 299 h) del TRLGSS: «Solicitar la baja en las prestaciones por desempleo cuando se produzcan situaciones de suspensión o extinción del derecho o se dejen de reunir los requisitos exigidos para su percepción, en el momento de la producción de dichas situaciones».

<sup>16</sup> Artículo 28.2 del Real Decreto 625/1985: «Cuando se produzca una causa de suspensión o extinción del derecho a la prestación o subsidio por desempleo, el trabajador estará obligado a entregar en la correspondiente oficina de empleo la documentación acreditativa de dicha causa. Cuando la causa de suspensión correspondiese a la realización de trabajos incompatibles con este derecho, tal circunstancia deberá comunicarse con carácter previo al inicio de la prestación de servicios».

Por ello, procede extender acta de infracción en materia de Seguridad Social al trabajador, como sujeto responsable, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.5 de la LOSITSS, considerándose infringidos los preceptos siguientes:

- Artículos 282.1 y 299 h) del TRLGSS (BOE de 31 de octubre de 2015).
- Artículo 28.2 del Real Decreto 625/1985 (BOE de 7 de mayo de 1985).

La compatibilización de la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta ajena constituye una infracción del trabajador calificada como muy grave y tipificada en el artículo 26.2<sup>17</sup> del TRLISOS. En virtud de lo establecido en el artículo 47.1 c)<sup>18</sup> del TRLISOS, la propuesta de sanción consiste en la extinción de la citada prestación, así como la posibilidad de ser excluido del derecho a percibir cualquier prestación económica y, en su caso, ayuda de fomento del empleo durante 1 año, así como del derecho a participar durante ese periodo en formación profesional para el empleo. Todo ello sin perjuicio del reintegro de la prestación indebidamente percibida por el trabajador, con base en lo previsto en el artículo 47.3<sup>19</sup> del TRLISOS.

## Personas trabajadoras núms. 2, 3, 4, 6, 12 y 14

Respecto de las personas trabajadoras núms. 2, 3, 4, 6, 12 y 14, se constata la prestación de servicios por cuenta ajena sin que la empresa El Botellón, SL, haya solicitado en la TGSS su alta en el RGSS con carácter previo al inicio de la prestación de servicios, conforme a lo establecido en los artículos 7.1 a) y 136.1 del TRLGSS y en los artículos 29.1.1.º y 32.3.1.º del Real Decreto 84/1996.

El alta ha sido solicitada fuera del plazo establecido, como consecuencia de actuación inspectora, el día 27 de febrero de 2020 la de las personas trabajadoras núms. 2, 3 y 6, y el día 1 de marzo de 2020 la del trabajador núm. 12. Respecto de los trabajadores núms. 4 y 14, la empresa no ha solicitado el alta dentro del plazo establecido al efecto.

<sup>17</sup> Artículo 26.2 del TRLISOS: «Compatibilizar la solicitud o el percibo de prestaciones o subsidio por desempleo, así como la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos con el trabajo por cuenta propia o ajena, salvo en el caso del trabajo a tiempo parcial en los términos previstos en la normativa correspondiente».

<sup>18</sup> Artículo 47.1 c) del TRLISOS: «Las muy graves, con pérdida de la pensión o prestaciones durante un periodo de 6 meses, y en el caso de las prestaciones o subsidios por desempleo o de la prestación por cese de actividad del trabajador autónomo, con la extinción. Igualmente, se les podrá excluir del derecho a percibir cualquier prestación económica y, en su caso, ayuda de fomento de empleo durante 1 año, así como del derecho a participar durante ese periodo en formación profesional para el empleo».

<sup>19</sup> Artículo 47.3 del TRLISOS: «Las sanciones a que se refiere este artículo se entienden sin perjuicio del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas».

Con base en este hecho, procede extender acta de infracción en materia de Seguridad Social, en ejercicio de las facultades conferidas al subinspector/a actuante en el artículo 22.5 de la LOSITSS, resultando sujeto responsable la empresa El Botellón, SL. Se consideran infringidos los siguientes preceptos:

- Artículos 7.1 a), 15, 16, 136 y 139 del TRLGSS (BOE de 31 de octubre de 2015).
- Artículos 7, 29.1.1.º, 30 y 32.3.1.º del Real Decreto 84/1996 (BOE de 27 de febrero de 1996).

Se considera una infracción por cada persona trabajadora afectada, es decir, 6 infracciones. Si bien, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 16<sup>20</sup> del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social (BOE de 3 de junio), se acumularán en una sola acta de infracción, al tratarse de la misma materia. Respecto de la infracción del trabajador núm. 6, no procede dicha acumulación, al tratarse de un acta de infracción coordinada con un acta de liquidación por los mismos hechos.

No solicitar el alta de las personas trabajadoras que ingresen a su servicio, o solicitar la misma fuera del plazo establecido, como consecuencia de actuación inspectora, constituye infracción calificada como grave y tipificada en el artículo 22.2<sup>21</sup> del TRLISOS, considerándose una infracción por cada una de las personas trabajadoras afectadas.

Conforme a los criterios previstos en el artículo 39.2 y 6 del TRLISOS, se propone sanción en grado mínimo, en su tramo inferior, en cuantía de 3.126 euros, por aplicación del artículo 40.1 e) del TRLISOS. Resulta de aplicación el incremento del 50 % de la sanción, previsto en el mismo artículo, para cada una de las 6 infracciones, al detectarse como

---

<sup>20</sup> Artículo 16 del Real Decreto 928/1998: «En el caso de que en la misma actuación inspectora se estimasen varias presuntas infracciones, deberán acumularse en una sola acta las correspondientes a una misma materia, entendiendo por tales las infracciones en materia de relación laboral, de prevención de riesgos laborales, en materia de Seguridad Social, en materia de colocación y empleo, en materia de emigración, de movimientos migratorios y de trabajo de extranjeros y las motivadas por obstrucción. No procederá la acumulación en los casos de tramitación simultánea de actas de infracción y liquidación por los mismos hechos, cuando concurren supuestos de responsabilidad solidaria o subsidiaria, o en las infracciones relacionadas causalmente con un accidente de trabajo o enfermedad profesional. En todo caso, la acumulación de infracciones respetará la distribución de competencias entre los órganos de la Administración General del Estado y entre la Administración General del Estado y de la comunidad autónoma respectiva».

<sup>21</sup> Artículo 22.2 del TRLISOS: «No solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, o solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido. A estos efectos se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados».

consecuencia de la misma actuación inspectora 7 infracciones de las previstas en dicho apartado, concretamente, 6 infracciones tipificadas en el artículo 22.2 del TRLISOS, relativas a las personas trabajadoras núms. 2, 3, 4, 6, 12 y 14, y 1 infracción tipificada en el artículo 23.1 a) de la misma norma, respecto del trabajador núm. 1.

Por ello, el importe de cada una de las infracciones tipificadas en el artículo 22.2 del TRLISOS asciende a 4.689 euros, y el importe total de las infracciones por esta materia asciende a 28.134 euros.

Asimismo, resultan de aplicación las sanciones accesorias previstas en el artículo 46.2 del TRLISOS consistentes en:

- a) Pérdida automática y de forma proporcional al número de personas trabajadoras afectadas por la infracción de las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo o formación profesional para el empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción.
- b) Posibilidad de exclusión del acceso a tales ayudas, subvenciones, bonificaciones y beneficios por un periodo máximo de 1 año, con efectos desde la fecha de la resolución que imponga la sanción.

Dado que no consta que la empresa disfrute de beneficios derivados de programas de empleo, únicamente será de aplicación la sanción accesoria prevista en la letra b) del artículo 46.1 del TRLISOS.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.7 de la LOSITSS, procederá elaborar informe a la TGSS para que curse el alta de oficio de los trabajadores núms. 4 y 14, en aplicación de lo establecido en el artículo 16.4 del TRLGSS.

Respecto de las personas trabajadoras núms. 2, 3, 4, 12 y 14, no procede extender acta de liquidación de cuotas, ya que se constata la prestación de servicios desde el día de la visita y, por tanto, no ha transcurrido el plazo reglamentario establecido en el artículo 56.1 del Real Decreto 1415/2004, que establece que las cuotas se ingresarán en el mes siguiente a su devengo. Las personas trabajadoras núms. 2 y 3 aseguran prestar servicios desde hace un tiempo, por lo que, si se acreditara con posterioridad este hecho, podrán reclamarse las cuotas correspondientes al periodo acreditado, siempre que haya transcurrido el plazo reglamentario de ingreso de dichas cuotas.

Si bien, respecto del trabajador núm. 6, se constata que trabaja en la empresa desde hace 2 meses, es decir, desde el 26 de diciembre de 2019, por lo que procede extender acta de liquidación por las cuotas correspondientes al mes de diciembre, ya que el mes de enero se encuentra en plazo reglamentario de ingreso, con base en el artículo 56.1 del Real Decreto 1415/2004.

Se extenderá acta de liquidación por el subinspector/a actuante, en virtud de lo dispuesto en el artículo 34.1 a)<sup>22</sup> del TRLGSS. El periodo de liquidación abarca del 26 de diciembre de 2019 al 31 de diciembre de 2019.

De conformidad con el artículo 34.1<sup>23</sup> del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, cuando se practiquen acta de infracción y acta de liquidación por los mismos hechos, el procedimiento para ambas será conjunto y se practicarán con la misma fecha.

## Trabajador núm. 5

Se constata una irregularidad respecto del trabajador nacido en Senegal, ya que se trata de un ciudadano extracomunitario que se encuentra prestando servicios en España sin haber obtenido la preceptiva autorización de residencia y trabajo, tal y como se exige en los artículos 36.1<sup>24</sup> y 4<sup>25</sup> y 38 de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE de 12 de enero) (LOEX), y en los artículos 63 y siguientes del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LOEX (BOE de 30 de abril), ya que ha sido denegada la solicitud.

<sup>22</sup> Artículo 34.1 a) del TRLGSS: «Procederá la formulación de actas de liquidación en las deudas por cuotas originadas por: a) Falta de afiliación o de alta de trabajadores en cualquiera de los regímenes del sistema de la Seguridad Social».

<sup>23</sup> Artículo 34.1 del Real Decreto 928/1998: «Cuando se practiquen acta de infracción y acta de liquidación de cuotas por los mismos hechos, se procederá de la forma siguiente: a) Las actas de infracción y liquidación por los mismos hechos tendrán los requisitos formales exigidos para las mismas en el presente reglamento. El acta de infracción podrá remitirse en cuanto a relato de hechos y demás circunstancias fácticas al contenido del acta de liquidación y sus anexos, haciéndolo constar expresamente. b) Ambas actas se practicarán con la misma fecha y se notificarán simultáneamente. c) En las actas de infracción a que se refiere este artículo, solo cabrá la acumulación de infracciones que se refieran a hechos con efecto liquidatorio en la correspondiente acta de liquidación. d) El procedimiento aplicable a ambas será conjunto, y responderá al establecido para las actas de liquidación. La propuesta de resolución será única para ambas actas, y corresponderá al jefe de unidad especializada de Seguridad Social de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En la propuesta de resolución se fijarán de forma motivada los hechos probados, su calificación jurídica y la cuantía de la sanción que se propone imponer».

<sup>24</sup> Artículo 36.1 de la LOEX: «Los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar».

<sup>25</sup> Artículo 36.4 de la LOEX: «Para la contratación de un extranjero, el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que en todo caso deberá acompañarse del contrato de trabajo que garantice una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización».

Por ello, procede extender acta de infracción en materia de extranjería a la empresa El Botellón, SL, como sujeto responsable, considerándose infringidos los preceptos siguientes:

- Artículos 36.1 y 4 y 38 de la LOEX (BOE de 12 de enero de 2000).
- Artículos 62 a 64 del Real Decreto 557/2011 (BOE de 30 de abril de 2011).

Dar ocupación a personas trabajadoras extranjeras sin la preceptiva autorización de residencia y trabajo, siempre que el hecho no constituya delito, constituye una infracción calificada como muy grave y tipificada en el artículo 54.1 d)<sup>26</sup> de la LOEX, considerándose una infracción por cada persona trabajadora extranjera ocupada. Conforme a los criterios establecidos en los artículos 55.1 c)<sup>27</sup> de la LOEX y 254.4 c)<sup>28</sup> del Real Decreto 557/2011, la propuesta de sanción en su grado mínimo ascenderá a 10.001 euros, con base en lo previsto en los artículos 55.3<sup>29</sup> y 4<sup>30</sup> de la LOEX y 254.2<sup>31</sup> y 3<sup>32</sup> del Real Decreto 557/2011.

Asimismo, resulta de aplicación lo establecido en el artículo 48.1<sup>33</sup> de la Ley 62/2003, que establece el incremento de la sanción de multa en la cuantía que resulte de calcular

---

<sup>26</sup> Artículo 54.1 d) de la LOEX: «La contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados, siempre que el hecho no constituya delito».

<sup>27</sup> Artículo 55.1 c) de la LOEX: «Las infracciones muy graves con multa desde 10.001 hasta 100.000 euros».

<sup>28</sup> Artículo 254.4 c) del Real Decreto 557/2011: «Las muy graves, en su grado mínimo, con multa de 10.001 a 20.000 euros; en su grado medio, de 20.001 a 50.000 euros; y en su grado máximo, de 50.001 hasta 100.000 euros».

<sup>29</sup> Artículo 55.3 de la LOEX: «Para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia».

<sup>30</sup> Artículo 55.4 de la LOEX: «Para la determinación de la cuantía de la sanción se tendrá especialmente en cuenta la capacidad económica del infractor».

<sup>31</sup> Artículo 254.2 del Real Decreto 557/2011: «Las sanciones por las infracciones a las que se refiere el apartado anterior podrán imponerse en los grados de mínimo, medio y máximo, atendiendo a los criterios expresados a continuación y aplicando el principio de proporcionalidad».

<sup>32</sup> Artículo 254.3 del Real Decreto 557/2011: «Calificadas las infracciones en la forma y conforme a los tipos previstos en la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, las sanciones se graduarán en atención al grado de culpabilidad del sujeto infractor, al daño producido o al riesgo derivado de la infracción y la trascendencia de esta».

<sup>33</sup> Artículo 48.1 de la Ley 62/2003: «Cuando se sancione a un empleador que utilice un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo, el importe de la multa establecido en la Ley orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se incrementará en la cuantía que resulte de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, desde el comienzo de la prestación del trabajo del trabajador extranjero hasta el último día en que se constate dicha prestación de servicios».

lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas desde el inicio de la prestación de servicios hasta el último día en que se constate dicha prestación. En este caso, únicamente se constata la prestación de servicios el día de la visita de inspección, por lo que calculamos el incremento de la sanción por el periodo de 1 solo día.

La base mensual de cotización por contingencias comunes y profesionales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 147.1 del TRLGSS, y los artículos 1, 2 y 3 de la Orden TMS/83/2019, de 31 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2019 (BOE de 2 de febrero), prorrogada para 2020 por la disposición adicional segunda del Real Decreto-Ley 18/2019, de 27 de diciembre, estará constituida por las retribuciones percibidas por la persona trabajadora.

En este caso, el trabajador percibe 60 euros diarios, por lo que esta será su base diaria de cotización. Dicha cantidad se encuentra comprendida entre la base mínima y máxima de cotización. A la base de cotización le aplicamos los tipos de cotización establecidos en los artículos 4<sup>34</sup> y 32.2<sup>35</sup> de la Orden TMS/83/2019.

Para el cálculo de la cuota correspondiente a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, aplicamos el tipo establecido en la tarifa de primas correspondiente al epígrafe 56 del cuadro I, prevista en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006.

Por tanto, el importe total de la sanción propuesta será de 10.023,65 euros (10.001 + 22,65).

<sup>34</sup> Artículo 4 de la Orden TMS/83/2019: «A partir de 1 de enero de 2019, los tipos de cotización al régimen general serán los siguientes: a) Para las contingencias comunes, el 28,30 por ciento, del que el 23,60 por ciento será a cargo de la empresa y el 4,70 por ciento a cargo del trabajador».

<sup>35</sup> Artículo 32.2 de la Orden TMS/83/2019: «Los tipos de cotización por desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional serán, a partir de 1 de enero de 2019, los siguientes: a) Desempleo: 1.º Contratación indefinida, incluidos los contratos indefinidos a tiempo parcial y fijos discontinuos, así como la contratación de duración determinada en las modalidades de contratos formativos en prácticas y para la formación y el aprendizaje, de relevo, interinidad y contratos, cualquiera que sea la modalidad utilizada, realizados con trabajadores que tengan reconocido un grado de discapacidad no inferior al 33 por ciento: 7,05 por ciento, del que el 5,50 por ciento será a cargo de la empresa y el 1,55 por ciento a cargo del trabajador. 2.º Contratación de duración determinada: Contratación de duración determinada a tiempo completo: 8,30 por ciento, del que el 6,70 por ciento será a cargo del empresario y el 1,60 por ciento a cargo del trabajador. Contratación de duración determinada a tiempo parcial: 8,30 por ciento, del que el 6,70 por ciento será a cargo del empresario y el 1,60 por ciento a cargo del trabajador. [...] b) Fondo de Garantía Salarial: El 0,20 por ciento, a cargo de la empresa. c) Formación profesional: El 0,70 por ciento, del que el 0,60 por ciento será a cargo de la empresa, y el 0,10 por ciento a cargo del trabajador».

Concepto	Base (€)	Tipo	Cuota (€)
Contingencias comunes	60	28,3 %	16,98
Contingencias profesionales	60	1,5 %	0,9
Desempleo	60	7,05 %	4,23
Fondo de Garantía Salarial	60	0,2 %	0,12
Formación profesional	60	0,7 %	0,42
<b>Total</b>			<b>22,65</b>

Igualmente, se podrá aplicar como sanción accesoria por la autoridad competente para resolver la clausura del establecimiento por un periodo de 6 meses hasta 5 años, de conformidad con lo establecido en el artículo 55.6<sup>36</sup> de la LOEX.

Al tratarse de un trabajador extranjero extracomunitario, no procede su inclusión en el sistema de la Seguridad Social ni, en consecuencia, la comunicación de datos a la TGSS para que se curse su alta de oficio, según lo establecido en el artículo 42.2, párrafo segundo<sup>37</sup>, del Real Decreto 84/1996.

### Trabajador núm. 7

El trabajador núm. 7 es un ciudadano extranjero de nacionalidad cubana y, por tanto, al que no resulta de aplicación el régimen comunitario establecido en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE de 28 de febrero), que se encuentra prestando servicios por cuenta ajena sin haber obtenido autorización de trabajo por cuenta ajena, tal y como se exige en los artículos 36.1 y 4 y 38 de la LOEX, y en los artículos 63 y siguientes del Real

<sup>36</sup> Artículo 55.6 de la LOEX: «En el supuesto de la infracción prevista en la letra d) del apartado 1 del artículo 54 de la presente ley, la autoridad gubernativa podrá adoptar, sin perjuicio de la sanción que corresponda, la clausura del establecimiento o local desde 6 meses a 5 años».

<sup>37</sup> Artículo 42.2, párrafo segundo, del Real Decreto 84/1996: «Los extranjeros que, precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización no estarán incluidos en el sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la ley».

Decreto 557/2011. Si bien, el trabajador tiene residencia válida en España, ya que tiene concedida una autorización por estudios en vigor hasta el 15 de junio de 2021.

La Consulta de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 31 de enero de 2017 establece que, en el supuesto de personas trabajadoras extranjeras extracomunitarias con autorización de residencia válida en España que no cuenten con la preceptiva autorización de trabajo, será de aplicación la infracción calificada como muy grave y tipificada en el artículo 37.1<sup>38</sup> del TRLISOS.

Por ello, cabe extender acta de infracción a la empresa El Botellón, SL, como sujeto responsable en materia de extranjería, en virtud de lo establecido en el artículo 22.5 de la LOSITSS, considerándose infringidos los preceptos siguientes:

- Artículos 36.1 y 4 y 38 de la LOEX (BOE de 12 de enero de 2000).
- Artículos 62 a 64 del Real Decreto 557/2011 (BOE de 30 de abril de 2011).

La utilización de personas trabajadoras extranjeras sin haber obtenido con carácter previo el preceptivo permiso de trabajo o su renovación constituye una infracción calificada como muy grave y tipificada en el artículo 37.1 del TRLISOS, considerándose una infracción por cada una de las personas trabajadoras ocupadas.

Conforme a los criterios establecidos en el artículo 39.2 y 6 del TRLISOS, se propone sanción en grado mínimo, al no apreciarse circunstancias agravantes, en cuantía de 6.251 euros, con base en lo previsto en el artículo 40.1 c)<sup>39</sup> de la misma norma legal.

## Trabajadores núms. 8, 9, 10 y 11

Los 4 trabajadores tienen suscrito un contrato temporal de duración determinada eventual por circunstancias de la producción a jornada completa. El artículo 15.1 b)<sup>40</sup> del Real

<sup>38</sup> Artículo 37.1 del TRLISOS: «Los empresarios que utilicen trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el preceptivo permiso de trabajo, o su renovación, incurriendo en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros que hayan ocupado».

<sup>39</sup> Artículo 40.1 c) del TRLISOS: «Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio, de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo, de 100.006 euros a 187.515 euros».

<sup>40</sup> Artículo 15.1 b) del TRLET: «Cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa. En tales casos, los contratos podrán tener una duración máxima de 6 meses, dentro de un periodo de 12 meses, contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas. Por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, podrá modificarse la duración máxima

Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 24 de octubre) (TRLET), y el artículo 3.2 b)<sup>41</sup> del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del TRLET en materia de contratos de duración determinada (BOE de 8 de enero de 1999), establecen que el contrato deberá especificar con precisión y claridad la causa que lo justifica, así como su duración.

En este caso, la causa especificada en el contrato no se trata de un incremento de la actividad imprevisible que pueda dar lugar a la celebración de un contrato eventual, ya que, al tratarse de la época de navidad, la empresa puede prever con antelación el aumento de la clientela. Además, la fecha de celebración del contrato, el 20 de febrero de 2020, no coincide con el periodo navideño, que finaliza el día 6 de enero. Por todo ello, los contratos deben entenderse celebrados en fraude de ley, de acuerdo con el artículo 6.4<sup>42</sup> del Código Civil (CC), y se presumen celebrados por tiempo indefinido, de conformidad con lo establecido en el artículo 15.3<sup>43</sup> del TRLET y en el artículo 9 del Real Decreto 2720/1998.

Por todo ello, cabe extender una sola acta de infracción a la empresa en materia de relaciones laborales, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.5 de la LOSITSS, considerándose infringidos los siguientes preceptos:

- Artículo 15.1 b) del TRLET (BOE de 24 de octubre de 2015).
- Artículo 3.2 b) del Real Decreto 2720/1998 (BOE de 8 de enero de 1999).

La transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley o respecto a personas,

---

de estos contratos y el periodo dentro del cual se puedan realizar en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir. En tal supuesto, el periodo máximo dentro del cual se podrán realizar será de 18 meses, no pudiendo superar la duración del contrato las tres cuartas partes del periodo de referencia establecido ni, como máximo, 12 meses. En caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima».

<sup>41</sup> Artículo 3.2 b) del Real Decreto 2720/1998: «El contrato eventual por circunstancias de la producción tendrá el siguiente régimen jurídico: a) El contrato deberá identificar con precisión y claridad la causa o la circunstancia que lo justifique y determinar la duración del mismo. b) La duración máxima de este contrato será de 6 meses dentro de un periodo de 12 meses».

<sup>42</sup> Artículo 6.4 del CC: «Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir».

<sup>43</sup> Artículo 15.3 del TRLET: «Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley».

finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentariamente, o mediante convenio colectivo cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva, constituye una infracción calificada como grave y tipificada en el artículo 7.2<sup>44</sup> del TRLISOS.

Conforme a los criterios previstos en el artículo 39.2 del TRLISOS, se propone sanción en grado medio, en su tramo inferior, al tratarse de 4 trabajadores afectados. De acuerdo con lo establecido en el artículo 40.1 b)<sup>45</sup> del TRLISOS, la cuantía de la sanción ascenderá a 1.251 euros.

Asimismo, procede requerir a la empresa la transformación de los contratos eventuales de los trabajadores citados en contratos indefinidos. En caso de incumplimiento del citado requerimiento por parte de la empresa, se comunicará a la TGSS dicha circunstancia, a efectos de que lleve a cabo la oportuna variación de datos.

## Trabajadora núm. 13

Se constata una irregularidad en el contrato para la formación y aprendizaje de la trabajadora, puesto que la actividad laboral de camarera no está relacionada con la actividad formativa, que en este caso es un módulo de diseño gráfico de interiores, tal y como se exige en el artículo 11.2 d), segundo párrafo<sup>46</sup>, del TRLET y en el artículo 16.3<sup>47</sup> del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual (BOE de 9 de noviembre).

Con base en lo anterior, el contrato debe entenderse celebrado en fraude de ley y se considera indefinido, según el artículo 14.3<sup>48</sup> del Real Decreto 1529/2012 y el artículo 6.4 del CC.

<sup>44</sup> Artículo 7.2 del TRLISOS: «La transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley o respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentariamente, o mediante convenio colectivo cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva».

<sup>45</sup> Artículo 40.1 b) del TRLISOS: «Las graves con multa, en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros; en su grado medio, de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo, de 3.126 a 6.250 euros».

<sup>46</sup> Artículo 11.2 d), segundo párrafo, del TRLET: «La actividad laboral desempeñada por el trabajador en la empresa deberá estar relacionada con las actividades formativas. La impartición de esta formación deberá justificarse a la finalización del contrato».

<sup>47</sup> Artículo 16.3 del Real Decreto 1529/2012: «La actividad formativa inherente al contrato para la formación y el aprendizaje estará relacionada con la actividad laboral desempeñada en el puesto de trabajo que ocupe la persona trabajadora, la cual deberá reunir los requisitos de acceso establecidos en la correspondiente normativa para cursar las enseñanzas de dicha actividad formativa».

<sup>48</sup> Artículo 14.3 del Real Decreto 1529/2012: «Se presumirán por tiempo indefinido y a jornada completa los contratos para la formación y el aprendizaje celebrados en fraude de ley».

Por este hecho, junto con lo mencionado anteriormente en relación con los trabajadores núms. 8, 9 y 10, procede extender el acta de infracción en materia de relaciones laborales correspondiente a la infracción tipificada en el artículo 7.2 del TRLISOS. En este caso, los preceptos infringidos serán los siguientes:

- Artículo 11.2 d), segundo párrafo, del TRLET (BOE de 24 de octubre de 2015).
- Artículo 16.3 del Real Decreto 1529/2012 (BOE de 9 de noviembre de 2012).

No procede la extensión de acta de liquidación por el subinspector/a actuante por las diferencias de cotización existentes, ya que no ha transcurrido el plazo reglamentario de ingreso de las cuotas, que, conforme al artículo 56.1<sup>49</sup> del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social (BOE de 25 de junio), se ingresarán en el mes siguiente a que corresponda su devengo. Las diferencias de cotización se deberían a que la cotización correspondiente al contrato para la formación y aprendizaje se efectúa conforme a las cuotas fijas establecidas en el artículo 44<sup>50</sup> de la Orden TMS/83/2019 y, en este caso, procede aplicar las reglas generales establecidas en el artículo 1 de la citada orden.

Por último, dado que los hechos comprobados que han dado lugar al procedimiento sancionador pueden ser constitutivos de ilícito penal, procede elaborar informe al jefe/a de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, haciendo constar los hechos, circunstancias y los sujetos que pudieran resultar afectados, de conformidad con lo previsto en el artículo 5<sup>51</sup> del Real Decreto 928/1998, a efectos de la posible remisión posterior del expediente al Ministerio Fiscal.

<sup>49</sup> Artículo 56.1 del Real Decreto 1415/2004: «Las cuotas de la Seguridad Social y los recursos que se recauden conjuntamente con ellas se ingresarán dentro del mes siguiente al que corresponda su devengo, salvo que se establezca otro plazo por las normas que regulan cada uno de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social».

<sup>50</sup> Artículo 44 de la Orden TMS/83/2019: «1. La cotización a la Seguridad Social y demás contingencias protegidas por los trabajadores que hubieran celebrado un contrato para la formación y el aprendizaje se efectuará de acuerdo con lo siguiente: a) La cotización a la Seguridad Social consistirá en una cuota única mensual de 51,05 euros por contingencias comunes, de los que 42,56 euros serán a cargo del empresario y 8,49 euros a cargo del trabajador, y de 5,85 euros por contingencias profesionales, a cargo del empresario. b) La cotización al Fondo de Garantía Salarial consistirá en una cuota mensual de 3,23 euros, a cargo del empresario».

<sup>51</sup> Artículo 5 del Real Decreto 928/1998: «Cuando el funcionario actuante considere que los hechos que han dado lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador pudieran ser constitutivos de ilícito penal, remitirá al jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social informe con expresión de los hechos y circunstancias y de los sujetos que pudieran resultar afectados. Si el jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social estimase la concurrencia de ilícito penal, lo comunicará al órgano competente para resolver, quien acordará, en su caso, la remisión del expediente al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo sancionador a que se refiere el capítulo III por los mismos

Se constata la existencia de un posible delito penal por empleo irregular masivo, en aplicación de lo establecido en el artículo 311.2<sup>52</sup> de la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 24 de noviembre), ya que del total de las 14 personas trabajadoras de la empresa, 8 de ellas se encuentran prestando servicios sin haber sido dadas de alta en el sistema de la Seguridad Social, o sin haber obtenido la oportuna autorización administrativa previa, en el caso de personas trabajadoras extranjeras extracomunitarias, afectando, por tanto, a más del 50 % de la plantilla.

## Supuesto 2

**1. Respecto del punto 1**, indique los posibles incumplimientos en materia de cotización a la Seguridad Social y las actuaciones inspectoras procedentes. Deberá argumentarse la existencia o no de débitos a la Seguridad Social, indicando si es correcta la exclusión de las cantidades de la base de cotización efectuada por la empresa. Si apreciase la existencia de infracciones en el orden social, señale los preceptos infringidos, los preceptos tipificadores, su calificación y los criterios para la determinación de las sanciones a proponer.

De la visita efectuada el día 14 de julio de 2020 y del análisis de la documentación aportada el día 27 de julio de 2020, se constatan las siguientes irregularidades en materia de cotización:

En primer lugar, respecto del trabajador don Emilio A., se constata que la empresa Euromontajes España, SL, excluye indebidamente de cotización la cantidad que no excede del 20 % del IPREM (107,57 €) por el concepto de plus transporte. La empresa únicamente cotiza por la cuantía que excede de dicho importe.

La cantidad percibida por el trabajador en concepto de plus transporte integra la base de cotización mensual por contingencias comunes y profesionales, de conformidad

---

hechos, hasta que el Ministerio Fiscal, en su caso, resuelva no interponer acción o le sea notificada la firmeza de la sentencia o auto de sobreseimiento que dicte la autoridad judicial. Con la remisión del expediente administrativo sancionador, se solicitará de la autoridad judicial la notificación de la resolución que ponga fin al procedimiento, que se efectuará en los términos previstos en el artículo 270 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial [...]».

<sup>52</sup> Artículo 311.2 del Código Penal: «Los que den ocupación simultáneamente a una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda o, en su caso, sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo, siempre que el número de trabajadores afectados sea al menos de: a) el 25 por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de 100 trabajadores, b) el 50 por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de 10 trabajadores y no más de 100, o c) la totalidad de los mismos, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de 5 y no más de 10 trabajadores».

con lo establecido en el artículo 147.1<sup>53</sup> del TRLGSS y en el artículo 23.1 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social (BOE de 25 de enero de 1996).

En cuanto al quebranto de moneda, la empresa ha excluido indebidamente de cotización la cantidad percibida por dicho concepto, ya que no se trata de un supuesto excluido de los previstos en el artículo 147.2<sup>54</sup> del TRLGSS y en el artículo 23.2 del Real Decreto 2064/1995.

Periodo	Cuantía percibida (€)	Cuantía cotizada (€)	Exceso no cotizado (€)
Plus transporte			
01/2018	125	17,43 (125 – 107,57)	107,57
02/2018	130	22,43 (130 – 107,57)	107,57

<sup>53</sup> Artículo 147.1 del TRLGSS: «La base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del régimen general, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, tanto en metálico como en especie, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba de ser esta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena».

<sup>54</sup> Artículo 147.2 del TRLGSS: «Únicamente no se computarán en la base de cotización los siguientes conceptos: a) Las asignaciones para gastos de locomoción del trabajador que se desplace fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto, cuando utilice medios de transporte público, siempre que el importe de dichos gastos se justifique mediante factura o documento equivalente. b) Las asignaciones para gastos de locomoción del trabajador que se desplace fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto, no comprendidos en el apartado anterior, así como para gastos normales de manutención y estancia generados en municipio distinto del lugar del trabajo habitual del percceptor y del que constituya su residencia, en la cuantía y con el alcance previstos en la normativa estatal reguladora del impuesto sobre la renta de las personas físicas. c) Las indemnizaciones por fallecimiento y las correspondientes a traslados, suspensiones y despidos. [...] d) Las prestaciones de la Seguridad Social, las mejoras de las prestaciones por incapacidad temporal concedidas por las empresas y las asignaciones destinadas por estas para satisfacer gastos de estudios dirigidos a la actualización, capacitación o reciclaje del personal a su servicio, cuando tales estudios vengan exigidos por el desarrollo de sus actividades o las características de los puestos de trabajo. e) Las horas extraordinarias, salvo para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social».

Periodo	Cuantía percibida (€)	Cuantía cotizada (€)	Exceso no cotizado (€)
◀			
03/2018	100	-	100
<b>Total no cotizado</b>			<b>315,14</b>
Quebranto de moneda			
01/2018	90	-	90
02/2018	120	-	120
03/2018	85	-	85
<b>Total no cotizado</b>			<b>295</b>
<b>TOTAL NO COTIZADO</b>			<b>610,14</b>

La cantidad obtenida de 610,14 euros, correspondiente a los meses de enero, febrero y marzo, constituye la base de cotización por contingencias comunes y profesionales. Suponemos para el cálculo que la base de cotización mensual del trabajador está comprendida entre los topes mínimo y máximo establecidos en los artículos 2 y 3 de la Orden TMS/83/2019.

Para calcular la cuota no ingresada, habrá que aplicar a dicha cantidad los tipos de cotización previstos en los artículos 4 y 32 de la Orden TMS/83/2019 y en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006. La actividad de la empresa es la construcción de edificios, por lo que aplicamos el tipo previsto en el epígrafe 41 de la tarifa de primas.

A la cuota resultante le aplicamos el recargo del 20%, de conformidad con lo establecido en el artículo 30.1<sup>55</sup> del TRLGSS y en el artículo 10.1 del Real Decreto 1415/2004, por lo que obtenemos una cantidad de 314,5 euros (262,08 + 52,42).

<sup>55</sup> Artículo 30.1 del TRLGSS: «Transcurrido el plazo reglamentario establecido para el pago de las cuotas a la Seguridad Social sin ingreso de las mismas y sin perjuicio de las especialidades previstas para los aplazamientos, se devengarán los siguientes recargos: a) Cuando los sujetos responsables del pago hubieran cumplido dentro de plazo las obligaciones establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo 29: 1.º Recargo del 10 por ciento de la deuda, si se abonasen las cuotas debidas dentro del primer mes natural siguiente al del vencimiento del plazo para su ingreso. 2.º Recargo del 20 por ciento de la deuda, si se abonasen las cuotas debidas a partir del segundo mes natural siguiente al del vencimiento del plazo para su ingreso».

Concepto	Base (€)	Tipo	Cuota (€)
Contingencias comunes	610,14	28,3 %	172,67
Contingencias profesionales	610,14	6,7 %	40,88
Desempleo	610,14	7,05 %	43,01
Fondo de Garantía Salarial	610,14	0,2 %	1,22
Formación profesional	610,14	0,7 %	4,27
<b>Total</b>			<b>262,08</b>

Por todo ello, se aprecia la existencia de diferencias de cotización por los conceptos analizados anteriormente. Procederá extender acta de infracción en materia de Seguridad Social, en ejercicio de las atribuciones conferidas al subinspector/a actuante en el artículo 22.5 de la LOSITSS, considerándose infringidos los preceptos siguientes:

- Artículos 18.1, 2 y 3; 141.1; 142.1; 144.1, 2, 3 y 4; y 147 del TRLGSS (BOE de 31 de octubre de 2015).
- Artículos 6.1, 7.2, 12, 13, 22.1 y 23 del Real Decreto 2065/1995 (BOE de 25 de enero de 1996).
- Artículos 6, 12, 56 y 59 del Real Decreto 1415/2004 (BOE de 25 de junio de 2004).
- Artículos 1 a 4 y 32 de la Orden TMS/83/2019 (BOE de 2 de febrero de 2019).

No efectuar el ingreso en la TGSS de la cuantía debida, habiendo comunicado dentro de plazo las obligaciones establecidas en el artículo 29.1 y 2 del TRLGSS, siempre que la falta de ingreso no obedezca a una declaración concursal, a un supuesto de fuerza mayor o se haya solicitado aplazamiento, salvo resolución denegatoria de la misma, constituye una infracción calificada como grave y tipificada en el artículo 22.3<sup>56</sup> del TRLISOS.

<sup>56</sup> Artículo 22.3 del TRLISOS: «No ingresar, en la forma y plazos reglamentarios, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social o no efectuar el ingreso en la cuantía debida, habiendo cumplido dentro de plazo las obligaciones establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo 26 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, siempre que la falta de ingreso no obedezca a una declaración concursal de la empresa, ni a un supuesto de fuerza mayor, ni se haya solicitado aplazamiento para el pago de las cuotas con carácter previo al inicio de la actuación inspectora, salvo que haya recaído resolución denegatoria».

En virtud de lo establecido en el artículo 39.2<sup>57</sup> del TRLISOS, en el supuesto de infracciones tipificadas en el artículo 22.3 del TRLISOS, la sanción se impondrá en el grado mínimo cuando la cuantía no ingresada incluyendo recargos, intereses y costas no supere los 10.000 euros, en grado medio cuando se sitúe entre 10.001 y 25.000 euros, y en su grado máximo cuando supere los 25.000 euros.

Conforme a lo establecido en el artículo 40.1 d)<sup>58</sup> del TRLISOS, la cuantía de la sanción propuesta será, en su grado mínimo, del 50 al 65 % del importe de las cuotas de Seguridad Social no ingresadas, incluyendo recargos, intereses y costas; en su grado medio, del 65,01 al 80 % de dicha cantidad; y, en su grado máximo, del 80,01 al 100 % de dicha cantidad.

En este supuesto, la cuantía no ingresada no supera los 10.000 euros, por lo que se propone sanción en grado mínimo, en cuantía del 50 % del importe de las cuotas no ingresadas, incluidos recargos, intereses y costas, es decir, de 157,25 euros (50 % de 314,5 €).

**2. Respecto del punto 2, indique los posibles incumplimientos en materia de cotización a la Seguridad Social y las actuaciones inspectoras procedentes. Deberá argumentarse la existencia o no de débitos a la Seguridad Social, indicando si es correcta la exclusión de las cantidades de la base de cotización efectuada por la empresa. Si apreciase la existencia de infracciones en el orden social, señale los preceptos infringidos, los preceptos tipificadores, su calificación y los criterios para la determinación de las sanciones a proponer.**

La trabajadora doña Ana L. se encuentra contratada mediante un contrato de trabajo temporal para la realización de una obra o servicio en el municipio de Azuqueca de Henares (Guadalajara), cuyo objeto es la obra de construcción sita en la calle Larga número 34.

La empresa ha excluido de la base de cotización por contingencias comunes y profesionales de los meses de octubre de 2018 a diciembre de 2019 la cuantía de 1.200 euros percibidos por la trabajadora en concepto de manutención y gastos de desplazamiento.

<sup>57</sup> Artículo 39.2, segundo párrafo, del TRLISOS: «Sin perjuicio de lo anterior, cuando se trate de infracciones tipificadas en los artículos 22.3 y 23.1 b), la sanción se impondrá en grado mínimo cuando la cuantía no ingresada, incluyendo recargos e intereses, no supere los 10.000 euros, en su grado medio cuando dicha cuantía esté comprendida entre 10.001 y 25.000 euros, y en su grado máximo cuando sea superior a los 25.000 euros».

<sup>58</sup> Artículo 40.1 d) del TRLISOS: «Las infracciones señaladas en los artículos 22.3, 23.1 b) y 23.1 k) se sancionarán: 1. La infracción grave del artículo 22.3 se sancionará con la multa siguiente: en su grado mínimo, con multa del 50 al 65 % del importe de las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta no ingresados, incluyendo recargos, intereses y costas; en su grado medio, con multa del 65,01 al 80 %; y, en su grado máximo, con multa del 80,01 al 100 %».

Si bien, estos conceptos han sido indebidamente excluidos de la base de cotización, ya que no tienen por objeto compensar un desplazamiento temporal de la trabajadora a un centro de trabajo distinto del habitual, ni compensar los gastos de manutención originados en un municipio distinto del lugar de trabajo habitual y del que constituye su residencia, sino que son abonados por acudir diariamente a su centro de trabajo. Al tratarse de un contrato por obra o servicio, el municipio de Azuqueca de Henares es considerado el centro de trabajo habitual durante el tiempo que dure la obra. Por tanto, no se cumplen los requisitos de exclusión previstos en el artículo 147.2 b) del TRLGSS, en el artículo 23.2 del Real Decreto 2064/1995 y en el artículo 9 del Real Decreto 439/2007.

El Tribunal Supremo se manifiesta al respecto, en sentencias como la de 14 de diciembre de 2011, señalando lo siguiente: «en tanto se realiza la obra o se presta el servicio, la labor se presta en un único centro de trabajo, de modo que no existe movilidad y, por tanto, no hay desplazamiento exento de cotización, ya que el centro de trabajo es aquel en el que la obra se realiza».

La falta de ingreso en la TGSS de la cuantía debida, habiendo comunicado dentro de plazo las obligaciones establecidas en el artículo 29.1 y 2 del TRLGSS, constituye una infracción calificada como grave y tipificada en el artículo 22.3 del TRLISOS. Se consideran infringidos los preceptos siguientes:

- Artículos 18.1, 2 y 3; 141.1; 142.1; 144.1, 2, 3 y 4; y 147 del TRLGSS (BOE de 31 de octubre de 2015).
- Artículos 6.1, 7.2, 12, 13, 22.1 y 23 del Real Decreto 2065/1995 (BOE de 25 de enero de 1996).
- Artículos 6, 12, 56 y 59 del Real Decreto 1415/2004 (BOE de 25 de junio de 2004).
- Artículos 1 a 4 y 32 de la Orden TMS/83/2019 (BOE de 2 de febrero de 2019).

En virtud de lo establecido en el artículo 40.1 d) del TRLISOS, la cuantía de la sanción propuesta será, en su grado mínimo, del 50 al 65 % del importe de las cuotas de Seguridad Social no ingresadas, incluyendo recargos, intereses y costas; en su grado medio, del 65,01 al 80 % de dicha cantidad; y, en su grado máximo, del 80,01 al 100 % de dicha cantidad.

Conforme a lo establecido en el artículo 39.2, segundo párrafo, del TRLISOS, en el supuesto de infracciones tipificadas en el artículo 22.3 del TRLISOS, la sanción se impondrá en el grado mínimo cuando la cuantía no ingresada, incluyendo recargos, intereses y costas, no supere los 10.000 euros, en grado medio cuando se sitúe entre 10.001 y 25.000 euros, y en su grado máximo cuando supere los 25.000 euros.

Procedemos a calcular la cuota líquida a ingresar. Previamente, debemos comprobar que la base de cotización se encuentra comprendida entre la base mínima y máxima establecida en los artículos 2 y 3 de la Orden TMS/83/2019. A continuación, aplicamos los tipos de

cotización establecidos en los artículos 4 y 32 de la Orden TMS/83/2019 y la tarifa de primas prevista en la disposición adicional cuarta de la Ley 46/2003 (epígrafe 41) a la base de cotización de 1.200 euros. En este caso, aplicamos el tipo de cotización por desempleo del 8,3 % al tratarse de un supuesto de contratación de duración determinada.

A la cuota obtenida le aplicamos el recargo del 20 %, de conformidad con lo establecido en el artículo 30.1 del TRLGSS y en el artículo 10.1 del Real Decreto 1415/2004. Por lo que obtenemos una cantidad de 636,48 euros (530,4 + 106,08).

Concepto	Base (€)	Tipo	Cuota (€)
Contingencias comunes	1.200	28,3 %	339,6
Contingencias profesionales	1.200	6,7 %	80,4
Desempleo	1.200	8,3 %	99,6
Fondo de Garantía Salarial	1.200	0,2 %	2,4
Formación profesional	1.200	0,7 %	8,4
<b>Total</b>			<b>530,4</b>

En este caso, la cuantía no ingresada, incluyendo recargos, intereses y costas, no supera los 10.000 euros, por lo que la sanción propuesta se impondrá en el grado mínimo en su tramo inferior, en cuantía del 50 % de dicha cantidad, es decir, 318,24 euros (50 % de 636,48).

**3. Respecto del punto 3**, indique los posibles incumplimientos en materia de cotización a la Seguridad Social y las actuaciones inspectoras procedentes. Deberá argumentarse la existencia o no de débitos a la Seguridad Social, indicando, en su caso, la normativa de aplicación. Si apreciase la existencia de infracciones en el orden social, señale los preceptos infringidos, los preceptos tipificadores, su calificación y los criterios para la determinación de las sanciones a proponer.

Se constata que la empresa Euromontajes España, SL, ha aplicado bonificaciones en sus cuotas de la Seguridad Social por haber impartido un curso de formación a sus trabajadores/as durante el año 2014. Si bien, dicha bonificación se ha obtenido indebidamente, ya que la empresa no ha comunicado el inicio y finalización de la acción formativa, tal y como se exige en el artículo 9.3<sup>59</sup> de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el

<sup>59</sup> Artículo 9.3 de la Ley 30/2015: «En ambos supuestos, la empresa deberá comunicar el inicio y finalización de las acciones formativas programadas bajo esta iniciativa ante la Administración, debiendo

sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral (BOE de 10 de septiembre), y en el artículo 15.1 y 3<sup>60</sup> del Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla la citada ley (BOE de 5 de julio).

En consecuencia, procede la extensión de acta de infracción en materia de Seguridad Social a la empresa Euromontajes España, SL, como sujeto responsable, en ejercicio de las atribuciones conferidas al subinspector/a actuante en el artículo 22.5 de la LOSITSS. Se consideran infringidos los preceptos siguientes:

- Artículos 18.1, 2 y 3; 20; 141.1; 142.1; y 144.1, 2, 3 y 4 del TRLGSS (BOE de 31 de octubre de 2015).
- Artículos 6.2 y 17.1 del Real Decreto 2064/1995 (BOE de 25 de enero de 1996).
- Artículos 6.1 y 12.1 del Real Decreto 1415/2004 (BOE de 25 de junio de 2004).
- Artículo 9.3 de la Ley 30/2015 (BOE de 10 de septiembre de 2015).
- Artículo 15.1 y 3 del Real Decreto 694/2017 (BOE de 5 de julio de 2017).

Obtener o disfrutar indebidamente cualquier tipo de reducciones, bonificaciones o incentivos en relación con el importe de las cuotas sociales que corresponda, entendiéndose una infracción por cada empresa y acción formativa, al tratarse de bonificaciones del sistema de Formación Profesional para el Empleo, constituye una infracción calificada como grave y tipificada en el artículo 22.9<sup>61</sup> del TRLISOS.

Conforme a los criterios previstos en el artículo 39.2 y 6 del TRLISOS, se propone sanción en grado mínimo, al no apreciarse circunstancias agravantes, en cuantía de 626 euros, con base en lo establecido en el artículo 40.1 b) del TRLISOS.

---

asegurar el desarrollo satisfactorio de las acciones formativas y de las funciones de seguimiento, control y evaluación, así como la adecuación de la formación realizada a las necesidades formativas reales de las empresas y sus trabajadores».

<sup>60</sup> Artículo 15.3 del Real Decreto 694/2017: «Las comunicaciones de inicio y finalización de la formación previstas en el apartado anterior se realizarán a la Administración pública competente a través del sistema electrónico implantado por el Servicio Público de Empleo Estatal, con el apoyo técnico de la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo, en el marco del Sistema Nacional de Empleo. Mediante orden del titular del Ministerio de Empleo y Seguridad Social se regularán los aspectos relativos al diseño, acceso y administración de este sistema electrónico, así como los términos y plazos en que se realizarán las citadas comunicaciones».

<sup>61</sup> Artículo 22.9 del TRLISOS: «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».

Por los mismos hechos, consistentes en la aplicación indebida de bonificaciones para la financiación de acciones previstas en la normativa del sistema de Formación Profesional para el Empleo, procede extender acta de liquidación de cuotas, con base en lo establecido en el artículo 34.1 d)<sup>62</sup> del TRLGSS. La cuota a liquidar será de 1.200 euros, correspondiente a la bonificación practicada en el mes de diciembre de 2014, a la que será de aplicación el recargo del 20 % previsto en el artículo 30.1 del TRLGSS y en el artículo 10.1 del Real Decreto 1415/2004.

En cuanto a la aplicación de la prescripción, el artículo 24.1<sup>63</sup> del TRLGSS, así como el artículo 42.1 del Real Decreto 1415/2004, establecen que la acción para exigir el pago de cuotas de Seguridad Social y otros conceptos de recaudación conjunta prescribe a los 4 años. Si bien, el artículo 24.3<sup>64</sup> del TRLGSS y el artículo 43.1 del Real Decreto 1415/2004 establecen que dicho plazo se interrumpe por cualquier actuación administrativa realizada con conocimiento formal de quien sea responsable del pago conducente a la liquidación o recaudación de la deuda, como sucede en este supuesto con la actuación del SEPE en fecha del 25 de septiembre de 2018.

#### 4. Respecto de los tres puntos en conjunto, en caso de que proceda la extensión de actas de infracción y/o liquidación, indique cuántas actas distintas deben elaborarse señalando los motivos.

Por las diferencias de cotización analizadas anteriormente, procede extender un acta de infracción, por la tipificación del artículo 22.3 del TRLISOS, coordinada con un acta de liquidación. El acta de liquidación se extenderá con base en lo establecido en el artículo 34.1 b) del TRLGSS.

<sup>62</sup> Artículo 34.1 d) del TRLGSS: «Procederá la formulación de actas de liquidación en las deudas por cuotas originadas por: [...] d) Aplicación indebida de las bonificaciones en las cotizaciones de la Seguridad Social, previstas reglamentariamente para la financiación de las acciones formativas del subsistema de Formación Profesional para el Empleo».

<sup>63</sup> Artículo 24.1 del TRLGSS: «Prescribirán a los 4 años los siguientes derechos y acciones: a) El derecho de la Administración de la Seguridad Social para determinar las deudas por cuotas y por conceptos de recaudación conjunta mediante las oportunas liquidaciones. b) La acción para exigir el pago de las deudas por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta. c) La acción para imponer sanciones por incumplimiento de las normas de Seguridad Social».

<sup>64</sup> Artículo 24.3 del TRLGSS: «La prescripción quedará interrumpida por las causas ordinarias y, en todo caso, por cualquier actuación administrativa realizada con conocimiento formal del responsable del pago conducente a la liquidación o recaudación de la deuda y, especialmente, por su reclamación administrativa mediante reclamación de deuda o acta de liquidación. La prescripción quedará interrumpida, asimismo, por el inicio de las actuaciones a que se refiere el artículo 20.6 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, ordenadora del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social».

Por la aplicación indebida de la bonificación del sistema de Formación Profesional para el Empleo, procede extender un acta de infracción, por la tipificación prevista en el artículo 22.9 del TRLISOS, coordinada con un acta de liquidación. En este caso, el acta de liquidación se fundamenta en el artículo 34.1 d) del TRLGSS.

De conformidad con lo establecido en el artículo 34.4<sup>65</sup> del TRLGSS, las actas de liquidación y de infracción que se refieran a los mismos hechos se practicarán simultáneamente. El procedimiento se ajustará a lo establecido en el artículo 34.1<sup>66</sup> del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

Al tratarse de actas de infracción y liquidación levantadas por un subinspector/a, deberán ser visadas por el inspector/a de Trabajo y Seguridad Social bajo cuya dirección técnica actúen, de conformidad con lo previsto en el artículo 14.5<sup>67</sup> de la LOSITSS.

---

<sup>65</sup> Artículo 34.4 del TRLGSS: «Las actas de liquidación y las de infracción que se refieran a los mismos hechos se practicarán simultáneamente por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. La competencia y el procedimiento para su resolución son los señalados en el apartado 2. Las sanciones por infracciones propuestas en dichas actas de infracción se reducirán automáticamente al 50 por ciento de su cuantía, si el infractor diese su conformidad a la liquidación practicada ingresando su importe en el plazo señalado en el apartado 3. Esta reducción automática solo podrá aplicarse en el supuesto de que la cuantía de la liquidación supere la de la sanción propuesta inicialmente».

<sup>66</sup> Artículo 34.1 del Real Decreto 928/1998: «Cuando se practiquen acta de infracción y acta de liquidación de cuotas por los mismos hechos, se procederá de la forma siguiente: a) Las actas de infracción y liquidación por los mismos hechos tendrán los requisitos formales exigidos para las mismas en el presente reglamento. El acta de infracción podrá remitirse en cuanto a relato de hechos y demás circunstancias fácticas al contenido del acta de liquidación y sus anexos, haciéndolo constar expresamente. b) Ambas actas se practicarán con la misma fecha y se notificarán simultáneamente. c) En las actas de infracción a que se refiere este artículo, solo cabrá la acumulación de infracciones que se refieran a hechos con efecto liquidatorio en la correspondiente acta de liquidación. d) El procedimiento aplicable a ambas será conjunto, y responderá al establecido para las actas de liquidación. La propuesta de resolución será única para ambas actas, y corresponderá al jefe de unidad especializada de Seguridad Social de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En la propuesta de resolución se fijarán de forma motivada los hechos probados, su calificación jurídica y la cuantía de la sanción que se propone imponer».

<sup>67</sup> Artículo 14.5 de la LOSITSS: «Las actas de infracción y, en su caso, de liquidación practicadas por los subinspectores laborales, serán visadas por el inspector de Trabajo y Seguridad Social bajo cuya dirección técnica actúen, en los términos y supuestos que se determinen reglamentariamente, en función de la naturaleza o calificación de la infracción o de la cuantía de la sanción propuesta».



## 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 (12 números en 11 volúmenes –los números de agosto y septiembre se editan en un mismo volumen–) 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](http://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 [revistacef@cef.es](mailto:revistacef@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), RHH (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 subepígrafes secuenciados (dos dígitos: 1.1, 1.2...; tres dígitos: 1.1.1, 1.1.2...). De este requisito se exceptúa la sección de «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](http://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 citas.

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.

Tu currículum no dice que  
**DESPUÉS DEL  
TRABAJO SEGUÍAS  
TRABAJANDO  
EN TU FUTURO.**

En UDIMA reconocemos tu esfuerzo. Por eso te ofrecemos una metodología online que encaja con tu ritmo de vida, sea cual sea.

**ERES MÁS DE LO QUE SE VE**  
udima.es



Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

### GRADOS OFICIALES

#### Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática

#### Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

#### Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing

#### Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

#### Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

### TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADO

(Consultar en [www.udima.es](http://www.udima.es))

### MÁSTERES OFICIALES

#### Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

#### Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Educación y Recursos Digitales (Elearning) • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

#### Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Auditoría de Cuentas • Asesoramiento Financiero y Bancario • Dirección Comercial y Marketing • Dirección y Administración de Empresas (MBA) • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

#### Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría de Empresas • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

#### Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Enseñanza Bilingüe • Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geoestrategia

**¡MATRÍCULA ABIERTA! DESCUENTO ESPECIAL AHORA**



# Oposiciones

Desde 1977 gran parte de los funcionarios que en la actualidad ocupan los cargos de mayor responsabilidad en España han pasado por nuestras aulas, tanto presenciales como virtuales. Todos ellos han cumplido su objetivo de **aprobar la oposición con el #MétodoCEF.-** ¡Tú también puedes ser uno de ellos!

## Sobre el #MétodoCEF.-

### 1. Presencial, telepresencial y online

Elige entre preparar tu oposición en nuestros centros, seguir las clases en streaming y en directo o la preparación online

### 2. Temarios

De elaboración propia y actualizados

### 3. Equipo preparador

Todos nuestros preparadores han sido opositores

### 4. Adaptado

Metodología adaptada a cada tipo de ejercicio

## Preparamos oposiciones a

Administración General  
Administración Local  
Banco de España  
Comunidades Autónomas  
Cuerpos de Informática

Empleo y Seguridad Social  
Ministerio de Hacienda  
Ministerio de Justicia  
Ministerio del Interior  
Unión Europea



**INICIO**  
Preparación  
en septiembre  
de 2021