

Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista mensual núm. 463 | Octubre 2021

ISSN: 1138-9532

El futuro de las «juventudes perdidas» en el punto de mira de las reformas educativas y sociolaborales

Cristóbal Molina Navarrete

La discriminación por asociación. Nuevos retos

Yolanda Maneiro Vázquez

Trato diferenciado en el empleo para personas con capacidad intelectual límite

José Antonio Rueda Monroy

Gig economy: ¿el inicio de una nueva era en la gestión de los recursos humanos?

José Ignacio Galán Zazo
José Ángel Zúñiga Vicente

El desafío de la transición verde y la digitalización del trabajo: los sistemas de «hot desk»

Margarita Miñarro Yanini

Nueva perspectiva de la división de roles por género en las tareas de cuidado

Manuel Martín Hernández-Carrillo

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

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

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADO

(Consultar en www.udima.es)

¡ÚLTIMOS DÍAS DE MATRÍCULA!

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 463 | Octubre 2021

Directora editorial

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

Consejo de redacción

Director **Cristóbal Molina Navarrete**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén

Subdirector **José Antonio Fernández Avilés**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

Secretaria **Margarita Miñarro Yanini**. Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I

Consejo asesor

Carlos Alfonso Mellado. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia

María Lourdes Arastey Sahún. Magistrada del Tribunal Supremo

Laura Calafà. Profesora titular de Derecho del Trabajo. Università di Verona (Italia)

Carmen Castro Casal. Profesora titular de Organización de Empresas. Universidad de Santiago de Compostela

Rocío Gallego Losada. Profesora titular de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad Rey Juan Carlos

Antonia Mercedes García Cabrera. Catedrática de Organización de Empresas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Ana Gómez Hernández. Presidenta de la Asociación Nacional de Laboralistas

Eugenio Lanzadera Arencibia. Doctor en Derecho y Ciencia Política. Profesor de Derecho del Trabajo. UDIMA

Loïc Lerouge. Director de investigación del Centro Nacional de Investigaciones Científicas. 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)

Ana María Lucía Casademunt. Profesora titular de Organización de Empresas. Universidad de Málaga

Nelson Mannrich. Presidente da Academia Nacional de Direito do Trabalho (Brasil)

Roberto Pereira Costa. Presidente de Economistas Asesores Laborales

Miguel Ángel Purcalla Bonilla. Magistrado titular del Juzgado de lo Social número 1 de Terrassa (Barcelona)

Alfredo Rodríguez Muñoz. Profesor titular de Psicología de las Organizaciones. Universidad Complutense de Madrid

Miguel Rodríguez-Piñero Royo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

Aránzazu Roldán Martínez. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Europea de Madrid

María Luisa Salanova Soria. Catedrática de Psicología Organizacional Positiva. Universidad Jaume I

María Eugenia Sánchez Vidal. Catedrática del área de Organización de Empresas. Universidad de Cartagena

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

Edita

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



Imprime

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

Indexada en



Acuerdos de colaboración

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

© 2021 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

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

Sumario

Editorial

- El futuro de las «juventudes perdidas» en el punto de mira de las reformas: ¿educación-ciudadanía versus formación-empleabilidad? 5-24
Cristóbal Molina Navarrete

Estudios

- La discriminación por asociación desde la doctrina del Tribunal de Justicia hasta la doctrina judicial nacional. Nuevos retos de las ¿nuevas? formas discriminatorias 25-62
Discrimination by association from the doctrine of the European Court of Justice to national courts. New challenges of the ¿new? forms of discrimination

Premio Estudios Financieros 2021

Yolanda Maneiro Vázquez

- Los derechos fundamentales como límite difuso al control tecnológico en el ámbito laboral: luces y sombras de la primera regulación específica sobre la materia 63-98
Fundamental rights as a diffuse limit to technological control at work: lights and shadows of the first specific regulation on the matter

Accésit del Premio Estudios Financieros 2021

Rubén González Rodríguez

- Medidas de trato diferenciado en el empleo para personas con capacidad intelectual límite: análisis normativo y apuntes para la reflexión 99-123
Differential treatment measures in employment for people with borderline intellectual functioning: normative analysis and notes for reflection

José Antonio Rueda Monroy

Diálogos con la jurisprudencia

- El desafío de la transición verde y la digitalización del trabajo: los sistemas de «hot desk». Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 180/2021, de 27 de julio 125-133
The challenge of the green transition and the digitalization of work: the «hot desk» systems. Commentary on National Court Ruling 180/2021, of July 27

Margarita Miñarro Yanini

- El permiso de paternidad y la suspensión del contrato de trabajo de la persona progenitora distinta de la madre biológica. Nueva perspectiva de la división de roles por género en las tareas de cuidado. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 98/2021, de 27 de enero, y su puesta en relación con la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre 134-140

Paternity leave and the suspension of the biological mother's employment contract. New perspective on the gender division of roles in childcare. Commentary on Supreme Court Judgment 98/2021, of January 27, and its setting in relation to Constitutional Court Judgment 111/2018, of October 17

Manuel Martín Hernández-Carrillo

El despido discriminatorio por embarazo y parto también afecta al padre de la criatura: discriminación por asociación en la aplicación del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 1584/2021, de 16 de abril 141-148

Discriminatory dismissal for pregnancy and childbirth also affects the father of the child: discrimination by association in the application of article 55.5 of the Workers' Statute. Commentary on the Ruling of the High Court of Justice of Galicia 1584/2021, of 16 April
Yolanda Maneiro Vázquez

Controversia sobre el permiso retribuido recuperable. ¿Puede la legislación en tiempos de COVID-19 afectar el derecho al disfrute de las vacaciones? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 26 de abril de 2021 (rec. 45/2020) 149-156

Controversy about recuperable paid leave. Could the law during COVID-19 times affect the right of employees to take annual leave? Commentary on the Ruling of the Superior Court of Justice of Galicia of April 26, 2021 (rec. 45/2020)

Noelia Ortiz Vigo

Las consecuencias del allanamiento en materia de discriminación. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de abril de 2021, asunto C-30/19, y su aplicación en la práctica forense del orden social 157-165

The consequences of acquiescence in discrimination. Commentary on the Ruling of the Court of Justice of the European Union of 15 April 2021, case C-30/19, and its application in the forensic practice of the social order

Luis Sánchez Quiñones

Recursos humanos

Gig economy: ¿el inicio de una nueva era en la gestión de los recursos humanos? Gig economy: the beginning of a new era in human resources management? 167-197

Premio Estudios Financieros 2021

José Ignacio Galán Zazo y José Ángel Zúñiga Vicente

Normas de publicación 199-200

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 futuro de las «juventudes perdidas» en el punto de mira de las reformas: ¿educación-ciudadanía versus formación-empleabilidad?

Cristóbal Molina Navarrete

Director

Empezaba a ver la luz, a coger carrerilla. Hace un mes, tenía planes, proyectos, pero ahora puede ser que tenga que volver a empezar todo otra vez. [...] Ya ni me puedo plantear a corto plazo un piso para mí, ni ser madre ni... Es postergar todo. Otra vez.

María Zuil («[La generación perdida entre dos crisis](#)»)

1. ¿La juventud «divino tesoro» o «fuente de generaciones perdidas» cuando llega cualquier tipo de crisis, incluso futura? Dicen que el genial, pero excéntrico, escritor Bernard Shaw abominaba del narcisismo inherente a la juventud calificándola como «enfermedad», si bien no crónica, porque se curaría con el tiempo (la edad). De este modo, la «madurez» pareciera oponerse y corregir las desviaciones de esos tiempos de lozanía, confianza en que todo (nos) es posible y vanidad, con la marcada tendencia a reivindicar «el derecho a» todo, aportando, incluso en atención a «evidencias científicas», mayor estabilidad, en todos los terrenos, y menos predisposición a la «depresión del ánimo» (Martínez Pradales, 2019). La realidad, al menos en los planos sociales y laborales, que son los que aquí (más) nos conciernen, no parece confrontar esos «imaginarios idealistas», incluso algo «románticos».

Ni la «juventud» gozaría hoy de un contexto especialmente favorable en términos de derechos y oportunidades de un libre y digno desarrollo de su personalidad, como le cuenta la Constitución española (CE) –que no votó, pero que la vincula, y en la que debe tener confianza ex [art. 9.1 CE](#), como reflejo de la ciudadanía que es–, ni tampoco la «madurez» actuaría hoy como esa tabla de salvación o curación segura. Basta recordar, aunque no sean ahora «colectivos sociolaborales» diana para nuestro análisis (lo serán en próximos, sin duda), que la calificación de «personas trabajadoras maduras» tiende a convertirse en otra fuente de vulnerabilidad respecto del mercado de

Ni la «juventud» gozaría hoy de un contexto especialmente favorable en términos de oportunidades, ni la «madurez», fuente de vulnerabilidad respecto del mercado de trabajo, actuaría hoy como curación

trabajo. Son probable «carne de cañón» para alimentar los procesos de reestructuraciones de empresas, candidaturas ciertas a «personas paradas de larga duración», «blancos» de (viejas y nuevas) políticas de mercado de trabajo, fragmentando los tratamientos (dualidad o segmentación de los mercados de trabajo) y cronificando las vulnerabilidades «etarias».

La pandemia ha evidenciado la vulnerabilidad de todas las personas. Pero, al tiempo, ha dejado claro (lo estaba ya) que la edad (no solo el sexo) es un factor de máxima importancia a la hora de la gestión de los procesos sociales (en normalidad y en excepcionalidad). La mayor peligrosidad del virus para las personas de más edad ha exigido la «solidaridad» de las de menos edad que, menos vulnerables a los efectos, debieron «sacrificar» estilos de vida (contacto permanente, vida nocturna, etc.). El hecho diferencial etario no buscaría efectos excluyentes, sino de eficacia (por ejemplo, priorización de la vacunación por edad). Pero ¿centrados en la dimensión sanitaria de la tragedia, desde la perspectiva de la crisis económica, no se invirtió la situación, siendo las personas más jóvenes de las más castigadas y, por lo tanto, más urgidas de solidaridad sociolaboral?

Algunos datos pueden ser relevantes de esta nueva fractura en perjuicio de las franjas de edad más idealizadas («juventud, divino tesoro», que poetizara Rubén Darío en «Canción de otoño en primavera» –1905–, [musicalizado y cantado por Paco Ibáñez](#)). Uno rotundo: desde el inicio de la pandemia 1 de cada 2 empleos perdidos lo fue de personas menores de 35 años. Sin embargo, apenas representan el 25 % de la población trabajadora. Pero llueve sobre mojado: con la crisis precedente son las franjas de edad que más vieron rebajado su salario medio (un 15 %).

Algunos datos pueden ser relevantes de esta nueva fractura en perjuicio de las franjas de edad más idealizadas («juventud, divino tesoro»)

Ambos convergen para producir otros efectos de vulnerabilidad y, por lo tanto, de exclusión. Con menor tasa de empleo, con bastante menos poder de renta, [las decisiones de ahorro de las personas jóvenes se reducen notablemente](#): 6 de cada 4 no tienen capacidad de ahorro –un 30 % menos que en la crisis de 2008–. No, no es que padezcan de «prodigalidad», pues 7 de cada 10 querían ahorrar, si pudieran (de ahí que la reforma de las pensiones les resulte «ajena», porque por edad están lejos y por capacidad de acudir a planes privados de pensiones, también). Por tanto, han debido enfrentarse a la segunda crisis (pandémica) sin «colchón». ¿Y el escudo social y laboral?

Cierto, no podría sorprender, desde esta cruda realidad, que el «escudo social» levantado por las «leyes de excepcionalidad pandémica» para «no dejar atrás a nadie» tuviese entre su ámbito subjetivo de cobertura más relevante a las personas jóvenes. Sería el caso, por ejemplo, de las medidas de garantía relativas a la vivienda (sea para conservar la vivienda frente al riesgo de [desahucio](#), sea para ajustar los alquileres a las nuevas situaciones laborales o sea para facilitar el acceso a una vivienda), si bien es más que evidente su ineficacia, estando todavía pendiente de una [solución, que se resiste](#), como prueban las dificultades para

avanzar en la «ley de vivienda» ante el conflicto entre ambos socios de Gobierno. No sorprende que, según los informes de Eurostat, las personas jóvenes se emancipen más tarde de la media en Europa, pues no se van de casa hasta alcanzar los 30 años, agravándose en la pandemia, de modo que la suma de ambas crisis han «hundido sus expectativas».

La edad media de emancipación es un indicador de los equilibrios/desequilibrios del mercado de trabajo. Se alarga a mayor tasa de paro, mayor temporalidad y menor retribución

De nuevo, la conexión con el mercado de trabajo es directa. La edad media de emancipación es un indicador de los equilibrios/desequilibrios de aquel. Se alarga a:

- mayor tasa de paro ([España, país europeo con más desempleo juvenil: 40 %](#)),
- mayor temporalidad ([España, país europeo con más temporalidad juvenil](#) –menos de 30 años–, hasta 20 puntos más: 52 % de la contratación temporal)
- y [menor retribución](#) (1 de cada 5 son jóvenes).

En este crítico e inquietante escenario de «dependencia habitacional juvenil» (lo que hace del derecho social fundamental a la vivienda, ex arts. [47 CE](#) y [30 Carta Social Europea revisada](#) –CSEr–, papel mojado) en función de su «vulnerabilidad-precariedad» laboral, que provocaría en la población más joven una «gran renuncia»¹ a ese espacio propio de desarrollo de su existencia libre ex [artículo 10 de la CE](#), ¿al menos el tan célebre «escudo social» levantado para que «nadie se quedara atrás» habrá tenido impacto positivo? No parece, o al menos no como debiera. El ingreso mínimo vital (IMV), constitucional, desde el plano competencial, según la [Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de septiembre de 2021](#) (con un fundado voto particular discrepante, criticando la reserva al Estado y excluyendo a los autogobiernos de este instrumento de lucha contra la pobreza), o bien tiene efectos excluyentes para las personas jóvenes precarias (y no emancipadas), pues no integra a las menores de 23 años, o bien restrictivos o de obstaculización, pues las menores de 30 años deben cumplir requisitos más estrictos.

No entraré ahora, desde el plano de los efectos jurídicos de la regulación, en la crítica por resultar discriminatoria, [según viene denunciando el Consejo de la Juventud](#). Ni lo haré tampoco por lo injustificada de una de las razones que dan origen a tal diferencia peyorativa de trato, basada tanto en la arraigada protección familiar para las personas más jóvenes como en cierto pensamiento de sospecha de «fraude» respecto de este colectivo (mayor riesgo moral) a la hora de solicitar este tipo de ayudas. Lo que sí está fuera de toda duda, incluso discusión,

¹ Nada que ver con la «[gran renuncia](#)» como movimiento recientemente registrado en la población norteamericana, mayoritariamente juvenil, a mantener sus empleos tras la pandemia y buscar otras oportunidades de vida y de ocupación.

es la ineficacia del IMV a estas alturas, en la medida en que no ha cumplido suficientemente las elevadas expectativas puestas en él, revelándose más defectuoso aun respecto de la población juvenil. ¿Especulación?

Está fuera de toda duda la ineficacia del IMV, revelándose más defectuoso aun respecto de la población juvenil

No lo creo; hasta el propio Gobierno es consciente de su mal funcionamiento. No es casual que haya anunciado que ampliará tanto el ámbito de personas beneficiarias cuanto el monto de las ayudas concedidas en términos de renta de subsistencia para tratar de corregir la pobreza más severa. Así [se propone para la próxima reforma comprometida a finales de este año](#) y de la que, de producirse, daremos cuenta en el número de diciembre, o de enero, de esta revista, según el tiempo de la reforma legal anunciada, no proyectada, lo que parece presagiar que se hará a través de un enésimo real decreto-ley, o quizás en el marco de la tramitación de esta «pensión no contributiva indefinida» (que no vitalicia) como proyecto de ley. Veremos si el [desbloqueo](#) realizado en la tramitación de este proyecto ahora sí satisface sus ambiciosos, y necesarios, fines, que no son otros que romper este círculo vicioso interminable: sin empleo una mayoría, precario el que otras personas jóvenes sí tienen, y en todo caso con escasas expectativas de acceder a una vivienda digna, alargando su «dependencia habitacional» de la familia.

En este mar de lamentos sociolaborales de nuestras generaciones rebosantes de esa juventud que atesoraría tan «divino tesoro», ni siquiera la decisión gubernamental, ya sindical –que no patronalmente– acordada, tras una intensa polémica –más interesada que interesante–, de subida del salario mínimo interprofesional (SMI)² parece que pueda ser celebrada por estos colectivos como lo que es, una «buena noticia», además de una vía progresiva de cumplimiento de un compromiso jurídico internacional (CSEr). De un lado, lo pírrico de su subida reduce notablemente sus efectos de mejora de la equidad en el tratamiento salarial de estos colectivos, que están entre los más beneficiados del SMI (por la propia precariedad de su empleo, a menudo parcial, no solo temporal). De otro, lo cuestionado patronalmente de la misma, así como [por el Banco de España](#) y por un buen número de economistas liberales y neoclásicos, hace que vuelva a situarse en el ojo del huracán del desempleo a las personas jóvenes, que son, se dice, quienes serán los peor «parados» de la subida. Otra barrera más (esta más pretendida que real) en su acceso al mercado laboral, para quienes sufren el mayor desempleo de la Unión Europea (UE).

En este mar de lamentos sociolaborales de nuestras generaciones rebosantes de juventud, ni siquiera la subida del SMI parece que pueda ser celebrada como lo que es, una «buena noticia»

² Y que finalmente ha cristalizado, con efectos desde el pasado 1 de septiembre, en el [Real Decreto 817/2021, de 28 de septiembre](#), por el que se fija el SMI para 2021.

Y por si no fuese suficiente con todos estos desequilibrios y la prevalencia en ellos de las personas más jóvenes, quienes conforman el futuro de toda sociedad, en la antesala de la madre de las futuras crisis, el cambio climático, comienza a producirse una significativa evidencia en torno a la mayor incidencia en las personas jóvenes de este nuevo riesgo psicosocial: la ansiedad climática. Casi la mitad de las personas más jóvenes a nivel mundial (45 %) asegura que la ansiedad relacionada con el cambio climático está afectando su vida cotidiana: la forma en la que juegan, comen, duermen, estudian y se preparan para el futuro. Aunque el riesgo psicosocial global de ansiedad climática está presente en las personas de todas las edades, de todas partes, incide con mayor intensidad en las personas más jóvenes (16-25 años), influyendo notablemente en la pérdida de confianza en las decisiones y políticas de sus Gobiernos (Marks et al., 2021).

A la luz de lo expuesto hasta aquí, breve, pero espero que ilustrativamente, no creo que haga falta argumentar más para comprender que no se puede prescindir del factor edad (al igual que del factor sexo-género), en este caso respecto de las personas de edad juvenil (que, por cierto, no son ni personas ni colectivos homogéneos), a la hora de diseñar y aplicar toda clase de políticas, públicas y de empresa (gestión de diversidad etaria). En consecuencia, retoman su centralidad, así como su necesidad de renovación, las políticas de mercado de trabajo (políticas activas) y las sociales (políticas pasivas) asociadas a aquellas en pro de la integración en equidad de las personas jóvenes y de la recuperación de su futuro (tratando de ahuyentar la actualización del calificativo tópico de «generaciones perdidas»). Justamente, la tenida por tercera componente del nuevo paradigma de desarrollo integral e integrador relanzado para la recuperación económica tras la pandemia, la «inclusión» (condición social para una justa doble transición: digital y verde), debiera asegurar mayor empatía y solidaridad (mayor financiación), con las necesidades sociolaborales de las personas jóvenes. Entre ellas, la más urgente, también importante, un mercado de oportunidades serias de empleo decente que garantice su cualidad de ciudadanía y arrumbe el modelo de «legiones de precariado joven» forjado (y agravado desde el inicio de siglo XXI). En suma, y en los términos poéticos –espero que no se quede solo en eso– de la presidenta de la Comisión Europea: políticas con «ALMA».

No se puede prescindir del factor edad a la hora de diseñar «políticas con ALMA», entre ellas las de un mercado de oportunidades serias de empleo decente que arrumbe el modelo de «legiones de precariado joven»

2. A vueltas con las paradojas de la (sobre/infra) formación: ¿«ni contigo» [la titulación no es garantía de colocación adecuada] «ni sin ti» [España sigue teniendo uno de los mayores volúmenes de personas «nini»] «tienen mis males [de juventud precarizada] remedio»? Una vez más, es la enésima, tan recurrente como el porcentaje de desempleo juvenil en los últimos 40 años en España (siempre es el doble del general), para la mayor parte de analistas, también para todas las instituciones de la gobernanza económica mundial, comunitaria, así como para los Gobiernos, incluido el español, el nivel de intensidad de esta secuencia interminable de «males sociolaborales» que vienen aquejando a la juventud se relaciona

directa y principalmente con su «capital humano», esto es, con su «patrimonio formativo» o su nivel de «capacitación profesional» –término más humanista, menos mercantilizado que el de «capital humano»–. Y es aquí donde no solo surgen las profundas desigualdades de la juventud española, sino también las muy notables paradojas, sino contradicciones, en nuestro entero sistema educativo y en los mercados de trabajo.

Así, de un lado, convivirían desde hace largo tiempo unas «legiones de personas jóvenes» de sobrada cualificación (al menos en forma de cúmulo de títulos de todo tipo) con otras de escasa cualificación («nini»). De otro, a más se reforma el sistema educativo, en especial el universitario, para adaptarse a las demandas de mercado, más arrecian las críticas de inadaptación por su parte, consolidando la imagen de las universidades (especialmente públicas) como «fábricas de personas paradas», mientras crecerían las bolsas de empleo altamente cualificado (no necesariamente altamente retribuido) que no se pueden atender por falta de personal. Paradójicamente, sean unas «cohortes» (difícil de entender cómo se imponen en el lenguaje científico términos militares de la antigua Roma), las que tienen sobretitulación, sean otras, las que no la tienen, comparten un mismo déficit: la precariedad (extensas jornadas de trabajo, reducida retribución). En unos ámbitos de empleo y otros, las empresas están lanzando continuos mensajes de que no hallan a las personas que «necesitan», lastrando la recuperación (no en los muy cualificados, según el último Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura del Servicio Público de Empleo Estatal; no en los de menos cualificación, como construcción, hostelería, etc.³).

Paradójicamente, sean unas «cohortes», las que tienen sobretitulación, sean otras, las que no la tienen, comparten un mismo déficit: la precariedad

Ciertamente, aún hoy, la posesión de títulos de nivel educativo superior es un factor de protección frente al paro. La tasa de inserción laboral de las tituladas y los titulados de las universidades, de conformidad con los informes que llevan a cabo todos los años y en los que se afanan enormemente para probar que sí, que son (somos) útiles al mercado (por ejemplo, [en la Universidad de Jaén, el 52 % se inserta, de modo que es superior a la media del conjunto de las universidades andaluzas, situada en el 48 %](#)), mostraría que, a más nivel «educativo», más «empleabilidad»: 46 % en grado, 60 % en máster y 82 % en doctorado. En cambio, por seguir con un ejemplo reciente de una de las provincias con más desempleo de España, la tasa de paro de personas jóvenes egresadas (tituladas UJA) se sitúa en el 19 % (un 16 % hombres, un 22 % mujeres), mientras que la tasa de paro juvenil (también en Jaén) es del 40,4 %. El tiempo medio para el primer empleo se ha reducido a 134 días. Veremos el año que viene cómo incide la crisis, pues las producidas al inicio de la carrera laboral pueden retrasar hasta 20 años los efectos, con lo que no solo afectaría a la «generación Y» («*millennials*», *idealizada*), sino también a la «Z» («*centennials*»).

³ «[La falta de mano de obra se convierte en otro lastre para la recuperación](#)» (Balseiro, 2021). El problema no es nuevo. Varios años antes de la nueva crisis ya se producía el mismo lamento, y con causas análogas a las que ahora se esgrimen, aunque haya crecido la exigencia tecnológica: «[Las empresas no encuentran trabajadores: dicen que les falta experiencia y quieren cobrar mucho](#)».

Pero ¿qué tipo de empleo es?, ¿cuáles son sus condiciones de empleo y trabajo?, ¿responde a la titulación cursada y, en consecuencia, resultan eficientes los ingentes –aun siempre insuficientes– recursos puestos en esa educación para el empleo de calidad o decente? Aquí la información ya se vuelve mucho más difusa, el aluvión de números para tratar de acreditar lo que interesa, el dato cuantitativo (la universidad no es fábrica de personas paradas), se difumina, se reduce, y solo se dan algunos indicadores, sin más precisión. A saber: el primer empleo de las personas tituladas (UJA) presenta una tasa de sobretitulación del 56 % (esto es, solo 4 de cada 10 hallan empleo en «lo suyo»), de temporalidad del 92 % (esto es, 9 de cada 10 lo encuentran temporalmente) y una tasa de parcialidad del 48 % (es decir, 1 de cada 2 es a tiempo parcial).

En este contexto de paradojas y contradicciones, hallamos una crítica filosófica (por ejemplo, [Emilio Lledó y Nuccio Ordine](#)), incluso social, que arrecia, en la que se cuestiona esta transición desde una educación «superior» ([art. 27 CE](#)) para forjar personas con un estatuto de ciudadanía activa y culta (enfoque cívico-cultural de la educación) a una formación universitaria para el empleo (enfoque mercantil-productivista). A lo que no faltaría razón si se depura de evocaciones algo elitistas, pues educar para forjar personas con mayores oportunidades de acceder a un empleo de calidad en nada se opone, más bien lo contrario, a que esa formación las haga igualmente personas cívicamente más activas, cultas y respetuosas, tolerantes. Y al tiempo, esta crítica convive con otra social (no solo empresarial), formulada, sentida incluso, por buena parte de estas juventudes que padecen de sobretitulación, para la que el discurso institucional (aun basado en datos estadísticos) chocaría de raíz con una práctica que se ha empeñado, a lo que parece, en mostrar que identificar titulación superior con empleo de calidad es una pura ensoñación, [cuyas irrealidades serían cada vez más evidentes](#).

Una creciente franja de personas jóvenes tituladas, pues, pareciera converger cada vez más, aunque por razones diferentes, con la crítica empresarial y de «mercado» (como si estos tuviesen opinión propia al margen de quienes concurren en él). En ella se devalúa crecientemente el papel de la educación universitaria ([art. 27 CE](#)), en pro de la formación profesional (FP) ([arts. 35 y 40](#) en relación con el [149.7 CE](#)), porque no lograría adaptar su inmensa oferta formativa a la demanda de mercado. Aunque [el presidente de Estados Unidos tiene una clara receta](#) para esta crítica de desajuste de los mercados de trabajo (demanda de trabajo, oferta de empleo) y la disposición de profesionales (la oferta de trabajo, demanda de empleo): «¿Las empresas dicen que no hallan la "mano de obra" que necesitan?: ¡pagadles más! Esa es la moneda ahora de cambio... hay que pagarles un salario decente». En suma, no es tanto, o no solo, la cuestión formativa la determinante del malestar juvenil, sino también, y sobre todo, la precariedad, también asociada a la alta cualificación (o titulación), lo que es más cierto y grave en España.

Aunque está acreditado que la titulación universitaria es un factor de protección frente al paro, se devalúa cada vez más esta educación en pro de la FP para adecuarse al mercado (empleabilidad)

Sin embargo, no son solo las personas jóvenes de estos colectivos que hacen una gran inversión en su formación (cualificación mediante titulación universitaria) las que, mayoritariamente, empiezan a sentir su devaluación, también el imaginario colectivo creciente.

Por razonar, como siempre nos gusta hacer, desde el ejemplo, que dé concreción al razonamiento (que no tan solo especulación teórica) general, pongamos una experiencia individual judicializada, aun en el ámbito civil. Una audiencia provincial, en un conflicto intergeneracional cada vez más frecuentemente judicializado (el que enfrenta a padres y madres, pero sobre todo a padres, con su proge por la continuidad del pago de la pensión de alimentos cuando su descendencia se alarga y alarga en los estudios, sin simultanearlos con una fuente de ingresos propios –por ejemplo, trabajo a tiempo parcial–), acaba de sentenciar que una carrera universitaria (ingeniería química –las ingenierías son de las de mayor tasa de inserción–) hace tiempo que «no significa ni asegura el acceso a un puesto de trabajo acorde a su titulación» ([Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real 140/2021, de 3 de mayo](#)). ¿Una palabra judicial y decenas de afanados –pero a menudo más voluntariosos– estudios de las universidades (sobre todo públicas) mutan en papel mojado?

Una audiencia provincial acaba de sentenciar que una carrera universitaria «no significa ni asegura el acceso a un puesto de trabajo acorde a su titulación»

Por supuesto, no me puedo detener aquí en tan interesante sentencia y caso. Pero no me resistiré a un mínimo comentario, de los hechos y de la doctrina afirmada, porque es toda una lección de vida real, no la puramente pensada (académicamente), por evocar al insigne [Pessoa](#). La audiencia provincial revoca la sentencia de instancia que sí acordó el cese de la pensión de manutención a cargo del padre, porque no consideró una diligente gestión ocupacional que el hijo, que había estudiado con gran éxito una carrera de ingeniería química (terminó a los 22 años, con superación en años corridos de los cursos, sin repetir ninguno, y calificaciones por encima de la media), decidiera buscar su «oportunidad real y seria» de empleo en otro sector, el de las personas que se dedican a los servicios de extinción de incendios y otras emergencias de este tipo (con infinitamente [más bomberos –20.000– en España que bomberas –168–](#)). Para la instancia, este tipo de decisiones sobre el futuro ocupacional supone tanto «pasividad formativa» como «parasitismo social».

En cambio, para la sala de apelación, no hay ni la una (pasividad) ni lo otro (parasitismo), sino más bien lo contrario, diligencia en la busca de oportunidades de empleo ante la conciencia individual real de la devaluación socioeconómica del título universitario como garante de un empleo real. Abreviadamente, razona de este doble modo –que no va a gustar nada a los hacenderos de informes de inserción de las personas egresadas por las universidades–:

- No es admisible –a su juicio, aunque no cita ni un solo dato estadístico, quizás porque el padre no lo aportó, y bien fácil que lo hubiera tenido, por lo indicado– la «presunción social de acceso al mercado de trabajo con base exclusivamente en la titulación académica obtenida».
- Al contrario, las condiciones reales de los mercados de trabajo en España «obligarían» bien «a completar su formación vía cursos de posgrado o máster» (sobretitulación para la mayor cualificación), bien al recurso arraigado en España de

«acudir al sistema de oposiciones para acceder a la función pública». En una u otra situación, al padre –y a la madre– les es exigible seguir contribuyendo, con la pensión de alimentos, a la búsqueda afanosa de un empleo.

¿Y al otro lado de las «legiones» o «cohortes» de jóvenes respecto de la formación para un empleo, quienes «ni estudian ni trabajan» –«ninis»–? En su triste batida de la práctica totalidad de los (negativos) «récorde» en este ámbito, España también ocupa una plaza en el pódium de la tasa de personas jóvenes (entre 18 y 24 años) «ninis». Con más de un 20 % supera a Grecia (19,3 %) y se ha quedado a tan solo un peldaño por debajo de quien ocupa la primera posición de Europa, Italia (en torno al 25 %), la flamante campeona de la Europa futbolística. Así lo confirma el [último informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos \(OCDE\) \(Education at Glance 2021\)](#), que nos sitúa más cerca de la situación de países latinoamericanos, como México y Costa Rica. La media europea está en torno al 14,5 %, con países por debajo del 10 % (es el caso de Alemania, Países Bajos), otros por debajo de la media (Suecia –14 %–, Letonia, Polonia, etc.). El informe confirma que la tasa de desempleo entre la juventud de 25 a 34 años con un nivel de secundaria inferior al segundo ciclo fue del 27,6 % en 2020 (4 puntos más –la media creció 2 puntos, situándose en el 15 %–).

[España también ocupa una plaza en el pódium de la tasa de «ninis»](#)

Ese mismo informe señala que España igualmente es el país con más porcentaje de personas repetidoras en la ESO (Educación Secundaria Obligatoria). La media es de casi el 2 %, multiplicándose por 4 en España (8,5 %). En Bachillerato, España se queda en segunda posición, con una tasa de casi el 8 %, frente al casi 3 % de media, solo por detrás de la República Checa. ¿Qué propone el Gobierno para acabar con esta mala estadística? Sencillo, «muerto el perro, se acabó la rabia»: si no hay exámenes de recuperación –aunque cada comunidad autónoma podrá decidirlo libremente solo para este curso, no en posteriores–, no habrá personas repetidoras. En aplicación de la nueva ley educativa ([Ley orgánica 3/2020, de 29 de diciembre](#)), el [Ministerio de Educación prepara un real decreto de evaluación, promoción y titulación](#), ahora pendiente del visto bueno del Consejo de Estado, que excluye, para pasar de curso en la ESO, hacer exámenes de recuperación –la norma sí los mantiene para el Bachillerato–.

3. Un nuevo tiempo de cambios educativo-formativos para el mercado de trabajo: ¿será la reforma proyectada del sistema de FP el bálsamo de Fierabrás o la pócima mágica para todos los males sociolaborales de la juventud? Ante tan deteriorado e inquietante panorama educativo-laboral parece ineludible para las generaciones más jóvenes de la población española, respecto de las cuales hoy incluso comienza a ganar pujanza (en su día fue el de «la generación mejor formada de la historia») el tópico de la (real o pretendida) «primera generación en la historia menos inteligente que la de sus padres» (más inteligencia artificial

superior = menor inteligencia humana)⁴, una nueva secuencia de reformas de los sistemas y subsistemas implicados. En el [editorial del número anterior](#) dábamos cuenta de las emprendidas para el mercado laboral, así como en el sistema de pensiones (con una incidencia indirecta o refleja para la juventud más relevante, aun ambivalente, de lo que podría pensarse: el retraso de la edad real de jubilación podría afectar a las expectativas de empleo para las personas más jóvenes; el intento de contención del coste en pensiones públicas mejora la equidad intergeneracional a la hora de la asignación de rentas públicas; nueva cultura de la previsión social a través del fomento de planes de pensiones promovidos de forma pública, etc.). En este mismo marco de corrección de desequilibrios de los mercados de trabajo respecto a la población juvenil, el Gobierno aprobó en junio el «[Plan de Garantía Juvenil Plus 2021-2027 de trabajo digno para personas jóvenes](#)», renovando el poco eficaz anterior «Plan de Choque por el Empleo Joven 2019-2021». Con él no solo se quiere captar fondos del FSE+ destinados al empleo juvenil, sino también reorientar las actividades de las entidades vinculadas al Sistema Nacional de Garantía Juvenil (fiasco en España que todavía nadie quiere reconocer).

En su objetivo global de mejorar la cualificación de las personas jóvenes para que adquieran las competencias profesionales y técnicas necesarias para acceder al mercado laboral prevé, entre otras medidas, sostener financieramente la estancia de las personas jóvenes en centros de investigación y empresas tecnológicas. Para la relativa a las «Escuelas profesionales duales», se quiere conectar la FP con el empleo mediante una garantía de oportunidad laboral real y remunerada en empresas y un acompañamiento personalizado de entre 12 y 18 meses de duración. En lo relativo a las «Escuelas de segunda oportunidad», se busca incrementar las oportunidades laborales de las personas que abandonaron sus estudios a una edad temprana, a fin de que puedan obtener certificados de profesionalidad.

La FP, pues, emerge en el centro de estas políticas de empleo juvenil. No extraña que también esté inserta en una profunda reforma legislativa. El Boletín del Congreso de los Diputados publicó el pasado 17 de septiembre de 2021 el [Proyecto de Ley orgánica de ordenación e integración de la formación profesional](#).

El Gobierno aprobó en junio el «Plan de Garantía Juvenil Plus 2021-2027 de trabajo digno para personas jóvenes»

La FP emerge en el centro de estas políticas de empleo juvenil. No extraña que también esté inserta en una profunda reforma legislativa

⁴ La «voz de alarma», quizás más bien el reclamo de *marketing* para hacer de su libro un ansiado *best seller*, la ha dado el neurocientífico Michel Desmurget, con su libro [La fábrica de cretinos digitales: los peligros de las pantallas para nuestros hijos](#). En él trata de acreditar por qué quienes son personas nativas digitales pueden constituir «la primera generación menos inteligente» que la de sus progenitores. Acepta este planteamiento, desde otro punto de vista complementario, la psiquiatra Marian Rojas Estapé, otra autora de moda que, en el marco del rentable mundo de los libros de autoayuda, ha escrito [Encuentra tu persona vitamina](#). En una [reciente entrevista](#) promocional afirma –con exceso–: «Es la primera vez en la historia en

La norma dice tener como objetivo la «constitución y ordenación de un sistema único de formación profesional» (art. 1.1). A tal fin, pretende regular, conforme al orden de principios establecido en su artículo 3:

[...] un régimen de formación y acompañamiento profesionales que, sirviendo al fortalecimiento y sostenibilidad de la economía, sea capaz de responder con flexibilidad a los intereses, las expectativas y las aspiraciones de cualificación profesional de las personas a lo largo de su vida y a las competencias demandadas por las nuevas necesidades productivas y sectoriales tanto para el aumento de la productividad como para la generación de empleo (art. 1.2).

De este modo, «economía» (fortalecimiento), «productividad» (aumento para satisfacción de las demandas –de cada mercado sectorial–), «flexibilidad», «generación de empleo» son las palabras-conceptos que ocupan todo el texto. Solo una vez aparece el concepto-noción «personas» (integra las que no tengan aún trabajo, claro, si bien la norma solo define el concepto de persona trabajadora –por cuenta ajena, autónoma, socia trabajadora o en cooperativas–). No deja de ser curiosa esa «marginación», apenas se repare en que fija como uno de los principios que inspiran el nuevo sistema de FP la «centralidad de la persona, potenciando el máximo desarrollo de sus capacidades», a fin de garantizar no solo la ausencia de discriminación por cualquier motivo o razón, sino también la igualdad de oportunidades.

«Economía», «productividad», «flexibilidad», «generación de empleo» son las palabras-conceptos que ocupan todo el texto

La norma es de una extremada complejidad (tiene casi 120 artículos y un amplio elenco de disposiciones extravagantes de gran relieve –disposiciones adicionales, finales, transitorias, derogatoria) y no pretendemos ahora ni tan siquiera esbozar sus novedades más relevantes, misión absolutamente necesaria que esta revista afrontará en próximos números, una vez haya sido aprobada y publicada en el BOE. Nos limitaremos a enunciar las líneas maestras de la reforma desde la perspectiva aquí analizada, esto es, los lazos, o, al contrario, las eventuales rupturas que establece entre los diferentes niveles del sistema educativo y los mercados de trabajo, consecuentemente en su dimensión de política de empleo. Al respecto, hay una idea presente en todo el programa de reforma: la lógica transicional, tanto de los diversos niveles educativos como del mercado laboral. La nueva arquitectura de la FP unifica en un solo sistema la formación para personas no actualmente trabajadoras (estudiantado o alumnado) y para personas trabajadoras.

que los jóvenes son menos inteligentes que la generación anterior, y lo son porque su corteza prefrontal es adicta a experiencias vibrantes» (generación de «drogodependencia emocional»). ¿Para esta visión de «fractura generacional», pero ahora en un plano socioeconómico, no psicosocial, iniciada con la crisis precedente y las «leyes de austeridad» y de «devaluación laboral» adoptadas para salir de ella, ahora agravada por la pandemia, pese a seguir un camino diverso, incluso opuesto, «leyes-escudo social»?

La reforma se ha marcado como objetivos ambiciosos cualitativos (además de los más de 5.000 millones de € que dice el Gobierno movilizará la reforma) tanto hacer de esta rama educativa, tradicionalmente relegada en España (su tasa de matriculación del 12 % contrasta con el 29 % de la OCDE), una elección atractiva

para jóvenes, cuanto renovar un instrumento que realmente sirva para reducir el desempleo juvenil, con unas cifras (el doble de la media comunitaria) vergonzantes. Asumiría, así, el sentido de una deuda histórica: ofrecer a la actual generación de personas jóvenes, y en especial a las futuras, un marco de oportunidades reales y serias de empleo de calidad. El proyecto de ley cuenta con el apoyo tanto de la patronal como de los sindicatos mayoritarios. En todo caso, el anhelado modelo europeo (austro-germano, sobre todo) de la formación dual constituye la atmósfera que respira todo el nuevo marco legal (en realidad, la inspiración está más próxima: sistemas vasco –como en las pensiones– y catalán; como si fuese equiparable el tejido empresarial de esas comunidades autónomas con las del resto, salvo Madrid). De ahí su voluntad de establecer mayores interacciones o pasarelas entre el sistema educativo y el sistema económico, así como con el mercado.

El ansiado modelo europeo de formación dual constituye la atmósfera que respira todo el texto legal proyectado, a fin de establecer mayores interacciones y pasarelas entre el sistema educativo y el mercado

En síntesis, en la práctica serían tres los ejes esenciales de esta reforma. A saber:

- Busca aumentar el protagonismo de mercados y empresas en los procesos formativos, dándoles mayor participación. Por eso se incrementan las horas lectivas del alumnado en las empresas.

En relación con esta cuestión nodal ha habido cambios en la propuesta desde su inicial formulación. El anteproyecto preveía un aumento de este tiempo lectivo realizado en las empresas, conforme al más avanzado de los sistemas de FP dual, hasta alcanzar el 50 %. Sin embargo, las críticas recibidas, tanto por rigidez como por irrealista, han hecho que se reformule de forma significativa. Así, el proyecto de ley multiplica dicho tiempo lectivo en las empresas –en vez de en las aulas–, pero dependerá del régimen de enseñanza concreto, a fin de ganar flexibilidad y realismo. Así:

- En la llamada FP general se realizará en la empresa entre un 25 % y un 35 % de las horas de formación (si bien excepcionalmente podrá reducirse al 20 % en el caso de titulaciones de FP básica, los ciclos formativos dirigidos a alumnado que no ha obtenido el título de la ESO). Se trata, pues, de una FP «falsamente dual».
- En la otra rama, llamada FP intensiva, el mínimo de horas en la empresa será del 35 % y la ley no establece un límite máximo. En este régimen, el estudiantado realizaría su estancia en las empresas con un contrato laboral de formación. Su disposición transitoria quinta establece la transición

del sistema de beca (en la práctica conflictiva por el riesgo de falsa beca –Sentencia del Tribunal Supremo [STS] 508/2020, de 23 de junio–) a contrato de trabajo formativo en este régimen.

- Asimismo, asume un marcado enfoque realista (primacía de la realidad). Esto significa que pretende remover los obstáculos existentes a la acreditación oficial de las capacidades y experiencia profesional que verdaderamente se tengan. A tal fin, impulsa la acreditación de las competencias profesionales de aquellas personas trabajadoras que carecen de titulaciones oficiales, pero sí poseen competencias o capacitaciones reales.

Aquí también hallamos un cambio radical. El proceso para la acreditación de las competencias profesionales pasará, de aprobarse la ley tal cual, a ser permanente. Esto es, ya no estará sujeto a las burocráticas e inciertas convocatorias extraordinarias, como ha venido sucediendo hasta ahora. El objetivo del Gobierno es dar un reconocimiento oficial al gran número de personas trabajadoras (hasta 11 millones, según cálculos empresariales) que, a pesar de atesorar un elevado grado de experiencia profesional, carecen de títulos oficiales que lo acrediten. Se destinarán a esta suerte de sistema de regularización profesional continua 850 millones de euros hasta el año 2024.

- Trata de estrechar la conexión de la FP con la universidad, y viceversa, para que las decisiones formativas de las personas no sean irreversibles, sino que puedan transitar fácilmente de unos ámbitos a otros. Con ello se evidenciaría una concepción de complementariedad e interacción mutua, en vez de una visión de conflicto o alternativas radicalmente opuestas⁵.

El alumnado matriculado en FP podrá estudiar materias optativas universitarias, y viceversa, mediante convenios que deberán firmar las universidades. La norma facilita la convalidación de los créditos cursados respectivamente en la universidad y la FP, impulsa la creación de centros de excelencia y contempla la creación de titulaciones dobles y bilingües. Proliferarán, así, los dobles grados de FP y másteres en el nivel más elevado de la FP (el E).

4. Una aproximación pragmática a la filosofía de la reforma del sistema de FP: nadie sin un título o certificación oficiales acreditativos de la actividad formativa realizada, aun si solo se hace un módulo. El nuevo diseño de la FP respondería a un enfoque de adaptación individualizada de los procesos formativos, de modo que cada persona pueda cubrir estrictamente sus demandas, necesidades y capacidades, sobre la base, eso sí, de poner

⁵ Recuérdese que el [artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) experimentó una reforma en esta dirección (Ley 11/2020, de 31 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2021 –*disp. final trigésima sexta*–), para incluir un sistema formativo dual universitario (apdo. 3). En espera del debido desarrollo reglamentario, así como de los convenios de colaboración, «duerme el sueño de los justos».

fin a los estereotipos de género, cuestión sobre la que se incide especialmente en la reforma (entre sus principios: «la eliminación de estereotipos profesionales y sesgos de género en las opciones formativas profesionales»).

La oferta formativa se estructura en 5 niveles, nada menos. A saber: A (da un certificado parcial de competencia profesional), B (asegura certificado de competencia profesional), C (certificado de profesionalidad), D (actuales ciclos formativos de FP) y E (especialización)⁶. En realidad, si se profundiza un poco en el sentido de este aparente galimatías, con una farragosa estructura en 5 niveles de FP, hallaremos la voluntad gubernamental (en su día legislativa) de garantizar que nadie que haya hecho al menos un módulo formativo autónomo se quede sin título, sin acreditación oficial, a fin de disponer de una mejor posición ante el mercado.

En suma, se da garantía de título aun sin aprobar todo el ciclo (toda la secuencia formativa prevista). El «nuevo» sistema de FP se conforma, así, de forma progresiva y acumulable. Como otras reformas educativas realizadas recientemente o en proyecto, se trata de que nadie se frustre en sus procesos formativos. A fin de evitar frustraciones o desincentivos a la FP, nadie se irá de vacío, siempre tendrá un título, aun acreditativo de una competencia parcial si su recorrido es corto.

Se da garantía de título aun sin aprobar todo el ciclo. Que nadie se frustre en sus procesos formativos

Nadie se irá de vacío, siempre tendrá un título

Por supuesto, también las universidades, que igualmente están viviendo procesos de reforma legislativa e institucional⁷, podrán participar abiertamente de este nuevo sistema-mercado de FP, a través de la impartición de los que se denominan «minicursos de formación profesional» para las personas desempleadas. Se trata de una concesión más al enfoque educación-mercado a fin de hacer partícipes a los campus públicos del boyante negocio del *lifelong learning* (aprendizaje durante toda la vida). De este modo, a la ingente (en realidad desmedida) oferta de grados y másteres, de nuevo enredada en reformas, a fin de promover también una suerte de «Superliga educativa europea»⁸, al estilo de la futbolística tan conflictiva (y que genera el mismo efecto élite que esta, con el efecto Mateo que preconiza: a quien más tiene, todo se le dará, a quien tiene poco, todo –o casi– se le

⁶ Vid. Registro Estatal de Formación Profesional e informes de vida formativa-profesional actualizados.

⁷ Al [Proyecto de Ley de convivencia universitaria](#), ya presentado y que pretende sustituir el viejo reglamento franquista de 1954, habría que sumar el Anteproyecto de Ley orgánica del sistema universitario. Una vez que ha finalizado ya la fase de [consulta pública](#) sobre esta nueva reforma universitaria, se ultima la aprobación del proyecto, en relación con el cual se están manifestando críticamente las organizaciones sindicales. Por su importancia, será igualmente objeto de cumplidos análisis en las diversas secciones de esta revista, según vaya adquiriendo institucionalidad jurídica y debida publicidad normativa.

⁸ Así aparecería en el nuevo borrador del proyecto de real decreto de organización de las enseñanzas universitarias, «que indulta a 24 de los 85 campus españoles». «[Las nuevas carreras de tres años solo podrán impartirse en los 24 campus españoles de la "Superliga" europea de universidades](#)».

quitará), [sumará otro tipo de titulaciones vinculadas a las necesidades del mercado laboral](#). En este caso, y en aras de la mayor flexibilidad organizativa posible, serán generalmente telemáticas o mixtas, y pretende facilitar a las personas, con o sin titulación universitaria previa, la certificación de sus resultados de aprendizaje en actividades de corta duración.

5. La FP dual como objeto del deseo: ¿nueva «ALMA» social de la UE u otra oportunidad de negocio para fondos de inversión?

España tiene –desde hace décadas– un grave problema de desempleo juvenil, al que no logra dar la respuesta debida, pese a los continuados intentos, ahora renovados. Pero no somos los únicos de la UE con déficits serios de empleo juvenil, especialmente –una vez más– el sur (Italia, Grecia). Consecuentemente, la UE ni es ajena ni podría serlo. Justamente, tras el optimista discurso en el «estado de la Unión Europea» de la presidenta de la Comisión, se propondrá, tras la regulación correspondiente, un programa «Erasmus para ninis» de la UE. Con él se quiere ofrecer una oportunidad seria, efectiva, de trabajo a una persona joven nacional de un Estado miembro en otro Estado miembro. Y para evidenciar que responde a una creciente sensibilización por el retorno a un modelo social europeo, en el que la razón económica de mercado conviva de forma equitativa con la razón social de las personas, se le ha dado nada menos que el nombre de «ALMA». El discurso de la presidenta, algo idealista y no sin alguna caída farisaica, cubierta con alegorías y simbolismos (por ejemplo, anunció que 2022 será el Año de la Juventud Europea) tras reconocer la solidaridad de la juventud en la pandemia, al pedírsele todo lo contrario de lo que se espera de ella (que se aísle, que se encierre, cuando es un tiempo para salir, para conocer, para viajar⁹), para dar fundamento ético, también utilitarista, a esta política, razona:

No somos los únicos de la UE con déficits serios de empleo juvenil, de ahí que se proponga un programa «Erasmus para ninis» y se le llamará –algo farisaicamente– ALMA

[...] todos nos hemos beneficiado del mercado económico [...] europeo, y tenemos que asegurarnos que la próxima generación también, así podrán construir su futuro. [...] Debemos intensificar nuestro apoyo a los que caen en la brecha: los que no tienen ningún tipo de empleo, educación o formación.

Pese a lo llamativo de su denominación y al simbolismo de su fundamentación, lo más probable es que la suerte de este programa sea análoga a las diversas, y numerosas, estrategias comunitarias que se han desarrollado hasta el momento. La última decidida –la Estrategia europea para la juventud (2019-2027) que refleja el temor institucional, lo que es paradójico, porque son las instituciones las llamadas a ahuyentarlo– a evitar que, en efecto,

⁹ Tras la fase más dura de la pandemia, después del rígido confinamiento, la Comisión Europea impulsó una modalidad digital del programa Erasmus. Para el [nuevo programa Erasmus+ 2021-2027](#) se propone un presupuesto de 28.000 millones de euros (el doble que para el sexenio precedente). Amplía de una forma notable los colectivos de personas beneficiarias, a fin de que sea, cómo no, «más inclusivo, más digital y más verde».

las actuales generaciones juveniles se cronifiquen en condiciones de empleo, de trabajo y, por tanto, de vida notablemente peores que las de sus progenitores. Así se reflejó en el –ya obsoleto– *Libro Blanco de la Comisión sobre el futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la Europa de los Veintisiete en 2025* (2017, p. 4).

Mientras disponemos de datos para confirmar –o desmentir– estos augurios, incluso en tanto se llevan a cabo las reformas normativas proyectadas, lo cierto es que [el mercado de los fondos de inversión ya ha movido ficha](#), anticipando estos cambios, nacionales y comunitarios, a fin de optimizar la rentabilidad de la FP como objeto de negocio privado. El fuerte impulso institucional y financiero público, y la actual escasez de plazas, han determinado que se produzcan adquisiciones de algunas empresas de este sector a fin de ganar ventaja competitiva en la meta de salida. Una nueva oportunidad de negocio que, en realidad, no haría sino alimentar el desarrollo del mercado de la formación para el empleo a través de un amplio espectro de actividades y servicios, incluidos los programas de FP intensivos, con especial éxito de los inmersivos en cualificación tecnológica (por ejemplo, *bootcamp*).

Por cierto, en este mismo escenario de tanto alumbramiento como deslumbramiento de la formación como garantía de empleabilidad (no necesariamente de empleo decente), dicho sea de paso, también la nueva ¿última? prórroga de los expedientes de regulación temporal de empleo por COVID-19¹⁰ («ERTE-COVID-19») ha querido contribuir a hacer de la FP continuada una nueva oportunidad, ahora no para personas trabajadoras jóvenes, sino más bien ya maduras (confirmando la vigencia de la FP durante todo el ciclo de vida laboral). Tras el acuerdo social de prórroga de los «ERTE-COVID-19», junto al silencio positivo de larga duración (la empresa que solicite continuar en ERTE y no reciba respuesta expresa de la Administración deberá entender que se acepta hasta el límite máximo de la vigencia de esta nueva prórroga, 28 de febrero de 2022), la otra gran novedad es el intercambio de formación por exoneraciones de las cuotas sociales a cargo de las empresas –en función de la dimensión de la empresa y de la obligación formativa adquirida–. Con ello, además de reconocer que habrá empresas y personas trabajadoras que no podrán recuperar «la normalidad económica y laboral», se quiere hacer de la formación una herramienta de reconversión para facilitar un empleo alternativo.

Mientras, el mercado de los fondos de inversión ya ha movido ficha, anticipando estos cambios, a fin de optimizar la rentabilidad de la FP como objeto de negocio privado

Tras el acuerdo social de prórroga de los «ERTE-COVID-19», la otra gran novedad es el intercambio de formación por exoneraciones de las cuotas sociales a cargo de las empresas

¹⁰ Llevada a cabo por el [Real Decreto-Ley 18/2021, de 28 de septiembre](#), de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo (BOE de 29 de septiembre). *Vid.* artículo 3 y disposición adicional tercera respecto a la vinculación de acciones formativas a las exenciones en cotización.

Dejando de lado la perplejidad que causa el que se haya ignorado esta vertiente hasta ahora, pues está contemplada como una obligación de promoción para los ERTE-comunes ex [artículo 47.4 del ET](#), a fin de facilitar la polivalencia profesional o la empleabilidad (de ahí que en el modelo alemán, del que deriva, sea una condición necesaria para beneficiarse del ERTE), ahora el gran interrogante es: ¿oportunidad para qué y para quién? Dada la improvisación con la que se ha establecido, no queda claro, a mi juicio, si pretende servir más para facilitar la reconversión de personas trabajadoras en ERTE de las que se sospecha ya no lograrán retornar a su puesto de trabajo (empresas, personas trabajadoras y [empresas «zombis»](#) las llaman desde hace meses, pero ahora ha arceciado, no sin un ánimo de ácida crítica al mecanismo de regulación temporal de empleo) o, más bien, una reactivación de las oportunidades de negocio para las entidades formativas, o quizás para ambas cosas. No dudo de la importancia de la formación también en este ámbito, ni de las bondades de la cooperación público-privada, pero tengo mis reservas de que pueda tomarse en serio una reforma de este tipo (que ya hemos visto es solo reflejar lo que está dicho desde hace décadas en el ET, aún olvidado) cuando se improvisa tanto y no se diseña un adecuado sistema de provisión de tales servicios formativos, más necesarios para las pymes.

6. La formación como camino para la reducción del desempleo juvenil, pero no de su precariedad laboral: ¿del «filisteísmo» al «filibusterismo» de los sistemas educativos como políticas de empleo? Los fuertes desequilibrios del mercado de trabajo español no son un problema solo de las personas jóvenes, sino que afectan también a numerosos colectivos de más edad. La sucesión de dos gravísimas crisis en algo más de una década, que han golpeado a España de forma más acusada que a otros países de la UE, también atrapó a las personas trabajadoras maduras, mayores de 55 años. Estas han visto cómo al iniciar la pendiente final hacia el fin de su carrera laboral (que la próxima reforma de pensiones pretende alargar) no solo corrían mayor riesgo de perder su empleo (no son el colectivo con más desempleo, pero sí [lo han visto ampliado un 15 %](#)), siendo conscientes, además, de las dificultades para ahuyentarlo «reconvirtiéndose» al nuevo mundo laboral, eminentemente digital, pues carecen de esa capacitación, sino que, también, debieron asumir la sobrecarga que supuso la pérdida de oportunidades para un empleo y salario decentes de la generación juvenil (su descendencia) entre dos crisis (la financiera y la pandémica). Pero no menos cierto es que, para las personas jóvenes, la sobrerrepresentación en las tasas de paro, así como en los «nichos de precariado» (incluido el digital¹¹), es de muy larga data y su impacto es sistémico, porque afecta a todos los planes de su vida, sin que puedan beneficiarse, por su edad, de algunas medidas

¹¹ El [Auto del TS de 18 de mayo de 2021 \(rec. 1618/2020\)](#), en un proceso iniciado de oficio respecto de la laboralidad de las relaciones de servicios en una plataforma digital de reparto de comida, ha zanjado definitivamente este tema –en un momento en el que las empresas del sector se siguen resistiendo a cumplir con la nueva ley, también con su jurisprudencia–. Y ello pese a que, en este ámbito específico, solo ha dictado una sentencia ([STS 805/2020, de 25 de septiembre](#)). No solo los sectores menos cualificados, aun digitales, o los sectores económicos tradicionales, como el cárnico, se ven envueltos en decisiones de este tipo. Ahora le ha tocado el turno de «falsas personas trabajadoras autónomas» a otros colectivos, como el de las personas que ejercen la abogacía. La precarización también llega a las profesiones liberales, más a jóvenes: «[El Tribunal Superior de Justicia de Madrid declara laborales los contratos de 141 abogados](#)».

previstas para el tránsito desde situaciones de desempleo a la jubilación, como en el caso de las edades maduras. Hacerse mayor, sí, tiene el coste emocional de vivir un proceso de continua despedida de las cosas que fueron, como refleja mi paisano Muñoz Molina en su nueva obra *Volver a dónde*, o como acaba de confesar un grande del periodismo, *Iñaki Gabilondo, que ahora sí se retira definitivamente*. En cambio, la juventud significa salir a la vida (no en forma de «macrobotellones», menos si son vandálicos), por lo que para las personas jóvenes dilatar, obstaculizar o devaluar sus oportunidades de acceder a un empleo decente las priva tanto del presente como del futuro.

La juventud, al margen de los reduccionismos alegóricos de unas visiones (la de Bernard Shaw como enfermedad que se curaría con el tiempo) y las contrarias (la de Rubén Darío como divino tesoro), es el tiempo de salir a la vida, de reconocer (la vida externa) y reconocerse (forjado de su identidad) y, a tal fin, una condición determinante es disponer de un proceso educativo de calidad que, al tiempo que lo forme (forje) como persona, lo prepare para una oportunidad real y seria de empleo decente (cobrar por lo que se sabe y por lo que se hace realmente). Porque de él dependerá su emancipación habitacional cuando toca y la posibilidad de hacer efectiva la condición de ciudadanía activa y de integración en sociedad, si bien con sus caracteres diversificadores, también distintos en cada persona joven, sin la actual injusta generalización. Sin embargo, en este ámbito dominan visiones tanto «filisteas» como «filibusteras».

Se critica por «filisteísmo» (ese pueblo de la antigüedad que sobornó a Dalila para que engañara a Sansón, dejándose cortar el pelo que albergaba su descomunal fuerza) a quien solo valora algo o a alguien por su utilidad para la consecución de un fin, no en sí. Es típico de la filosofía utilitarista y del mercantilismo, que reduce todo, persona («recurso humano», «capital humano») o cosa, a bien de mercado (mercancía), pese a la clara prohibición, respecto de las personas. Las reformas educativas, tanto universitarias como de la FP, parecen beber en gran medida de esa visión, por cuanto tienden a valorar la educación o la formación solo por su valor de cambio en el mercado por un empleo, aun a precio de derivar en «educación para el servilismo de mercado» (empleabilidad lo llaman eufemísticamente): solo vale aquella educación que sirve para ser empleable (lejos queda Nuccio Ordine y su «utilidad de lo inútil»). Se tiene por «fariseo» (he deslizado una cierta crítica de este tipo al discurso de la presidenta de la Comisión al anunciar el «Erasmus-ninis») aquel discurso que predica una cosa en público, pero piensa y actúa de forma opuesta. Si los filisteos fueron los que compraron a Dalila, los fariseos fueron aquel grupo religioso del viejo Israel que practicaban el mercadeo en el Templo (aquel del que fueron expulsados, según los Evangelios, por Jesucristo). En suma, «escrupulosas» personas observadoras de la «Ley mosaica» (esencias religiosas) pugnaron siempre por el poder y el dinero. ¿Qué tiene que ver

Para las personas jóvenes, la sobrerrepresentación en las tasas de paro, así como en los «nichos de precariado» (incluido el digital), afecta a todos los planes de su vida

Las reformas educativas pueden criticarse por filisteas, al valorar la educación solo por su valor de cambio en el mercado de trabajo

esto con la educación para el empleo? Bastante, a mi juicio. Al contrario que la visión filisteá, la visión farisea presenta como mejor aquella educación que forma para la ciudadanía crítica y culta, al margen de su valor para la capacitación de mercado.

«Ni los hunos, ni los hotros», que escribiría don Miguel de Unamuno. Ninguno de los niveles educativos, universitarios y de FP, o viceversa, puede ignorar ni el imperativo ético-jurídico de formar para hacer mejores personas, ciudadanas activas, civilizadas y solidarias, ni tampoco el imperativo socio-económico de que, aquellas, protagonicen el devenir del sistema económico. Ese que se dice debe ser digital, sostenible e inclusivo.

La buena ciudadanía implica –para jóvenes y mayores– tanto capacitación profesional como virtudes críticas. Eso sí, también requiere (ciudadanía social) condiciones decentes de trabajo. De no darse como debe, ha de reivindicarse sin miedo, libremente (cualidad de laboriosidad crítica), aun a riesgo de represalia, frente a la que debe saberse actúa el blindaje de la garantía de indemnidad (por ejemplo, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –**STSJ de Asturias 1497/2021, de 29 de junio**).

No será baladí esa capacidad crítica para ser mejores profesionales, aunque no sea el espíritu crítico el que más se valore realmente, por lo general, como ilustra el que las empresas más señeras adopten códigos en los que las cláusulas de confidencialidad terminan siendo leyes del silencio para proteger sus valores corporativos y reputación (para excesos de estas políticas, *vid.* **STSJ de Madrid 307/2021, de 29 de abril**); por supuesto, al tiempo, ellas sí promueven la transparencia máxima de la persona trabajadora para probar su implicación («fidelidad») con el proyecto. La colonización de los mundos de vida y del trabajo por la inteligencia artificial pondrá a prueba la capacidad del sistema educativo, para que la inteligencia humana sea capaz de gobernarla, y no viceversa. Sin derivar en los excesos de quienes, más para vender que para convencer, ven en «**el móvil la heroína del siglo XXI**», es indiscutible que las competencias digitales de generaciones «nativas digitales» exigen complemento: competencias de autocontrol y humanización, para evitar el servilismo (además del precariado) digital. Desde esta perspectiva, si no queremos que se cumpla la nueva profecía sobre la pérdida de inteligencia humana de la generación joven respecto de la precedente, por su «dependencia digital», queda claro que la «buena educación» (para la vida civilizada y laboriosa) debe ayudar a discernir lo que es verdadero de lo falso. A menudo lo falso (como lo farisaico) se presenta con una atractiva imagen de retorno a la libre naturaleza. Pensemos en el *marketing del rider*¹² como persona joven en sintonía con entorno y estilos saludables de vida (al ir en bicicleta),

Al contrario que la visión filisteá, la visión farisea presenta como mejor aquella educación que forma para la ciudadanía crítica y culta, al margen de su valor para la capacitación de mercado. «Ni los hunos, ni los hotros», que escribiría don Miguel de Unamuno

¹² La **Ley 12/2021, de 28 de septiembre** –ley de *riders*–, procedente del **Real Decreto-Ley 9/2021, de 11 de mayo**, modifica el ET apostando por la laboralidad de la relación que vincula a las personas dedicadas al reparto con las plataformas digitales.

o ahora de las nuevas profesiones basadas en el «nomadismo digital» (teletrabajo en la naturaleza, o en lugares idílicos, trabajo por el mundo, nomadismo cognitivo, etc.). Incluso vivirán el nomadismo dentro del propio puesto de trabajo, como en el caso de la organización basada en «oficinas de puestos calientes», hoy de actualidad a propósito de la [Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de julio de 2021](#) (objeto de un sugerente [análisis](#) en este número por la profesora Margarita Miñarro). Las nuevas leyes en ciernes van en esta dirección, con una visión global, como el [Anteproyecto de Ley de fomento del ecosistema de las empresas emergentes](#), donde se fomenta el teletrabajo internacional y el emprendimiento nómada.

Asimismo, el riesgo de insostenibilidad ambiental de un sistema económico insaciable devorando recursos requerirá que también la FP tenga que asumir esta faceta cultural, al preparar para trabajar en mercados (digitales y verdes), para ayudar a frenar la barbarie climática que empieza a asediar las puertas de la civilización. La educación-formación para desenvolverse en el nuevo ecosistema de empresas digitales también tendrá que atender a las competencias relativas al empleo y el emprendimiento verde. A tal fin, tan relevante como se muestra la capacitación en trabajos ambientalmente sostenibles será la capacidad de criticar, y discernir, los que no lo sean.

En suma, educación (incluye la FP, también la universitaria), economía y cultura deben desenvolverse como un trío bien avenido, de modo que interactúen y se valoren y retroalimenten mutuamente, sin crear «dilemas» reduccionistas e interesados más que interesantes. El sistema educativo tiene la encomienda de ser capaz de organizar el funcionamiento coherente de los tres, de modo que, a diferencia del dilema del genial Luis Eduardo Aute (otra referencia cultural que seguramente quedará fuera de la generación de la que aquí escribo) en esa preciosa canción «Una de dos», ha de saber armonizar las dos vertientes que ordenan la vida humana: cultura y economía, economía y cultura. En esta perspectiva, no me resisto a finalizar este artículo-editorial sin rememorar a Rubén Darío, que resume bien la ambivalencia que produce en nuestro ser el tomar conciencia de la edad, de cualquier edad, que siempre avanza inexorablemente, por fortuna.

En suma, educación, economía y cultura deben desenvolverse como un trío bien avenido, sin crear «dilemas» reduccionistas e interesados más que interesantes

Juventud, divino tesoro
 ¡ya te vas para no volver!
 Cuando quiero llorar, no lloro...
 y a veces lloro sin querer.
 [...]
 La vida es dura. Amarga y pesa.
 [...]
 ¡Mas es mía el Alba de oro!

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). El futuro de las «juventudes perdidas» en el punto de mira de las reformas: ¿educación-ciudadanía versus formación-empleabilidad? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 463, 5-24.

La discriminación por asociación desde la doctrina del Tribunal de Justicia hasta la doctrina judicial nacional. Nuevos retos de las ¿nuevas? formas discriminatorias

Yolanda Maneiro Vázquez

Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Santiago de Compostela
yolanda.maneiro@usc.es | <https://orcid.org/0000-0002-3345-5330>



Este trabajo ha obtenido el **Premio Estudios Financieros 2021** en la modalidad de **Trabajo y Seguridad Social**.

El jurado ha estado compuesto por: doña María Lourdes Arastey Sahún, don José Antonio Fernández Avilés, doña Rocío Gallego Losada, don Miguel Ángel Purcalla Bonilla, don Miguel Rodríguez-Piñero Royo y doña Aránzazu Roldán Martínez.

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

Extracto

Al igual que en el desarrollo del derecho a la igualdad y a la no discriminación, el Tribunal de Justicia ha jugado un papel esencial en el reconocimiento y en la evolución posterior de la discriminación por asociación. En 2008, la acrobacia interpretativa realizada en la sentencia Coleman puso de manifiesto, entre otras cuestiones, que la igualdad y no discriminación es un derecho inagotable, que desborda los moldes existentes, en forma de rígidas categorías jurídicas. La doctrina del Tribunal de Justicia ha propiciado una destacada actividad de la doctrina judicial nacional, que no se ha detenido ante la escueta e insuficiente regulación normativa de la discriminación por asociación. A un ritmo lento pero imparable, los tribunales españoles han ido identificando, visibilizando y ofreciendo carta de naturaleza a una figura discriminatoria que había conseguido permanecer en el anonimato jurídico. La trascendencia de esta construcción jurisprudencial es aun mayor a la vista de las múltiples puertas que abre y que, como sucede con los temas clásicos e intemporales, conducen a su vez a nuevos interrogantes, que obligan a reconfigurar ideas preconcebidas con el fin de garantizar una tutela real frente a una práctica discriminatoria anónima hasta hace muy poco, pero presente desde siempre entre nosotros.

Palabras clave: Coleman; discriminación por asociación; Tribunal de Justicia; derechos fundamentales.

Fecha de entrada: 04-05-2021 / Fecha de aceptación: 10-09-2021 / Fecha de revisión: 17-09-2021

Cómo citar: Maneiro Vázquez, Yolanda. (2021). La discriminación por asociación desde la doctrina del Tribunal de Justicia hasta la doctrina judicial nacional. Nuevos retos de las ¿nuevas? formas discriminatorias. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 463, 25-62.



Discrimination by association from the doctrine of the European Court of Justice to national courts. New challenges of the ¿new? forms of discrimination

Yolanda Maneiro Vázquez

Abstract

As in the development of the right to equality and non-discrimination, the Court of Justice has played an essential role in the recognition and subsequent evolution of discrimination by association. In 2008, the interpretative acrobatics of the Coleman judgment showed, among other things, that equality and non-discrimination is an inexhaustible right, which goes beyond existing moulds in the form of rigid legal categories. The doctrine of the European Court of Justice has led to a relevant activity of the national judicial doctrine, which has not stopped in the face of the scant and insufficient regulation of discrimination by association. At a slow but unstoppable pace, the Spanish courts have been identifying, making visible and giving legal status to a discriminatory figure that had managed to remain in legal anonymity. The transcendence of this jurisprudential construction is even greater in view of the multiple doors it opens and which, as happens with classic and timeless issues, lead in turn to new questions, which force us to reconfigure preconceived ideas in order to guarantee real protection against a discriminatory practice that has been anonymous until very recently, but which has always been present among us.

Keywords: Coleman; discrimination by association; European Court of Justice; fundamental rights.

Citation: Maneiro Vázquez, Yolanda. (2021). Discrimination by association from the doctrine of the European Court of Justice to national courts. New challenges of the ¿new? forms of discrimination. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 463, 25-62.



Sumario

1. El Tribunal de Justicia en el origen de la tutela frente a la discriminación por asociación
 - 1.1. La sentencia Coleman: una nueva mirada a la Directiva 2000/78/CE y a la discriminación por discapacidad de las personas no discapacitadas
 - 1.2. El avance hacia la discriminación indirecta por asociación: la sentencia CHEZ y el camino hacia la discriminación por razón de etnia a la que no se pertenece
 - 1.3. La sentencia Hakelbracht y otros: la Directiva 2006/54/CE y la discriminación por razón de sexo del/de la testigo que no lo es
2. La recepción en España de la discriminación por asociación: la conexión entre los sujetos
3. La discapacidad como escenario natural para la recepción de la doctrina Coleman
4. El dilema entre discriminación por asociación por razón de sexo y por circunstancias familiares
5. El encaje de la discriminación por asociación en otros ámbitos
6. La consolidación y el expreso reconocimiento de la discriminación por asociación en la jurisprudencia del TS y del TC
7. Apunte final

Referencias bibliográficas

Nota: este estudio forma parte de los resultados del proyecto de investigación RTI2018-09791-B-100, «Retos del derecho del trabajo español ante la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social y derechos fundamentales», concedido y financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

1. El Tribunal de Justicia en el origen de la tutela frente a la discriminación por asociación

Frente a la carencia de regulación interna, es fácil identificar el origen de la discriminación por asociación en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. A diferencia de lo que sucede con otros conceptos jurídicos, resulta incluso sencillo advertir la resolución judicial que actuó como punto de partida de su reconocimiento: la sentencia Coleman, de 17 de julio de 2008, dictada en Gran Sala¹. Aunque se limitó al concreto ámbito de la discriminación por asociación por causa de discapacidad, esta sentencia abrió la puerta a un territorio hasta entonces inexplorado que, empleando los mismos mimbres normativos, permitió reconfigurar el concepto discriminatorio y extenderlo a sujetos que, hasta entonces, no habían sido tenidos en cuenta como víctimas de la discriminación (Pérez Campos, 2018). A partir de la sentencia Coleman, quienes sin ser titulares de la característica discriminatoria sufrieran un trato peyorativo adquirieron carta de naturaleza como sujetos titulares del derecho a la tutela judicial efectiva.

Como no podía ser de otra manera, los tribunales españoles han seguido esta nueva línea interpretativa iniciada por el Tribunal de Justicia. La timidez inicial con la que esta figura apareció en la doctrina judicial se ha visto compensada, en los últimos tiempos, con un incremento del número de sentencias que han propiciado una visión expansiva tanto del concepto como de las técnicas de la tutela antidiscriminatoria (Molina Navarrete, 2020, p. 255). El desacuerdo existente en la propia denominación de esta figura discriminatoria es buena muestra de las dificultades interpretativas que han acompañado este camino. Si bien aquí se utilizará el término de discriminación por asociación, por ser el empleado por el Tribunal de Justicia, junto a él se han usado otras denominaciones como «discriminación transferida», «refleja», «por vinculación», «por irradiación» o «por interposición», entre otras.

Hasta el momento, el Tribunal de Justicia solo ha necesitado tres sentencias para reconocer, dar nombre, configurar y perfilar los contornos de este novedoso concepto de discriminación. Se trata de las sentencias Coleman, CHEZ² y Hakelbracht³, que ponen, además,

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2008, S. Coleman contra Attridge Law y Steve Law, asunto C-303/06 (ECLI:EU:C:2008:415).

² Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD contra Komisia za zashtita ot diskriminatsia, asunto C-83/14 (ECLI:EU:C:2015:480).

³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de junio de 2019, Jamina Hakelbracht y otros contra WTG Retail BVBA, asunto C-404/18 (ECLI:EU:C:2019:523).

de manifiesto cómo la tutela antidiscriminatoria no es patrimonio exclusivo de una única directiva. Ni siquiera de aquellas específicamente orientadas a la tutela antidiscriminatoria, como sucede con la Directiva 2000/78/CE. Otras directivas, incluso en el marco de la prestación de servicios, han servido para perfilar y configurar esta figura como una vía para alcanzar y garantizar el efecto útil de la igualdad y no discriminación, evitando formalismos o interpretaciones restrictivas que puedan obstaculizar o impedir su tutela. En todo caso, la novedad debe ser considerada como relativa, ya que es posible encontrar sentencias anteriores a Coleman que, sin calificar la conducta estudiada como «discriminación por asociación» o similar, sí permiten ver en ellas conductas discriminatorias que bien pudieran encajar en esta figura⁴.

1.1. La sentencia Coleman: una nueva mirada a la Directiva 2000/78/CE y a la discriminación por discapacidad de las personas no discapacitadas

La cuestión prejudicial que dio origen a esta sentencia pionera fue de gran calado y permitió expandir el alcance de la prohibición de discriminación por discapacidad contenida en la Directiva 2000/78/CE. Buscaba determinar si, además de a las personas trabajadoras con discapacidad, la protección prevista en la directiva podía extenderse también a las no discapacitadas que recibiesen un trato menos favorable por su vinculación con aquellas.

La señora Coleman, demandante en el litigio principal que dio origen a esta sentencia y trabajadora de un bufete de abogados en Londres, era, además, la madre y cuidadora principal de su hijo discapacitado. Demandó a su empresa por extinción del contrato de trabajo, que había sido disfrazada de dimisión por exceso de plantilla. Alegaba haber sido víctima de acoso por sus empleadores, en forma de discriminación por discapacidad, y aportó para ello diversos indicios del trato menos favorable que estos le ofrecieron, en comparación con el que disfrutaban otras personas de la empresa sin descendientes con discapacidad.

No cabe duda de que la Directiva 2000/78/CE es aplicable cuando la conducta discriminatoria se dirige directamente sobre un sujeto discapacitado. No obstante, la pregunta a la que hubo de enfrentarse el caso Coleman se centró en su posible aplicación a un supuesto en el que la persona discapacitada no era la víctima evidente del acto discriminatorio. Por ello, el principal valor de esta sentencia reside en la nueva luz que arrojó sobre la interpretación de la Directiva 2000/78/CE y del artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE): la atención al elemento objetivo como vía de ampliación del subjetivo y, con ello, el

⁴ Así, por ejemplo, las Sentencias de 22 de noviembre de 2000, Werner Mangold contra Rüdiger Helm, asunto C-144/04 (ECLI:EU:C:2005:709), y de 24 de noviembre de 2016, David L. Parris contra Trinity College Dublin y otros, asunto C-443/15 (ECLI:EU:C:2016:897).

paso de la tutela *ratione personae* a la protección *ratione materiae*. Así, el elemento central de la tutela antidiscriminatoria dejó de ser el sujeto protegido, para atender a «los motivos específicos de discriminación que considera motivos problemáticos», que se convirtieron «en el blanco de la legislación comunitaria sobre discriminación»⁵.

Estos motivos específicos de discriminación constituyen los objetivos y el espíritu de la Directiva 2000/78/CE. Bajo su prisma ha de ser interpretada toda la legislación nacional basada en el artículo 13 del TCE:

[...] tratar a alguien peor por razones tales como religión, edad, discapacidad u orientación sexual socava ese valor especial y único que tienen las personas en virtud de su condición humana [...]. Se trata de características que no deberían desempeñar papel alguno a la hora de determinar si es justo o no tratar a alguien de un modo menos favorable (apdo. 10 conclusiones).

Posteriormente, este primer avance pondría de manifiesto el carácter abierto del artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea –y, a nivel interno, de nuestro art. 14 Constitución española (CE)– frente a la enumeración taxativa de las causas discriminatorias ofrecidas por la Directiva 2000/78/CE (Molina Navarrete, 2020, p. 247).

Ahora bien, el trato peyorativo ofrecido a una persona en atención a una característica particular que la identifica no es la única forma de discriminar. Existen otros modos de hacerlo «más sutiles y menos evidentes», en las palabras de la propia sentencia, directamente dirigidos contra quien no presenta las características que la directiva contempla como causas de discriminación. En otras palabras: se trata peor a terceras personas por su vinculación con otras que sí forman parte de las categorías protegidas. Obviamente, esta variación no debe evitar que dicha conducta sea contemplada también como discriminatoria y el elemento que permite entenderlo así no es otro que el vínculo que une a los dos sujetos y que se convierte en el conector de las consecuencias lesivas.

El hecho de que la señora Coleman no estuviese discapacitada no pudo eliminar el carácter discriminatorio de la conducta empresarial, dado que perdió su empleo por su condición de madre y cuidadora de un discapacitado. Además, la gravedad de tal discriminación no es inferior por no ir dirigida directamente contra la persona que presenta la característica discriminatoria. Por el contrario, a través de esta conducta, «la víctima inmediata de una discriminación no solo sufre personalmente una injusticia, sino que se convierte asimismo en el medio a través del cual se vulnera la dignidad de la persona incluida en una categoría problemática» (apdo. 13 conclusiones). Llevando este razonamiento al extremo podría

⁵ Parágrafo 6 de las conclusiones del abogado general señor M. Poirares Maduro, presentadas el 31 de enero de 2008, al asunto C-303/06.

considerarse que la discriminación por asociación constituye, incluso, un tipo agravado de discriminación y, en el caso Coleman, una suerte de «discriminación múltiple», a cuya admisión el Tribunal de Justicia continúa mostrando, todavía en la actualidad, una férrea resistencia (Molina Navarrete, 2020, pp. 245 y ss.).

El caso Coleman constituyó un «*leading case*» (Muñoz Ruiz, 2012) que permitió advertir la función excluyente desempeñada por la directiva, que trata de impedir que determinados motivos como la religión, la edad, la discapacidad o la orientación sexual puedan emplearse legítimamente para ofrecer a la persona trabajadora un trato peyorativo con respecto a otras (apdo. 18 conclusiones). La persona que discrimina basa su conducta en una «categoría problemática» para actuar de determinada manera. Dicha actuación puede exteriorizarse a través de una conducta constitutiva de discriminación directa, indirecta o de acoso. Tanto en la discriminación directa como en el acoso, la conducta ilícita se basa en una categoría problemática específica como «premisa esencial del razonamiento de la persona que discrimina» (apdo. 19 conclusiones) y, por ello, en un motivo prohibido por la directiva.

Por el contrario, en la discriminación indirecta, la intención discriminatoria se considera irrelevante. Incluso es posible que la conducta carezca de ella y se trate de una medida aparentemente neutra, adoptada de buena fe. Aun en este caso, tal conducta será discriminatoria cuando, intencionada o no, tenga un especial impacto negativo sobre aquellas personas o grupos de personas que se encuentren en alguna de las categorías problemáticas indicadas en la directiva. Como se muestra en las conclusiones al caso Coleman, mientras que la discriminación directa y el acoso funcionan como un mecanismo excluyente, al impedir que el razonamiento del empresario pueda basarse en determinados motivos, la prohibición de la discriminación indirecta, en cambio, funciona como un mecanismo incluyente, al obligar a las personas empresarias a tener en cuenta dichos motivos, precisamente para atender a las necesidades específicas de quienes se incluyen en dichas categorías problemáticas.

El caso Coleman comenzó a analizar la discriminación directa por asociación como un supuesto extraordinariamente peculiar y diferente de la discriminación indirecta (Sempere Navarro y Martín Jiménez, 2008). Puede identificarse por tener una persona destinataria directa a la que se dirige la conducta lesiva. En este caso:

[...] la demandante no se queja del impacto que tuvo sobre ella una medida neutral en su condición de madre y cuidadora de un hijo discapacitado, sino que alega que su empresario la singularizó y la puso en el punto de mira precisamente a causa de su hijo discapacitado (apdo. 28 conclusiones).

Para ello no es obstáculo que la persona objeto del acto discriminatorio carezca de la característica problemática, pues el sujeto que posee esta característica, aunque no es el destinatario visible del acto discriminatorio, sí es su destinatario directo y, como tal, resulta dañado o colocado en peor situación.

En consecuencia, en la discriminación por asociación analizada en la sentencia Coleman, existen dos sujetos que, a través de conductas distintas, reciben un daño motivado por alguna de las circunstancias prohibidas en la directiva, la cual concurre en una de dichas personas, pero no en la otra.

1.2. El avance hacia la discriminación indirecta por asociación: la sentencia CHEZ y el camino hacia la discriminación por razón de etnia a la que no se pertenece

El Tribunal de Justicia, de nuevo en formación de Gran Sala, reiteró en su sentencia CHEZ que el principio de igualdad de trato no es aplicable a una categoría determinada de personas, sino de motivos enunciados como causas de discriminación. Para ello recurrió a la Directiva 2000/43/CE para proteger como víctima de discriminación por razón del origen étnico a una mujer que recibió un trato peyorativo por residir en una zona habitada principalmente por personas de etnia gitana que, a su vez, cuenta en Bulgaria con el estatuto de minoría étnica. Con esta sentencia, el Tribunal de Justicia consolidó su interpretación sobre el concepto de discriminación por asociación (Moreno Cáliz, 2015, p. 134).

En particular, la señora Nikolova, titular de un pequeño establecimiento, demandó a la compañía eléctrica CHEZ RB. El origen del conflicto se encontraba en la decisión de la compañía eléctrica de situar los contadores a gran altura sobre el suelo, para impedir su manipulación por el vecindario del mayor barrio gitano de la ciudad. La empresa justificó su decisión en las importantes pérdidas económicas ocasionadas en el pasado por la manipulación de los contadores por los habitantes gitanos del barrio, una práctica habitual en los barrios similares de Bulgaria (apdo. 31). Por el contrario, en los no habitados por mayoría de etnia gitana, los contadores se ubicaban en el interior de las propias viviendas de los clientes, en las fachadas o en el vallado, a una altura de 1,70 metros, facilitando así la consulta de sus datos.

Esta sentencia vino precedida por otra cuestión prejudicial, el caso Belov⁶, de 2013, cuyo supuesto de hecho era prácticamente idéntico y de cuyas conclusiones se ocupó, con su acostumbrada brillantez, la abogada general Kokott. En ella, el Tribunal de Justicia no llegó a resolver la cuestión de fondo por un motivo procesal: la cuestión prejudicial la había planteado un órgano que carecía de la condición de órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 247 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Sus conclusiones, en cambio, inspiraron la sentencia CHEZ, que sí entró al fondo de la cuestión y se pronunció sobre la existencia de discriminación por asociación respecto del vecindario de dicho barrio a través de varios factores esenciales que la distinguieron de Coleman. En primer lugar, señaló que la discriminación por asociación también puede ser indirecta.

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de enero de 2013, Belov, asunto C-394/11 (ECLI:EU:C:2013:48).

En segundo lugar, extendió el ámbito subjetivo de la discriminación por asociación, pues ya no consideró necesario que el sujeto discriminado guardase «una estrecha relación personal» con quien presenta la característica discriminatoria, requerida en Coleman. Ni la señora Nikolova (caso CHEZ) ni la señora Belov (caso Belov) pertenecían a la etnia gitana, condición causante de la conducta discriminatoria, pero su relación con los sujetos discriminados tampoco era estrecha. Sin embargo, una y otra recibieron el mismo trato peyorativo por el solo hecho de habitar en su mismo barrio. Así pues, tras la sentencia CHEZ, cualquier persona puede ser víctima de una discriminación por asociación si sufre «daños colaterales» como consecuencia de una medida discriminatoria de carácter general y colectivo.

La sentencia CHEZ reiteró una idea fundamental ya anunciada con carácter general en la sentencia Feryn⁷: la existencia de una discriminación no exige que la víctima de la conducta discriminatoria tenga que ser singular e identificable. Por el contrario, la conducta discriminatoria puede perjudicar o suponer un trato menos favorable para un colectivo de personas, cuyo único elemento en común vendrá precisamente determinado por los daños colaterales sufridos como consecuencia de aquella.

La discriminación por asociación requiere siempre un elemento de comparación, sobre el que se ha de valorar la existencia de un trato menos favorable o de una situación de desventaja sufrida por quien haya sido codiscriminado. La sentencia CHEZ explicita que esta tarea de comparación ha de realizarse de acuerdo con una regla subjetiva y otra objetiva. La primera requiere una comparación respecto de quienes no sufren la desventaja, lo que *sensu contrario* parece descartar la comparación con la situación de las personas que sí la sufren. La sentencia CHEZ insiste en que la desventaja ocasionada por la colocación de los contadores no ha de tomar en consideración la situación en la que se encuentre el vecindario del barrio que no pertenezca a la etnia gitana. Ha de valorarse, en cambio, la situación de quienes viven en otros barrios no habitados mayoritariamente por personas de esta etnia.

A su vez, la regla objetiva precisa que el trato menos favorable empleado como elemento de comparación puede estar referido al trato recibido, que esté recibiendo o, incluso, que vaya a recibir la persona empleada como elemento de comparación. Esta consideración abre la puerta a la reclamación frente a probables discriminaciones futuras, presentadas por quien aun no haya sufrido ese perjuicio, pero previsiblemente lo vaya a sufrir. No constituye una afirmación aislada, pues el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de pronunciarse, anterior y posteriormente, sobre la legitimación activa de varias asociaciones profesionales para impugnar unas declaraciones discriminatorias en las fases previas a la relación laboral (Gil Otero, 2020).

⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2008, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra Firma Feryn NV, asunto C-54/07 (ECLI:EU:C:2008:397).

1.3. La sentencia Hakelbracht y otros: la Directiva 2006/54/CE y la discriminación por razón de sexo del/de la testigo que no lo es

La Sentencia de 20 de junio de 2019, Hakelbracht y otros, es la tercera y, hasta el momento, última de las sentencias del Tribunal de Justicia en las que se analiza y modula el derecho a la no discriminación por asociación. En ella, el Tribunal de Justicia amplía de nuevo los contornos de la discriminación por asociación y ofrece la interpretación más extensa hasta el momento de esta figura y de quienes se benefician de ella.

El supuesto de hecho partió de la entrevista de trabajo que la señora Vandebon realizó a la señora Hakelbracht como candidata al puesto de vendedora ofrecido por la empresa WTG Retail BVBA. En dicha entrevista, la señora Hakelbracht indicó que estaba embarazada de 3 meses. La señora Vandebon informó a la empresa de esta circunstancia, así como también de que la consideraba una candidata adecuada para el puesto de trabajo. Sin embargo, mediante correo electrónico, la empresa comunicó a la señora Vandebon su negativa a contratar a la candidata, debido a su embarazo. Pese a la advertencia que la primera hizo a la empresa sobre la ilegalidad de esta decisión, esta le remitió un segundo correo electrónico confirmando su decisión, que la señora Vandebon trasladó, a su vez, a la señora Hakelbracht. La afectada presentó una reclamación ante el Instituto para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, que abrió un procedimiento durante el cual la empresa negó que el embarazo de la candidata hubiese sido la razón de su no contratación. También durante la tramitación de este procedimiento, la empresa entrevistó a la señora Vandebon y le reprochó haber sido la causa de la reclamación presentada por la candidata. 6 meses después de esta entrevista, la empresa comunicó a la señora Vandebon la extinción de su contrato por causas objetivas, entre las que figuraban «la ejecución incorrecta de las tareas confiadas, el incumplimiento de las consignas de seguridad, el mantenimiento insuficiente de la tienda y la falta de orden».

Ambas mujeres demandaron a WTG Retail una indemnización a tanto alzado correspondiente a 6 meses de salario y, ante la negativa de la empresa, iniciaron un procedimiento ante el Tribunal de lo laboral de Amberes, que reconoció la indemnización solicitada por la señora Hakelbracht en cuanto víctima de una discriminación directa por razón de sexo. Sin embargo, el mismo tribunal entendió que la señora Vandebon no merecía tal indemnización como víctima de una medida de represalia derivada de su participación como testigo en el procedimiento ante el Instituto, pues incumplía los requisitos exigidos por el artículo 22.2 de la Ley de género belga para ser considerada como testigo oficial: la capacidad de presentar un documento fechado y firmado relativo a su testimonio, o haber actuado como testigo en un procedimiento judicial. Tan estricta definición impedía considerar como testigo y proteger frente a las medidas de represalia a aquellas personas que defiendan o apoyen a quien ha presentado una reclamación, como en este caso, por discriminación por razón de sexo.

La sentencia HakeIbracht y otros continuó la tarea iniciada por sus predecesoras –Coleman y CHEZ– a la hora de configurar y ampliar los contornos del derecho a la no discriminación por asociación, en este caso por razón de sexo. Esta ampliación puede observarse en los elementos que se indican a continuación.

El Tribunal de Justicia afirmó que el artículo 24 de la Directiva 2006/54/CE no limita su protección a una categoría determinada de personas trabajadoras, ni a sus representantes. Tampoco exige que estas cumplan o hubieran cumplido determinados requisitos formales, como puede ser su participación como testigos en un procedimiento judicial. Por el contrario, el tribunal recordó que este artículo «debe entenderse en sentido amplio» e incluir a «todos los trabajadores que puedan ser objeto de medidas de represalia tomadas por el empresario como reacción a una reclamación presentada por una discriminación basada en el sexo, sin que por otra parte se delimite tal categoría». En consecuencia, la protección exigida debe beneficiar a todas las personas trabajadoras en sentido amplio:

[...] los trabajadores contemplados en ese artículo, distintos de la persona que ha sido discriminada por razón de sexo, deben estar protegidos en la medida en que el empresario pueda causarles un perjuicio por el apoyo prestado, de manera formal o informal, a la persona que ha sido discriminada.

Desde el punto de vista subjetivo, el tribunal no solo extendió la protección al mayor número de sujetos, sino que también extendió a todos ellos el mismo nivel y la misma intensidad de protección. «Cualquier empleado que defienda o testifique a favor de una persona» amparada por la directiva «debe tener derecho a idéntica protección que la persona protegida». Dicha protección, por consiguiente, no se hace depender del cumplimiento de determinados requisitos formales, sino «del papel que hayan podido desempeñar esos trabajadores en favor de la persona protegida y que haya podido conducir al empresario de que se trate a tomar medidas desfavorables en su contra».

He ahí el vínculo entre ambos que conduce a la discriminación por asociación: el papel que unas personas trabajadoras hayan desempeñado «en favor» de otras que se consideren discriminadas por razón de sexo y como consecuencia del cual hayan recibido un trato peyorativo o desfavorable por parte de su empresa. Se protege, pues, a quienes «están en una posición ideal para apoyar a esa persona y para tener conocimiento de casos de discriminación cometidos por el empresario». Es irrelevante a estos efectos si el apoyo a la persona discriminada se prestó de manera formal o informal; defendiendo a esta o testificando a su favor; a través de un procedimiento interno, administrativo o judicial. Ni la directiva permite una interpretación estricta en este punto, ni la normativa nacional puede introducir restricciones adicionales que no estén previstas en ella. Lo contrario reduciría el número de sujetos protegidos y la intensidad de la protección, lo que a su vez «podría comprometer gravemente la realización del objetivo perseguido por la Directiva 2006/54/CE, reduciendo la posibilidad de que se detecten y resuelvan casos de discriminación por razón de sexo»,

pues los sujetos desprotegidos «podrían verse desalentados de intervenir en defensa de dicha persona por temor a quedar desprovistos de protección si no cumplen determinadas exigencias formales». Junto a lo anterior, el tribunal aportó en esta sentencia otra importante novedad: la protección frente a las represalias empresariales ofrecida por el artículo 24 de la Directiva 2006/54/CE ha de ser idéntica a la que disfruta la persona discriminada y extenderse más allá de la duración de la relación laboral, también al periodo de acceso al empleo y al posterior a este, una vez concluida la relación.

Del contenido esencial de esta protección forma parte también el derecho a la tutela judicial efectiva, que se manifiesta específicamente en el derecho de quienes se consideren lesionados por no haberseles aplicado el principio de igualdad de trato a acceder a los procedimientos judiciales o administrativos adecuados para el cumplimiento de las obligaciones previstas en la directiva (apdo. 31). Si no se garantiza la protección, tampoco puede garantizarse la efectividad del derecho a la igualdad. En consecuencia, como ya habían indicado Coleman y CHEZ, cualquier restricción que pudieran introducir al respecto las normas nacionales impediría el correcto cumplimiento de la finalidad prevista por esta directiva.

En cuanto al tiempo durante el que se extiende la protección, la sentencia Hakeľbracht y otros sigue, en este punto, el camino ya iniciado por la anterior sentencia Coote⁸ a propósito de la Directiva 76/207/CEE, que extendió la protección tanto en el tiempo como en su objeto. Así, la persona trabajadora estará protegida también una vez concluida su relación laboral. En cuanto al objeto de protección, no solo se le protege frente al despido, sino frente a cualquier medida de represalia empresarial, incluyendo aquellas contra las que dicha persona difícilmente podría entablar una acción judicial, como la negativa de la empresa a ofrecer referencias de su trabajo una vez que haya sido despedida. Por lo tanto, las disposiciones nacionales que desarrollen la Directiva 2006/54/CE y, en particular, su artículo 24 han de ser interpretadas y valoradas en su conjunto para evaluar si incorporan restricciones que puedan dificultar la consecución del objetivo esencial de igualdad de trato. Una regulación nacional que aparentemente establezca «un sistema en materia de prueba sencillo y equilibrado en relación con la existencia y la fecha de los testimonios», como sucedía con la Ley de género belga, puede ser contraria a la directiva cuando, como en este caso, analizada en su conjunto:

[...] no enuncia meras normas de procedimiento o en materia de prueba, sino que pretende, en cualquier caso también, circunscribir la categoría de trabajadores contra las medidas de represalia de un modo más restrictivo que el previsto en el artículo 24 de la Directiva 2006/54, excluyendo, en particular, a los trabajadores que han apoyado, de manera informal, a la persona discriminada (apdo. 36 sentencia Hakeľbracht y otros).

⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de septiembre de 1998, Coote/Granada Hospitality, asunto C-185/97 (ECLI:EU:C:1998:424).

No puede esconderse la enorme trascendencia que puede llegar a alcanzar esta cuestión, también a nivel interno respecto del desarrollo de los planes de igualdad, los planes de *compliance* o de protección de datos de las empresas.

La sentencia Hakelbracht y otros ha venido a recordar, en definitiva, la obligación de respetar las exigencias de la directiva no solo por parte de las normas legales que la trasponen, sino también por cualquier instrumento regulador que pueda afectar al respeto y cumplimiento del derecho a la igualdad y no discriminación, también por asociación. Así pues, la trasposición de una directiva puede ser la ocasión para que un ordenamiento jurídico nacional desarrolle de forma autónoma, más allá de los límites de la norma europea, medidas relacionadas con esa misma cuestión. No ha de olvidarse la naturaleza «de mínimos» de las directivas, así como que, aunque en los últimos tiempos, las trasposiciones llevadas a cabo por la legislación nacional carezcan de creatividad, la única exigencia en este sentido que se plasma en una directiva es que el ordenamiento nacional no reduzca el nivel de protección reconocido en ella.

2. La recepción en España de la discriminación por asociación: la conexión entre los sujetos

La sentencia Coleman ha tenido una repercusión innegable sobre la doctrina judicial española, que la ha acogido sin reservas. No ha sucedido así en el caso de los otros dos pronunciamientos, cuyo impacto ha sido mucho más limitado, por haberse quedado a la sombra del anterior. No se ha producido, por otra parte, modificación alguna que pudiera incorporar esta circunstancia a la legislación procesal. En el ámbito legislativo, la discriminación por asociación tan solo ha merecido recepción expresa en los artículos 2 e) y 63 del Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, así como en la Circular 7/2019 de la Fiscalía General del Estado sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal, que contempla la figura de la discriminación por asociación en relación con la interpretación de la agravante del artículo 22.4 del referido código.

Además de haberse convertido en el punto de partida para el reconocimiento de la discriminación por asociación, la sentencia Coleman ha permitido extender su prohibición a otras causas distintas de la discapacidad. Quienes negaron esta posibilidad defendieron una interpretación estricta del pronunciamiento y tacharon de «expansión desmesurada» su extensión a otros derechos fundamentales, que podría conducir a la «banalización» de estos (Ballester Escrig, 2020). Las voces críticas son, no obstante, minoría. La mayor parte de la doctrina ha venido defendiendo una interpretación extensiva de la discriminación por asociación, más allá de los límites ofrecidos por la pionera sentencia Coleman y, por consiguiente, más allá de la no discriminación por razón de discapacidad.

No puede pasarse por alto que el contenido de las decisiones del Tribunal de Justicia se encuentra limitado a las cuestiones que se le plantean. En la sentencia Coleman, la cuestión planteada se circunscribía a la discriminación por razón de discapacidad. Ahora bien, buena prueba de la posible aplicación de la discriminación por asociación a otros derechos fundamentales viene determinada por las posteriores sentencias CHEZ y Hakelbracht y otros, que la extendieron a otras causas, como fueron, respectivamente, el origen racial y el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, en concreto, de la garantía de indemnidad.

En segundo lugar, la interpretación extensiva del Tribunal de Justicia también amplió los contornos subjetivos de la discriminación por asociación: del número y cualidad de los sujetos afectados, y de la conexión que ha de existir entre la persona discriminada por asociación y aquella que posee la característica discriminatoria. En efecto, la protección ofrecida a quien sufre discriminación por asociación derivada de la vulneración de un derecho fundamental no es equiparable a la tutela que puede ofrecerse a través de otras vías del ordenamiento jurídico. Una buena muestra de esta dificultad puede encontrarse en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Galicia de 13 de abril de 2018, que se comentará posteriormente, en la que el demandante no consiguió demostrar su condición de víctima de acoso laboral, pero sí pudo obtener tutela como víctima de acoso discriminatorio por asociación.

En tercer lugar, la discriminación por asociación requiere, necesariamente, de su conexión con otros sujetos titulares de la característica discriminatoria, de la que carece quien sufre discriminación por asociación. En consecuencia, la discriminación producida no tiene que estar motivada en una única causa, sino que puede tratarse de una discriminación múltiple. En unos supuestos, esta multiplicidad será evidente, como en la sentencia Hakelbracht, donde concurre una discriminación por razón de sexo y la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. En otros casos, en cambio, resulta menos evidente, como sucede en el caso de la sentencia Coleman, en el que además de la discriminación por discapacidad puede apreciarse también una discriminación por razón de sexo y género en la medida en que la afectada lo es, precisamente, por su condición de madre (sexo) y cuidadora (género) de la persona discapacitada (Molina Navarrete, 2020).

El elemento que caracteriza y distingue a la discriminación por asociación es, precisamente, la relación o conexión existente entre las personas discriminadas o, en palabras de la sentencia Coleman, «la fuerte conexión» entre ambas. A quien demanda tutela frente a una situación de discriminación por asociación se le requerirá un plus en su actividad probatoria. Habrá de aportar indicios suficientes no solo de la existencia de una conducta discriminatoria por razón de sexo, edad, religión, identidad sexual o cualquiera de las causas previstas en el artículo 14 de la CE. Además, habrá de probar la fortaleza de su conexión con la persona o grupo titular de la causa discriminatoria. No ha de olvidarse que quien es discriminado por asociación carece de dicho rasgo o característica, así pues, no se trata de una mujer embarazada, ni pertenece a una etnia minoritaria, ni es una persona discapacitada o de edad avanzada, entre otros casos. Atendiendo a los diferentes tipos de relación que

puedan existir entre los sujetos discriminados, solo el parentesco ha merecido un reconocimiento específico en los artículos 17.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y 8.12 de la Ley orgánica de libertad sindical (LOLS) (Ferrando García, 2020). En el primero se declaran nulas y sin efecto las normas, pactos o decisiones empresariales que den a situaciones de discriminación, entre otros motivos, por «vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa». Esta misma expresión la reitera el artículo 8.12 de la LOLS para calificar como infracción muy grave las decisiones empresariales que impliquen un tratamiento discriminatorio o desfavorable a las personas trabajadoras por este u otros motivos expresamente relacionados en él.

De la lectura de ambos preceptos parece claro que el vínculo de parentesco constituye un motivo capaz de originar una situación de discriminación. No se precisa, sin embargo, cuál es el exacto significado del término «parentesco» ni qué concreto tipo de relaciones familiares comprende. Parece obvio que en este término quedarían incluidas las relaciones familiares por consanguinidad o afinidad, si bien se desconoce si existe un grado máximo de parentesco hasta el que pueda extenderse dicha conexión. Junto a esta duda, son muchas las cuestiones que surgen alrededor de este concepto. La doctrina judicial ya ha admitido que pueda comprenderse en él la relación entre las partes cuando estas son pareja de hecho, aun si esta unión no ha sido registrada, y funciona como una convivencia común. O incluso cuando la pareja, que no ha sido registrada, tampoco tiene una relación de convivencia⁹. Pero no está claro si ampara una conducta discriminatoria respecto de una relación matrimonial o sentimental ya concluida. Se ha señalado, a estos efectos, que la discriminación por parentesco no se corresponde con la discriminación basada en el «estatus marital» (Ferrando García, 2020, p. 90). En este segundo supuesto, la persona es discriminada por causa de su estado civil, ya sea como consecuencia de su matrimonio o ausencia de él, por su convivencia con otra persona en análoga relación de afectividad, o por su condición de persona separada, divorciada o viuda. El estado civil es, en consecuencia, la causa de la conducta discriminatoria. Sin embargo, en el caso de la discriminación por asociación basada en el parentesco, el estado civil no es el causante de la conducta discriminatoria, sino el elemento transmisor de los efectos de esta. Así, una conducta sobre uno de los miembros del matrimonio o de la pareja repercutirá negativamente sobre el otro miembro, que en ocasiones puede ser el verdadero destinatario del daño¹⁰. Lo mismo sucederá cuando entre ellos no exista una relación matrimonial o de pareja, sino familiar, en la que una persona se verá perjudicada por su relación de parentesco con otra¹¹. Esta conexión entre las dos personas que sufren la discriminación es independiente de la causa que hubiera motivado la conducta discriminatoria. Además, como habrá ocasión de comprobar posteriormente, el vínculo existente entre las partes puede ser todavía más abierto. Así, a la

⁹ STSJ de Galicia de 4 de marzo de 2021 (rec. 4447/2020).

¹⁰ Así sucede en la STSJ de Galicia de 13 de abril de 2018, citada.

¹¹ Es el caso de la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 71/2020, de 29 de junio, entre otras.

relación de parentesco se suma con fuerza el vínculo existente entre los miembros de una pareja de hecho, incluso aunque no hubiera sido registrada como tal y, en consecuencia, las partes afectadas sean convivientes.

La STSJ de Cataluña de 4 de julio de 2017 (rec. 2647/2017) analiza un despido que obedece a la pérdida total de confianza de la empresa en la pareja de hecho de la trabajadora despedida. En particular, la pareja de hecho era un antiguo trabajador recientemente despedido de la empresa que trabajaba, desde entonces, para otra empresa de la competencia. La principal curiosidad de esta sentencia reside en que, pese a ser de las primeras en mencionar expresamente la discriminación por asociación, no llegó a apreciar su concurrencia. Además, constituye una buena muestra de la dificultad que presenta la articulación de una demanda sobre lesión de derechos fundamentales cuando el perjuicio sufrido por quien demanda viene motivado por su relación afectiva con una tercera persona. En un supuesto como este, tan solo el reconocimiento de la discriminación por asociación puede facilitar la actividad del demandante. De otro modo, resultará extremadamente difícil que el actor pueda ofrecer indicios suficientes de un panorama discriminatorio cuando este trae su causa en una circunstancia ajena a la persona discriminada o a su conducta. Esta sentencia demuestra cómo la trabajadora –ya fuese por desconocimiento del funcionamiento de la discriminación por asociación, o por una estrategia procesal– no hizo uso de esta figura y planteó su demanda por lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, argumentando que el despido obedecía a una represalia empresarial derivada del previo despido de su pareja de hecho y de su posterior impugnación judicial.

La sentencia reconoce la fortaleza del vínculo entre las partes como el elemento determinante del despido de la trabajadora y también, curiosamente, la posible existencia de «una suerte de discriminación por asociación, vinculada al propio ejercicio de acción judicial por el trabajador». Sin embargo, en una criticable decisión final, se niega a apreciar la concurrencia de la garantía de indemnidad, «por cuanto la acción no consta ejercitada por la propia trabajadora, en el modo exigido por la doctrina constitucional». Tampoco admite la existencia de una discriminación por asociación, que la propia sala había apuntado, porque esta admisión «reconduciría la cuestión a otra posible vulneración de derecho fundamental, lo que no ha sido objeto de planteamiento ni, por tanto, puede ser analizado en esta sede». Repárese en que la parte demandante ofreció suficientes indicios para considerar la conducta impugnada como una represalia derivada de la actuación de su pareja de hecho. De haberse admitido que la conducta impugnada constituía una discriminación por asociación de la trabajadora, ya fuese por parentesco en sentido amplio o ya derivada de la lesión de la garantía de indemnidad del trabajador con quien le unía dicho parentesco, probablemente hubiera prosperado la pretensión.

En otros supuestos, la conexión entre las partes será estrictamente laboral, o incluso anterior al acceso al empleo. Pero también una conexión circunstancial puede ser el elemento determinante de la situación de discriminación por asociación, como sucedió con quien vio extinguido su contrato de trabajo como represalia frente a la decisión adoptada

por una mesa electoral, de la que formaba parte, en el ámbito de un proceso de elecciones sindicales¹². Por consiguiente, la conexión entre los sujetos discriminados puede ser muy variada, sin que deba limitarse su naturaleza, ni reducirse a un listado de supuestos predeterminados. Sí es claro que para que pueda existir discriminación por asociación se precisa, al menos, de dos sujetos: quien posee la característica discriminatoria y quien, sin poseerla, resulta discriminado por ella. Para que se produzca la transmisión de los efectos discriminatorios de una persona a otra, se precisa un «conector», pero también que este tenga la potencia necesaria para que dicha transmisión sea posible y, al tiempo, suficientemente evidente como para poder ser apreciada como tal en un juicio.

Dadas las notables dificultades probatorias que presenta la discriminación por asociación, la delimitación del tipo de conexión que ha de existir entre los sujetos discriminados permitiría definir mejor los contornos de esta figura, facilitar su identificación y favorecer el éxito judicial de estas pretensiones, estimulando las demandas frente a estas situaciones y facilitando su identificación para los órganos jurisdiccionales. A las dudas que suscita la conexión entre los dos sujetos discriminados se añaden las que presenta la conexión entre quien causa la discriminación y quien sufre la discriminación por asociación. Esta cuestión, importante a la hora de definir e identificar la conducta lesiva, tiene además una incidencia particular a la hora de determinar si el conflicto puede ser conocido por los tribunales del orden social de la jurisdicción o si, por el contrario, no es una materia de la que hayan de ocuparse los tribunales laborales.

Como cuestión de orden público, la jurisdicción social solo conocerá de las cuestiones litigiosas atribuidas a ella por los artículos 1 y 2 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS) y que no figuren expresamente excluidas por el artículo 3 de la LRJS. Esto constituye un amplio espectro de supuestos, entre los que tienen cabida las pretensiones en materia de discriminación por asociación que se enmarquen en dichos parámetros. Además, el artículo 17.1 del ET, lejos de limitar estas controversias a las que puedan producirse entre las empresas y las personas trabajadoras, extiende la prohibición de discriminación en el ámbito laboral a:

[...] los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta.

En consecuencia, múltiples sujetos pueden dar lugar a múltiples situaciones de discriminación por asociación, de cuyo conocimiento habrán de ocuparse los tribunales laborales cuando estas se produzcan en el marco del orden jurisdiccional social.

¹² STSJ de Galicia de 2 de agosto de 2017 (rec. 1806/2017).

Hasta el momento, pocas sentencias han analizado esta cuestión al hilo del concreto litigio sobre discriminación por asociación que hubieran de resolver. Entre ellas, resulta especialmente destacable la sentencia *Hakelbracht* y otros, en la que el Tribunal de Justicia se pronunció en términos muy amplios sobre los sujetos protegidos por el artículo 24 de la Directiva 2006/54/CE, extendiéndolo a «todos los trabajadores que puedan ser objeto de medidas de represalia tomadas por el empresario como reacción a una reclamación presentada por una discriminación basada en el sexo» (apdo. 7). El tribunal aclaró que dicho artículo «no limita la protección a los trabajadores que han presentado una reclamación o a sus representantes» (apdo. 8), sino que la extiende a quienes puedan haber sufrido una represalia empresarial. La interpretación amplia de este precepto que promueve la sentencia permite entender incluidas en dicha protección no solo a las personas trabajadoras que están al servicio de la empresa causante de la conducta discriminatoria, siempre y cuando puedan ser objeto de medidas de represalia tomadas por aquella. Así pues, quien trabaje en otra empresa, en una contrata, subcontrata, empresa auxiliar o de un grupo de empresas podrá ser víctima de una conducta discriminatoria por asociación, siempre y cuando resulte afectado negativamente por la decisión empresarial adoptada. Tampoco, como se ha dicho al comentar la sentencia *Hakelbracht* y otros, puede hacerse una interpretación restrictiva del término «trabajador». De acuerdo con ella, la protección ofrecida por la directiva alcanza también a quien demanda un empleo y a quien ha perdido esta condición debido a la extinción de su contrato de trabajo. Es suficiente con que la medida empresarial impugnada constituya una reacción a la reclamación presentada en materia de igualdad por razón de sexo, sin necesidad de que esta se hubiera presentado en la propia empresa.

De acuerdo con esta interpretación extensiva ofrecida por el Tribunal de Justicia, nada impediría que un TRADE presentase una demanda por discriminación por asociación por razón de sexo al haber sufrido un trato peyorativo por su empresa cliente como consecuencia de una reclamación en materia de discriminación por razón de sexo presentada en la empresa principal o en una empresa auxiliar. El elemento determinante para ello será la fortaleza de su conexión con el sujeto reclamante, esto es, que dicha conexión sea capaz de transmitir los efectos lesivos.

La doctrina judicial española ha profundizado en esta interpretación amplia, para extenderla también a quien no es persona trabajadora ni se ha visto perjudicada por una conducta empresarial, sino que se trata de una solicitante de prestaciones de Seguridad Social, como sucede en la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 29 de enero de 2020 (rec. 3097/2017). Es evidente que, en este supuesto, no concurre una relación laboral entre las partes del conflicto. Tampoco la demandante tiene, en este caso, la condición de trabajadora, como requería la sentencia *Hakelbracht* y otros. Esto no es obstáculo para que los tribunales laborales puedan reconocer la existencia de una discriminación por asociación, en la medida en que se trata de una cuestión litigiosa «en materia de prestaciones de Seguridad Social» (art. 2 o) LRJS). Así pues, puede afirmarse que el único límite que afecta a la conexión entre los sujetos de una situación de discriminación por asociación

en el ámbito laboral es aquel que permita conectar los efectos derivados de la cuestión litigiosa en el ámbito de competencias de la jurisdicción social, determinado por los citados artículos 2 y 3 de la LRJS.

La prueba de dicha conexión presenta, por último, ciertas especificidades. En primer lugar, la actividad probatoria se encuentra totalmente condicionada a la previa acreditación de la existencia de un panorama discriminatorio exigido por los artículos 96.1 y 183 de la LRJS. En otras palabras, la conexión de quien demanda con quien es titular de la característica discriminatoria solo tiene interés procesal si previamente ha conseguido acreditar la existencia de un panorama discriminatorio por cualquiera de los motivos indicados en el artículo 14 de la CE.

En segundo lugar, la prueba de la conexión existente con la persona titular de la característica discriminatoria no parece tratarse de una prueba indiciaria, sino de una prueba plena a la que no parecen aplicables las reglas de distribución de la carga de la prueba que contienen los artículos 96.1 y 181.2 de la LRJS. Las normas jurídicas no aportan ninguna precisión sobre el tipo de conexión que ha de existir entre los sujetos, de la misma manera que las sentencias que han resuelto sobre la discriminación por asociación apenas se han ocupado de la acreditación de esta relación entre los sujetos discriminados, pese al carácter esencial de la referida conexión en la conducta discriminatoria. La tarea de probar la conexión no parece revestir especial dificultad en determinados casos, como sucede con el parentesco, matrimonio o análoga relación de afectividad entre los sujetos. La dificultad será mayor, en cambio, en las discriminaciones indirectas por asociación, cuando la relación entre ambos no sea tan evidente, o si la persona discriminada por asociación lo fuere por su vinculación con un determinado grupo, con el que, no obstante, no comparta la característica causante de la discriminación, como sucedió en la sentencia CHEZ.

En tercer lugar, quien demande tutela habrá de acreditar, además, que la conexión tiene suficiente entidad para transmitir los efectos discriminatorios y no se trata, por lo tanto, de una conexión accidental o circunstancial. Así pues, un vínculo familiar puede no ser suficiente para acreditar la discriminación por asociación si no se demuestra, también, que dicha relación familiar es el hilo conductor de los efectos de la discriminación. Tanto en la STC 71/2020, de 29 de junio, como en la STSJ de Galicia de 31 de enero de 2012 (rec. 4196/2011), la trabajadora discriminada lo fue por su condición de hermana de quien había sido hospitalizada por razón de parto, en la primera, y despedida por causa del embarazo de su hermana, en la segunda. Como cabe imaginar, no siempre será tarea sencilla demostrar la suficiencia de la conexión, y así se pone de manifiesto ante la comparación entre las distintas resoluciones judiciales. En ellas es posible observar que, aun cuando la conexión existente entre las partes sea la misma, se aprecian diferencias entre unos supuestos y otros, incluso cuando estos proceden del mismo tribunal. Respecto de la relación de pareja entre ambos sujetos, la STSJ de Galicia de 13 de abril de 2018 (rec. 421/2018) apreció la existencia de acoso discriminatorio por asociación derivado de la relación matrimonial entre la trabajadora víctima de acoso sexual y su marido, también trabajador de la

misma empresa y víctima de acoso discriminatorio. Si bien la prueba del parentesco resultó sencilla, no lo fue tanto acreditar la relevancia de esta relación matrimonial como elemento de conexión de los efectos de la discriminación. En cambio, en la STSJ de Galicia de 25 de junio de 2020 (rec. 408/2020), la relación de pareja entre los afectados no se consideró que tuviera entidad suficiente para calificar la conducta empresarial como un supuesto de discriminación por asociación.

Dicha relevancia adquiere una importancia fundamental en aquellos casos en los que el *modus operandi* de la discriminación por asociación consistió en tratar peyorativamente o de manera menos favorable a un sujeto con el fin de producir un efecto negativo sobre aquel a quien realmente se quiere discriminar. En estos supuestos, el miedo o el sufrimiento por el daño ocasionado a una tercera persona ajena a dicho conflicto resulta ser el elemento determinante de la discriminación por asociación y es lo que permite dar cuenta de la intensidad de la conexión entre ambos.

3. La discapacidad como escenario natural para la recepción de la doctrina Coleman

La sentencia pionera en aplicar en España la doctrina Coleman a un supuesto de discriminación por discapacidad de un trabajador no discapacitado fue la STSJ de Cataluña de 23 de junio de 2011 (rec. 515/2011). El supuesto español guardaba extraordinaria similitud con aquella, al decidir el caso de una trabajadora despedida por disminución continuada y voluntaria de su rendimiento tras haber solicitado, apenas 1 mes antes del despido, la ayuda para cónyuge minusválido prevista en el convenio colectivo aplicable en su empresa. La sentencia constituyó un fiel reflejo de la doctrina Coleman, sin la cual hubiera resultado muy complicado apreciar el carácter discriminatorio de la conducta empresarial. La sala atribuyó un papel esencial a los «indicios evidentes de discriminación por discapacidad» aportados por la trabajadora demandante, entre los que destacó los siguientes: la superación por esta del periodo de prueba 1 mes antes del despido; la ausencia de amonestaciones o sanciones anteriores por bajo rendimiento; el mes escaso transcurrido entre la petición de la ayuda por cónyuge discapacitado y el despido; la poca antigüedad de la trabajadora, que abarata su despido frente al coste superior que supondría la mayor antigüedad de las otras personas trabajadoras que disfrutaban de la ayuda; y, en fin, el inmediato reconocimiento por la empresa de la improcedencia del despido y la puesta a disposición de la trabajadora de la indemnización correspondiente. Frente a esta intensa actividad indiciaria de la demandante, la sentencia acusó a la demandada de incumplir con su carga probatoria, pues tan solo aportó dos «contra-indicios»: la existencia de otras 12 personas trabajadoras de la empresa perceptoras del complemento por minusvalía, que no fueron despedidas; y la concesión y pago del complemento a la trabajadora antes del despido.

Sin embargo, la sentencia catalana evitó en todo momento calificar la conducta como discriminación por asociación y pareció negarse a considerar que esta pueda constituir una

categoría discriminatoria distinta o específica. Así pues, tras la sentencia Coleman, la discriminación por discapacidad también incluye «el comportamiento no deseado constitutivo de acoso del que es víctima un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad» si demuestra que «está relacionado con la discapacidad» de un tercero (FJ 2.º). No menos importante resulta el tratamiento por esta sentencia de la inversión de la carga de la prueba y, especialmente, del valor de los indicios aportados por quien demanda y de la actividad probatoria desarrollada por quien es demandada.

En 2017 se dictó una nueva sentencia apreciando la existencia de discriminación por asociación por causa de discapacidad en el marco de un despido colectivo. Se trata de la STSJ de Andalucía/Sevilla de 9 de noviembre de 2017 (rec. 108/2017), a favor de una trabajadora que, pese a tener prioridad de permanencia en la empresa, en tanto que madre de un hijo con un 40 % de discapacidad y familia monoparental, resultó afectada por un despido y no fue recolocada. Pese a ello, la trabajadora no invocó la existencia de discriminación por asociación, por lo que el juzgado de lo social declaró la improcedencia del despido por incumplimiento por parte de la empresa de los compromisos adquiridos en el periodo de consultas. Esta circunstancia no hubiera debido impedir al juzgado de lo social la declaración de oficio de la nulidad del despido ante la concurrencia de unos indicios tan evidentes¹³ y de la escasa actividad probatoria desarrollada por parte de la demandada. Así lo reconoció, en suplicación, la sala andaluza, a partir de los referidos indicios aportados por la trabajadora y de la evidente falta de actividad probatoria de la empresa, que ni acreditó ni justificó los criterios seguidos para la inclusión de la actora en el proceso de despido colectivo, contraviniendo lo acordado en el proceso negociador. Pese a todo, lo que más llama la atención es la incapacidad de la sala para declarar la nulidad del despido (Velasco Portero, 2019), que se vio obligada a confirmar la improcedencia de la extinción, puesto que ni el juzgado de lo social declaró la nulidad del despido en su sentencia de instancia, ni la trabajadora solicitó dicha nulidad en fase de recurso.

Tal concatenación de errores admite pocas justificaciones, salvo quizás el deseo de la trabajadora de evitar el regreso a su empresa aparejado a la declaración de la nulidad de la conducta empresarial. Con todo, no deja de ser preocupante que una omisión de esta entidad pueda verse consolidada a lo largo de todo el *iter* judicial y no admita corrección en fase de recurso si la sala no cuenta para ello con la expresa petición de quien recurre. Ello pese al escaso margen de duda que ofrece la obligación contenida en los artículos 122.2 a) y b) y 124.13 a) de la LRJS a la hora de calificar como nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación o se hubiera producido con vulneración de derechos fundamentales.

¹³ Se acredita que esta es madre soltera con la guarda y custodia de un hijo menor de 10 años y con un 40 % de discapacidad; que por dicha circunstancia había solicitado con carácter previo al despido un cambio de horario; que la empresa le exigió la solicitud por escrito de este cambio horario y, tras ello, procedió a la extinción de su contrato de trabajo.

4. El dilema entre discriminación por asociación por razón de sexo y por circunstancias familiares

Más allá de la discapacidad, los tribunales españoles han sabido estimar otras causas que han conducido a nuevos supuestos de discriminación por asociación. En muchas de estas sentencias no es difícil apreciar que concurren simultáneamente varias causas discriminatorias, y que, con mucha frecuencia, una de ellas es la discriminación por razón de sexo, al ser generalmente una mujer la víctima de la conducta discriminatoria por asociación (Molina Navarrete, 2020). Son escasas las sentencias que otorgan un carácter principal al sexo o al género como causantes de la discriminación por asociación. La mayoría de ellas optan por atender a las circunstancias familiares como el elemento central de esta práctica discriminatoria.

Sin duda, la STC 26/2011, de 14 de marzo, supuso un verdadero hito en este punto, al reconocer por primera vez, que las circunstancias familiares constituyen una causa discriminatoria específica. Hasta entonces, la doctrina judicial había recurrido a la no discriminación por razón de sexo como fundamento de las conductas discriminatorias en las que estaba en juego el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar. Un elemento más que significativo en esta sentencia resultó ser el sexo del demandante, pues en este caso fue un hombre quien deseaba ejercer sus derechos de conciliación y no una mujer, como sucedía tradicionalmente. La STC 26/2011 tuvo su origen en la demanda de amparo formulada por un trabajador que solicitó la asignación del horario nocturno fijo en lugar del régimen de turnos rotatorios que previamente había elegido. Fundó su petición en razones de conciliación de la vida laboral y familiar, para atender al cuidado de sus dos hijos de corta edad. Tras haber agotado los recursos previos, el trabajador recurrió en amparo. El recurrente alegó la vulneración de su derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y, en lo que aquí interesa, que el rechazo de su pretensión implicaría una discriminación indirecta para su mujer, también trabajadora y madre de los menores, en tanto que se vería obligada a reducir su jornada de trabajo para el cuidado de aquellos.

En la misma línea que otras sentencias anteriormente comentadas, el TC evitó el empleo del término «discriminación por asociación» para definir la situación de la mujer del recurrente. Sin embargo, esta omisión no impidió que se analizase tal situación y que se admitiese que la conducta impugnada «pudiera, además, conllevar una repercusión negativa para su mujer», pues de aceptarse la negativa empresarial al cambio de turno:

[...] se consigue que *de facto*, sea solo la mujer la que atienda al cuidado de la familia, lo que supone un serio obstáculo a la igualdad de sexos y la perpetuación de una tendencia histórica, todavía muy arraigada, que diferencia los roles entre padres y madres a efectos laborales.

Llama especialmente la atención que la sala, y no el demandante, introdujese directamente las circunstancias familiares como una causa discriminatoria nueva y desconocida hasta entonces, distinta de las expresamente recogidas en el artículo 14 de la CE. La ausencia de participación de la mujer en el recurso presentado impidió que el TC pudiera profundizar sobre la existencia de la discriminación por asociación que dejó apuntada en su sentencia. Recordó en ella el tribunal que:

[...] a través del recurso de amparo solo pueden protegerse los derechos fundamentales de los directamente afectados, entendiendo como tales los titulares del derecho subjetivo presuntamente vulnerado, que son los únicos que pueden conseguir de este tribunal la protección del propio derecho, sin que puedan lograrlo en relación con derechos fundamentales ajenos.

Con posterioridad, la STSJ de Madrid de 6 de marzo de 2015 (rec. 933/2014) recogió un nuevo supuesto de discriminación por asociación en el que, de nuevo, se evitó esta denominación para reconfigurarlo como un caso de discriminación por circunstancias familiares. Sin embargo, la publicidad que, en su momento, alcanzó esta sentencia permitió dar a conocer las características y el funcionamiento de la discriminación por asociación. La víctima de la conducta discriminatoria resultó ser una trabajadora de un ayuntamiento que, además, era la pareja de hecho de un concejal de la oposición. La oficialización de la relación sentimental entre ambos fue determinante respecto de la decisión de no renovación del contrato de la trabajadora a raíz de la intensa actividad de oposición desarrollada por su pareja. Para la sentencia «resulta evidente» que «la labor de oposición como concejal del ayuntamiento de la pareja de hecho de la demandante influyó decisivamente en el acuerdo municipal de dar por finalizada dicha relación laboral». Entre los indicios de tal influencia se destacó que «tal medida no se notificó a la trabajadora, que la conoció por su baja en el sistema de la Seguridad Social cuya fecha de formalización tuvo que ser sin duda muy próxima al Pleno» en el que su pareja de hecho solicitó la dimisión del alcalde. Pese al vínculo tan claro entre la actividad de su pareja y la represalia en forma de extinción injustificada de su contrato de trabajo, la sala madrileña evitó calificar esta conducta de discriminatoria por asociación y la vinculó a la relación familiar entre ambos sujetos.

Esta sentencia llamó también la atención sobre la relevancia de la actividad probatoria de las partes. De un lado, sobre la importancia de los indicios generadores de «un panorama discriminatorio más que fundado acerca de la auténtica razón por la que el demandado acordó la extinción contractual que venimos examinando». Frente a ellos, el ayuntamiento demandado ofreció una actividad probatoria más intensa de la que había venido siendo habitual en las sentencias dictadas hasta entonces sobre discriminación por asociación y justificó la procedencia de la extinción al tratarse de un contrato de duración determinada cuya cláusula de temporalidad era nula. Además, como «contra-indicio», aportó la posterior contratación de la madre del concejal de la oposición. Ninguno de ellos, sin embargo, tuvo suficiente peso para contrarrestar los indicios del panorama discriminatorio ofrecidos por la demandante, que terminó confirmando la sentencia.

El dilema anterior no fue el único en el camino a la hora de perfilar la discriminación por asociación. Así, nuestros tribunales también se plantearon la opción entre discriminación por razón de parentesco o por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de garantía de indemnidad. Esta conexión no resulta extraña, en la medida en que la discriminación por asociación, especialmente cuando es una discriminación directa, suele aparecer en forma de represalia motivada por la conexión existente entre quien disfruta de la característica tutelada y quien, por su relación con esta persona, sufre las consecuencias de la conducta (Bogoni, 2019). En este punto, la sentencia Hakelbracht vino a allanar el complejo camino que tuvieron que recorrer las sentencias anteriores.

Una de las pioneras a este respecto fue la STSJ de Galicia de 31 de enero de 2012 (rec. 4196/2011), que conoció del despido de una trabajadora como represalia empresarial ante la negativa de su hermana, embarazada y también trabajadora de la misma empresa, a aceptar tanto su despido como su reconocimiento como improcedente. Conocedora de la dificultad de extinguir el contrato de una trabajadora embarazada sin causa alguna para ello, de la que además fue advertida por la propia embarazada, la empresa le anunció su intención de despedir a la hermana de esta por disminución continuada y voluntaria de rendimiento y reconocer inmediatamente la improcedencia de este despido. Aunque se trata de un claro supuesto de discriminación por asociación, la sala no entró a valorar esta circunstancia ni admitió la eficacia de la doctrina del Tribunal de Justicia para la correcta calificación y enfoque de este caso. Bien es cierto que, en este supuesto, la relación de parentesco entre ambas trabajadoras no fue alegada como elemento de conexión que hubiera permitido aproximarse a la discriminación por asociación, sino como causa discriminatoria. Pese a ello, la sala gallega estimó la nulidad del despido de la trabajadora en tanto vulnerador del derecho a la:

[...] tutela judicial efectiva, en su vertiente de garantía de indemnidad, más que a una discriminación por razón de parentesco [...] por cuanto el despido de la actora se produjo como una represalia ejercitada sobre ella al negarse su hermana, también trabajadora de la empresa, que se encontraba embarazada, a aceptar el despido y el reconocimiento de la improcedencia del mismo que se le ofrecía invocando, a la vez, causas económicas.

A pesar de la terminología, el despido realizado constituye un supuesto de discriminación por asociación, pues responde, en palabras de la propia sentencia, «a una represalia frente a la dificultad o imposibilidad de despedir a su hermana embarazada». Para ello, de acuerdo con el razonamiento de la sala, fueron determinantes dos elementos: el primero, la invocación, por parte de la trabajadora embarazada, de la nulidad de su despido, así como la intención de impugnarlo ante los tribunales si este se producía. El segundo, la amenaza expresa e inmediata, por parte del codemandado, jefe territorial de la empresa, a la trabajadora embarazada sobre que si ella no aceptaba «ya sabía quién era la siguiente de la lista», en obvia referencia a su hermana, finalmente despedida.

No deja de resultar llamativo que la sala haya reorientado esta cuestión como una discriminación por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y no, en cambio, por razón de sexo. Solo una trabajadora puede sufrir un despido como consecuencia de su embarazo, por lo que la conexión de la conducta empresarial con el sexo femenino no ofrece duda alguna. Sin embargo, en el caso de que la trabajadora embarazada no hubiera advertido expresamente a la empresa su intención de impugnar el despido, difícilmente hubiera sido posible aplicar la vulneración de la garantía de indemnidad, que requiere de una previa actuación por parte de la persona trabajadora encaminada a obtener la tutela de sus derechos.

Finalmente, dentro de las múltiples formas de vulneración del derecho a la igualdad por razón de sexo se encuentra la violencia de género. La reciente STSJ de Castilla y León/Valladolid de 20 de abril de 2020 (rec. 1914/2019) muestra un supuesto de violencia de género a través de persona interpuesta como indicio de discriminación por asociación. Esta sentencia, que reproduce literalmente el contenido de la STS de 20 de enero de 2016 (rec. 3106/2014), evidencia cómo las nuevas actuaciones discriminatorias han evolucionado con la finalidad de escapar, en la medida de lo posible, al reproche judicial, pero manteniendo, eso sí, plena eficacia en su propósito de dañar a la víctima. En ambas sentencias se enjuició el acceso a la pensión de viudedad por parte de una mujer maltratada durante los años anteriores a su separación matrimonial. Una y otra sentencia consideraron la violencia ejercida por el maltratador contra el hijo de la solicitante como un indicio del maltrato sufrido por esta. Tras recordar que la Ley orgánica 1/2014 admite la violencia sobre los menores del entorno familiar como una forma de violencia de género, aceptaron también, con cita expresa de la sentencia Coleman, que «al igual que cabe la discriminación a través de persona interpuesta [...] no es descartable que se ejerza la violencia sobre la pareja dañando al hijo común, máxime si ha manifestado hechos que perjudican al agresor».

5. El encaje de la discriminación por asociación en otros ámbitos

La vinculación de la sentencia Coleman a la discapacidad como causa de la discriminación por asociación no ha impedido que nuestros tribunales hayan reconocido diversas causas de discriminación ajenas a esta. Con todo, ha de resaltarse de nuevo que la víctima de las conductas discriminatorias, con independencia de cuál fuese la causa que la motiva, continúa siendo, en casi todas ellas, una mujer trabajadora, lo que no debe dejar de apuntarse como un elemento para la reflexión. La Directiva 2000/78/CE equiparó el acoso y la discriminación, de modo que cualquier acto constitutivo de acoso o de acoso por razón de sexo será considerado discriminatorio. Sin embargo, no siempre la conducta constitutiva de acoso se dirige directamente contra la persona a la que se quiere acosar. En ocasiones, el hostigamiento resulta más efectivo cuando la conducta se ejerce formalmente sobre una tercera persona con la que aquella presente un fuerte vínculo. En tal supuesto, la detección, identificación y calificación de la conducta como acoso y su prueba puede resultar una tarea

extremadamente compleja para quien denuncia, llegando a poner en peligro su tutela judicial. A esta situación han tratado de dar respuesta algunas sentencias que han admitido el acoso discriminatorio por asociación.

Una sentencia pionera y destacada en el tratamiento y reconocimiento del acoso discriminatorio por asociación como un concepto novedoso (Molina Navarrete, 2020) que permitió superar la limitada identificación anterior entre las figuras de acoso y de acoso moral ha sido la STSJ de Galicia de 13 de abril de 2018 (rec. 421/2018). En ella se recordó que el acoso «exige un propósito de dañar a la víctima». En consecuencia, el deseo y la intención de provocar un daño resulta ser el elemento clave de la conducta determinante de acoso moral. Hasta el punto de que, si dicha finalidad o intención no quedase acreditada en el proceso, dicha conducta solo podría ser constitutiva de una situación de conflicto o, como indica la sentencia, de «una situación subjetivamente percibida como acoso, pero no [de] un acoso moral».

Una exposición muy resumida de la situación de hecho que dio lugar a esta sentencia es la siguiente: tanto el recurrente como su esposa trabajaban para la misma empresa. Tras haber denunciado ella ante los mandos intermedios de la empresa la situación de acoso sexual a la que estaba siendo sometida por un superior¹⁴, estos no solo permanecieron inactivos, sino que promocionaron al directivo implicado en la situación de acoso. Posteriormente convocaron al marido de la denunciante para interrogarlo sobre la denuncia presentada por su esposa y la intención de esta de seguir adelante con su tramitación. La sentencia gallega interpretó esta reunión como una amenaza velada, a través de la que se quiso hacer ver al trabajador el vínculo existente entre su propia situación laboral y la suerte que pudiera correr la denuncia presentada por su esposa. La situación derivó en una fuerte presión hacia el marido, quien tras sufrir un infarto y ver perjudicada su salud demandó a la empresa por acoso laboral.

La sentencia de instancia declaró la inexistencia del acoso moral del trabajador, dada la ausencia de insultos, faltas de respeto, vejaciones, exceso de carga de trabajo u órdenes de la empresa que hubieran alterado las funciones del denunciante. Tan solo reconoció un distanciamiento o enfriamiento de la relación entre este y el resto de la directiva, que sí atribuyó al conflicto laboral causado por la denuncia previa presentada por su esposa. Sin embargo, no consideró este reconocimiento expreso como suficiente para estimar la demanda de acoso laboral presentada por el trabajador y marido de aquella.

La sala gallega apartó su foco de análisis del acoso moral, para dirigirlo hacia el acoso discriminatorio, a través de dos aportaciones más que significativas. En primer lugar, el acoso discriminatorio, a diferencia del moral, no exige la intención de dañar a la víctima,

¹⁴ La STSJ de Galicia de 16 de marzo de 2018 (rec. 5398/2017) fallaría a favor de la trabajadora y la reconocería como víctima de una conducta de acoso sexual.

sino que dicho daño se produzca efectivamente, exista o no intención de ocasionarlo. Así pues, en el acoso discriminatorio, el elemento de antijuridicidad de la conducta «se encuentra en el componente discriminatorio». En segundo lugar, la sentencia gallega se centró en «la conexión entre la situación laboral del trabajador recurrente y la situación laboral de su esposa». Esta conexión resultó ser el elemento clave del correcto análisis de esta situación. Hasta el punto de que, si se hubiera valorado la situación laboral del recurrente de forma aislada e independiente de la de su esposa, las consecuencias jurídicas hubieran sido, no solo diferentes, sino, incluso, erróneas. Para la sentencia:

[...] la situación laboral del trabajador recurrente no se explica en relación a su persona, sino que se explica en atención a la relación conyugal con su esposa y en atención a que esta ha sido sometida a un acoso sexual que no fue prevenido por la empresa.

En consecuencia, la sentencia gallega reconoció que el recurrente sufrió un acoso discriminatorio *per relationem* o por asociación con el acoso sexual y la discriminación por razón de sexo sufrida por su esposa. Para dejar claro que «cabe el acoso sexista por asociación», la sala se apoyó en la sentencia Coleman y en la interpretación que esta ofreció del artículo 2.1 c) de la Directiva 2000/78/CE, que alude a «la dignidad de la persona» y no a «su dignidad». Esta interpretación se plasmaría, posteriormente, en el artículo 7.2 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

De nuevo es posible apreciar en esta sentencia la pluriofensividad característica de la discriminación por asociación (Molina Navarrete, 2020). En concreto, el acoso sexual y por razón de sexo sufrido por la esposa del recurrente produjo, a su vez, los siguientes efectos sobre su esposa: a) la lesión de su derecho fundamental a la intimidad personal y familiar derivado de la vulneración de la garantía de confidencialidad que debe regir la correcta aplicación de un protocolo antiacoso; b) el acoso discriminatorio y la consiguiente vulneración del artículo 14 de la CE; y c) el acoso moral, con la consecuente vulneración del artículo 15 de la CE. Es posible apreciar que, como indicó la sentencia, la intención de dañar a la víctima del acoso moral se manifiesta «a través de una conducta compleja, continuada, predeterminada y sistemática», aunque sus actos no se hubieran dirigido directamente contra la víctima, sino contra otra persona conectada con ella, en este caso su esposo. Por lo tanto, la sentencia consideró acreditada la vulneración de la dignidad del trabajador recurrente:

[...] que debe ser calificada como un acoso discriminatorio sexista atendiendo a la conexión de la situación laboral del trabajador demandante con la discriminación sexista sufrida por su esposa y a la producción del efecto de atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante u ofensivo [art. 14 CE], y como un acoso moral atendiendo a que, además, se ha acreditado la finalidad de dañar a la víctima [art. 15 CE].

Los efectos de esta sentencia, unidos a los que habría de producir la posterior sentencia Hakelbracht del Tribunal de Justicia, no pueden pasar desapercibidos en la regulación de esta materia en los planes de igualdad y protocolos antiacoso. Tras estas sentencias resulta claro que el acoso discriminatorio debe ampliar su ámbito subjetivo y en esta línea deben ser interpretadas las normas que lo regulen. No debe contemplarse exclusivamente como una conducta bilateral, limitada al sujeto o sujetos autores de las conductas lesivas y al destinatario directo de estas. Debe ampliarse también a todos aquellos que, como consecuencia de los actos y conductas discriminatorias, vean menoscabada su dignidad ante la creación de un entorno intimidatorio, degradante y ofensivo, tanto si la víctima hubiera sido la destinataria directa o indirecta de estas conductas, y con independencia de la intención de crear o no dicho entorno. Además, la tutela que se dispense a la víctima directa de estas conductas ha de ser la misma que se ofrezca a sus víctimas indirectas y a quienes hubieran colaborado con su apoyo a la protección y tutela de la víctima, ya fuese a través de la vía judicial, extrajudicial o informal. Así las cosas, solo se conseguirá alcanzar la verdadera protección de las víctimas frente a las conductas de acoso cuando los procedimientos internos de investigación de estas contemplen la protección expresa de quienes hubieran testificado o colaborado en ellos a favor de la persona trabajadora acosada.

El reconocimiento de la discriminación por asociación ha permitido también ampliar la interpretación del derecho a la libertad sindical y ha puesto de manifiesto la mayor ambición de los tribunales españoles a la hora de admitir otras causas de la discriminación por asociación más allá de las contempladas en las tres sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia.

La primera sentencia que, a partir del modelo de la sentencia Coleman, extendió la discriminación por asociación al derecho fundamental a la libertad sindical fue la STSJ de Galicia de 2 de agosto de 2017 (rec. 1806/2017). En buena medida se aprecia en ella el deseo de extender los contornos de la figura de la no discriminación más allá de los límites tradicionales en los que hasta entonces se movía este derecho (Rodríguez Rodríguez, 2018).

Un escueto resumen del supuesto de hecho permite destacar la decisión del trabajador demandante, en calidad de secretario de una mesa electoral, de inadmitir la candidatura de un sindicato por incumplimiento de los requisitos exigidos para ello. Tras una conversación del referido trabajador con un mando intermedio de la empresa en la que le indicó que la empresa vería con buenos ojos la presentación a las elecciones del sindicato rechazado, el trabajador vio extinguido su contrato de trabajo. El trabajador impugnó la decisión empresarial por vulneración de su derecho de libertad sindical, como represalia por su participación como miembro de la mesa electoral. Aunque la sala admitió que las actuaciones de la mesa electoral no están amparadas por el derecho de libertad sindical, «si la empresa adopta una medida de represalia por una decisión legal de la mesa que favorece a unos sindicatos frente a otros, tal actuación [...] supondría una discriminación por asociación o vinculación a la libertad sindical». Tras indicar que la discriminación por asociación protege, precisamente, a quien no es titular de la causa discriminatoria, por su vínculo o conexión con una tercera persona que sí la posee, afirmó que:

[...] aun cuando el actor no pertenece al colectivo amparado por la libertad sindical, si concluyéramos que fue represaliado por su actuación como árbitro independiente entre los distintos sindicatos que concurrían a las elecciones, el art. 28 CE estaría afectado, pues la amenaza de tal posible injerencia o represalia empresarial privaría de sentido a la exigible independencia de los miembros de la mesa, independencia que garantiza la actuación de los sindicatos en las elecciones en igualdad de condiciones en ejercicio de su libertad sindical y el efectivo trato peyorativo directamente vinculado con la libertad sindical de tales candidaturas sindicales.

A continuación, la sala analizó los indicios aportados por el trabajador, considerándolos suficientes para calificar la reacción de la empresa como una represalia. Dichos indicios fueron los siguientes: a) el actor fue designado miembro de la mesa electoral junto a dos trabajadores indefinidos; b) la mesa decide inadmitir la candidatura de un sindicato; c) impugnada esta decisión, se confirma a través de laudo arbitral; d) el día anterior a la emisión del laudo, el trabajador es cesado por fin de contrato; e) la juzgadora *a quo* no consideró acreditada la relación de temporalidad del trabajador, sino que su contratación respondía a necesidades permanentes de la empresa; f) la conversación grabada con su superior y las expresiones empleadas por este «por tratarse precisamente de un mando que ha defendido la continuidad del actor en la empresa». Lejos de encontrar obstáculos procesales, a diferencia de la ya comentada STSJ de Cataluña de 4 de julio de 2017, la sala gallega abrió en esta sentencia las puertas a apreciar lesión del derecho de libertad sindical incluso respecto de un trabajador que no es titular de este derecho, aunque sí lo posea en calidad de miembro de la mesa electoral en la que se integra. Llama la atención, sin embargo, que indicios tales como la conexión temporal y la conversación mantenida entre el trabajador reclamante y un mando intermedio de la empresa, estimados fundamentales en esta sentencia, fueron considerados insuficientes para apreciar discriminación por asociación en otra sentencia dictada por el TSJ de Galicia en 2020, de la que se dará cuenta en breve.

Dos años después, la STSJ de Canarias/Las Palmas de 29 de agosto de 2019 (rec. 531/2019) colocaría a la discriminación por asociación en el mapa de las discriminaciones conocidas y reconocidas, especialmente por la publicidad y repercusión alcanzada por esta resolución. En ella se entremezclaba, una vez más, la relación entre los sujetos discriminados y la titularidad (Sánchez Trigueros y Folgoso Olmo, 2019) y ejercicio, solo por uno de ellos, de su derecho a la libertad sindical. También se puso expresamente de manifiesto el difícil encaje de la discriminación por asociación en las categorías tradicionales de discriminación directa e indirecta (Poyatos i Matas, 2019) y, en consecuencia, la obligación de ofrecer una interpretación expansiva del derecho a la igualdad y no discriminación que supere los formalismos y permita alcanzar una igualdad real y efectiva. La sala canaria defendió con convicción la figura de la discriminación por asociación y su moderada pero constante implantación en la doctrina judicial a partir de la sentencia Coleman. Recordó así la ya referida doctrina del mismo tribunal canario en su Sentencia de 2 de mayo de 2017, en materia de pensiones SOVI (seguro obligatorio de vejez e invalidez), y, en especial, la STSJ de Galicia de 13 de abril de 2018, sobre acoso discriminatorio por asociación, ya referida.

Además de un excelente análisis de la situación, esta sentencia señaló con gran acierto la capacidad de una misma conducta discriminatoria por asociación para afectar simultáneamente a varios derechos fundamentales. Así sucedió en este caso, donde el despido de la actora fue la represalia a la constante actividad sindical desarrollada por su pareja sentimental, también trabajador de la empresa, que incomodaba a la empleadora. Como apuntó la sala, esta conducta no solo implicó una discriminación «anudada por asociación a la actividad sindical llevada a cabo por su pareja», sino que engarzó:

[...] también con la garantía de indemnidad que por asociación o vinculación se extendió a la trabajadora, por el hecho de ser pareja sentimental del representante social que mostraba un gran activismo sindical en la defensa de los derechos de los trabajadores de la empresa y de sus propios derechos laborales.

El otro gran avance realizado por esta sentencia fue la extensión de la discriminación por asociación con independencia del vínculo existente entre las partes. Se cumplió así la indicación de la sentencia Coleman, según la cual no se precisa una relación familiar o de parentesco entre los afectados, sino que será suficiente con que se acredite una «fuerte conexión entre ambos». En este caso, la relación entre la trabajadora despedida y su pareja era de simple afectividad, desde el momento en que solo consta su cohabitación, pero no así su inscripción como pareja de hecho en registro alguno. Este elemento no fue obstáculo para que la sentencia canaria apreciase que la fortaleza de la conexión entre ambas¹⁵ era suficiente para producir una traslación de los efectos peyorativos de la conducta discriminatoria hacia quien no es titular del derecho fundamental afectado, en este caso el de tutela judicial efectiva.

Ante la evidencia del panorama indiciario generado por la trabajadora, causante de la traslación de la carga probatoria prevista por el artículo 96 de la LRJS, la empresa hizo gala, también en esta sentencia, de una actividad probatoria claramente insuficiente. En palabras de la sala, el panorama indiciario habría podido desvirtuarse si esta hubiera razonado mínimamente la existencia de causas para proceder al despido disciplinario de la trabajadora, en lugar de no hacerlo y de reconocer, sin más, la improcedencia del despido. La nulidad de este, declarada finalmente por la sentencia, puso de manifiesto la aplicación por la sala canaria de «criterios flexibles y extensivos más allá de las personas aparentemente susceptibles de discriminación», con el fin de ofrecer una «protección reforzada y reparación» que permita evitar el uso de «nuevas estrategias discriminatorias» (Poyatos i Matas, 2019).

La posible extensión de la discriminación por asociación a la libertad ideológica solo se ha estudiado, hasta el momento, en la STSJ de Galicia de 25 de junio de 2020 (rec. 408/2020).

¹⁵ La posterior STSJ de Galicia de 4 de marzo de 2021, citada, ni siquiera exigió la convivencia entre las partes para estimar dicha conexión y considerar discriminatorio por asociación, por razón de embarazo, el despido del trabajador motivado por el parto de su pareja. *Vid.* al respecto el comentario a esta sentencia, contenido en este mismo número, en Maneiro Vázquez (2021).

Paradójicamente, aunque esta sentencia denegó la existencia de discriminación por asociación –y revocó, en consecuencia, la sentencia de instancia que sí la había estimado–, introdujo interesantes cuestiones para su análisis. En ella se analizó la extinción del contrato de trabajo, por causas objetivas, sufrida por una trabajadora por cuenta ajena responsable de protocolo del Real Club Deportivo de La Coruña, SAD. El nuevo consejo de administración, nada más entrar en funcionamiento tras las elecciones, decidió asumir una parte de las funciones realizadas hasta entonces por esta trabajadora y derivar hacia otro compañero sus tareas menos especializadas. La trabajadora impugnó esta decisión empresarial por considerarla una represalia derivada de la presentación de su pareja a las elecciones para el consejo de administración por la candidatura contraria a la vencedora. Por consiguiente, impugnó la extinción de su contrato de trabajo como un supuesto de discriminación por asociación derivada de la vulneración de la libertad ideológica de su pareja, aportando para ello los siguientes indicios: 1) 3 días después de la elección del nuevo consejo de administración, al que su pareja se había presentado como candidato, el director general del club se reunió con la trabajadora para comunicarle, verbalmente, que el nuevo consejo había decidido asumir las funciones de protocolo que esta desempeñaba anteriormente, por lo que se la relevó de estas funciones con carácter inmediato. 2) La empresa entregó a la trabajadora la carta de extinción de su contrato por causas organizativas. 3) Entre la primera solicitud de la trabajadora y la recepción de la carta de extinción, la trabajadora mantuvo una conversación verbal con el presidente del club en la que este no negó que la reducción de sus funciones hubiera sido consecuencia directa de la candidatura presentada por la pareja de aquella. El juzgado de lo social¹⁶ estimó la pretensión de la trabajadora y declaró la nulidad de la extinción por apreciar una situación de discriminación por asociación. Sin embargo, el TSJ de Galicia revocó esta sentencia y denegó tanto la existencia de una discriminación por asociación, así como la vulneración de la garantía de indemnidad de la trabajadora. La situación de un candidato que se presenta a las elecciones del comité de administración de un club de fútbol no queda comprendida, a juicio de la sala, en el ámbito de la libertad ideológica. Esto impidió a la sala entender la existencia de una situación discriminatoria asociada a este, aunque sí apreció indicios de una posible vulneración del artículo 24.1 de la CE, al comprender la conducta como una represalia empresarial derivada de la actuación de la pareja de la trabajadora. Recordó, así, que:

[...] la juzgadora de instancia entiende que hay indicios de tal vulneración en tanto concluye que si la decisión inicial de la empresa (que vincula a su relación de pareja) era el vaciado de funciones de la actora, sus reclamaciones escritas son las que llevan a la decisión de despido.

Resulta llamativo cómo se admitió esta circunstancia, en particular que la conducta inicial de la empresa estaba vinculada a la relación de pareja de la trabajadora, pero no la discriminación por asociación que derivaría de ella.

¹⁶ Sentencia del Juzgado de lo Social número 6 de A Coruña de 25 de noviembre de 2019.

En este supuesto parece indudable que los perjuicios sufridos por la trabajadora, como fueron su inicial reducción de funciones y la posterior extinción de su contrato, no se habrían producido si su pareja no se hubiera presentado como candidato a las elecciones al consejo de administración de la entidad o, al menos, si dicha relación de pareja no hubiera sido conocida por la empresa. Al hilo de esta reflexión, cabe plantearse en qué medida el órgano judicial queda vinculado por el derecho fundamental alegado por quien demanda a la hora de apreciar la posible existencia de una situación de discriminación por asociación, si dicha discriminación hubiera sido provocada por el ejercicio de un derecho fundamental distinto. En segundo lugar, también es cuestionable en qué medida la víctima de una discriminación por asociación debe estar obligada a acreditar la previa lesión del derecho fundamental del tercero, como elemento determinante e imprescindible para que el órgano judicial pueda apreciar su propia discriminación. De ser así, esta exigencia podría requerir la superación de unas dificultades probatorias excesivas, derivadas de la actuación en nombre de quien es titular del derecho fundamental vulnerado, quien quizá no sufrirá represalia alguna, porque, en su lugar, la sufre otra persona vinculada con él. Finalmente, en qué medida la discriminación por asociación debe centrar su foco en la conexión entre los dos sujetos afectados –quien causa la discriminación y quien resulta afectado por la conducta lesiva–, cuando dicha vinculación resulta ser la verdadera fuente del trato peyorativo sufrido.

6. La consolidación y el expreso reconocimiento de la discriminación por asociación en la jurisprudencia del TS y del TC

El año 2020 trajo consigo el reconocimiento jurisprudencial del concepto de la discriminación por asociación de la mano de los más altos tribunales de nuestro sistema judicial. Tanto el TS como el TC han tenido ocasión de admitir la existencia de esta figura y confirmar la influencia de la doctrina del Tribunal de Justicia, de nuevo destacando la sentencia Coleman, en la interpretación del derecho a la igualdad y a la no discriminación que recoge el artículo 14 de la CE. En sus sentencias, ambos ponen también de manifiesto la necesidad de llevar a cabo una interpretación expansiva de este derecho fundamental como medio para ofrecer una tutela real y no solo formal.

La STS de 29 de enero de 2020 (rec. 3097/2017) presenta un indudable valor. En primer lugar, porque, a través de ella, la Sala Cuarta constituida en Pleno unificó y rectificó su doctrina anterior para reconocer expresamente la existencia de una discriminación por asociación por razón de sexo en el acceso a las prestaciones del SOVI. Con ello, esta sentencia se distingue de los supuestos anteriormente comentados, en los que las conductas discriminatorias por asociación derivaban, exclusivamente, de una actuación empresarial, y puso de manifiesto un elemento de indudable valor: la discriminación por asociación también puede ser fruto de una incorrecta interpretación normativa. En segundo lugar, esta es la primera sentencia española que se ocupa de un supuesto de discriminación indirecta por

asociación en el que, consecuentemente, no existe una víctima específica, sino un colectivo perjudicado: «las consecuencias negativas son sufridas por quien resulta la beneficiaria por su conexión directa, aun cuando no sea la persona que sufre la discriminación inicial, sino una discriminación por asociación». Además, en tercer lugar, la valía de esta sentencia reside, también, en ser la primera resolución del TS en la que de forma abierta y expresa se reconoce y acoge el concepto de la discriminación por asociación –que, en otros momentos, la sentencia también denomina como «discriminación refleja» o «transferida»– y las sentencias Coleman y CHEZ como criterio interpretativo del artículo 14 de la CE.

El conflicto que dio lugar a la sentencia canaria primero y a la unificación de doctrina posterior tuvo su origen en la reclamación presentada por la demandante, al ver denegada su solicitud de prestación en favor de familiares tras el fallecimiento de su madre, por no haber sido esta titular de una pensión contributiva de jubilación o de incapacidad permanente. La solicitante de la prestación reclamó frente a esta denegación, por entender que tal interpretación de la norma constituía una discriminación –también por asociación– por razón de sexo. La Sala Cuarta, en la misma línea que la recurrida STSJ de Canarias de 2 de mayo de 2017 (rec. 1237/2016), admitió expresamente que «nos encontramos aquí ante un supuesto de discriminación refleja o transferida» respecto de un sistema de pensiones que, en la práctica, se caracteriza porque sus beneficiarias son mujeres, y en el que «las consecuencias negativas son sufridas sobre quien resulta la beneficiaria por su conexión directa, aun cuando no sea la persona que sufre la discriminación inicial, sino una discriminación por asociación». Insistió la sala en que:

[...] la aplicación del principio de igualdad de trato y la interdicción de la discriminación no queda limitada únicamente a las personas en las que concurre la condición personal amparada, sino que la protección que del mismo se desprende debe ser aplicable también a quien sufre un trato desfavorable por el mismo motivo pese a no ser la persona sobre la que concurría la situación de discriminación.

Esta decisión confirmó la interpretación de la sala canaria, que reivindicó la obligación de los órganos judiciales de ofrecer una aplicación de las normas con perspectiva de género ante la «incontestable» y «abrumadora feminización de las pensiones de vejez del SOVI». A su vez, la referida sala canaria tuvo ocasión de emplear la nueva doctrina unificada en su Sentencia de 13 de marzo de 2020 (rec. 1400/2019), sobre un supuesto muy similar, en el que reconoció la prestación en favor de familiares a la hija de una pensionista del SOVI. Bien es cierto que esta sentencia no incidió tanto en el concepto de discriminación por asociación, como, sobre todo, en la interpretación y aplicación de las normas con perspectiva de género.

La reciente STC 71/2020, de 29 de julio, hace suya la doctrina Coleman para aplicarla, en este caso, a la discriminación por razón de sexo en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, si bien esta circunstancia no impide que la jurisprudencia social resulte de aplicación al caso. Se trata de una sentencia «impecable», «bien argumentada» y «presenta la particularidad de ser la primera en que el TC, tras 40 años de vida, aprecia una discriminación

directa refleja o por asociación o por vinculación» (Casas Baamonde y Ángel Quiroga, 2020). La sala reconoce el carácter discriminatorio de la interpretación seguida por el Servicio Vasco de Salud-Osakidetza respecto del disfrute de la «licencia por enfermedad grave, hospitalización o fallecimiento de parientes», reconocida a su personal estatutario sanitario por el artículo 47.1 c) del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo en el Servicio Vasco de Salud. En él se conceden 2 días de licencia retribuida «en casos de hospitalización o enfermedad grave» de familiar dentro del segundo grado de consanguinidad y se exige, como único requisito, el justificante de hospitalización del familiar, aportado, en este caso, por la solicitante.

En concreto, una enfermera de un hospital dependiente del Servicio Vasco de Salud, con vínculo estatutario fijo, había solicitado la concesión de 2 días de permiso con causa en la hospitalización de su hermana por razón de parto. Sin embargo, el 12 de junio de 2017, la dirección de personal del hospital denegó la solicitud del permiso al entender que el parto no estaba incluido entre las causas previstas por el artículo 47.1 c) del acuerdo. Fundamentó su decisión en el criterio interpretativo del acuerdo, de 13 de febrero de 2004, según el cual solo existiría hospitalización «cuando esta sea asimilada a la enfermedad grave y originada por esta» y que «en el caso de parto, no se cumple con dicho requisito ya que la hospitalización no está originada por una enfermedad grave, sino por alumbramiento». El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 6 de Bilbao, en su Sentencia 408/2018, de 29 de octubre, desestimó el recurso presentado por la solicitante contra el Servicio Vasco de Salud, alegando que:

[...] una interpretación armónica de tales artículos, integradora de los mismos, aconseja que el término hospitalización contemplado en el art. 47, no sea aplicable a los supuestos de hospitalización por alumbramiento –al menos en los casos de alumbramientos ordinarios– pues este supuesto acoge una interpretación ajustada a su naturaleza en los arts. 44 y 45 del acuerdo.

Tras haber sido recurrida en amparo por vulneración del artículo 14 de la CE, la STC 71/2020, de 31 de julio, acudió a la jurisprudencia social en materia de permisos para resolver la cuestión, dada la similitud existente entre este supuesto y el regulado por el artículo 37.3 b) del ET. En particular, el TC aplicó la doctrina contenida en la STS de 23 de abril de 2009 (rec. 44/2007), según la que, cuando la licencia viene causada por una hospitalización –sin mayor precisión–, la empresa no puede entrar a valorar la causa que la origina, ni excluir de ella la hospitalización producida por el alumbramiento. Lo contrario supondría, según el criterio de esta sentencia, una vulneración del principio constitucional de igualdad de trato, ya que las mujeres, al ser las únicas hospitalizadas por alumbramiento, quedarían privadas de la protección y del cuidado de sus familiares durante dichos ingresos hospitalarios.

El TC no se limitó en esta sentencia a seguir la doctrina de la Sala Cuarta, sino que se sirvió de la jurisprudencia derivada de Tribunal de Justicia para extender los contornos de la interpretación del artículo 14 de la CE. Así pues, en este supuesto no solo apreció la existencia de una discriminación directa por razón de sexo de la solicitante del permiso. Lo más relevante de esta sentencia es la interpretación extensiva de dicha discriminación, que

alcanza también a la familiar hospitalizada de la solicitante, quien sufriría igualmente una discriminación por razón de sexo por irradiación, vinculación o refleja. Para esta interpretación extensiva, la STC 71/2020 se inspiró en el caso Coleman: la persona trabajadora que sufre un tratamiento peyorativo y se ve privada del derecho al cuidado de un familiar por pertenecer este, y no el trabajador solicitante, a un determinado grupo u ostentar una determinada condición, como es, en este caso, la pertenencia al sexo femenino.

La negativa a extender el permiso por hospitalización para la atención a una familiar que acaba de dar a luz provoca una diferencia de trato para la que no se admite justificación razonada, lo que, a juicio del TC, impide entenderla como una discriminación indirecta. Constituye, en cambio, una discriminación directa, al constituir una diferencia de trato irrazonable. El TC reconoce la asunción del concepto elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia «para referirse a aquellas medidas que, aunque formuladas de manera neutra, perjudican a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres». En consecuencia, tales medidas «están prohibidas salvo que estén justificadas por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo». No deja de ser importante este reconocimiento expreso a la relevancia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la configuración de estas dos categorías discriminatorias que, en la actualidad, ya se encuentran plenamente reconocidas desde el punto de vista legislativo, tanto a nivel comunitario en la Directiva 2006/54/CE, como a nivel interno en la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

Los acuerdos alcanzados entre personas trabajadoras y empresas, o representantes de ambas, no pueden constituir el fundamento de una interpretación normativa discriminatoria. Así, las repercusiones negativas y peyorativas para las mujeres a las que conduce la interpretación del acuerdo analizado en la sentencia no se aminoran por el origen pactado de dicha interpretación. El acuerdo adoptado por la comisión paritaria no puede servir de fundamento para que la Administración sanitaria mantenga su interpretación en tal sentido. En especial, porque de la literalidad del artículo 47.1 c) del acuerdo no se deduce, en modo alguno, tal interpretación indebida de la norma realizada por el servicio de salud que «implica un trato menos favorable para las mujeres hospitalizadas como para los empleados o empleadas del Servicio Vasco de Salud que solicitan la licencia por hospitalización de mujeres de su familia». Si, por el contrario, el hospitalizado fuese un hombre, no se requeriría en ningún momento la justificación de su enfermedad ni de su gravedad, más allá del simple justificante de la hospitalización.

Para el TC, la existencia de otras licencias expresamente previstas para los casos de alumbramiento, de las que, además, pueden beneficiarse tanto el otro progenitor como los abuelos, tampoco puede ser fundamento de tal diferencia de trato. Estas licencias son independientes del permiso por hospitalización y, en este:

[...] la única razón por la que se excluye su aplicación a los familiares de la madre es que bajo el concepto de hospitalización se cubren todos los supuestos en los que una persona debe ser ingresada en un hospital, excepto aquel en que la hospitalización tenga como causa el alumbramiento de la mujer que necesita esa ayuda.

La mayor aportación de la STC 71/2020 reside en la calificación de esta conducta como un supuesto de discriminación refleja, indirecta o por asociación, que conlleva una doble discriminación directa. Por una parte, hacia el personal del Servicio Vasco de Salud, ya sean hombres o mujeres, que se verá privado de una licencia a la que hubiera tenido derecho si el hospitalizado fuese un familiar varón. Y, por otra parte, hacia las mujeres familiares de estos trabajadores, a quienes se les priva del derecho a recibir la atención de aquellos durante el tiempo que permanezcan hospitalizadas por parto. Estos «familiares sufren las consecuencias de una discriminación por sexo prohibida por el art. 14 CE de manera refleja, por su vinculación familiar con la mujer que está hospitalizada por parto». Como bien indica la STC 71/2020, la trabajadora solicitante sufre un perjuicio laboral «aunque no sea en ella, sino en su hermana, en quien concurra la condición que da lugar a la discriminación».

La sentencia no muestra timidez alguna a la hora de reconocer el carácter determinante de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, así como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁷, en la configuración de la categoría de la discriminación refleja o por asociación. Así, recuerda que la sentencia Coleman ofreció la primera definición de este concepto y que la aplicación de la jurisprudencia sobre discriminación refleja permite «ahondar» en la protección al derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, ampliarlo y «desplegar su sentido profundo», más allá de la simple aplicación formal de este derecho. Una interpretación más restrictiva que impidiese apreciar la discriminación por asociación lesionaría para el TC el derecho a la igualdad y no discriminación de la solicitante de amparo.

7. Apunte final

El giro jurisprudencial iniciado por el Tribunal de Justicia en las sentencias Coleman, CHEZ y Hakebracht ha dado un vuelco a la tradicional interpretación del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación. Pero aun más importante, la incorporación de la categoría de discriminación por asociación a nuestra doctrina judicial nacional ha evidenciado que este derecho fundamental es un elemento tan vivo y cambiante como la realidad social en la que se integra.

A través de este recorrido jurisprudencial puede observarse que, una vez más, el Tribunal de Justicia ha abierto un nuevo camino a nuestros tribunales para extender la tutela a determinadas conductas que habían conseguido permanecer invisibles al tratamiento jurídico, pero que, pese a ello, o probablemente gracias a ello, generaban situaciones discriminatorias de igual gravedad que las tradicionalmente atendidas hasta el momento. La discriminación por asociación ha ensanchado y extendido las costuras de la igualdad y la

¹⁷ Sentencia de 22 de marzo de 2016, asunto Guberina v. Croacia, núm. 23682/13, sobre la discriminación por discapacidad sufrida por el padre de un niño con discapacidad, a quien se le había negado una desgravación fiscal por vender su apartamento en un tercer piso para comprar una casa.

no discriminación para acoger en ellas la tutela de quien no es titular de la característica discriminatoria y para ofrecerle idéntica protección. El avance desde la discriminación *ratione personae* a la discriminación *ratione materiae* es un paso de gigante hacia el objetivo de la protección real y no solo formal de este derecho fundamental.

Si bien nuestros tribunales han sabido acoger la doctrina del Tribunal de Justicia e, incluso, extenderla a otras causas de discriminación distintas de las previstas expresamente en las sentencias europeas, lo han hecho con excesiva timidez. Hasta el momento, son continuas pero muy escasas las sentencias que se han ocupado de la discriminación por asociación. En ellas pueden advertirse, además, otros interrogantes tan numerosos como apasionantes. Algunos de ellos tienen un carácter eminentemente procesal, relacionados con la prueba de la fortaleza de la conexión que ha de existir entre la persona titular de la característica protegida y la persona que, sin serlo, sufre la conducta discriminatoria; de la calidad de los indicios que ha de ofrecer quien demande frente a una situación discriminatoria por asociación; y la carga de la prueba que ha de afrontar quien es demandado para aportar una justificación objetiva y razonable, capaz de destruir el panorama discriminatorio ya generado. Pero, además, la discriminación por asociación presenta cuestiones sustantivas no menos relevantes, especialmente respecto de determinados elementos sobre los que las diferentes sentencias han evitado poner su foco de atención. Por una parte, destaca el hecho de que las discriminaciones por asociación afectan, en su mayor parte, a más de un derecho fundamental, convirtiéndose así en discriminaciones múltiples. Por otra, que casi la totalidad de las sentencias analizadas incorporan una discriminación por razón de sexo o género a la que no siempre han prestado la debida atención. Y, en fin, que la doctrina judicial analizada en materia de discriminación por asociación ofrece pautas esenciales para el contenido de los nuevos planes de igualdad, entre otros instrumentos, que habrán de garantizar la protección, no solo de quienes sufran las conductas discriminatorias, sino también de quienes favorezcan su denuncia o investigación a través de procedimientos de denuncia formales o informales.

Estamos, pues, ante un tema clásico y novedoso, cuya eterna vitalidad reside en el constante caudal de dudas que despierta.

Referencias bibliográficas

Ballester Escrig, Jaume. (2020). Evolución jurisprudencial de la discriminación por asociación: contenido, límites y confrontación con la discriminación por razón de parentesco. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 69.

Bogoni, Milena. (2019). Garantía de indemnidad y tutela antidiscriminatoria. Una propuesta

de estudio desde el derecho social europeo. *Revista Galega de Dereito Social*, 9, 229-266.

Casas Baamonde, María Emilia y Ángel Quiroga, Macarena. (2020). Discriminación directa «refleja» por razón de sexo (Denegación de licencia para atender a una familiar hospitalizada por parto). *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 7.

- Ferrando García, Francisca María. (2020). La circunstancia de parentesco en la tutela antidiscriminatoria laboral. *Labos*, 2(1), 89-108. <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5540>.
- Gil Otero, Lidia. (2020). El papel procesal de las asociaciones de defensa de la igualdad ante la presunción discriminatoria en el acceso al empleo: especial mención a la discriminación por orientación sexual. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 153, 175-210.
- Maneiro Vázquez, Yolanda. (2021). El despido discriminatorio por embarazo y parto también afecta al padre de la criatura: discriminación por asociación en la aplicación del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 1584/2021, de 16 de abril. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 463, 141-148.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2020). *La doctrina jurisprudencial por discriminación de género en el orden social*. La Ley.
- Moreno Cáliz, Susana. (2015). Vivir en «barrios gitanos» también margina a quienes no lo son: discriminación por asociación. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 16 de julio de 2015, asunto C-83/14. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 392, 131-134.
- Muñoz Ruiz, Ana Belén. (2012). Discriminación por asociación y nuevos enfoques de la tutela antidiscriminatoria en el empleo: el caso Coleman como «leading case». En Javier Díez-Hochleitner Rodríguez, Carmen Martínez Capdevila, Irene Blázquez Navarro y Javier Frutos Miranda (Coords.), *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2008-2011)* (pp. 1.099-1.116). La Ley.
- Pérez Campos, Ana Isabel. (2018). Discriminación por asociación. En Carmen Sánchez Trigueros (Dir.^a), *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de igualdad entre mujeres y hombres* (pp. 225-244). Boletín Oficial del Estado.
- Poyatos i Matas, Gloria. (2019). Despido de la trabajadora por la actividad sindical de su pareja. Discriminación «por asociación». Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 882/2019, de 29 de agosto. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 441, 166-172.
- Rodríguez Rodríguez, Emma. (2018). La prohibición de discriminación por asociación o vinculación respecto del derecho a la libertad sindical. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 48.
- Sánchez Trigueros, Carmen y Folgoso Olmo, Antonio. (2019). Extensión de la doctrina de la discriminación por asociación a otros derechos fundamentales. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 6.
- Sempere Navarro, Antonio Vicente y Martín Jiménez, Rodrigo. (4 de noviembre de 2008). Discriminaciones reflejas (el caso de la Sra. Coleman). *LegalToday*. <https://www.legaltoday.com/actualidad-juridica/noticias-de-derecho/discriminaciones-reflejas-el-caso-de-la-sra-coleman-2008-11-04/>.
- Velasco Portero, María Teresa. (2019). Doctrina del TJ sobre discriminación por asociación y su impacto en nuestra jurisprudencia. *Revista Galega de Dereito Social*, 9, 215-228.

Los derechos fundamentales como límite difuso al control tecnológico en el ámbito laboral: luces y sombras de la primera regulación específica sobre la materia

Rubén González Rodríguez

Abogado laboralista en Ceca Magán Abogados
ruben_gr_93@hotmail.com



Este trabajo ha obtenido el **accésit** del **Premio Estudios Financieros 2021** en la modalidad de **Trabajo y Seguridad Social**.

El jurado ha estado compuesto por: doña María Lourdes Arastey Sahún, don José Antonio Fernández Avilés, doña Rocío Gallego Losada, don Miguel Ángel Purcalla Bonilla, don Miguel Rodríguez-Piñero Royo y doña Aránzazu Roldán Martínez.

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

Extracto

El uso de medios tecnológicos para controlar la actividad laboral es, sin lugar a duda, una de las cuestiones más controvertidas dentro de la dinámica de las relaciones laborales, como consecuencia del imparable desarrollo tecnológico y la posibilidad de realizar un control cada vez más preciso y permanente. En este ámbito, además del conflicto entre la facultad de control de la empresa y el respeto a los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, nos encontrábamos ante la ausencia de una regulación legal específica en la esfera laboral, siendo suplida la misma por una actividad constante y muy meritoria de los tribunales nacionales e internacionales, que se han visto obligados a realizar una actividad cuasi legislativa. Sin embargo, dicho vacío normativo ha sido cubierto para diversas modalidades de control tecnológico por la legislación nacional, estableciendo los requisitos y garantías que debe respetar la empresa para su utilización. Pese a ello, la literalidad de la norma es bastante imprecisa, por lo que tendremos que seguir acudiendo a la jurisprudencia previa a la misma para interpretarla, y colmar algunas lagunas existentes en el texto normativo. Con el presente estudio se pretende aportar un análisis sistemático sobre la materia, así como realizar una valoración crítica de aquellos aspectos que a nuestro juicio deberían ser modificados.

Palabras clave: derechos fundamentales; control laboral; videovigilancia; dispositivos digitales; geolocalización.

Fecha de entrada: 04-05-2021 / Fecha de aceptación: 10-09-2021 / Fecha de revisión: 20-09-2021

Cómo citar: González Rodríguez, Rubén. (2021). Los derechos fundamentales como límite difuso al control tecnológico en el ámbito laboral: luces y sombras de la primera regulación específica sobre la materia. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 463, 63-98.



Fundamental rights as a diffuse limit to technological control at work: lights and shadows of the first specific regulation on the matter

Rubén González Rodríguez

Abstract

The use of technological means to control labour activity is, without a doubt, one of the most controversial issues within the dynamics of labour relations, as a consequence of the unstoppable technological development and the possibility of carrying out increasingly precise and permanent control. In this area, in addition to the conflict between the company's power of control and respect for the fundamental rights of employees, we were faced with the absence of a specific legal regulation in the labour sphere, which has been made up for by the constant and highly praiseworthy activity of the national and international courts, which have been obliged to carry out a quasi-legislative activity. However, this regulatory vacuum has been filled for various forms of technological control by national legislation, establishing the requirements and guarantees that the company must respect in order to use them. Despite this, the wording of the regulation is rather vague, so we will have to continue to rely on the case law prior to it to interpret it, and to fill in some of the gaps in the regulatory text. The aim of this article is to provide a systematic analysis of the matter, as well as a critical assessment of those aspects which, in our opinion, should be modified.

Keywords: fundamental rights; labour monitoring; video surveillance; digital devices; geolocation.

Citation: González Rodríguez, Rubén. (2021). Fundamental rights as a diffuse limit to technological control at work: lights and shadows of the first specific regulation on the matter. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 463, 63-98.



Sumario

1. El control de la actividad laboral a través de medios tecnológicos: marco normativo y derechos fundamentales en liza
 2. El control empresarial sobre los dispositivos digitales puestos a disposición de las personas trabajadoras
 - 2.1. Los dispositivos digitales susceptibles de ser controlados por parte de la empresa
 - 2.2. Los criterios de utilización y de ejercicio del poder de control sobre los dispositivos digitales: límites legales y criterios jurisprudenciales
 3. La captación de imágenes y/o sonidos en el ámbito laboral
 - 3.1. La videovigilancia en el ámbito laboral: un nicho continuo de conflictos
 - 3.2. La grabación de sonidos en el ámbito laboral como medio residual de control
 4. La geolocalización de las personas trabajadoras: un medio de control para actividades muy concretas
 5. El control laboral a través de medios tecnológicos ocultos: el gran ausente
 6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

A mi mitad, Alba, por haberme apoyado en todas y cada una de mis decisiones, y por haberme acompañado de forma incondicional, con independencia de los importantes sacrificios personales que ello significara en cada momento.

1. El control de la actividad laboral a través de medios tecnológicos: marco normativo y derechos fundamentales en liza

Durante el último año, nuestras vidas han girado en torno a la pandemia ocasionada por la COVID-19 y los problemas que esta ha supuesto para el desarrollo de la vida social, así como la búsqueda de soluciones para acabar con la misma, o al menos poder paliar sus efectos. En este sentido, el derecho del trabajo y la Seguridad Social, como rama social por antonomasia del ordenamiento jurídico, se ha visto afectado de forma clara y directa, siendo, sin lugar a duda, el ámbito jurídico donde se han producido una mayor cantidad de modificaciones normativas con la finalidad de adaptar el desarrollo y la dinámica de las relaciones laborales a la situación derivada de la pandemia. Muestra de lo anterior sería, entre otros, el reconocimiento de las contingencias relacionadas con la COVID-19 como causa de incapacidad temporal asimilada a la profesional, la flexibilización de la implantación del teletrabajo como medida preventiva, o la limitación de la posibilidad de realizar despidos por razones vinculadas a la COVID-19.

Como consecuencia de lo anterior, y desde la aparición de la COVID-19, nos hemos visto desbordados por una maraña normativa que ha regulado un derecho del trabajo y la Seguridad Social de urgencia o de excepcionalidad, así como por un importante número de pronunciamientos judiciales que se pueden calificar de innovadores o, al menos, atípicos.

Sin embargo, esperamos que pronto podamos volver a la normalidad, y, dentro de dicha normalidad, el desarrollo tecnológico ha sido, y seguirá siendo, el mayor factor de cambio social y cultural, y, evidentemente, el derecho del trabajo y la Seguridad Social no es impermeable a dichos cambios. Como consecuencia de ello, se han producido, y se siguen produciendo, variaciones sustanciales en el marco de las relaciones laborales.

No obstante, dentro de la relación existente entre desarrollo tecnológico y las relaciones laborales, la institución que ha tenido una mayor importancia, y que, a nuestro juicio, así seguirá siendo, es el poder de control empresarial a través de medios tecnológicos. Sobre esta institución, resulta evidente que el poder de control empresarial es una de las facultades más importantes que tiene la empresa para poder conseguir un desarrollo satisfactorio de la actividad empresarial, ya que le permite llevar a cabo la fiscalización de las instrucciones y directrices impartidas previamente como consecuencia de su facultad de dirección, y siendo, por tanto, la garantía directa de su cumplimiento.

En este sentido, al encontrarnos ante una facultad empresarial dentro del desarrollo de las relaciones laborales, esta aparece recogida como tal en el Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET). Esta regulación es bastante parca y se compone fundamentalmente de dos preceptos: (i) el artículo 20.3 del ET que recoge la facultad ordinaria de control empresarial, habilitando a la empresa para poder llevar a cabo medidas de vigilancia y control de las obligaciones laborales, siempre que se respete la dignidad de las personas trabajadoras; y (ii) el artículo 18 del ET que establece la facultad extraordinaria de registrar las taquillas o efectos personales de las personas trabajadoras.

Durante mucho tiempo, esta regulación fue suficiente para resolver los problemas que surgían en torno a la facultad de control empresarial, pero, evidentemente, el modelo de empresa tradicional que existía cuando se reguló el ET no es el mismo que existe en estos momentos, y esto ha provocado que, debido a la laxitud de la regulación, haya sido necesario que los tribunales ordinarios, guiados por el Tribunal Supremo (TS), así como por el Tribunal Constitucional (TC), desarrollaran una doctrina cuasi legislativa que permitiera la solución de los problemas relativos al control a través de las nuevas tecnologías, comenzando dicha actividad en la década de los noventa, y habiendo alcanzado su máximo auge con la llegada del nuevo siglo. No obstante, recientemente ha sido aprobada la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), que, sin ser una norma de carácter puramente laboral, ha llevado a cabo la regulación de los límites al control empresarial cuando este se desarrolla a través de determinados medios tecnológicos, estableciendo un régimen específico para la videovigilancia, la grabación de sonidos, la geolocalización y el control de los dispositivos digitales entregados de las personas trabajadoras.

A su vez, dicha regulación ha supuesto la adición del artículo 20 bis del ET, según el cual las personas trabajadoras tienen derecho a la intimidad en el desarrollo de los medios de control establecidos en la LOPDGDD. Desde nuestro punto de vista, esta nueva regulación no es un reconocimiento del derecho a la intimidad dentro de las relaciones laborales, ya que dicho reconocimiento deriva de la propia Constitución española (CE). Tal y como estableció la Sentencia del TC (STC) (Sala Primera) 88/1985, de 19 de julio, el contrato de trabajo no puede utilizarse como un título para recortar los derechos fundamentales que incumben a la persona trabajadora, que no pierde su condición de ciudadana al insertarse en el ámbito de la empresa.

No obstante, la CE también reconoce ciertos derechos a las empresas, entre los que se encuentran la libertad de empresa (art. 38 CE) y el derecho a la propiedad (art. 33 CE). Por lo tanto, al entrar una persona trabajadora en una organización empresarial en la que presta sus servicios, sus derechos fundamentales no desaparecen, aunque sí se modulan, ya que no tienen carácter absoluto. En este sentido se manifestó el TC en una sentencia posterior, concretamente la STC (Sala Primera) 99/1994, de 11 de abril, que estableció que, pese a que el contrato de trabajo no puede utilizarse para recortar derechos, la inserción de la persona

trabajadora en una organización ajena como es la de la empresa supone una modulación de sus derechos, con la finalidad de que los mismos se adapten a los requerimientos de la organización productiva, buscando el equilibrio entre los derechos de las partes. Partiendo de dicha observación previa, parece claro que la nueva LOPDGDD no reconoce el derecho a la intimidad de las personas trabajadoras, sino que se encarga de concretar en qué condiciones tiene derecho la empresa a realizar el control de la prestación laboral a través de determinados medios tecnológicos, limitando o modulando un derecho fundamental previamente reconocido.

La necesidad de establecer una regulación específica sobre el control laboral desarrollado a través de medios tecnológicos se debe, sobre todo, a que estas formas de control son más intrusivas que las formas de vigilancia tradicional, ya que, tal y como sostiene Sala Franco (2019, pp. 20-21), «son ciertamente más precisos que los medios personales, por cuanto permiten conocer el número de operaciones efectuadas, el número de errores cometidos, el tiempo empleado y el número, la frecuencia y la duración de las interrupciones».

Por otra parte, el reconocimiento que realiza la LOPDGDD, así como el ET, es de carácter incompleto, ya que habla de forma constante del derecho a la intimidad, olvidándose de otra serie de derechos que pueden verse afectados como consecuencia del ejercicio de dicho poder de control a través de medios tecnológicos. Así, en función del medio de control utilizado se podrán ver afectados también el derecho a la propia imagen en el caso de la videovigilancia, el secreto de las comunicaciones en el caso de la captación de sonidos o del control del correo electrónico y el derecho a la protección de datos personales, que se puede ver afectado por todas las modalidades de control previstas en la LOPDGDD, por lo que es, sin duda, el derecho fundamental más afectado. Pero, además, y como veremos posteriormente, las diversas modalidades de control laboral que trataremos no afectan solo a los derechos fundamentales individuales de las personas trabajadoras, sino que pueden afectar a derechos fundamentales colectivos como son el derecho a la huelga o la libertad sindical, y por ello se deberá tener especial cautela respecto a dicha incidencia.

Este aspecto ha sido criticado por parte de la doctrina, que ha entendido que las menciones al derecho a la intimidad son cuanto menos imprecisas. Así, Mercader Uguina (2019, pp. 117-118), al referirse a la regulación contenida en los artículos 89 y 90 de la LOPDGDD, sostiene que «la definición del propio legislador dado que ambos preceptos contienen completas regulaciones en materia de protección de datos olvidando su etiqueta normativa que los refiere, parece en exclusiva, al derecho a la intimidad». Estas críticas ponen el acento en un defecto evidente de la norma, ya que la literalidad de dichos artículos incluye de forma reiterada el derecho a la información previa, siendo este un elemento diferencial del contenido esencial del derecho a la protección de datos respecto a otros derechos fundamentales, tal y como ha sido definido por el TC de forma reiterada. En este sentido, la STC (Pleno) 292/2000, de 30 de noviembre, estableció respecto al derecho a la protección de datos que el mismo lo que pretende es garantizar a las personas un poder de disposición sobre sus datos personales, siendo necesario que se les informe sobre la utilización que se va a hacer de los mismos, ya que, sin ese conocimiento previo, difícilmente se puede garantizar dicho poder de disposición.

Pese a la imprecisión legislativa, no podemos obviar que el derecho a la protección de datos está asumiendo un papel muy importante en la protección de las personas trabajadoras, hasta tal punto de que algún autor, como González González (2018, p. 19), ha manifestado que su finalidad es ser «cancerbero fiel de los otros derechos fundamentales, adelantando las medidas de protección para evitar que se lesionen los derechos a la intimidad, a la imagen o al secreto de las comunicaciones».

Sin embargo, parte de la doctrina ha dado un paso más allá al entender que dicho derecho no solo sirve de garante respecto al resto de derechos fundamentales, sino que está absorbiendo a algunos de ellos. En este sentido, García-Perrote Escartín y Mercader Uguina (2017, p. 10), al analizar la regulación del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de datos personales de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD), han sostenido que: «La protección de datos lentamente comienza a ocupar espacios de la privacidad imponiendo sus principios de actuación mucho más exigentes y rigurosos que lo que habían servido hasta ahora para limitar el derecho a la intimidad».

Esta tendencia de absorción de derechos no deriva solo de la regulación de la Unión Europea (UE), sino que el artículo 8 del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (CEDH), reconoce el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de forma que, en lugar de diferenciar los derechos de intimidad, protección de datos o propia imagen, los aglutina en un espacio más amplio, cual es el derecho a la privacidad. En esta materia, al tratarse de derechos fundamentales, es importante tener en cuenta las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ya que estas deben ser utilizadas por nuestros tribunales en la interpretación de dichos derechos, tal y como establece el artículo 10.2 de la CE. Por lo tanto, es inevitable que la interpretación del derecho a la privacidad produzca un efecto expansivo sobre el conjunto de derechos que pueden ser comprendidos dentro del mismo. De la misma forma, van a ser fundamentales las sentencias del TS y del TC, que van a ser las que se encarguen de interpretar el alcance de la LOPDGDD.

Al final, no podemos olvidar que, cuando nos encontramos ante acciones que limitan los derechos fundamentales reconocidos en la CE, se debe cumplir con el juicio de proporcionalidad que ha sido reiterado por el TC, pudiendo destacar la STC (Sala Primera) 186/2000, de 10 de julio, y que la aplicación de la nueva normativa no puede dejar a un lado, debiendo respetarse el mismo en la aplicación de los diferentes tipos de control que permite la LOPDGDD. Esta doctrina establece que el control empresarial debe respetar una serie de requisitos:

- **Justificación:** la medida debe estar justificada y, aunque en la práctica normalmente se ha basado en determinadas sospechas sobre incumplimientos por parte de las personas trabajadoras, a nuestro juicio, y como analizaremos posteriormente,

no es necesario que siempre haya un incumplimiento previo para justificar la implantación del medio de control.

- **Idoneidad:** si la medida es susceptible o no de conseguir el objetivo propuesto.
- **Necesidad:** si no existe otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia.
- **Proporcionalidad en sentido estricto:** si la medida es equilibrada, por derivarse de ella más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Es importante destacar que la aplicación del juicio de proporcionalidad conlleva el necesario cumplimiento de cada uno de los aspectos anteriores, de manera que el incumplimiento de alguno de ellos supondría que no se ha respetado el juicio de proporcionalidad y, por lo tanto, se ha producido la vulneración de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras.

La necesidad de que existiera una regulación sobre la materia ha sido reiterada durante años por la doctrina científica, así Pérez de los Cobos Orihuel y García Rubio (2017), al valorar la doctrina jurisprudencial, destacaban «la necesidad que sigue existiendo de contar con una regulación legal que norme la convivencia y mesurada limitación de los derechos afectados» (p. 50). Sin embargo, la aprobación de la nueva normativa no ha sido acogida positivamente por toda la doctrina, de forma que algunos autores como Villalba Sánchez (2019) han entendido que esta no evita la inseguridad jurídica debido a que se trata de «una normativa preñada de conceptos jurídicos indeterminados y remisiones al protocolo interno de la empresa y a la negociación colectiva» (pp. 208-209).

No obstante, pese a que la nueva normativa no soluciona todos los conflictos existentes, sí aporta unas mínimas garantías sobre algunas modalidades de control, dotando a la materia de cierta seguridad jurídica, por lo que, a nuestro juicio, la regulación llevada a cabo por la LOPDGDD debe ser acogida de forma positiva, pese a que la misma pueda calificarse como imprecisa e incompleta. Así, y pese a que analizaremos las diversas sombras que rodean a la normativa, entendemos que son muchas las cosas positivas que la misma aporta, destacando, sin duda, el hecho de que por fin exista una regulación del control laboral a través de determinados medios tecnológicos, tras más de dos décadas en las que los tribunales solo tenían el artículo 20.3 del ET para intentar solventar problemas que difícilmente podían encajar en el mismo.

Por último, debemos tener en cuenta otros dos aspectos de carácter normativo sobre la materia. Por un lado, y aunque ya lo hemos mencionado con anterioridad, el RGPD es la normativa de la que deriva nuestra normativa interna, y que, a diferencia de las anteriores regulaciones, no se trata de una directiva que debe ser adaptada por los Estados miembros, sino que es un reglamento de eficacia general y directa, por lo que debe ser aplicado en su

integridad, teniendo eficacia vertical y horizontal, vinculando, por tanto, las relaciones entre particulares, en nuestro caso las relaciones entre las personas trabajadoras y las empresas. En este sentido, es muy importante tener en cuenta que el artículo 88.1 del RGPD permite a los Estados miembros establecer normas más específicas en el ámbito laboral a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos. Esto ha sido interpretado de diversas formas por la doctrina, de manera que parte de ella ha entendido que se permite realizar una adaptación al ámbito laboral, debido a sus peculiaridades, mientras que hay quien ha entendido que el RGPD establece un mínimo de garantías que solo pueden ser mejoradas por las legislaciones nacionales de los diferentes Estados miembros.

Como referencia a la primera corriente doctrinal, García Murcia y Rodríguez Cardo (2019) han sostenido que el artículo 88.1 del RGPD se refiere a «normas más específicas y no [...] normas más protectoras, por lo que cabe pensar que el reglamento no prohíbe que, mediante esas normas internas, los sistemas estatales modulen o incluso rebajen en el ámbito laboral los niveles de protección general» (pp. 34-35).

Mientras que, en referencia a la segunda corriente doctrinal, González González (2018) ha sostenido que «la llamada que realiza a los ordenamientos nacionales en el ámbito de las relaciones laborales queda circunscrita al establecimiento de garantías adicionales o más específicas, nunca a reducirlas» (p. 19).

A este respecto, parece que la primera corriente es la más acertada, ya que nos encontramos ante una normativa que configura el derecho a la protección de datos con carácter general, y evidentemente, como el resto de derechos, al entrar en una relación laboral, compuesta de una serie de obligaciones y derechos de carácter particular, pueden ser modulados como consecuencia de su integración en la organización empresarial, siempre que no se elimine su contenido esencial, y que dicha modulación no desvirtúe el ejercicio del mismo. En cualquier caso, será el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) el que tenga la última palabra al ser derecho derivado de la UE.

Por último, el artículo 91 de la LOPDGDD sí prevé la posibilidad de que los convenios colectivos establezcan garantías adicionales en el ámbito de la protección de datos personales de las personas trabajadoras y la salvaguarda de los derechos digitales en el ámbito laboral. De manera que los convenios colectivos podrán introducir variaciones en la configuración de los distintos medios de control, y aquí sí se habla de garantías adicionales y no de normas más específicas.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, vamos a analizar de forma expresa los diferentes medios de control tecnológico regulados en la nueva LOPDGDD, recurriendo a las sentencias de los distintos tribunales cuando sea necesario, con la finalidad de ofrecer un análisis sistemático de los requisitos y condiciones del ejercicio del control laboral a través de medios tecnológicos.

2. El control empresarial sobre los dispositivos digitales puestos a disposición de las personas trabajadoras

2.1. Los dispositivos digitales susceptibles de ser controlados por parte de la empresa

El desarrollo tecnológico ha permitido un abaratamiento de los costes relacionados con los recursos tecnológicos, de forma que las personas trabajadoras tienen acceso con mayor facilidad a teléfonos móviles, ordenadores, tabletas u otros dispositivos digitales, siendo en muchas ocasiones la propia empresa la que pone a disposición de la persona trabajadora los dispositivos digitales para el desarrollo de la prestación laboral.

La utilización de este tipo de dispositivos tecnológicos ha provocado una infinidad de litigios relacionados con el control empresarial sobre los mismos, que han tenido que ser resueltos por los tribunales aplicando la regulación general de la facultad de control contenida en los artículos 18 y 20.3 del ET, sobre todo como consecuencia de que el desarrollo de la vida personal dentro del ámbito profesional se acentúa en determinadas profesiones, siendo necesario establecer un equilibrio entre el interés empresarial y el libre desarrollo de las personas trabajadoras.

Además, ya no se trata exclusivamente del derecho a la intimidad de las personas trabajadoras, sino que entran en liza otra serie de derechos como el de protección de datos cuando se realizan búsquedas a través de internet o el derecho al secreto de las comunicaciones en aquellos supuestos en los que se intercambian correos electrónicos con otras personas.

A esta problemática ha pretendido dar respuesta el artículo 87 de la LOPDGDD, que ha regulado de forma expresa cuál es el control que puede desarrollar la empresa sobre dichos medios digitales. Podemos observar que el precepto no distingue entre dispositivos digitales puestos a disposición de las personas trabajadoras para uso individual o para uso colectivo, no siendo una cuestión baladí, ya que nuestros tribunales han tenido que resolver problemas de vulneración de derechos fundamentales por el control de ordenadores puestos a disposición de las personas trabajadoras para su uso colectivo por parte de cualquier persona trabajadora de la empresa, como sucedió por ejemplo en la STC (Sala Primera) 241/2012, de 17 de diciembre. En este sentido, la literalidad del artículo se refiere a las personas trabajadoras en plural, por lo que los límites legales previstos en el mismo serían aplicables de igual forma a ambos supuestos.

Sin embargo, el artículo excluye de su contenido de forma implícita el control sobre los dispositivos digitales propios que la persona trabajadora utilice para el desarrollo de la prestación laboral, al referirse de forma expresa a los dispositivos puestos a disposición por la empresa. Esto puede provocar problemas a la empresa en aquellos supuestos en que sea la persona

trabajadora la que aporte sus propios dispositivos digitales para el desarrollo de la prestación laboral. No podemos olvidar que, tal y como hemos analizado en el epígrafe anterior, los derechos fundamentales existen sin necesidad del reconocimiento legal, de forma que la función de la ley es establecer las limitaciones a los mismos. En este sentido, las limitaciones de derechos fundamentales no pueden aplicarse de forma analógica, por lo que sería nulo el control realizado sobre dispositivos personales de la persona trabajadora basándose en dicho precepto.

En este sentido, es importante destacar que el artículo 17 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, se ha referido de forma expresa a esta materia, al manifestarse sobre la utilización de los medios telemáticos y al control de los mismos, estableciendo expresamente en su apartado 2 que la empresa no puede exigir la utilización de dispositivos propiedad de la persona trabajadora. Es evidente que dicha regulación está prevista específicamente para el trabajo a distancia y no para todas las modalidades de trabajo, pero, dado que dicho precepto hace referencia a la LOPDGDD, parece razonable que se pueda entender que no se trata de una regulación *ex novo* y específica para el trabajo a distancia, sino de una aclaración del precepto *de facto*, ya que no tendría sentido un tratamiento diferenciado sobre esta materia en función de si nos encontramos ante el trabajo presencial o a distancia.

Además, de una interpretación lógica del artículo 87 de la LOPDGDD se puede alcanzar la conclusión de que el legislador ha querido excluir a los dispositivos digitales de las personas trabajadoras de la posibilidad de control empresarial, ya que el título se refiere de forma general al uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral, aludiendo en su contenido exclusivamente al control de los dispositivos propiedad de la empresa. Por lo tanto, parece que nos encontramos ante una exclusión voluntaria por parte de la norma.

Respecto a los dispositivos digitales concretos, la norma no ha establecido una lista cerrada de dispositivos digitales, de manera que cualquier dispositivo que pueda ser calificado como digital entraría dentro de su ámbito de aplicación, pudiendo citar a modo de ejemplo, por ser quizás los más típicos, ordenadores, tabletas, móviles, *smartwatches*, etc. Sobre este aspecto debemos destacar que se trata de un acierto de la norma el haber realizado una definición genérica de los dispositivos digitales, ya que la tecnología avanza muy rápido y cualquier concreción que se pretendiera realizar podría quedar obsoleta en muy poco tiempo, con la dificultad añadida de que, al tratarse de una normativa que afecta a derechos fundamentales, es complicado que se alcancen las mayorías parlamentarias necesarias para poder modificarla.

2.2. Los criterios de utilización y de ejercicio del poder de control sobre los dispositivos digitales: límites legales y criterios jurisprudenciales

Una vez que hemos analizado cuál es el ámbito de aplicación del artículo 87 de la LOPDGDD, nos centramos en el régimen legal del mismo, que reconoce en su apartado 1

el derecho a la intimidad, aunque, como ya hemos mencionado, su regulación parece referirse al derecho a la protección de datos, ya que reconoce el derecho a la información previa de las personas trabajadoras, y se encarga de precisar en qué supuestos y con qué condiciones se puede limitar dicho derecho fundamental.

No obstante, la regulación de dichos límites provoca una serie de problemas interpretativos, en algunos casos por el uso de conceptos jurídicos indeterminados y en otros por olvidar la norma la jurisprudencia del TEDH sobre la materia, por lo que tendremos que acudir a los diferentes pronunciamientos que se han dictado por el mismo para completar su contenido cuando sea necesario y tener una visión completa del alcance real del mismo.

Además, no podemos obviar que el artículo 87.2 de la LOPDGDD otorga a la empresa la facultad de acceder a los contenidos derivados del uso de los medios digitales facilitados a las personas trabajadoras, a los solos efectos de controlar su prestación laboral y de garantizar la integridad de los dispositivos. Así, de la lectura aislada de dicho precepto, podríamos entender que la empresa puede, de forma libre, controlar los dispositivos digitales, siempre que pretenda controlar la prestación laboral. Sin embargo, esta concepción difícilmente casaría con el reconocimiento de cualquier derecho fundamental por parte de la persona trabajadora, ya que estaría permitiendo un control ilimitado. Por ello, el artículo 87.3 de la LOPDGDD intenta buscar un equilibrio entre el poder de control empresarial y la protección de los derechos de las personas trabajadoras, estableciendo la necesidad de que la empresa regule los criterios de utilización de los dispositivos digitales, y de que lo haga respetando una serie de límites previstos en la propia norma, tal y como analizaremos a continuación de forma específica y separada.

El primer límite es que estos criterios deberán respetar los estándares mínimos de protección de la intimidad, de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente. Es interesante este aspecto porque desecha que la empresa pueda, a través del establecimiento de criterios de utilización, prohibir de forma absoluta el uso personal de los dispositivos digitales, como había sucedido con anterioridad, que, mediante los protocolos de utilización de dichos dispositivos, se neutralizaba cualquier expectativa de privacidad, siendo esto avalado por nuestros tribunales.

Con la nueva normativa no se permite esta práctica, lo que parece lógico, ya que, en el caso de permitirse, sería inconstitucional, como consecuencia de que vaciaría de contenido el derecho a la intimidad en sentido amplio. Así, la nueva normativa, y a diferencia de otros aspectos que analizaremos posteriormente, es acorde con la jurisprudencia del TEDH. En consecuencia, la Sentencia del TEDH (STEDH) (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2017, caso *Bărbulescu contra Rumanía* (STEDH *Bărbulescu II*), reconoce que el concepto de intimidad no se restringe a un ámbito privado estricto, sino que se extiende a la vida laboral, ya que es donde la mayoría de las personas fortalecen sus lazos hacia el mundo exterior, de manera que las instrucciones empresariales pueden modular el derecho a la privacidad, pero no eliminar cualquier expectativa razonable del mismo.

Sin embargo, y en relación con el establecimiento de criterios de utilización, lo más eficiente por parte de la empresa sería que, además de establecer cuáles son los usos permitidos y prohibidos, se adopten medidas que faciliten el cumplimiento de las directrices previstas. Así, además de prohibir el uso de determinados programas o de visitas a páginas web concretas, se deberían establecer herramientas que eviten *de facto* dicha posibilidad, y, así, utilizar criterios preventivos en lugar de represivos en su actuación.

El segundo límite, y este es de carácter formal, establece la obligación de que la representación legal de las personas trabajadoras (representación legal) participe en la elaboración de los criterios de control. En este punto, la literalidad de la norma no es demasiado acertada ya que por participación se pueden entender diversas acciones llevadas a cabo por la representación legal: (i) información, (ii) audiencia, (iii) negociación o (iv) acuerdo.

No obstante, de una interpretación sistemática e integradora de los artículos 87, 88, 89 y 90 de la LOPDGDD, podemos llegar a la conclusión de que no se trata de información ni de consulta, ya que, si los artículos 89 y 90 utilizan el término información y el artículo 88 el término consulta, no tendría sentido que se estuviera utilizando el término participación para referirse a alguna de estas acciones por parte de la representación legal, habiendo utilizado un término diferente para ello. Por otra parte, no parece que sea necesario el acuerdo, ya que es difícilmente deducible la necesidad de acuerdo del término participación, que no requiere que se finalice la misma con un resultado concreto. Por lo tanto, la única interpretación lógica sería entender que debe llevarse a cabo la negociación con la representación legal, a través del intercambio de opiniones o posturas, y la apertura de un diálogo, a través de la realización de propuestas y respuestas a las mismas, y ello basado en el principio de buena fe comercial, tal y como ha sido definido de forma reiterada por la jurisprudencia del TS.

De lo anterior podemos deducir que aquellos criterios de utilización que hayan sido establecidos de forma unilateral por la empresa serán declarados nulos, al no cumplir con los requisitos legales, y, por tanto, las actuaciones o controles realizados también lo serán, por no respetarse los requisitos necesarios para limitar válidamente los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. Además, es importante destacar que la normativa no ha previsto ningún tipo de aplicación transitoria, por lo que, desde que la misma entró en vigor, los protocolos que se establecieron de forma previa a la LOPDGDD, y que no cumplan con los requisitos previstos en la misma, serán nulos, así como las actuaciones realizadas amparándose en los mismos.

Pero el problema de la participación de la representación legal no termina con este aspecto, sino que plantea dos problemas adicionales, y es que, a diferencia de lo que sucede con los artículos 89 y 90 de la LOPDGDD, no añade la expresión «en su caso» respecto a la representación legal. Por lo tanto, no prevé qué sucede en aquellos supuestos en los que no exista representación legal en la empresa.

En este sentido, lo más lógico sería entender que, ante la ausencia de dicha representación, deban ser las personas trabajadoras las que participen a través de una comisión *ad hoc* designada conforme al artículo 41.4 del ET, o, en su defecto, de forma directa como ha sido permitido para la negociación de los despidos colectivos (Sentencia del TS –STS– de 23 de marzo de 2015, rec. 287/2014) y de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo (STS 706/2019, de 10 de octubre) por la jurisprudencia en supuestos en los que no existía representación legal. En este sentido se ha manifestado parte de la doctrina, pudiendo destacar, a modo de ejemplo, a Quirós Hidalgo (2020, p. 155), que ha sostenido que «ante la inexistencia de representación de uno u otro tipo, parece posible y oportuna la elección de una comisión *ad hoc* a tal efecto, aplicando analógicamente la prevista por el artículo 41.4 del ET».

No obstante, lo cierto y verdad es que la negociación llevada a cabo por comisiones *ad hoc* parece un recurso excepcional, reservado a aquellas instituciones previstas por la norma, y que no debería ser extensible a supuestos distintos. Por ello, no sería descabellado utilizar el criterio reflejado en la STS 832/2018, de 13 de septiembre, aunque fuera a modo de *obiter dicta*, según el cual, para aquellos supuestos en los que no exista representación legal para negociar el plan de igualdad, se podría implantar de forma unilateral, siempre que, evidentemente, una vez que existiera representación legal, se reelabore con la participación de la misma. En cualquier caso, y aun teniendo encaje en el artículo 87 de la LOPDGDD ambas hipótesis, lo más prudente para las empresas sería que se negociara con una comisión *ad hoc*, dotando al procedimiento de unas mayores garantías.

El tercer límite se refiere de forma directa al contenido esencial del derecho a la protección de datos, de forma que, aunque el artículo se refiere a la intimidad, en su contenido está utilizando las garantías que se prevén para la protección de datos. En este sentido, la norma establece que se debe informar a las personas trabajadoras sobre los usos privados autorizados y los periodos en los que se podrán realizar dichos usos.

De la lectura del precepto se entiende que, si las personas trabajadoras han sido informadas sobre los usos permitidos de los dispositivos digitales, en principio, la empresa está habilitada para controlar el uso de dichos dispositivos. Sin embargo, conforme a la jurisprudencia más reciente del TEDH, concretamente la STEDH Bărbulescu II, no sería válido con la información sobre los usos prohibidos y permitidos, sino que sería necesario además informar sobre la posibilidad de realizar control sobre los dispositivos digitales puestos a disposición de las personas trabajadoras. Además, este pronunciamiento añade que no vale con una información genérica de control, sino que se debe informar sobre el alcance y la naturaleza del control. Respecto a la información relativa al control, no parece que sea necesario que se informe de forma previa sobre el control concreto que se va a realizar en un momento determinado, sino que, como defienden Desdentado Bonete y Desdentado Aroca (2018, pp. 37-38), «sea suficiente con una información previa sobre la existencia del control y sobre el alcance de este, esto último en el sentido de precisar su extensión [...] sin necesidad de especificar los medios técnicos, que son variables y pueden desactualizarse».

Además, se establece que dicha información debe ser clara y debe ser transmitida de forma previa. Aquí se plantean una serie de problemas, ya que el TEDH no especifica si el carácter previo se debe al control en sentido estricto o al contenido que se puede controlar, entendiendo que solo se podrán controlar las acciones realizadas o los documentos creados con carácter posterior a la información sobre la posibilidad de control.

Desde un punto de vista de estricta legalidad y constitucionalidad, la interpretación que parece más ajustada a derecho es la segunda, ya que en caso contrario estaríamos aplicando de forma retroactiva la limitación de derechos fundamentales. Así, si entendiéramos que la empresa puede informar de que va a realizar el control, y a partir de ese momento puede llevar a cabo un control de todo el historial de búsquedas anterior a dicho aviso, se estaría vaciando de contenido el principio de transparencia del derecho a la protección de datos al controlarse una serie de acciones que se realizaron sin el conocimiento de la posibilidad de control.

Con esta nueva interpretación que hemos indicado previamente, el TEDH cambia la doctrina que había mantenido con anterioridad sobre el mismo asunto, ya que en la STEDH (Sección 4.^a) de 12 de enero de 2016, caso *Bărbulescu contra Rumanía*, analizando los mismos hechos que fueron objeto de recurso ante la Gran Sala, había entendido que era suficiente con que la empresa hubiera comunicado a la persona trabajadora la prohibición de uso personal de los medios puestos a su disposición, sin entrar a valorar en ningún momento la necesidad de informar sobre el posible control que se iba a realizar del mismo.

Nos parece importante señalar que, con carácter posterior a la STEDH *Bărbulescu II*, el TEDH ha tenido la posibilidad de volver a manifestarse sobre la nueva doctrina marcada por la misma, a través de la STEDH (Sección 5.^a) de 22 de febrero de 2018, caso *Libert c. Francia*, en la que se entra a valorar la posible vulneración del derecho a la privacidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a disposición de la persona trabajadora. En este caso, no se había informado de forma expresa sobre la posibilidad de control, la naturaleza y el alcance, sino que se establecía en los manuales de uso que la persona trabajadora debería identificar los documentos que fueran de carácter personal, entendiendo el TEDH que no se había vulnerado el derecho a la privacidad, al haberse controlado por parte de la empresa determinados archivos que no habían sido identificados por parte de la persona trabajadora como personales.

En este caso, a nuestro juicio, el TEDH da un paso atrás, ya que no entra a valorar en ningún momento si se ha comunicado o no con carácter previo a la persona trabajadora la información sobre el alcance del control y la modalidad del mismo, de forma que el contenido de la información previa establecido en la STEDH *Bărbulescu II* queda en cierta medida alterado. No obstante, resulta interesante el método utilizado en el caso para la identificación de los documentos como información personal, de forma que la persona trabajadora puede diferenciar de manera precisa qué documentos pueden ser o no objeto de control, queriendo que los mismos se blinden ante cualquier posibilidad de control. En cualquier

caso, el *modus operandi* previsto en el caso analizado en esta última STEDH sobre la materia no sería viable en nuestro país, al no respetar las garantías mínimas previstas en el artículo 87 de la LOPDGDD.

De igual forma, nuestros tribunales se han manifestado con carácter posterior a la doctrina establecida por la STEDH Bărbulescu II, y, aún mencionándola, no la aplica de forma efectiva. Así, la STS 119/2018, de 8 de febrero, admite que la empresa realizó de forma legítima el control sobre los correos electrónicos de la persona trabajadora, porque la empresa solo permitía el uso profesional de sus medios tecnológicos, y que cada vez que las personas trabajadoras acceden tienen que aceptar las directrices de la empresa, en las que se comunica que esta se reserva el derecho a adoptar las medidas de vigilancia y control necesarias para comprobar la correcta utilización de los medios puestos a disposición. Parece evidente que, conforme a los hechos recogidos en la sentencia, la comunicación de los medios de control no recoge los criterios de la STEDH Bărbulescu II, ya que la información es general y no especifica los medios de control que se van a utilizar, y, además, no se trata de un contenido claro y expreso.

Es importante advertir que nuestros tribunales habían establecido con carácter anterior a la STEDH Bărbulescu II una doctrina similar a esta, de manera que el control solo era lícito cuando se establecían las reglas de uso con la aplicación de prohibiciones absolutas o parciales y se informaba a las personas trabajadoras de que podía existir dicho control. No obstante, la STS de 6 de octubre de 2011 (rec. 4053/2010) entendió que, cuando se prohibía de forma expresa y absoluta el uso de los medios puestos a disposición de la empresa, se debía entender implícita la facultad de control empresarial sobre la misma. Posteriormente, la STC 170/2013, de 7 de octubre, entendió que dicha posibilidad de control también estaba implícita en aquellos supuestos en que los usos extralaborales estuvieran previstos como falta o infracción laboral en un convenio colectivo. Sin embargo, con la nueva doctrina de la STEDH, la información debe ser expresa, y no puede entenderse implícita en la prohibición o limitación de los usos, no siendo válida, por lo tanto, la realización de control sin información previa, pese a que se prohíba su utilización para cuestiones extralaborales en el convenio colectivo.

Como cuarto límite, el artículo 87 de la LOPDGDD establece que los criterios de utilización deberán respetar los derechos reconocidos constitucional y legalmente. Aunque no se mencione expresamente a cuáles se refiere, aquí nos podemos encontrar con varios derechos que pueden verse afectados, así, a modo de ejemplo, y sin ser exhaustivos: (i) si se controla el flujo de comunicaciones o los historiales de búsqueda, se podría estar vulnerando el derecho de protección de datos; (ii) si además se controlan documentos de carácter personal de la persona trabajadora, se puede estar afectando al derecho a la intimidad; (iii) si el control afecta a las comunicaciones realizadas entre la persona trabajadora y otras personas, de dentro o fuera de la empresa, se estaría afectando a su derecho al secreto de las comunicaciones; y (iv) si la persona trabajadora formara parte de la representación legal y/o sindical, y se estuviera controlando las comunicaciones con las personas representadas, se podría estar vulnerando además el derecho a la libertad sindical.

Por lo tanto, al entrar diversos derechos fundamentales en juego, habrá que estar a la posible afectación que podrá tener el control laboral, en función de la modalidad de fiscalización llevada a cabo. Sobre este aspecto, con la información previa se estaría respetando, al menos *a priori*, el derecho a la protección de datos personales, y también el derecho a la intimidad, ya que el artículo 87 de la LOPDGDD establece dichos requisitos y condiciones como garantía del derecho a la intimidad, por lo que, en principio, dichos derechos estarían garantizados con el cumplimiento de los anteriores requisitos. Sin embargo, respecto al secreto de las comunicaciones y la libertad sindical, parece más complicado llevar a cabo las medidas de control de los dispositivos digitales.

Por un lado, respecto al derecho al secreto de las comunicaciones, conforme a la STEDH Bărbulescu II, sería posible siempre que se hubiera informado previamente, y se cumpla con el test de proporcionalidad previsto en la misma, que es similar al juicio de proporcionalidad previsto por nuestro TC, como analizaremos posteriormente. Pese a ello, no podemos obviar que el CEDH actúa como derecho mínimo necesario, mejorable por los ordenamientos nacionales, y, en este sentido, el artículo 18.3 de la CE garantiza el secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial, sin ningún otro tipo de excepción. En este sentido se manifestó la STS (Sala de lo Penal) 528/2014, de 16 de junio, entendiéndose que, en el ámbito penal, la empresa no puede acceder a las comunicaciones realizadas por la persona trabajadora mediante el correo corporativo, salvo que se obtenga resolución judicial. Sin embargo, la realidad es que los juzgados y tribunales del orden social, e incluso el TC, han permitido el control de las comunicaciones, por lo que, salvo cambio jurisprudencial sobre la materia, el control laboral se podría extender a las mismas, siempre que se respete lo previsto en el artículo 87 de la LOPDGDD.

En este sentido se han manifestado García-Perrote y Mercader Uguina (2015, p. 653), que han sostenido que «las dudas son razonables pero el efecto expansivo del pronunciamiento de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no debería alcanzar a las prácticas actualmente existentes en nuestras empresas».

Por otro lado, en relación con el derecho a la libertad sindical, es importante tener en cuenta que cuando se establezcan los criterios de utilización de los dispositivos digitales se adopten medidas adicionales para que la misma no se vea vulnerada, siendo necesario que se establezcan mecanismos para que no se intercepten las comunicaciones entre la representación legal y/o sindical y las personas trabajadoras, ya sea con la puesta a disposición de medios de comunicación alternativos o de garantías para que no se produzca la actividad de control sobre dichas comunicaciones, tal y como sostuvo la STS 723/2016, de 13 de septiembre. En este sentido, y a modo de ejemplo, se podría requerir que se identifiquen dichas comunicaciones como información sindical, o que se creen correos corporativos diferenciados para la persona trabajadora que a su vez forme parte de la representación legal y/o sindical, pudiendo utilizar uno u otro en función de si está llevando a cabo actividad representativa, sin que la empresa pueda, en ningún supuesto, realizar el control sobre dichas comunicaciones, al ser ajena a la actividad laboral desarrollada por la persona trabajadora.

Evidentemente, y aunque no lo diga expresamente la literalidad de la norma, no basta con que se respete la normativa que los regula, sino que será necesario que se respete el contenido esencial de los derechos afectados, y el juicio de proporcionalidad que mencionamos anteriormente en los supuestos de conflictos entre derechos (justificación, idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en sentido estricto).

Dichos principios no son utilizados solo por nuestros tribunales internos, sino que son también utilizados en la STEDH Bărbulescu II, aunque con otra denominación. El problema es que dichos principios se basan en conceptos jurídicos indeterminados, de forma que es necesario que se analicen en cada caso concreto. No obstante, esta establece una serie de pautas que deben ser tenidas en cuenta por las empresas para llevar a cabo el control. Así, el TEDH distingue entre el control del flujo de las comunicaciones y su contenido, entendiendo que el control del contenido de las comunicaciones es más invasivo que el del flujo de las comunicaciones. Por lo tanto, al ser un método más invasivo, se requieren justificaciones más fundamentadas. Además, en relación con la justificación para la realización del control, esta debe ser concreta, no bastando con indicaciones teóricas, como sería la necesidad genérica de controlar la actividad laboral, llevándose a cabo la misma de forma totalmente indiscriminada y permanente.

De forma adicional, y en relación con los principios de idoneidad y necesidad, el TEDH entiende que es necesario evaluar en cada caso concreto, y en función de las circunstancias de cada caso, si el objetivo perseguido por la empresa puede alcanzarse o no sin necesidad de acceder al contenido de las comunicaciones, así como si los resultados obtenidos se utilizaron para alcanzar el objetivo de la medida. De esta forma, no es lo mismo si el control se realiza sobre la totalidad de las comunicaciones o solo sobre una parte de ellas, ni si el control se ha realizado de forma limitada en el tiempo o de forma indiscriminada, ni si el número de personas que han tenido acceso a los resultados del control realizado es el indispensable, o si ha sido demasiado amplio.

Adicionalmente, respecto a la proporcionalidad, habrá que enjuiciar en cada caso concreto las consecuencias que tuvo para la persona trabajadora dicha supervisión, y si por lo tanto hubo un correcto equilibrio entre los derechos en conflicto. Para ello, pueden ser utilizados como criterios si el control estuvo o no limitado en el tiempo y en el espacio, así como el número de personas que tuvo acceso a los resultados de la vigilancia.

Por último, en relación con el cuarto límite, es importante tener en cuenta, al menos a nuestro juicio, si nos encontramos o no ante una persona trabajadora a distancia. Así, y pese a que la persona trabajadora a distancia no puede ser tratada de forma diferente a la presencial, es verdad que la propia naturaleza de la prestación puede ser causa justificativa para realizar el control laboral de los dispositivos digitales puestos a disposición de la persona trabajadora a distancia, que no podría serlo si esta fuese una persona trabajadora presencial.

En este sentido no podemos obviar que, tal y como reconoció la STS de 11 de abril de 2005 (rec. 143/2004), el trabajo a distancia supone un régimen contractual diferente al trabajo

presencial o tradicional, ya que la persona trabajadora presta el servicio, en principio, sin vigilancia directa de la empresa. Este régimen contractual diferenciado provoca determinados problemas de control respecto a determinados aspectos que no se producen en el trabajo presencial, como puede ser el control del tiempo de prestación de servicios y el cumplimiento de la normativa en materia de registro horario. Así, mientras que el control horario puede ser fácilmente constatable en el trabajo realizado en el centro de trabajo, se complica en el trabajo a distancia. Por ello, y dado que la empresa no deja de ser responsable de la seguridad y salud de las personas trabajadoras, el control que se puede ejercer sobre los dispositivos digitales puede ser, al menos a nuestro juicio, más intrusivo que en el supuesto del trabajo presencial, al ser la única forma de control directo que puede realizar la empresa cuando la persona trabajadora sale del ámbito organizativo inmediato de la misma, siempre que esto no suponga un control permanente durante toda la jornada laboral.

3. La captación de imágenes y/o sonidos en el ámbito laboral

3.1. La videovigilancia en el ámbito laboral: un nicho continuo de conflictos

No cabe duda de que el medio de control tecnológico que más problemas ha planteado en la práctica es la videovigilancia de las personas trabajadoras durante su prestación laboral, refiriéndose a este medio la mayoría de los pronunciamientos judiciales sobre la materia. En un principio, al igual que sucedía con el control de los dispositivos digitales puestos a disposición de la persona trabajadora por parte de la empresa, se aplicaba el artículo 20.3 del ET para justificar la utilización de la videovigilancia. Sin embargo, la LOPDGDD en su artículo 89 se ha encargado de dar una regulación específica a la misma dentro del ámbito laboral, estableciendo como finalidad exclusiva de la norma el control de la prestación laboral.

Sin embargo, los requisitos previstos para esta modalidad de control difieren de los que hemos visto anteriormente en el artículo 87 de la LOPDGDD, estableciéndose menores garantías para las personas trabajadoras. En este caso, la participación de la representación legal se limita a la mera información, y además se utiliza la expresión «en su caso», por lo que solo se refiere al supuesto en el que haya dicha representación legal en la empresa. En este sentido es importante señalar que, al tratarse de una regulación especial, prima sobre la general y, por tanto, no sería necesaria la emisión de informe por parte de la representación legal para la implantación de la medida, tal y como se recoge en el artículo 64.5 del ET, salvo que se prevean mayores garantías en la intervención de dicha representación legal en virtud del artículo 91 de la LOPDGDD.

En el mismo sentido que en el artículo 87 de la LOPDGDD, aunque el título del artículo hace referencia a la intimidad, el contenido del precepto se refiere al derecho a la protección de datos, ya que se establece la necesidad de que exista información sobre la medida. No

obstante, estos no son los únicos derechos fundamentales que pueden verse afectados. Así, y a modo de ejemplo, la STC 37/1998, de 17 de febrero, entendió que se había vulnerado el derecho de huelga en un supuesto en el que se había llevado a cabo por los cuerpos de seguridad de la comunidad autónoma la filmación en vídeo de un piquete informativo. Por ello, no sería descabellado que como consecuencia de la videovigilancia laboral se pudiera producir la vulneración del derecho de huelga, en aquellos supuestos en los que se esté controlando mediante videovigilancia la actuación de las personas trabajadoras durante el ejercicio de su derecho a la huelga previsto en el artículo 28.2 de la CE. Por lo tanto, deberán tomarse las precauciones necesarias en aquellos casos en los que, existiendo cámaras, se estén produciendo actividades huelguísticas en los centros de trabajo de la empresa.

Retomando el requisito de la información, esta debe cumplir con una serie de condiciones para que sea válida, debiendo ser previa, expresa, clara y concisa. Por lo tanto, se debe informar a la persona trabajadora antes de la adopción de la medida sobre la utilización de las cámaras, y dar la información de forma clara, expresando que la finalidad de la medida es el control laboral. Por lo tanto, con este nuevo marco normativo, nuestros tribunales deberán corregir la aplicación que estaban realizando hasta el momento sobre la videovigilancia. Así, con el establecimiento del requisito de la información previa, se acaba con un debate que se había planteado desde que empezaron a enjuiciar los supuestos de control a través de cámaras de videovigilancia. En este sentido fue pionera la STC 186/2000, de 10 de julio, aunque planteaba el conflicto en torno a la vulneración del derecho a la intimidad y no de la protección de datos, evitando la aplicación del derecho de información previa.

Sin embargo, a partir de la STC 29/2013, de 11 de febrero, se enfoca por primera vez el conflicto respecto a la protección de datos en lugar de respecto a la intimidad, al entender que las imágenes grabadas en un soporte físico constituyen un dato de carácter personal que queda integrado en la cobertura del artículo 18.4 de la CE. Este pronunciamiento trató además de diferenciar de forma muy técnica entre el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos, entendiendo que, mientras la función del primero es proteger a la persona de cualquier invasión que se pueda realizar sobre su vida personal y familiar cuando una persona no quiere que se produzca, el segundo se refiere al control de los datos personales, así como su uso y destino, y evidentemente, para poder controlar dichos datos, es necesario que la persona trabajadora esté informada sobre cuál es el tratamiento que se hace de los mismos. En este sentido, el TC entendió que la información que tenía que recibir la persona trabajadora debía ser previa, expresa, precisa, clara e inequívoca, siendo estos los requisitos que prevé actualmente la LOPDGDD.

No obstante, una vez que se plantea el problema respecto a la protección de datos en lugar de la intimidad, aunque en la práctica se pueden ver afectados los dos, el TC y el TS matizan en cierta forma el contenido del derecho a la protección de datos, estableciendo una interpretación más restrictiva del mismo. En este sentido, la STC 39/2016, de 3 de marzo, entendió que, al colocar la empresa el correspondiente distintivo en el escaparate de la tienda donde prestaba sus servicios la persona trabajadora, conocía la existencia de

las cámaras y su finalidad, sin necesidad de que se hubiera informado expresamente sobre la finalidad de control. Por lo tanto, no se podía entender vulnerado su derecho a la protección de datos, al haberse cumplido con la información previa.

Esta interpretación fue muy criticada por parte de la doctrina, al producirse una devaluación del derecho de información que se había establecido en la STC 29/2013. En este sentido se manifestó Preciado Domènech (2018, p. 45), señalando que «se devalúa el contenido del deber de información, que integra el contenido esencial del derecho de protección de datos y, en particular, de la exigencia del carácter concreto de esa información».

De una primera lectura podría concluirse que, conforme a los requisitos que prevé el artículo 89.1 de la LOPDGDD sobre la información previa y las condiciones de la misma, se debería entender que la doctrina mantenida por la STC 39/2016 estaría superada. Sin embargo, el artículo 89.1 de la LOPDGDD *in fine* recoge la doctrina mantenida en dicha STC como excepción a la necesidad de información previa, expresa, clara y concisa. La literalidad del precepto establece que cuando se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de la LOPDGDD, que es el cartel tipo que se utiliza en la mayoría de los establecimientos para avisar de la existencia de videovigilancia.

Este apartado ha sido muy criticado por la doctrina, a modo de ejemplo, Blázquez Agudo (2019, pp. 95-96) sostiene que este artículo sería contrario al RGPD debido a que «la regulación europea sobre protección de datos se basa en el principio de transparencia, que va unido esencialmente al derecho de información [...] sin que parezca que puede plantear una excepción para la captación de ilícitos laborales».

Esta interpretación sería la más lógica, al menos a nuestro juicio, ya que, si se entendiera que es válida la aplicación de este precepto con el literal que contiene, se estaría vaciando de contenido el requisito de información previa tal y como aparece definido en el párrafo 1.º del artículo 89.1 de la LOPDGDD. Así, si cada vez que se captara un ilícito laboral bastara con el cartel informativo, ninguna empresa cumpliría con el deber de información que establece la normativa con carácter general. Así, no podemos olvidar que el control de la prestación laboral tiene como finalidad principal detectar los posibles incumplimientos de la persona trabajadora durante su jornada laboral, y un incumplimiento es precisamente un ilícito laboral, por lo que, si una vez que se detecta el mismo no es necesario que se haya informado con carácter previo, la excepción supone una derogación *de facto* de la regla general que vacía el contenido esencial del derecho a la protección de datos.

En este sentido, quizás, la referencia al término «acto delictivo» que contenía el proyecto de la ley orgánica hubiera tenido más sentido, ya que estaríamos entrando en el terreno de la jurisdicción penal y, por lo tanto, dotándolo de otra dimensión distinta a la laboral. Sin embargo, con la actual literalidad del precepto, admitir la validez del mismo anularía *de facto* la aplicación de la regla general de la información previa, expresa, clara y concisa

establecida en el párrafo 1.º del artículo 89.1 de la LOPDGDD, siendo contraria, por tanto, al RGPD y, en consecuencia, inconstitucional, al no respetar el contenido esencial del derecho a la protección de datos, al no respetar el contenido del derecho, tal y como ha sido definido por el RGPD.

Sobre este aspecto, resulta muy interesante la Sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Pamplona 52/2019, de 18 de febrero, que, aunque reconoce que no era aplicable al caso la LOPDGDD por no estar en vigor en el momento que se interpuso la demanda, realiza un análisis profundo de la misma a la luz del RGPD, y entre sus afirmaciones sostiene que este apartado debería ser inaplicable por las juezas y los jueces en virtud del principio de primacía del derecho de la UE, por ser contrario al principio de transparencia que contempla el RGPD.

Sin embargo, *a sensu contrario*, ya se han dictado algunas sentencias por parte de algún tribunal superior de justicia analizando dicho precepto sin dudar de su constitucionalidad o su disconformidad con el RGPD. Así, a modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Cataluña 3601/2021, de 6 de julio, aunque de forma incidental, ya que la persona trabajadora ya había sido informada de forma expresa sobre la finalidad de la videovigilancia en su contrato de trabajo, sostiene que, con la colocación de los carteles que describe el artículo 89.1 *in fine* con su remisión al artículo 22.4 de la LOPDGDD, se entendía implícito el consentimiento del trabajador para la finalidad de control de la actividad laboral, sin que fuese necesario que se le informase de forma expresa sobre la finalidad de control de la actividad laboral.

Igualmente, el TS ha dictado recientemente una sentencia, concretamente la STS 817/2021, de 21 de julio, en la que, aun resolviendo un supuesto de hecho previo a la entrada en vigor de la LOPDGDD y, por lo tanto, en el que no sería aplicable dicha norma, menciona el artículo 89.1 *in fine*, indicando que este recoge la jurisprudencia del TC, pareciendo, al menos a nuestro juicio, que no se plantea que sea contrario a la CE ni al RGPD, por lo que, *a priori*, podríamos esperar que el TS no ponga en tela de juicio su aplicación.

En cualquier caso, tendremos que estar a lo que manifieste el TJUE, como máximo intérprete del derecho de la UE, así como el TC, ya que, evidentemente, este queda limitado en su interpretación por el RGPD, que es la norma que define el contenido esencial del derecho a la protección de datos.

Además del derecho de información, la LOPDGDD establece otra serie de límites adicionales, de forma que el hecho de haber informado sobre la medida no es suficiente para que se pueda realizar el control empresarial de forma ilimitada, sino que se refiere al ejercicio del poder de control dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. Es evidente que dicho precepto se está refiriendo, tal y como sucedía con el artículo 87 de la LOPDGDD, al juicio de proporcionalidad, basado en la justificación, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

En relación con la necesidad de justificación, parte de la doctrina ha entendido que las cámaras solo pueden utilizarse en supuestos excepcionales, al ser medios muy intrusivos de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. Como muestra de ello, García Murcia y Rodríguez Cardo (2019, p. 61) han sostenido que «no parece que sea admisible, como regla general, una videovigilancia genérica y permanente con la finalidad de control laboral, aunque se haga la oportuna advertencia a los trabajadores».

No obstante, a nuestro juicio, aunque no se debe entender justificada una videovigilancia genérica como forma de control de las personas trabajadoras, tampoco sería necesaria su utilización con carácter excepcional y *ad hoc* respecto a un incumplimiento previo, sino que puede ser utilizada por la empresa como medio de control ordinario, siempre que se trate de controlar determinados puestos o actividades que requieran una mayor fiscalización por las características inherentes a los mismos, como consecuencia de criterios como podrían ser la peligrosidad de la actividad desarrollada o por criterios de confidencialidad que exijan conocer la identidad de la persona que está realizando la actividad concreta, siempre que se justifique la medida de forma previa a su ejercicio, y se restrinja el control laboral a la captación de imágenes del espacio del centro de trabajo estrictamente necesario.

Por otro lado, se establece en el artículo 89.2 de la LOPDGDD un límite de carácter absoluto, de forma que no se admite la utilización de cámaras de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de las personas trabajadoras, como podrían ser los vestuarios, los aseos, los comedores u otros sitios de análoga función. Este aspecto es muy importante, ya que en la práctica se utilizan cámaras rotatorias, que pueden realizar la filmación de estos lugares. En este sentido, al referirse a las cámaras orientables, Blázquez Agudo (2017, pp. 43-44) sostiene que «habrá que tener un especial cuidado con su ubicación, asegurando que su recorrido no enfoque ninguno de los emplazamientos que se consideran como privados y que, por tanto, deben quedar fuera de control empresarial».

Por último, respecto a este medio de control, y a diferencia del control sobre los dispositivos digitales puestos a disposición de las personas trabajadoras, entendemos que en los supuestos en los que la persona trabajadora preste sus servicios a distancia, ya sea en su domicilio o en el lugar libremente designado por esta, parece que encajaría de forma analógica más en la excepción contemplada en el apartado 2 del artículo 89 de la LOPDGDD que en la definición propia de centro de trabajo, por lo que la videovigilancia en este supuesto sería muy difícilmente justificable, entrando en juego una concepción más amplia, y garantista, del derecho a la intimidad personal y familiar de la persona trabajadora.

3.2. La grabación de sonidos en el ámbito laboral como medio residual de control

Además de la captación de imágenes, el artículo 89 de la LOPDGDD, en su apartado 3, establece la posibilidad de utilizar sistemas de grabación de sonidos en el ámbito laboral,

estableciendo unos requisitos más exigentes que los previstos para la videovigilancia. De esta forma, además de reiterar las garantías exigidas para la videovigilancia, añade otra serie de principios que lo convierten en un medio de control muy residual, por su carácter más intrusivo.

En este sentido, para justificar la instalación de equipos de captación de sonidos, sería necesario que exista un riesgo para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas, no siendo este un requisito exigido para la videovigilancia.

No obstante, lo restrictivo de este sistema de control no se queda solo en la necesidad de reforzar la justificación que da origen a la medida, sino que, como la medida se basa en el principio de intervención mínima, la grabación de sonidos solo podrá ser usada en supuestos totalmente excepcionales, cuando no sea suficiente con la utilización de otros sistemas de control, siendo, por tanto, la *ultima ratio*.

Esta regulación es acorde con lo que ya había sostenido nuestra doctrina constitucional, al entender que este sistema de control es más intrusivo que la videovigilancia. En este sentido, la STC 98/2000, de 10 de abril, enjuició un supuesto de instalación de un sistema de captación y grabación de sonidos para controlar la actividad laboral. Esta STC declaró que las conversaciones mantenidas por las personas trabajadoras con el resto de la plantilla y con la clientela durante la prestación laboral están protegidas por su derecho a la intimidad. En el caso enjuiciado, la empresa sostenía que era necesaria la utilización de sistemas de captación de sonidos para completar el sistema de captación de imágenes del que ya disponía, para conseguir un plus de seguridad. Sin embargo, el TC estableció que la mera utilidad para la empresa no legitima sin más la instalación de los aparatos de audición, ya que la empresa disponía de otros sistemas de seguridad, concretamente un sistema de videovigilancia. Distinto hubiera sido, como sostiene el TC, que se hubiera producido algún tipo de quiebra en los medios de control de los que ya disponía que hubiera hecho necesaria la instalación de otros medios.

Esta concepción de intervención mínima se adecua igualmente a la doctrina mantenida por el TEDH sobre el grado de injerencia de las medidas de control, siendo ejemplo de ello la STEDH de 2 de septiembre de 2010, caso Uzun c. Alemania, que establecía que es importante distinguir entre los diferentes medios de control, ya que la vigilancia por GPS (que veremos en el siguiente epígrafe) es menos intrusiva que las medidas de vigilancia llevadas a cabo por medios visuales y acústicos, ya que estas últimas recogen más información sobre la conducta, opiniones o sentimientos. Evidentemente, y aunque no se mencione expresamente en dicho pronunciamiento, se puede deducir de dicha argumentación que la grabación de sonidos es a su vez más intrusiva que la visual, ya que las opiniones solo se reflejan mediante los sonidos. Resulta muy ilustrativa a este respecto la afirmación de Mercader Uguina (2001, p. 671) sobre la captación de sonidos: «Nadie es capaz de leer la mente de otra persona, pero se puede obtener una buena cantidad de información sobre los motivos y las intenciones de los seres humanos mediante la interceptación de intercambios verbales».

Este principio de intervención mínima plantea, al menos a nuestro juicio, una serie de problemas en aquellos supuestos en los que la actividad se basa precisamente en la realización de llamadas, como pueden ser las profesiones relacionadas con el *telemarketing* o *contact center*, de forma que resulta complicado realizar el control empresarial de una forma diferente a la audición o la grabación de las llamadas. En este sentido conviene señalar que la STS de 5 de diciembre de 2003 (rec. 52/2003) declaró que no se había vulnerado el derecho a la intimidad de las personas trabajadoras por utilizar como medida de control la grabación de las conversaciones mantenidas entre las personas trabajadoras, dedicadas al *telemarketing*, y la clientela.

No obstante, debemos atender a las circunstancias del caso, de forma que: (i) la actividad de control era realizada por una sola persona coordinadora para cada grupo de asesores telefónicos, (ii) las grabaciones eran llevadas a cabo de forma aleatoria sobre las llamadas entrantes exclusivamente, siendo grabadas aproximadamente un 0,5 % de las llamadas, y (iii) las personas trabajadoras disponían de otros teléfonos para poder realizar llamadas particulares.

Aun teniendo en cuenta el principio de intervención mínima que recoge el artículo 89.3 de la LOPDGDD y la necesidad de justificación reforzada, dicho pronunciamiento puede servir de canon a la hora de establecer de forma excepcional dicha modalidad de control laboral. No obstante, como sostuvieron Sempere Navarro y San Martín Mazzucconi (2006, p. 62) al analizar dicho pronunciamiento, «su apreciación general sobre la medida empresarial no descendía a los casos concretos, en los que nada impedía que pudiera observarse una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de cualquier trabajador».

Por otra parte, y al igual que sucede con la videovigilancia, se establece como límite la prohibición absoluta de instalación de sistemas de grabación de sonidos en lugares destinados al descanso o esparcimiento, ya que el artículo 89.2 de la LOPDGDD establece la prohibición de forma general respecto a ambos sistemas de control.

Además, el artículo 89.3 de la LOPDGDD se remite al artículo 22.3 del mismo texto legal respecto al plazo máximo de conservación de los sonidos obtenidos por el sistema de control, que será de 1 mes, salvo cuando sea necesario conservarlos para acreditar la comisión de actos que atenten contra la integridad de personas, bienes o instalaciones, debiendo ponerse a disposición de la autoridad competente en un plazo máximo de 72 horas desde que se tuviera conocimiento de la existencia de la grabación. Sin embargo, no especifica dicho precepto cuál es la autoridad competente. De manera que, cuando el ilícito pueda ser susceptible de responsabilidad penal, se debería denunciar y poner a disposición de los cuerpos y fuerzas de seguridad dicha grabación, mientras que, en el supuesto de que no sea así, quizás lo más prudente para evitar que se declare ilícito el control debería ser poner la grabación a disposición de la autoridad competente en materia de protección de datos, al encontrarse dicha regulación en la LOPDGDD, aunque este criterio no está exento de problemas interpretativos.

4. La geolocalización de las personas trabajadoras: un medio de control para actividades muy concretas

Como última modalidad de control laboral a través de medios tecnológicos, el artículo 90 de la LOPDGDD regula la geolocalización, estableciendo una regulación muy similar a la que se contempla para la videovigilancia, aunque señalando una serie de particularidades.

Comenzando por el análisis de las similitudes entre ambas regulaciones, el apartado 1 del artículo 90 de la LOPDGDD vuelve a establecer que la finalidad de la medida es el control de la actividad laboral recogido en el artículo 20.3 del ET, no pudiendo ser utilizada, por tanto, para otro tipo de actividades. De igual forma, se vuelve a referir de manera errática y exclusiva al derecho a la intimidad, cuando la literalidad del precepto contiene el derecho de información, que es el elemento esencial del derecho a la protección de datos. Además, el artículo 4 del RGPD, cuando define el concepto de dato personal, contiene de forma expresa, en la enumeración ejemplificativa que realiza, los datos de localización.

Otra de las similitudes que podemos encontrar es que se vuelve a establecer como límite a la instalación de geolocalización el marco legal y los límites inherentes a los derechos en juego, tal y como hemos contemplado en la videovigilancia. Algún autor ha entendido que este precepto no se adapta a la normativa comunitaria, así Molina Navarrete (2018, p. 2) ha sostenido que «formula una habilitación genérica al empleador para usar los dispositivos o los sistemas de geolocalización, sin exigir un interés legítimo o una causa específica a tal fin». Sin embargo, desde nuestro punto de vista, esa exigencia viene integrada en los límites inherentes a los derechos en juego y a su marco legal, por lo que sí aparece contemplado en la norma. Dentro de estos límites se incluirían, evidentemente, la necesidad de justificación de la medida, así como el juicio de proporcionalidad tal y como ha sido definido por el TC y el TEDH.

Sin embargo, el apartado 2 del artículo 90 de la LOPDGDD establece una serie de garantías adicionales respecto a la información que debe aportar la empresa para el establecimiento de la medida. De esta forma, además de la información previa a las personas trabajadoras, y a su representación legal en el caso de existir en la empresa, establecida para la videovigilancia, se debe informar sobre las características de los dispositivos y sobre los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y la supresión de los datos. Por lo tanto, se dota a las personas trabajadoras de un mayor poder de control sobre sus datos que en otros sistemas de control, como serían la grabación de imágenes y/o sonidos, pese a que, como hemos visto anteriormente, es una medida menos intrusiva que las anteriormente mencionadas.

Es interesante destacar que, al igual que sucede con la videovigilancia, se debe entender que al tratarse de una regulación especial prima sobre la general y, por lo tanto, no sería necesaria la emisión de informe por parte de la representación legal, tal y como se recoge

en el artículo 64.5 del ET, sino que bastaría con el derecho de información recogido en el artículo 90 de la LOPDGDD, salvo que la negociación colectiva establezca unas mayores garantías en la intervención de la representación legal, tal y como prevé el artículo 91 de la LOPDGDD.

Debido al poco tiempo que lleva en vigor la norma, no hemos podido comprobar su aplicación práctica, aunque sí ha habido determinados pronunciamientos con carácter reciente respecto a la posibilidad de geolocalizar en el ámbito laboral y, aunque sean anteriores a la entrada en vigor de la LOPDGDD, pueden ser útiles para la interpretación de su contenido.

Así, el supuesto más comentado, sin duda, en materia de geolocalización ha sido el analizado por la Sentencia de la Audiencia Nacional (AN) 13/2019, de 6 de febrero, y confirmado posteriormente por la STS 163/2021, de 8 de febrero, en la que se enjuiciaba la licitud de la instalación de una aplicación móvil para controlar la geolocalización de las personas trabajadoras que realizan labores de reparto a domicilio bajo la dirección de la empresa. La AN entendió que la instalación del sistema de geolocalización en los teléfonos móviles de las personas trabajadoras había vulnerado el derecho a la privacidad de las mismas por varios motivos.

En primer lugar, aunque como reconoce la AN la geolocalización es un medio de control totalmente lícito, ya que obedece a fines constitucionales legítimos como es la libertad de empresa, en el caso concreto no se superó el juicio de proporcionalidad, al poderse haber conseguido la misma finalidad con una menor injerencia en los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, ya que se podrían haber instalado los sistemas de geolocalización en las motos con las que realizan el transporte de los pedidos o con la entrega de pulseras por parte de la empresa, evitando así que la persona trabajadora tenga que aportar sus medios propios. En este sentido, y antes de continuar con el razonamiento de la sentencia, es interesante mencionar que, con la nueva normativa, parece complicado admitir que se permita el uso de dispositivos personales de la persona trabajadora para llevar a cabo la geolocalización, ya que, como tratamos anteriormente, el artículo 87 de la LOPDGDD, cuando se refiere al control laboral sobre dispositivos digitales, se refiere exclusivamente a los aportados por la empresa.

En segundo lugar, se razona que se ha prescindido de dar a la persona trabajadora la información necesaria antes de la implantación de la medida, y para ello se basa en los artículos 12 y 13 del RGPD que estaban vigentes, y hace una mención simbólica al artículo 90 de la LOPDGDD, que también recoge dicho derecho de información, aunque no era aplicable por no estar vigente cuando se planteó el conflicto.

En este sentido, al igual que hemos sostenido respecto a la videovigilancia, entendemos que no sería solo posible justificar la implantación de la medida respecto a supuestos de incumplimientos laborales previos, sino que podría ser utilizada en aquellos supuestos en los que la actividad sea realizada fuera del centro de trabajo y se lleven a cabo transportes

continuos dentro de la jornada laboral. En este sentido, hubiera sido diligente por parte de la norma que hubiera incluido aspectos para concretar las actividades para las que sería legítimo su uso y otras en las que no. Así, Purcalla Bonilla (2019, p. 70) pone de ejemplo la regulación francesa, en la que «solo es admisible la implantación de GPS en los vehículos por razones de seguridad y salud de los trabajadores [...] o por necesidad de localización por el tipo de prestación». Este aspecto es importante ya que la geolocalización tiene sentido como medio de control de la prestación laboral en aquellos supuestos en los que se presten servicios fuera del centro de trabajo, sobre todo en los casos de personas trabajadoras itinerantes, y en los que se realicen desplazamientos continuos, pero no en supuestos en los que la persona trabajadora no sale de un centro de trabajo fijo, sea de la empresa empleadora o de una empresa cliente de la misma, siendo desproporcionada, al menos a nuestro juicio, su utilización en los casos en los que el centro de trabajo es fijo, ya que la persona trabajadora puede ser controlada de forma visual, al no salir del ámbito organizativo inmediato de la empresa.

Sobre la necesidad de utilizar la geolocalización como medida de control laboral, es muy interesante la STSJ de Asturias 3058/2017, de 27 de diciembre, que entendió que era lícito el control laboral de las personas trabajadoras a través de la geolocalización de los vehículos puestos a disposición, ya que estas se desplazan de forma continua durante la mayor parte de su jornada laboral, por lo que la instalación de los dispositivos GPS es fundamental para la supervisión del cumplimiento eficiente de la prestación de servicios, corregir deficiencias en la confección y ejecución de las diferentes rutas y mejorar la capacidad de respuesta ante imprevistos. Además de la justificación de la medida, es interesante la manifestación que realiza dicha sentencia sobre la proporcionalidad, ya que, mientras que la parte demandante sostenía que la empresa disponía de medios menos intrusivos para controlar la prestación, como son las multas de los agentes de tráfico, las reclamaciones de la clientela o los recibos de las entregas realizadas, el fallo sostiene que la empresa debe tener la capacidad de organizar mecanismos efectivos de control sin acudir a medios externos, siendo el GPS un medio idóneo, necesario y proporcionado.

Además, y aunque el artículo 90 de la LOPDGDD no hace demasiado hincapié sobre este aspecto, la empresa está obligada a contar con un procedimiento que le permita desactivar el sistema de posicionamiento instalado para que deje de captar datos una vez que finaliza la jornada laboral. Esto puede entenderse incluido en la mención que realiza del artículo 20.3 del ET, ya que se refiere al control ordinario de la prestación laboral, y, por lo tanto, solo dentro de la jornada.

La necesidad de que la geolocalización fuera realizada únicamente dentro de la jornada laboral ya había sido mantenido por la STSJ de la Comunidad Valenciana 1165/2017, de 2 de mayo, que había utilizado como criterio para calificar la idoneidad de la medida el hecho de que el GPS permaneciera inactivo durante las vacaciones y los fines de semana, ya que era necesaria la separación entre la vida privada de la persona trabajadora y la ejecución del contrato, siendo el control válido únicamente durante el desarrollo del trabajo.

Como requisito adicional, es necesario tener en cuenta a la hora de llevar a cabo el control de la prestación laboral si la persona trabajadora ejerce funciones representativas, ya que como ha establecido la STSJ de Madrid 763/2019, de 12 de julio, el hecho de que el vehículo fuera geolocalizado fuera de su jornada laboral no solo atenta contra su intimidad, sino que, al ser miembro de la representación legal y/o sindical, se vulnera también su derecho a la libertad sindical. Por lo tanto, se deben establecer garantías adicionales en el control de las personas trabajadoras cuando tengan la condición de miembro de la representación legal, como podría ser el establecimiento de sistemas que permitan por parte de la persona trabajadora desconectar el GPS cuando no realice actividades laborales, sino de carácter representativo, para evitar que se vulnere la libertad sindical.

No obstante, y pese a la limitación del control a través de medios de geolocalización a la jornada laboral, es muy importante tener en cuenta la STS 766/2020, de 15 de septiembre, que ha sido la primera del TS sobre la materia, y que permitió el despido de una persona trabajadora que había estado utilizando el vehículo puesto a disposición por la empresa mientras estaba en situación de incapacidad temporal. En este sentido, podríamos entender que la geolocalización de la persona trabajadora estando en dicha situación, y, por lo tanto, fuera de su jornada laboral, se debería considerar ilícita. Sin embargo, el TS establece que, cuando la utilización del vehículo esté limitada de forma expresa a la prestación laboral, se puede controlar la utilización del vehículo fuera de la jornada laboral, ya que la persona trabajadora no debería utilizar el vehículo en dicho periodo. Esta interpretación no tendría por qué vulnerar *per se* el contenido del precepto siempre que no se realice un control exhaustivo de los movimientos realizados por la persona trabajadora, sino que se cifa al simple hecho de que el vehículo se haya desplazado fuera de su jornada laboral, por lo que se trata de una interpretación bastante razonable y que debería ser tenida en cuenta a la hora de implementar dicha medida de control.

Por lo tanto, debemos diferenciar a efectos de geolocalización de las personas trabajadoras si estas están o no autorizadas para utilizar los vehículos fuera de la jornada laboral, de manera que, cuando no puedan ser utilizados, se podrá controlar la ubicación del vehículo, mientras que, en el caso de que puedan ser utilizados, se deben establecer garantías para que la persona trabajadora pueda desconectar el GPS cuando utilice el vehículo fuera de su jornada laboral.

5. El control laboral a través de medios tecnológicos ocultos: el gran ausente

En último lugar debemos referirnos al control laboral a través de medios tecnológicos ocultos, que en la práctica son los que más conflictos han planteado. Evidentemente, cuando nos referimos a medios ocultos, estamos haciendo referencia a su carácter de no informados, de forma que las personas trabajadoras no conocen de su existencia, teniendo en

cuenta que los medios de control ocultos son más invasivos que los informados. En este sentido resulta muy interesante la STC 25/2019, de 29 de febrero, que, aunque referida a un supuesto de derecho a la información veraz en el periodismo, establece que con la utilización de cámaras ocultas se consigue grabar una serie de comportamientos, actuaciones o declaraciones que no es seguro que se pudieran haber conseguido si no se hubieran ocultado las cámaras.

De la lectura de la LOPDGDD no se deduce de forma expresa ni implícita que se pueda excepcionar el derecho a la información para ninguno de los medios de control que la misma prevé, más allá del supuesto contemplado en el artículo 89.1 *in fine*, que no se refiere a una ausencia completa de información, sino a una devaluación, por lo que parece, *a priori*, difícil defender su validez. No obstante, con carácter previo a su entrada en vigor, nuestros tribunales habían admitido el control no informado en supuestos de videovigilancia y geolocalización siempre que se superara el juicio de proporcionalidad. Esta jurisprudencia fue en principio declarada contraria al derecho a la privacidad por el TEDH, en la STEDH de 9 de enero de 2018, caso López Ribalda (STEDH López Ribalda I), enjuiciando un supuesto en el que se habían instalado cámaras tanto visibles como ocultas para vigilar a las personas trabajadoras que realizaban su prestación laboral en las cajas registradoras, conociendo las mismas únicamente las cámaras visibles, pero no las ocultas, que eran las que vigilaban las cajas registradoras. En este sentido, el TEDH entendió que, al no haber sido informadas las personas trabajadoras de la medida de control, se había vulnerado su derecho a la privacidad, ya que la regulación española establecía la obligación de informar sobre la recogida y tratamiento de sus datos de carácter personal. Además, se añade que no se había grabado solo a las personas trabajadoras, sino a todo el personal encargado de las cajas, sin límite de tiempo y durante todo el horario laboral, y, por lo tanto, la misma había sido desproporcionada.

Sin embargo, y como ocurrió en el asunto Bărbulescu, este fue recurrido ante la Gran Sala del TEDH para que se manifestara sobre la interpretación realizada. Así, enjuiciando los mismos hechos, la STEDH (Gran Sala) de 17 de octubre de 2019, caso López Ribalda II (STEDH López Ribalda II), entendió que la videovigilancia había estado centrada solo en las cajas registradoras y que, además, se habían utilizado solo por el tiempo imprescindible para detectar el incumplimiento laboral, aunque no se estableciera la duración de forma previa a su adopción. Por otra parte, la visión de las imágenes solo fue realizada por la gerencia de la tienda, un miembro de la representación sindical de las personas trabajadoras y la representación legal de la empresa, por lo que no se le dio una excesiva publicidad a la captación de dichas imágenes y, en consecuencia, la intrusión en la vida privada no había sido muy alta.

Respecto al derecho de información, la Gran Sala entendió que: (i) informar a cualquiera de los miembros del personal podía haber puesto en riesgo la finalidad de la medida; y (ii) se habían instalado dos tipos de cámaras, unas visibles y otras ocultas, informando expresamente de las primeras, y existiendo carteles de información de la presencia de cámaras al público en general. Además, la Gran Sala sostiene que la información proporcionada

a la persona objeto de vigilancia y su alcance son solo uno de los criterios que se deben tener en cuenta a la hora de valorar la proporcionalidad de tal medida, de forma que, cuando falta, es necesario aumentar las garantías del resto de criterios. Se aprecia, por tanto, una diferencia relevante respecto a la STEDH Bărbulescu II, en la que se manifestaba que la información es un requisito previo imprescindible, antes de entrar a valorar la proporcionalidad. Sin embargo, es necesario que se hayan producido una serie de hechos que permitan justificar esa excepcionalidad de la medida y, por lo tanto, la ausencia de información.

Igualmente, la Gran Sala sostiene un aspecto que puede ser muy relevante para la aplicación de medidas de videovigilancia en general, y que puede ser utilizado a la hora de realizar el juicio de proporcionalidad, sobre todo en lo referente a la proporcionalidad en sentido estricto, y es que esta sostiene que, mientras la expectativa de privacidad es muy fuerte en supuestos en los que la persona trabajadora desarrolla su trabajo en lugares cerrados como oficinas, se reduce notablemente en lugares visibles o accesibles para el gran público. Evidentemente, esta distinción es un criterio a tener en cuenta, pero que en ningún caso puede vaciar de contenido el derecho de privacidad de la persona trabajadora por prestar su servicio en un establecimiento abierto al público.

No obstante, y pese a que, en la prensa, así como por parte de la doctrina, se ha publicado de forma general que se permite la videovigilancia a través de cámaras ocultas, es importante que tengamos en cuenta dos aspectos que pueden ser muy relevantes para posibles conflictos que puedan surgir respecto a las mismas.

En primer lugar, aunque no se le haya dado tanta relevancia, al menos a nuestro juicio, en el asunto nos encontrábamos con diferentes tipos de cámaras, algunas informadas y otras no, por lo que existía información, aunque parcial, sobre la videovigilancia. De manera que, en el supuesto en el que nos encontráramos únicamente ante cámaras ocultas y, por tanto, ante la ausencia total de información al respecto, al existir una expectativa de privacidad más amplia, se podría entender vulnerado el derecho a la privacidad.

En segundo lugar, en el caso López Ribalda, era aplicable la normativa de protección de datos, que regulaba el derecho de forma general, a diferencia de la LOPDGDD, que se encarga de regular de forma expresa la videovigilancia en el ámbito laboral, por lo que se podría entender que, al definir la misma el contenido de los derechos fundamentales, y no permitir excepciones, no se prevé ningún supuesto legal que excluya la aplicación de la regla general. En este sentido es importante tener en cuenta que la ponderación judicial entre derechos fundamentales en conflicto es relevante cuando no hay una normativa sobre la materia que, en la ordenación de los aspectos en liza, haya establecido el justo equilibrio entre los mismos. Sin embargo, se ha regulado de forma expresa, mediante ley orgánica, el control de las personas trabajadoras a través de dichos medios tecnológicos, sin prever la posibilidad de que se realice sin información previa, por lo que los jueces y las juezas deben aplicar el mismo conforme a la LOPDGDD, sin poder establecer excepciones no previstas normativamente.

En este sentido, y pese a que parece evidente que la norma debería haber previsto si el derecho a recibir información previa por parte de las personas trabajadoras tiene alguna excepción, no podemos olvidar que los derechos no tienen carácter absoluto, y el derecho a la protección de datos tampoco debería tenerlo.

Tendremos que esperar a ver cómo interpretan nuestros tribunales la STEDH López Ribalda II, para comprobar si la utilizan como excepción a la necesidad de información previa en casos en los que exista una justificación suficiente o, si por el contrario, se entiende que, a la luz de la nueva normativa, tanto nacional como comunitaria, la misma no es lícita. Si se admitiera por los tribunales de diverso ámbito que estamos ante una excepción, pese a que no la prevea la norma, no habría problemas para entender que la misma es extensible a los otros medios de control tecnológico regulados en la LOPDGDD, en aquellos supuestos en los que exista una justificación suficiente, ya que en todos los casos nos movemos dentro de la interpretación del artículo 8 del CEDH, con independencia del medio de control utilizado.

Sin embargo, en nuestra humilde opinión, el CEDH y las sentencias que lo interpretan deben tener el carácter de protección mínima necesaria, siendo esta únicamente mejorable por las legislaciones nacionales. Así, cuando la LOPDGDD establece los requisitos y límites al control a través de medios tecnológicos, entendemos que deben interpretarse en sentido estricto, permitiéndose el control a través de estos solo en aquellos supuestos previstos en la normativa, tal y como ha establecido el TC en diversas ocasiones. En este sentido podemos destacar la STC 115/1987, de 7 de julio, que señala que las excepciones previstas al funcionamiento normal de los derechos deben ser interpretadas restrictivamente, pudiendo producirse la perturbación del derecho afectado solo en los casos y por las circunstancias previstas en la normativa. Por lo tanto, si la LOPDGDD no ha previsto la realización de controles ocultos a través de medios tecnológicos, los mismos se deben considerar ilícitos. Así, quizás lo más oportuno fuera una reforma de la LOPDGDD que establezca excepciones a la información previa, con la finalidad de garantizar un justo equilibrio entre los derechos en liza.

Finalmente se ha planteado si sería posible la aplicación de los artículos 76.4 y 90.4 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), para la obtención de pruebas a través de medios tecnológicos ocultos. A favor de esta parecía decantarse la STS de 13 de mayo de 2014 (rec. 1685/2913), aunque a modo de *obiter dicta*, y no como parte de la *ratio decidendi*.

En sentido contrario se ha manifestado parte de la doctrina, siendo destacable la opinión de Desdentado Bonete y Desdentado Aroca (2018, p. 37), que han sostenido que «son medidas de preparación del proceso que no pueden aplicarse a un control laboral ordinario, ni a la investigación de un hecho futuro sobre el que ni siquiera hay certeza de que vaya a dar origen a un proceso». En cuanto a este aspecto, no podemos obviar que la utilización de dichos medios va a estar relacionada, en la mayoría de los casos, con supuestos en los que, como consecuencia de las pruebas obtenidas, la persona trabajadora va a ser sancionada o despedida. Por lo tanto, si analizamos la lógica de dichas modalidades

procesales, es la persona trabajadora la que tiene la legitimación para iniciar la acción, de manera que no tiene la empresa la posibilidad de iniciar el procedimiento. Por lo tanto, entendemos que la autorización judicial previa tiene poca virtualidad en aquellos supuestos en los que sea la empresa la que quiera ejercer su derecho a la prueba en el ámbito laboral, si no se han obtenido las pruebas conforme a los requisitos previstos en la LOPDGDD.

6. Conclusiones

Primera. Con la aprobación de la LOPDGDD se ha dotado de una mayor seguridad jurídica a las personas que participan dentro del ámbito de las relaciones laborales. Debemos reconocer que la literalidad de esta no es la más acertada, existiendo ciertas lagunas en su redacción, así como la remisión a múltiples conceptos jurídicos indeterminados, que requieren de la continua interpretación por parte de los diferentes tribunales internacionales y nacionales con competencia sobre la materia. No obstante, y pese a que la técnica utilizada es mejorable, no podemos obviar que cuando nos movemos dentro del terreno de los derechos fundamentales resulta muy complicada su regulación, al encontrarnos ante una materia muy subjetiva, en la que es difícil encontrar el equilibrio, siendo vacilante incluso la interpretación de los tribunales sobre los mismos.

Segunda. La regulación se refiere en los distintos medios de control al derecho a la intimidad, sin embargo, de la literalidad de la misma podemos concluir que es el derecho a la protección de datos el que va a verse afectado de forma general en la mayoría de los casos. Además, en función del medio de control utilizado, se pueden ver afectados otros derechos fundamentales como son el derecho al secreto de las comunicaciones, el derecho a la propia imagen, el derecho a la libertad sindical e incluso el derecho a la huelga, por lo que se deberá atender al contenido esencial de los mismos. Por lo tanto, cuando se vaya a implantar cualquiera de las medidas de control reguladas en la LOPDGDD, deberá tenerse en cuenta la regulación legal de los derechos fundamentales afectados, así como el juicio de proporcionalidad establecido por el TC y el TEDH, que exigen que la medida esté justificada y que cumpla los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Tercera. La empresa podrá controlar los dispositivos digitales que haya puesto a disposición de las personas trabajadoras, siempre que haya establecido criterios de utilización donde se prevean los usos permitidos y prohibidos, y además haya informado con carácter previo sobre dichos criterios, así como sobre la posibilidad de llevar a cabo la fiscalización de los dispositivos. Para la elaboración de dichos criterios de utilización, la empresa deberá negociar con la representación legal de las personas trabajadoras, en el caso de que la hubiera, aunque no se le exige que llegue a un acuerdo sobre la medida. Además, dicha medida podría tener un carácter más intrusivo en el supuesto de personas trabajadoras que presten sus servicios a distancia, ya que, por la propia naturaleza de la prestación de servicios, es más necesaria su utilización.

Cuarta. La empresa podrá llevar a cabo la captación de imágenes y sonidos para el control de la prestación laboral. Respecto a la captación de imágenes, será necesario que se informe previamente y de forma expresa, clara y concisa. Pese a que la norma establece una excepción para supuestos en los que se produzca la captación de un acto ilícito, esta no parece conforme con la normativa europea, y además vaciaría de contenido la regla general, por lo que habría que plantear su validez ante el TJUE y el TC, aunque algunos tribunales superiores de justicia ya la están aplicando sin cuestionarla. Por otra parte, la videovigilancia no puede ser utilizada de forma generalizada como forma de control, sino que deberá estar reservada para puestos concretos que requieran una mayor fiscalización por sus propias características, sin que sea necesario que se reduzca su uso a supuestos de incumplimientos previos que desvirtúen la utilidad de la misma.

Respecto a la captación de sonidos, se establecen unas mayores garantías, basándose la medida en el principio de intervención mínima, ya que esta es de carácter más intrusivo. Por ello, su uso debe ser excepcional, salvo supuestos en los que la actividad no permita otra forma de control por desarrollarse a través de sistemas de comunicación. En ambos medios de control es necesaria la información a la representación legal de las personas trabajadoras, y está vedada su utilización en lugares de esparcimiento de las personas trabajadoras.

A diferencia del control sobre los dispositivos digitales puestos a disposición de las personas trabajadoras, en el supuesto de personas trabajadoras que presten sus servicios a distancia, entendemos que la utilización de medios de captación de imágenes y/o sonidos debería ser muy restringida, ya que, en estos casos, el derecho a la intimidad personal y/o familiar tiene un carácter más amplio, y debe disfrutar de mayores garantías en su aplicación e interpretación.

Quinta. La empresa podrá implantar sistemas de geolocalización para el control de la prestación laboral, siempre que se justifique por el tipo de actividad y no exista otra modalidad de control menos intrusiva. Para poder implantarla es necesario que se informe a las personas trabajadoras de forma previa, expresa, clara e inequívoca sobre la finalidad de control laboral de la medida, incluyendo la posibilidad de sanción como consecuencia de la misma. Dichos sistemas deberán garantizar sistemas de desconexión cuando los vehículos se utilicen fuera de la jornada laboral, para evitar la vulneración del derecho a la intimidad, así como cuando sean utilizados por miembros de la representación sindical, para no vulnerar su derecho a la libertad sindical.

Sexta. El mayor déficit de la norma es que en ninguno de los medios de control se regulan excepciones o alternativas al deber de información previa para aquellos supuestos en los que debido a su trascendencia sea necesario el uso de medios de control ocultos. Así, aunque el TEDH ha validado la videovigilancia oculta realizada bajo la normativa española, dicho pronunciamiento fue conforme a la regulación anterior, por lo que, con la nueva normativa, que es específica para el ámbito laboral, se pueden plantear problemas en su

aplicación. En este sentido, si tenemos en cuenta que las restricciones de derechos fundamentales se tienen que interpretar de manera estricta, y que la LOPDGDD no prevé excepciones o matizaciones al derecho de información previa, parece difícil defender que se puedan realizar controles ocultos. Además, parte de la doctrina entiende que en estos casos se debería utilizar la autorización judicial prevista en la LRJS, sin embargo, la estructura del proceso laboral, sobre todo en las modalidades procesales de impugnación de despidos y sanciones, complica su aplicación práctica, ya que las pruebas obtenidas por dichos medios se utilizarán en casi la totalidad de los casos en procesos de imposición de sanciones y despidos, siendo estos incoados por la persona trabajadora. Por lo tanto, puede ocurrir que la utilización de controles ocultos quede relegada a supuestos en los que los ilícitos adquieran relevancia penal, ámbito en el que se utiliza la autorización judicial de forma habitual para la obtención de pruebas.

Referencias bibliográficas

- Blázquez Agudo, Eva María. (2017). La implantación de un protocolo de vigilancia en el centro de trabajo. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 43, 25-59.
- Blázquez Agudo, Eva María. (2019). Novedades laborales en la nueva Ley orgánica de protección de datos. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 50, 89-102.
- Desdentado Bonete, Aurelio y Desdentado Aroca, Elena. (2018). La segunda sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Bărbulescu y sus consecuencias sobre el control de uso laboral del ordenador. *Revista de Información Laboral*, 1, 19-39.
- García Murcia, Joaquín y Rodríguez Cardo, Iván Antonio. (2019). La protección de datos personales en el ámbito de trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 216, 19-64.
- García-Perrote Escartín, Ignacio y Mercader Uguina, Jesús Rafael. (2015). El registro del correo electrónico de un trabajador en el ámbito penal requiere autorización judicial: los matices de una inquietante doctrina. *Anuario laboral 2015: doctrina científica, casos prácticos y doctrina administrativa*, 649-653.
- García-Perrote Escartín, Ignacio y Mercader Uguina, Jesús Rafael. (2017). La protección de datos se come a la intimidad: la doctrina de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de septiembre de 2017 (caso Bărbulescu v. Rumanía; n.º 61496/08; Gran Sala). *Revista de Información Laboral*, 10, 7-12.
- González González, Carlos. (2018). Control empresarial de la actividad laboral mediante la videovigilancia y colisión con los derechos fundamentales del trabajador. Novedades de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4, 1-30.
- Mercader Uguina, Jesús Rafael. (2001). Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica? *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1, 665-686.

- Mercader Uguina, Jesús Rafael. (2019). Aspectos laborales de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre: una aproximación desde la protección de datos. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 52, 110-118.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2018). Poder de geolocalización, intimidad y autodeterminación digital en las relaciones de trabajo: ¿un nuevo orden eficaz de garantías y límites? *Diario La Ley*, 9319.
- Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco y García Rubio, María Amparo. (2017). El control empresarial sobre las comunicaciones electrónicas del trabajador: criterios convergentes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 196, 41-54.
- Preciado Domènech, Carlos Hugo. (2018). Comentario de urgencia a la STEDH de 9 de enero de 2018. Caso López Ribalda y otras c. España. *Revista de Información Laboral*, 1, 41-53.
- Purcalla Bonilla, Miguel Ángel. (2019). Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión de los empleados: notas a propósito de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 218, 55-86.
- Quirós Hidalgo, José Gustavo. (2020). [Análisis del artículo 87 de la LOPDGDD: el uso de los dispositivos digitales por la persona trabajadora, su control por parte de la empresa y el devaluado derecho a la intimidad](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 452, 145-170.
- Sala Franco, Tomás. (2019). Acerca del absentismo laboral. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 49, 16-25.
- Sempere Navarro, Antonio Vicente y San Martín Mazzucconi, Carolina. (2006). Nuevas tecnologías y relaciones laborales: una tipología jurisprudencial. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 10, 35-63.
- Villalba Sánchez, Alicia. (2019). El principio de transparencia en la ejecución automatizada del contrato de trabajo: una aproximación jurídica a la tecnología «blockchain» y a la inteligencia artificial. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 224, 183-226.



Medidas de trato diferenciado en el empleo para personas con capacidad intelectual límite: análisis normativo y apuntes para la reflexión

José Antonio Rueda Monroy

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Universidad de Málaga

ruedamonroy@uma.es | <https://orcid.org/0000-0001-8716-040X>

Extracto

El 1 de junio de 2021 entraron en vigor en nuestro país un elenco de medidas de trato diferenciado dirigidas a las personas con capacidad intelectual límite. Las mismas, que pretenden paliar las dificultades que se presentan en el mundo del trabajo para el colectivo, se articulan jurídicamente a partir de las ya tradicionales contempladas para las personas con discapacidad. Será aquí donde encontraremos el primer escollo, al plantearnos si realmente no ha de considerarse a las personas con capacidad intelectual límite como personas con discapacidad atendiendo a los instrumentos internacionales que rigen la materia. Respecto a las medidas introducidas encontramos que, pese a su reconocimiento como de acción positiva, no todas tienen la misma naturaleza, siendo unas más atractivas que otras desde una perspectiva empresarial, pero también desde un enfoque orientado a los apoyos que precisan estas personas en el ámbito del empleo.

Palabras clave: capacidad intelectual límite; discapacidad; igualdad de oportunidades; incentivos económicos; medidas de acción positiva.

Fecha de entrada: 21-06-2021 / Fecha de aceptación: 31-08-2021

Cómo citar: Rueda Monroy, José Antonio. (2021). Medidas de trato diferenciado en el empleo para personas con capacidad intelectual límite: análisis normativo y apuntes para la reflexión. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 463, 99-123.



Differential treatment measures in employment for people with borderline intellectual functioning: normative analysis and notes for reflection

José Antonio Rueda Monroy

Abstract

On June 1, 2021, a list of differentiated treatment measures aimed at people with borderline intellectual functioning entered into force in our country. These, which seek to alleviate the difficulties that arise in the work market for the community, are legally articulated from the already traditional regulated for people with disabilities. It will be here where we will find the first obstacle when considering whether people with limited capacity should not really be considered as people with disabilities in accordance with the international instruments that govern the matter. Regarding the measures introduced, we found that, despite their recognition as affirmative action, not all have the same nature, some being more attractive than others from a business perspective and also from an approach oriented to the support that these people need.

Keywords: borderline; disability; equal opportunities; economic incentives; affirmative actions.

Citation: Rueda Monroy, José Antonio. (2021). Differential treatment measures in employment for people with borderline intellectual functioning: normative analysis and notes for reflection. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 463, 99-123.



Sumario

1. Introducción: los antecedentes lejanos de la cuestión
 2. Aproximación al concepto de capacidad intelectual límite
 - 2.1. Noción médico-científica
 - 2.2. Delimitación jurídica
 - 2.3. La capacidad intelectual límite en el entorno laboral
 - 2.4. Capacidad intelectual límite y discapacidad: un deslinde conceptual complejo
 3. Medidas de fomento del empleo de las personas con capacidad intelectual límite
 - 3.1. Incentivos económicos
 - 3.1.1. Subvenciones
 - 3.1.2. Bonificaciones de cuotas
 - 3.2. Singularidades en la regulación del contrato para la formación y el aprendizaje
 4. Reflexiones finales: clasificación y valoración de las medidas
- Referencias bibliográficas

1. Introducción: los antecedentes lejanos de la cuestión

La disposición adicional sexta de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, contiene un mandato al Gobierno para presentar «medidas de acción positiva dirigidas a promover el acceso al empleo de las personas con capacidad intelectual límite». Con la demora consabida, prácticamente una década después, el pasado 26 de mayo de 2021, se publicó el Real Decreto 368/2021, de 25 de mayo, sobre medidas de acción positiva para promover el acceso al empleo de personas con capacidad intelectual límite¹. La referida norma reglamentaria introduce modificaciones en otras tres: en el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos; en el Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo; y en el Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual.

Dos días más tarde, el 28 de mayo, aprovechando uno de los ya recurrentes instrumentos legales de «prórroga de los ERTES», se publica el Real Decreto-Ley 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos, que modifica la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, para incluir bonificaciones de cuotas empresariales a la Seguridad Social para empleadores que contraten a personas con capacidad intelectual límite.

Procederemos en este estudio al análisis de unas medidas que no son extrañas para nuestro ordenamiento, al contrario, las mismas ya se encuentran previstas para las personas con discapacidad. Se efectúa, pues, una ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de las mismas –calificadas como de acción positiva según el propio título del nuevo

¹ Podemos remontarnos más atrás en el tiempo y encontrar un mandato similar más antiguo, aunque menos comprometido e igualmente incumplido. Hablamos del apartado segundo de la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que ordenaba al Gobierno «estudiar» medidas para el colectivo en el marco de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012. Como decimos, tal mandato fue desatendido.

reglamento– para acoger a un colectivo que tradicionalmente había quedado fuera de protección jurídica, las personas con capacidad intelectual límite.

Comenzaremos ahondando sobre el concepto de capacidad intelectual límite desde dos perspectivas. Primeramente, desde una médico-científica y, a partir de esta, desde el concepto jurídico que introduce la nueva regulación. A continuación, analizaremos los efectos de la capacidad intelectual límite en el entorno laboral y barajaremos la posibilidad, a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de deslindar esta figura de la de discapacidad. Será entonces cuando estemos en posición de realizar un análisis exhaustivo de la nueva regulación introducida por vía legal y reglamentaria. Finalmente, efectuaremos unas reflexiones y valoraciones finales de las distintas medidas.

2. Aproximación al concepto de capacidad intelectual límite

2.1. Noción médico-científica

Antes de adentrarnos en la delimitación jurídica de la capacidad intelectual límite y en el análisis de las medidas implementadas en relación con el empleo, conviene siquiera apuntar algunos rasgos generales sobre la conceptualización de la capacidad intelectual límite desde un prisma médico-científico, todo ello a sabiendas de que nos adentramos en una disciplina ajena a nuestra pericia, por lo que –reiteramos– nos dedicaremos a los aspectos más primordiales apoyados, en todo caso, por doctrina más cualificada.

El concepto de capacidad intelectual límite hace referencia a una entidad clínica compleja y poco estudiada (Medina Gómez *et al.*, 2015, p. 366), con un alcance análogo a la discapacidad intelectual de carácter leve que «se suele utilizar como categoría diagnóstica» (Artigas Pallarés *et al.*, 2007, p. 739). Tal es su aproximación que se categoriza únicamente por la detección de un cociente de inteligencia entre 71 y 84² mediante un test de inteligencia, esto es, sin ninguna condición adicional, lo que hace, además, que el sistema de diagnóstico se refute como impreciso (Artigas Pallarés *et al.*, 2007, p. 739). Esta entidad clínica es conocida en lenguaje anglosajón como *borderline*³, término que suele ser traducido indistintamente al castellano como capacidad intelectual límite o inteligencia límite⁴.

² No obstante, en nuestra normativa, el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, en el capítulo 15 del anexo 1.A, recoge un rango de entre 70 y 80.

³ Además de en artículos doctrinales, es habitual encontrar el término anglosajón en resoluciones judiciales al acogerlo de los cuadros clínicos de las partes en la litis. A modo ejemplificativo, *vid.* el Auto del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2021, número de procedimiento 4949/2019.

⁴ Utilizaremos en este trabajo el concepto capacidad intelectual límite, puesto que es el elegido por nuestro ordenamiento jurídico. Un ejemplo de utilización del término inteligencia límite en Collet i Sabé *et al.* (2004).

La existencia de estas deficiencias de salud, que se traducen en unos niveles de inteligencia levemente inferiores a la media, tendrá repercusiones en distintas facetas de la vida de la persona. Cuestión trascendental es la contribución a la disminución del potencial cognitivo y los trastornos sobre la inteligencia debido a las dificultades en el seguimiento de los aprendizajes «cuya comprensión no alcanza debido a su baja capacidad de inteligencia»; nos encontramos, pues, ante una «causalidad recíproca», es decir, «los trastornos de neurodesarrollo influyen negativamente en la inteligencia; y además, la baja capacidad de inteligencia potencia los problemas del neurodesarrollo» (Artigas Pallarés *et al.*, 2007, p. 742).

Antes de abandonar este campo que, como se advirtió, escapa de la disciplina que nos resulta más afín, conviene significar las enormes dificultades diarias que las personas con capacidad intelectual límite enfrentan a causa de la interacción de las diferencias orgánicas o funcionales que la identifican con las diversas barreras del entorno. Como indica el profesor Fernández Orrico (2017): «las personas con capacidad intelectual límite tienen dificultades para enfrentarse y adaptarse a las exigencias sociales del entorno más inmediato y mediato» (p. 41). En efecto, si nos atenemos a las normas de valoración de la discapacidad recogidas en el capítulo 15 del anexo 1.A del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, encontramos que son rasgos de las personas con capacidad intelectual límite, entre otros: el retraso en la adquisición del lenguaje, poca habilidad para establecer relaciones sociales, adaptación lenta a lugares ajenos a su entorno social, atención dispersa y baja concentración y motivación, o inseguridad.

Estas circunstancias son las que aconsejan un tratamiento desde el enfoque de los apoyos y en un entorno normalizado (Collet i Sabé *et al.*, 2004, p. 14). Este extremo ha llevado a que se defienda la descatalogación de la capacidad intelectual límite y se incluya al colectivo dentro de las personas con discapacidad intelectual con necesidad de apoyos intermitentes, ya que, como se ha puesto de manifiesto por Collet i Sabé *et al.* (2004): «se trata de personas que, con un grado leve de discapacidad intelectual, pueden alcanzar una calidad de vida y un nivel de autonomía y autogobierno estándares, mediante apoyos puntuales y respecto a algunas esferas vitales» (p. 14).

Ciertamente, estamos ante una cuestión importante. Según un estudio del Observatorio Estatal de la Discapacidad, existen en nuestro país en torno a 60.000 personas con capacidad intelectual límite (Huete García, 2014, p. 21).

2.2. Delimitación jurídica

Un aspecto trascendental que acomete la nueva regulación es la delimitación jurídica de persona con capacidad intelectual límite. Eso sí, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 del Real Decreto 368/2021, únicamente a efecto de las medidas laborales dispuestas en el mismo.

Para ser consideradas como personas con capacidad intelectual límite han de reunirse dos requisitos: la inscripción en los servicios públicos de empleo como personas demandantes de empleo no ocupadas y un grado de discapacidad intelectual reconocido entre el 20 y el 33 %.

La exigencia de la no ocupación es importante. Como veremos, las medidas previstas despliegan sus efectos en el momento del perfeccionamiento de la relación laboral, siendo requisito necesario la contratación de una persona con esas características y excluyendo, por ende, la aplicación de los beneficios a empresarios y empresarias que empleen a personas trabajadoras que adquieran la capacidad intelectual límite de forma sobrevenida. No obstante, la previsión que nos ocupa, relativa a la necesidad de que la persona con capacidad intelectual límite no se encuentre empleada, imposibilita que accedan a estos beneficios personas empresarias que contraten *ex novo* a estas si ya se encuentran prestando servicios por cuenta propia o ajena. Además, subyace una discordancia importante entre la entidad clínica y la jurídica. Todas las personas con capacidad intelectual límite, según los postulados médicos, no serán consideradas como tal a efectos jurídicos en la aplicación de las medidas en el empleo, sino únicamente las que estén inscritas como demandantes de empleo y no ocupadas.

Por otra parte, el reconocimiento del grado de discapacidad habrá de efectuarse siguiendo el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, aspecto que nos sigue aproximando a la discapacidad. Concretamente, la tipología de deficiencias que le sean reconocidas habrán de ser intelectuales, es decir, conforme el capítulo 15 del anexo 1 de la precitada norma reglamentaria. Esta cuestión nos llevaría a admitir que nuestro ordenamiento considera la capacidad intelectual límite como la antesala a la discapacidad intelectual.

2.3. La capacidad intelectual límite en el entorno laboral

Según las estimaciones del Observatorio Estatal de la Discapacidad, en 2015, de un total de 14.836 personas con capacidad intelectual límite que podían acceder de manera efectiva al mercado laboral, solo la mitad se encontraba ya trabajando (Huete García, 2014, p. 21). Este déficit cuantitativo que evidencia las dificultades de acceso al mundo del trabajo del colectivo se puede trasladar también a los aspectos cualitativos, y es que se viene poniendo de relieve que, cuando estas personas consiguen un empleo, el mismo suele ser de escasa cualificación (Medina Gómez *et al.*, 2015, p. 369).

Los impedimentos relacionales que se encuentran las personas con capacidad intelectual límite a lo largo de su trayectoria vital se van acumulando y hacen cada vez más difícil el disfrute de una vida social, cultural o laboral en igualdad de condiciones que las demás. De ahí que la presencia de apoyos en las etapas iniciales de la vida, donde cobra

vital importancia el aprendizaje (Molina Clemente y Fernández Regaña, 2004, p. 19)⁵, se torne esencial de forma genérica para la realización de una vida autónoma e independiente (Huet García, 2014, p. 31), pero también para cuando llegue el tránsito al mundo laboral. No obstante, nos encontramos con la dificultad de identificación precoz del trastorno (Medina Gómez *et al.*, 2015, p. 368).

Es en esta sede del empleo donde se evidencian signos de vulnerabilidad y se aprecian más cotas de presión que respecto a otras personas con discapacidad (Collet i Sabé *et al.*, 2004, p. 15), lo que se puede deber precisamente a esa falta de apoyos, y que vendrán ocasionadas por el desconocimiento, la desconfianza o, incluso, el rechazo por parte del empresario o sus compañeros/as de trabajo. Esta cuestión, que se arrastra de etapas previas en la adquisición deficitaria de herramientas para afrontar la integración en la sociedad, repercute negativamente en la realización de funciones ejecutivas como podrían ser el «iniciar, mantener y finalizar tareas, supervisar sus acciones, asumir responsabilidades, resolver problemas, planificar acciones, tomar decisiones, adaptación a nuevas situaciones»⁶ (Medina Gómez *et al.*, 2015, p. 369).

Los factores de riesgo que destacan quienes se dedican profesionalmente a estas cuestiones en relación con las dificultades que enfrentan las personas con capacidad intelectual límite en el empleo son debidos al desconocimiento de la problemática por parte del empresario y a las barreras educativas que se alzan en etapas previas al acceso laboral (Huet García, 2014, p. 57). Las ofertas laborales inadecuadas, la ignorancia de las competencias laborales y una formación educativa y laboral sin apoyo lastran las oportunidades del colectivo en el empleo.

Dicho esto, debemos tener presente que el grado de discapacidad reconocido a este colectivo no tenía hasta ahora virtualidad alguna en el mundo del trabajo. Ni el colectivo ni los empleadores tenían acceso a alguna medida de igualación de oportunidades, lo que impedía su visibilización y el tratamiento específico del problema para permitir una participación en el mercado adecuada. Esta cuestión ha podido venir ocasionando el ocultamiento por parte de las personas afectadas de su condición de persona con capacidad intelectual límite para intentar una inclusión laboral normalizada a costa de encubrir dificultades en los procesos productivos y claudicar ante verdaderas necesidades de apoyos (Medina Gómez *et al.*, 2015,

⁵ En palabras de los autores:

[...] a medida que vamos avanzando por las diferentes etapas escolares, las personas con DINAI se van encontrando con más dificultades, no solo desde un punto de vista académico, en el que el fracaso escolar viene siendo la tónica habitual, sino también en el plano social, en el que un mayor desfase sucesivo, entre la edad cronológica y la mental, va provocando un mayor aislamiento, miedos, pérdida de la autoestima, inseguridades [...].

⁶ El Real Decreto 1971/1999 recoge las siguientes: graves dificultades para acceder al mercado de trabajo competitivo; desarrollar actividades que no impliquen responsabilidad ni toma de iniciativas; bajo rendimiento en actividades laborales mejorando este cuando trabaja en centros especiales de empleo; independencia en la utilización de su tiempo libre.

p. 369). Será esta visibilidad, que debe aflorar ahora tras la implantación de estas medidas, un aspecto fundamental si se pretende la interacción de estas personas con las demás en un plano de igualdad, y ello, puesto que será esta la única vía para que, desde la concienciación, regida por el respeto y la comprensión, se efectúe un cambio actitudinal de la sociedad.

Un tratamiento adecuado de la problemática ha de posibilitar el reconocimiento de las personas con tal condición de la forma más cercana posible a la realidad y, a partir de ahí, atajar sus necesidades. Con respecto a esto último, hemos de considerar la heterogeneidad del grupo y la conveniencia de un estudio individualizado que detecte en cada caso fortalezas y debilidades, analice las tareas y acciones a ejecutar, y establezca el tipo e intensidad de apoyos necesarios (Medina Gómez *et al.*, 2015, p. 369).

Se estima que para 2030 serán más de 20.000 las personas con capacidad intelectual límite en edad laboral en nuestro país (Huete García, 2014, p. 25), por lo que resulta más que aconsejable atajar el problema lo antes posible.

2.4. Capacidad intelectual límite y discapacidad: un deslinde conceptual complejo

Si bien hemos intentado conceptualizar la incapacidad intelectual límite, resulta trascendental para este estudio hacer una descripción del concepto de discapacidad. Ello viene motivado principalmente porque, como se expuso, la figura que nos ocupa parece ser la antesala a la discapacidad intelectual. Pues bien, unas observaciones sobre la discapacidad nos permitirán efectuar comparaciones entre las ya tradicionales medidas previstas en nuestro ordenamiento para este colectivo y las novedosas particularidades introducidas para las personas con capacidad intelectual límite. Como más adelante comprobaremos, lo que se ha efectuado con la regulación que comentamos es la apertura a este colectivo de ciertas medidas ya previstas para personas con discapacidad, aunque en distinto rango. Las opciones para conseguir la protección del colectivo eran diversas. En este sentido, teniendo en cuenta las dificultades analizadas en el epígrafe anterior, se podría haber realizado, mediante una norma de rango legal, una equiparación a efectos laborales de ambos colectivos; sin embargo, esto posibilitaría que de forma automática se abrieran las puertas a todo el elenco de medidas previstas para estas últimas.

La primera aproximación a la discapacidad ha de hacerse sobre una norma calificada como un hito sobre la cuestión al superar la perspectiva individual y asistencial de la discapacidad y elevarla a una cuestión de derechos humanos (Palacios Rizzo y Bariffi, 2007, p. 11): Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 (CIDPD)⁷. La definición de persona con discapacidad se recoge en su artículo 1, que dispone:

⁷ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 junto a su protocolo facultativo.

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Como se comprueba, la concepción de la discapacidad de la CIDPD se concentra en la interacción causal entre deficiencias de salud y barreras sociales, y el impedimento de una «participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

En lo que respecta a nuestro ordenamiento interno, la ley básica de discapacidad, *id est*, el Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGDPD), efectúa en su artículo 4 un reconocimiento de titulares de derechos por tres vías situadas *a priori* al mismo nivel: una primera similar al concepto de discapacidad de la convención y que, sin duda, es respetuosa con el espíritu de la misma; una segunda vía para personas con un reconocimiento del grado de discapacidad igual o superior al 33 %; y otra tercera, por equiparación, que hace alusión a las personas reconocidas con una incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez y a las pensionistas de clases pasivas por jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Pese a ello, la efectividad de la noción de discapacidad de la CIDPD se desvanece si nos atenemos a que, para ser sujetos de derechos de las medidas de acción positiva, será necesario el reconocimiento de discapacidad en un grado igual o superior al 33 % (Rueda Monroy, 2021)⁸. Conclusión distinta alcanzamos respecto a las medidas antidiscriminatorias, imperativas según el artículo 5.2 de la CIDPD y a las que será de aplicación directa el concepto de persona con discapacidad de la CIDPD (Rueda Monroy, 2021, pp. 592-595)⁹.

Con todo, acogiendo la definición de persona con discapacidad de la CIDPD y la recogida en el artículo 4.1 de la LGDPD, estimamos que la discapacidad es una cuestión relacional, en el sentido de que se produce por la interacción de unas deficiencias de salud permanentes con unas barreras, pudiendo llegar a impedir la participación plena de la persona en igualdad

⁸ Llegamos a tal conclusión desde el entendimiento de que la armonización legislativa que realiza el Ejecutivo en la LGDPD es deficiente al ampliar el ámbito subjetivo de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos sin habilitación para ello, puesto que ahí se requería un determinado grado de discapacidad.

⁹ Ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2016 (asunto C-395/15) o, en lo que respecta a nuestros tribunales internos, la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de marzo de 2021 que resuelve el recurso de amparo núm. 2950-2018 y en la que se considera vulnerado el derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de discapacidad a un funcionario que tenía reconocimiento administrativo de discapacidad en grado del 10 % por la denegación de realización de ajustes razonables.

de condiciones que las demás. Con base en ello podríamos admitir que personas con capacidad intelectual límite pueden estar incluidas en aquel concepto.

En efecto, hemos puesto de relieve que el origen de la capacidad intelectual límite es una alteración de la salud que además tiene carácter permanente, concurriendo, sin ninguna duda, el elemento subjetivo o individual del concepto de persona con discapacidad. Por otro lado, parece evidente, de acuerdo con los índices que hemos expuesto y otros estudios doctrinales, que las personas con capacidad intelectual límite encuentran barreras en lo que respecta a su integración sociolaboral, por lo que parece plausible admitir que las personas con capacidad intelectual límite han de considerarse incluidas dentro del concepto de persona con discapacidad¹⁰.

Cuestión distinta es si por ser consideradas personas con discapacidad de acuerdo al modelo de la CIDPD les son aplicables las medidas reconocidas para este segundo colectivo. Nuestro criterio, atendiendo a lo esgrimido *supra*, es contrario a la aplicación de las medidas de acción positiva, puesto que entendemos que encontraría enormes escollos jurídicos¹¹. Sin perjuicio de lo anterior, parece adecuado reflexionar acerca de la razonabilidad de esta ordenación legal.

No parece del todo oportuno que las personas con capacidad intelectual límite no sean beneficiarias de las medidas previstas para las personas con discapacidad si han de ser consideradas integradas en tal colectivo. El problema deviene del sistema de reconocimiento del grado de discapacidad, cuya resolución es el «título» que habilita el acceso a todas las medidas. En efecto, defendemos, al igual que gran parte de la doctrina¹² e incluso el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD, 2019, p. 2), que el sistema actual no es acorde a los principios inspiradores de la CIDPD. Aquí tenemos una muestra viva de ello. La falta de una valoración adecuada y equilibrada de los factores sociales en aquel procedimiento deja fuera de la delimitación subjetiva habilitada para las medidas de acción positiva a las personas con capacidad intelectual límite por no alcanzar el 33% requerido. Y es que, en el vigente sistema, los factores sociales únicamente entran en juego, con una puntuación máxima de 15 puntos, siempre que se haya obtenido un mínimo de 25 en la valoración de las deficiencias, lo que sin duda resulta un óbice para el colectivo, que difícilmente alcanzará este umbral. Eso último puede ser debido a que el *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (DSM-5)* no reconoce la capacidad intelectual límite dentro de ninguna categoría diagnóstica (Medina Gómez *et al.*, 2015, p. 366), dificultando enormemente, como venimos diciendo, la categorización como persona con discapacidad,

¹⁰ En el mismo sentido se manifiesta Fernández Orrico (2017, p. 79).

¹¹ *Ibidem*.

¹² Martínez Pujalte y Fernández Orrico (2016) y Pérez Pérez (2017). Además, el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) viene reclamando una reforma del baremo desde tiempo atrás para adaptarlo al «modelo social» (CERMI, 2011, pp. 12 y 111).

pese a que en el entorno las personas con capacidad intelectual límite encuentran importantes barreras y dificultades que limitan su participación en la sociedad.

A nuestro juicio, las medidas introducidas en esta nueva regulación, y que seguidamente comentaremos, son un parche a las deficiencias legales que apenas hemos comentado en torno al reconocimiento administrativo de la discapacidad. Siguiendo a Fernández Orrico (2017, p. 83):

Si hubiera que elegir una medida eficaz que sirviera para implantar la realidad de que las personas con capacidad intelectual límite son personas con discapacidad, esa medida consiste, sin duda, en la modificación del actual baremo dándole mayor contenido a los factores sociales.

Para finalizar con este epígrafe, volviendo sobre el concepto jurídico introducido, nótese como en el mismo se entremezclan las cuestiones. Se supedita reconocimiento de la capacidad intelectual límite al grado de discapacidad, cuestión que se concreta en el artículo 2 cumpliendo el mandato fijado en el último inciso de la disposición adicional sexta de la Ley 26/2011¹³. Esta asimilación legislativa nos viene a reconocer lo siguiente: que hay personas con deficiencias intelectuales que tienen reconocido un grado de discapacidad inferior al 33 % y que las mismas, por encontrar serios problemas en su inserción laboral, precisan de una serie de medidas que igualen sus oportunidades con las demás. O lo que es lo mismo, al margen de las personas con discapacidad reconocida en grado igual o superior al 33 %, existen personas con deficiencias permanentes que se enfrentan a barreras sociales que impiden una vida plena en igualdad de condiciones que las demás.

3. Medidas de fomento del empleo de las personas con capacidad intelectual límite

Como ya se ha aducido con anterioridad, las normas que presentamos no introducen medidas totalmente novedosas que sean ajenas a nuestro ordenamiento jurídico, sino que efectúan una ampliación del radio protector de las previstas originariamente para personas con discapacidad para acoger a las personas con capacidad intelectual límite. No obstante, como veremos a continuación, se introducen algunas variantes cuando estas medidas se aplican al colectivo que nos ocupa de manera principal. Dicho esto, procedemos a exponer las medidas siguiendo el orden previsto en el Real Decreto 368/2021, incorporando la única medida prevista en el Real Decreto-Ley 11/2021, *id est*, las bonificaciones de cuotas, dentro del primero que corresponde a los incentivos económicos. Todas ellas entraron en vigor el 1 de junio de 2021 (disp. final tercera RD 368/2021 y disp. final quinta RDL 11/2021).

¹³ «[...] Reglamentariamente el Gobierno determinará el grado mínimo de discapacidad necesario para que opere esta aplicación».

Como se apreciará, las medidas implementadas se proyectan únicamente sobre las relaciones de trabajo asalariadas en el empleo ordinario, sin incidir de ninguna forma en el empleo por cuenta propia, en el empleo público o en el empleo protegido (CERMI, 2021, p. 3)¹⁴.

Pese a que en los preámbulos de las normas precitadas no se establecen juicios de razonabilidad concretos sobre la pertinencia de ampliar las medidas, lo que se podría haber efectuado mediante –por ejemplo– datos estadísticos que acrediten las inferiores tasas de participación en el empleo del colectivo, resultan patentes, a razón de lo que hemos visto con anterioridad, sus mayores dificultades.

3.1. Incentivos económicos

Se agrupan aquí tres medidas que, compartiendo finalidad, ofrecen un tratamiento análogo al problema, auspiciando la contratación de personas con capacidad intelectual límite a través de la concesión al empresario contratante de un incentivo económico que puede repercutir directamente en el patrimonio empresarial, como la subvención, o de forma diferida, como en el caso de las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social.

Cabe mencionar que, respecto a las personas con discapacidad, estas medidas tienen un reconocimiento legal en el artículo 39.1 de la LGDPD, siendo denominadas como «ayudas», aunque el desarrollo de las mismas se encuentra disperso en distinta normativa reglamentaria que a continuación mencionaremos.

3.1.1. Subvenciones

a) Subvención directa por contratación

Estamos ante la única asignación pecuniaria directa que puede percibir una empresa por el simple hecho de contratar a una persona con capacidad intelectual límite, aspecto que es trasladable a la regulación de las medidas previstas para las personas con discapacidad.

El artículo 4 del Real Decreto 368/2021 añade una nueva disposición adicional, la tercera, al Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto

¹⁴ La exclusión del empleo protegido parece lógica en tanto que para este tipo de empleo se requiere, además del grado de discapacidad, la disminución en la capacidad laboral en al menos dicho porcentaje ex artículo 2.1 del Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los centros especiales de empleo.

en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos, en la que se dispone lo siguiente:

Será de aplicación el régimen de subvención previsto en el artículo 7 a los empleadores descritos en el artículo 3 del Real Decreto 368/2021, de 25 de mayo, sobre medidas de acción positiva para promover el acceso al empleo de personas con capacidad intelectual límite, que contraten por tiempo indefinido a personas con capacidad intelectual límite según se definen en el artículo 2 del real decreto anterior. La cuantía de la subvención en este caso será de 2.000 euros por cada contrato de trabajo celebrado a tiempo completo.

El artículo 7.1 de la norma reglamentaria modificada prevé una subvención de 3.097 euros por contrato celebrado con personas con discapacidad con los mismos condicionantes en cuanto a la tipología contractual. Como se comprueba a simple vista, la subvención introducida para las contrataciones de personas con capacidad intelectual límite se reduce a 2.000 euros. Estos 2.000 euros se aminorarán proporcionalmente según la jornada pactada si la misma es a tiempo parcial, lo que se prevé en el último inciso del precitado artículo 7.1.

Podría resultar cuanto menos controvertida la aplicación a la subvención que ahora nos ocupa de las demás reglas previstas en el Real Decreto 1451/1983. Si bien la nueva disposición adicional únicamente se refiere al artículo 7, regulador de los extremos económicos, lo hace mencionando «el régimen de subvención», lo que nos debe llevar a pensar que las reglas referidas a la gestión de la solicitud de la subvención (art. 8) y –especialmente– el compromiso del mantenimiento del empleo recogido en el artículo 10 son plenamente aplicables. Este último obligaría a mantener a la persona con capacidad intelectual límite un «tiempo mínimo de 3 años» en la empresa –salvo despidos declarados procedentes¹⁵– so pena del reintegro del *quantum* de la subvención.

A propósito de esta última cuestión se abren algunos interrogantes difíciles de resolver en la práctica. El primero de ellos en relación con la posibilidad de sustitución de la persona con capacidad intelectual límite en supuestos de despidos procedentes y –entendemos– despidos no impugnados¹⁶. En cualquiera de estos supuestos, en vez de restituir la cantidad

¹⁵ Pese a ser este el tenor literal de la norma, haciendo referencia claramente a los despidos impugnados y declarados procedentes, debemos entender admitidos también los despidos no impugnados, ya que otra interpretación carecería de sentido. En ambos supuestos podemos entender que la extinción no ha sido caprichosa por parte de la empresa y que su voluntad era la continuación de la relación laboral. En ambos casos, la persona ha de ser sustituida por otra con capacidad intelectual límite, aunque sobre esto cabe alguna otra consideración que expondremos en el texto principal.

¹⁶ Esta última opción no se prevé en la norma, sin embargo, toda vez que la procedencia es la calificación judicial del despido, parece admisible entender que bajo la redacción del precepto subyace el interés de que pierdan los beneficios únicamente los despidos no causales. Sería paradójico que para mantener la subvención se requiera la fiscalización judicial de la extinción.

concedida –en los términos que seguidamente se dirán–, se permite contratar a otra persona con los requisitos subjetivos reconocidos normativamente. Sin perjuicio de ello, podría ocurrir que la empresa optara por la contratación no de una persona con capacidad intelectual límite, sino de una persona con discapacidad conforme al artículo 4.2 de la LGDPD. Entendemos esta posibilidad válida, máxime cuando la contratación se produce sobre un colectivo en mayor medida discriminado. No obstante, se plantearían dificultades en relación con la cantidad subvencionada (que para las personas con discapacidad es mayor) y en cuanto a la tipología de discapacidad. Y es que, si esta nueva medida que nos ocupa quiere incidir sobre una determinada diferencia orgánica, de carácter intelectual, el colectivo de personas con discapacidad engloba una enorme diversidad, con diferencias orgánicas y funcionales de lo más heterogéneas. Dicho esto, creemos que no debe interpretarse la norma de forma rígida y que no debe existir óbice para sustituir a personas con capacidad intelectual límite por personas con discapacidad en los supuestos señalados, dadas las mayores barreras a las que se enfrentan estas últimas y asumiendo que cuando la sustitución se produce entre personas con discapacidad no se distingue a qué tipología corresponden.

Cuestión distinta serán las complicaciones referidas a la cuantía de la subvención procedente en estos casos. Podríamos defender una calculada de forma proporcional al tiempo que se haya empleado dentro de esos 3 años a una y a otra persona perteneciente a distintos colectivos (a efectos jurídicos), por lo que la subvención se habría de ampliar siguiendo estas reglas cuando se sustituya por una persona con discapacidad. Otra posibilidad –que parece la más plausible– consiste en la renuncia a la subvención inicial y la solicitud de una nueva por la contratación de persona con discapacidad, lo que haría que el cómputo de los 3 años previsto en el artículo 10 se iniciara en el momento de esta segunda contratación.

Por último, con respecto a las consecuencias que se pueden derivar a la empresa por el incumplimiento del mantenimiento del empleo, abogamos por una interpretación respetuosa con el principio de proporcionalidad. Siguiendo a Cordero Gordillo (2012, pp. 176-177), habrá de estarse a la conducta de la empresa para ver si el incumplimiento le es o no imputable¹⁷. Para el primero de los supuestos, la consecuencia habrá de ser la restitución; para el segundo, y allende los despidos procedentes donde hay que sustituir a la persona trabajadora, la cantidad a reintegrar tendrá que ser proporcional al periodo que reste para el cumplimiento completo de los 3 años¹⁸.

¹⁷ Piénsese, por ejemplo, en la baja voluntaria, supuesto en el que la intención de la empresa es –teóricamente– la continuación de la relación laboral.

¹⁸ Véase, en este sentido, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 326/2015, de 10 de diciembre, en la que, con base en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de febrero de 1997, que resuelve el recurso de apelación núm. 2974/1991, entiende la sala que deba aplicarse un «criterio de proporcionalidad para la resolución del litigio», por lo que estima que la empresa incumplidora «no deba devolver la totalidad de las

Queda por ver si las comunidades autónomas, dadas las competencias que ostentan en la ejecución de las políticas de activación y fomento del empleo conforme a los artículos 149.1.7.^a y 148.1.13.^a de la Constitución española (CE), complementan estas subvenciones, como así lo han hecho con relación a las previstas para las personas con discapacidad.

b) Subvención para la adaptación del puesto de trabajo

La nueva disposición adicional tercera del Real Decreto 1451/1983 en su apartado segundo posibilita a los empresarios que contraten con carácter indefinido a personas con capacidad intelectual límite la solicitud de las subvenciones establecidas en el artículo 12, las cuales van destinadas a «la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de medios de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales al trabajador minusválido contratado», requiriéndose, en cualquier caso, informe favorable de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Para conocer el *quantum* de la subvención hemos de acudir a la Orden de 13 de abril de 1994, por la que se regula la concesión de las ayudas y subvenciones sobre fomento del empleo de los trabajadores minusválidos que establece el capítulo II del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, cuyo artículo 1.2 prevé un máximo de 150.000 pesetas (901,52 €) por persona trabajadora con discapacidad contratada y previa «presentación de la correspondiente factura que acredite la referida adaptación o dotación y el informe favorable de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social». Hemos de aclarar que esta cantidad es compatible con la subvención analizada en el apartado anterior, estando ambas limitadas –recuérdese– a las contrataciones indefinidas.

Finalmente, merece ser mencionado el último inciso del artículo 12 del Real Decreto 1451/1983, que dispone que «si la empresa no solicitase esta ayuda, podrá hacerlo el propio trabajador». En el supuesto previsto, la disposición introducida parece habilitar únicamente a la persona empresaria¹⁹; sin embargo, la remisión genérica al artículo 12 nos hace posicionarnos a favor de la solicitud por parte de la persona trabajadora con capacidad intelectual límite en caso de falta de solicitud por parte de la persona obligada. En este caso, la persona trabajadora puede solicitar una subvención de la que no va a ser beneficiaria, pero que repercutiría positivamente sobre la ejecución de los trabajos o en su seguridad y salud. Con todo, el respeto a ambos aspectos corresponde al empresario desde dos vertientes diferenciadas de tutela: la de la igualdad de trato y la preventiva (Gutiérrez Colominas, 2018, p. 152).

cantidades», sino la parte proporcional al tiempo incumplido. En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 160/2016, de 19 de mayo.

¹⁹ «[...] los empleadores descritos en el apartado 1 que contraten a las citadas personas con capacidad intelectual límite mediante un contrato indefinido podrán solicitar [...]».

c) Programa de empleo con apoyo

La siguiente de las modificaciones que introduce el Real Decreto 368/2021 se produce sobre el Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo. Es llamativo que el título de la norma modificada en su apariencia formal no concuerde con su contenido tras esta modificación al ampliarse las personas destinatarias finales del empleo con apoyo –subvencionado– a las personas con capacidad intelectual límite que, en términos jurídicos, no son personas con discapacidad²⁰.

La definición normativa del empleo con apoyo se contiene en el artículo 2 del Real Decreto 870/2007 y fue la posteriormente acogida por la LGDPD, que, debido a su carácter de norma básica, limita su ordenación del empleo con apoyo a dos sencillas actuaciones. De un lado, hacer un llamamiento a la regulación reglamentaria y, de otro, configurar el tal concepto en su artículo 41 de la LGDPD:

[...] conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades de inclusión laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes.

En la definición legal de empleo con apoyo se destaca su objeto, facilitar la adaptación social y laboral de la persona con discapacidad, motivo que refuerza nuestra tesis: toda vez que las personas con capacidad intelectual límite son personas con deficiencias intelectuales que se encuentran con barreras que impiden el ejercicio de una vida plena en igualdad de condiciones que las demás, las mismas han de ser consideradas personas con discapacidad a la luz de la CIDPD. La existencia de las barreras se manifiesta en la referencia a que las personas destinatarias de las medidas tienen «especiales dificultades de inclusión laboral».

Antes de esta modificación, el ámbito subjetivo del programa de empleo con apoyo quedaba circunscrito ex artículo 3.1 del Real Decreto 870/2007, en lo que respecta a las personas trabajadoras, a personas con parálisis cerebral; personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual con un grado reconocido igual o superior al 33 %; así como a las personas con discapacidad física o sensorial con grado reconocido igual o superior al 65 %. Desde el 1 de junio de 2021 se ve extendido a las personas con discapacidad intelectual con grado igual o superior al 20 % y las personas sordas y con discapacidad auditiva con grado reconocido en porcentaje igual o superior al 33 % (que antes requería un

²⁰ En virtud de la disposición adicional primera también se amplía a las personas sordas y con discapacidad auditiva con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 %.

reconocimiento del 65%)²¹. Consideramos acertada esta nueva delimitación que, como se verá, tendrá efectos a la hora de la financiación pública del empleo con apoyo, pero que, sin ella, resulta inviable. Aun así, apreciamos cierto encorsetamiento de la regulación al supeditar la medida a un determinado grado de discapacidad, encontrando preferible una valoración *ad causam* de la necesidad, ya que dependerá de una multiplicidad de factores.

Otra de las características que se desprenden de la propia definición es que estas acciones de orientación y acompañamiento han de ser individualizadas, lo que debemos completar con que, sin duda, se refieren al apoyo humano, no tecnológico, el cual podría considerarse como una de las actuaciones incluidas en la categoría de subvenciones para la adaptación de los puestos de trabajo comentada con anterioridad. Este particular hace que nos decantemos por esta medida atendiendo a las concretas particularidades del colectivo que nos ocupa y debido a que la adaptación del puesto tendrá mayor repercusión sobre aspectos físicos del entorno, aunque también podrá incidir sobre cuestiones organizativas.

Siguiendo con el ámbito subjetivo, analizando ahora la parte empresarial, para beneficiarse de las subvenciones reguladas por la adopción de este tipo de medidas, la contratación se ha de realizar por empresas del mercado ordinario mediante un contrato indefinido o mediante un contrato de duración determinada como mínimo de 6 meses. La jornada efectiva de trabajo ha de ser como mínimo del 50 % de la jornada de una persona trabajadora a tiempo completo comparable (art. 3.2).

Pasando a lo realmente trascendente de la medida, nos ocupamos ahora de las cuantías subvencionadas, las cuales abarcan los costes laborales y de Seguridad Social de las personas preparadoras laborales²² designadas para el proyecto. Es esta la cuestión más interesante de la medida, ya que el empleo con apoyo se podrá practicar en cualquier organización sin necesidad del cumplimiento de los requisitos que aquí se han expuesto; sin embargo, la clave no está en la entidad que la materializa, sino en su financiación, ya que su coste potencial la convierte en inviable para cualquier entidad perteneciente a la economía tradicional (Esteban Legarreta, 1999, p. 212).

En lo que se refiere a las personas con capacidad intelectual límite, se establece una subvención de 1.625 euros anuales, cantidad que queda lejos de los 6.600 o 4.000 fijados

²¹ Curiosamente, estos colectivos no son considerados en nuestra normativa como «trabajadores con especiales dificultades para su inserción laboral». Ni siquiera el primero de ellos, las personas con capacidad límite, son a todos los efectos jurídicos personas con discapacidad. Pese a ello, se ha entendido que han de ser beneficiarios del programa de empleo con apoyo debido a las concretas particularidades a las que se enfrentan en el mundo laboral.

²² Son las personas encargadas de proporcionar el apoyo humano e individualizado al que anteriormente nos referimos.

para personas con discapacidad intelectual²³. Las subvenciones se reducirán proporcionalmente tanto si la duración del contrato de cada persona trabajadora con discapacidad es menor al año, como en función de su jornada si la misma es a tiempo parcial.

Quedan por comentar dos aspectos fundamentales del programa con apoyo para las personas con capacidad intelectual límite: la duración de los proyectos y el requisito de dedicación del preparador/a laboral. El primero de ellos nos proporciona una idea de la coyunturalidad de la medida, prevista hasta la consecución de la integración total, que según la norma habrá de estar comprendida entre 6 meses y 1 año, prorrogable hasta otro año más²⁴. Por otro lado, será esencial que el preparador/a laboral atienda a la persona con capacidad intelectual límite durante mínimo la doceava parte de la jornada de trabajo (disp. adic. primera.2 a), condición que al igual que ocurre con la cuantía subvencionada también queda lejos de los tiempos de atención previstos para las personas con discapacidad intelectual²⁵, respetándose aproximadamente la proporción de horas exigidas y subvención a recibir.

3.1.2. Bonificaciones de cuotas

Las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social están reguladas hoy en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. El Real Decreto-Ley 11/2021 ha introducido²⁶ un nuevo apartado al artículo 2, el 4 *quater*, que establece lo siguiente:

Los empleadores que contraten por tiempo indefinido a personas con capacidad intelectual límite tendrán derecho, desde la fecha de celebración del contrato, a una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, por su equivalente diario, por trabajador contratado de 125 euros/mes (1.500 euros/año) durante 4 años.

Se considerarán personas con capacidad intelectual límite aquellas que el Gobierno determine reglamentariamente.

²³ Dependiendo de si el grado de discapacidad reconocido es igual o superior al 65 % o está entre este porcentaje y el 33 %.

²⁴ Se prevé en el artículo 5.2 otra prórroga de 6 meses para personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 %, siempre y cuando «se detecten situaciones de especial dificultad que exijan necesidades específicas de apoyo», de la que hemos de considerar excluidas a las personas con capacidad límite por falta de mención expresa.

²⁵ Un tercio y un quinto de la jornada, respectivamente, para personas con discapacidad intelectual con reconocimiento de grado igual o superior al 65 % y personas con discapacidad intelectual con grado reconocido entre el 33 y el 65 %.

²⁶ *Vid.* la disposición final primera.

Antes de adentrarnos en el fondo de la modificación legal merecen reprobarse las formas. Pese a la aclimatación social al uso desmedido del instrumento normativo utilizado, refulamos esta forma de legislar. Justificada la extraordinaria y urgente necesidad en los «efectos negativos que la emergencia sanitaria producida por la pandemia del virus del SARS-CoV-2» ha causado al colectivo, hemos de percatarnos que la duración de la misma sobrepasa ya el año desde su desgraciada llegada y sus efectos más acuciantes. Lo cierto es que estas medidas se pusieron en liza por parte de los movimientos sociales mucho antes de la pandemia²⁷ y dan cumplimiento –como en sede introductoria expusimos– a un mandato previsto en una norma que en pocos meses cumple una década, por lo que la *ocasio legis* es independiente de la misma. A nuestro juicio, no concurren los presupuestos de extraordinaria y urgente necesidad que habilitarían al Gobierno a legislar sobre la materia ex artículo 86.1 de la CE.

Descendiendo sobre las cuestiones materiales de la nueva regulación, podemos comprobar cómo la única exigencia legal para la aplicación de la referida bonificación es la contratación indefinida de la persona con capacidad intelectual límite. Destaca el límite temporal del derecho a la deducción de cuotas que se establece en 4 años desde la fecha de la celebración del contrato. Este límite, que es idéntico para la contratación de personas que tengan acreditada la condición de víctima de violencia de género (art. 2.4), las que tengan condición de víctima del terrorismo (art. 2.4 bis) y personas trabajadoras en situación de exclusión social (art. 2.5), no tiene parangón en las bonificaciones previstas para las personas con discapacidad, que tienen una validez permanente, es decir, «durante toda la vigencia del contrato».

La cuantía de la bonificación queda fijada en 125 euros mensuales que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.7 de la ley que nos ocupa, habrán de verse reducidos en el caso de contrataciones a tiempo parcial. Esta reducción se calcula de forma proporcional a la jornada pactada sumándole 30 puntos, sin que pueda exceder de los antedichos 125 euros. Al igual que lo que ocurría con las medidas anteriores, únicamente se prevé esta bonificación para las contrataciones indefinidas.

Con relación a estas bonificaciones podríamos plantear la posibilidad de que la persona con capacidad intelectual límite, recuérdese, reconocida administrativamente con un grado de discapacidad entre el 20 y el 33 %, vea incrementado –tras revisión administrativa– su grado, y deje de pertenecer a este colectivo de acuerdo con el artículo 2 del Real Decreto 368/2021, adquiriendo la condición de persona con discapacidad a efectos de aplicación de tales medidas ex artículo 4 de la LGDPD. Estimamos que esta nueva condición jurídica perjudicará

²⁷ Extremo que expresamente se reconoce en la exposición de motivos:

[...] con ello se da respuesta a las recomendaciones formuladas por el Defensor del Pueblo, en reiteradas ocasiones, así como a las organizaciones representativas de las personas con discapacidad, que han planteado con insistencia la necesidad de prever con la máxima urgencia posibles medidas de fomento del empleo para dicho colectivo concreto.

el derecho de la empresa a la aplicación de bonificaciones: por un lado, ya que, como se ha expuesto, el sujeto no será considerado como persona con capacidad intelectual límite; pero, por otro, tampoco el empresario estará en situación de practicar las bonificaciones previstas para las personas con discapacidad, y ello puesto que el artículo 2 incentiva la contratación²⁸ quedando fuera del supuesto de hecho de la norma jurídica el empleo de personas con discapacidad sobrevenida que ya se encontraban en plantilla antes del reconocimiento de tal situación. Esta exclusión en lo referente a la inaplicación de las bonificaciones a personas con discapacidad sobrevenida ha sido criticada por el CERMI, planteando una recomendación de modificación legal a la Secretaría de Estado de Empleo en 2018, que fue aceptada pero aún no ha sido ejecutada²⁹. Una modificación en este sentido sería valiosa para los intereses económicos empresariales, puesto que las bonificaciones previstas por la contratación de personas con discapacidad intelectual ascienden a 425 euros mensuales, lo que en cómputo anual equivale a 5.100 euros (art. 2.2.2 a).

Es importante no descuidar los supuestos de exclusión previstos en el artículo 6.1. Significaremos el recogido en la letra c), que impediría la aplicación de la bonificación cuando las personas con capacidad intelectual límite en los «24 meses anteriores a la fecha de la contratación hubiesen prestado servicios en la misma empresa, grupo de empresas o entidad mediante un contrato por tiempo indefinido» y también en supuestos de vinculaciones por sucesión empresarial en virtud del artículo 44 del Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET). Sin duda alguna, la razón de ser de esta previsión es evitar el fraude, pero, sin embargo, no es aplicable en los casos de personas trabajadoras con especiales dificultades para su inserción laboral (art. 6.3), esto es: personas con parálisis cerebral, enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual con grado reconocido igual o superior al 33 % o, si son personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 %. Este especial tratamiento de las personas con discapacidad intelectual decae en personas con capacidad intelectual límite.

3.2. Singularidades en la regulación del contrato para la formación y el aprendizaje

Al contrato para la formación y el aprendizaje le es de aplicación el régimen contenido en el artículo 11.2 del ET y el Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la

²⁸ El tenor literal del inicio del artículo 2.2 es el siguiente: «Los empleadores que contraten a personas con discapacidad tendrán derecho a las siguientes bonificaciones [...]».

²⁹ *Vid.* la referida recomendación, «Discapacidad sobrevenida: ampliar los supuestos que se excepcionan de la aplicación de las exclusiones de bonificaciones», en la página del Defensor del Pueblo (<https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/bonificaciones-contrataciones-personas-con-discapacidad/>).

formación profesional dual. Esta última disposición reglamentaria contiene especialidades para los contratos celebrados con personas con discapacidad (disp. adic. segunda), regulación que resulta idéntica en los aspectos que comentaremos en relación con las novedades introducidas para las personas con capacidad intelectual límite por el Real Decreto 368/2021 en la nueva disposición adicional sexta del Real Decreto 1529/2012.

Se contienen en esta nueva regulación dos especialidades: una relativa a la duración máxima del contrato y la otra en relación con la forma de realización de la formación. La primera de ellas contiene la posibilidad de ampliación hasta un máximo de 4 años³⁰ de la duración del contrato para la formación y el aprendizaje para las personas con capacidad intelectual límite previo informe del servicio público de empleo competente³¹. No estamos ante un derecho incondicional o absoluto, ya que la disposición normativa prevé que para otorgar esta ampliación se tenga en cuenta el tipo y grado de discapacidad, las circunstancias individuales y profesionales de la persona trabajadora y las características del proceso formativo; todo ello relacionándolo con el nivel mínimo de conocimientos específicos para el puesto.

Entendemos que habrán de valorarse las circunstancias concretas del caso y las posibilidades de adquirir unas competencias adecuadas para el puesto en tiempo de la prórroga en caso de que no se hayan adquirido previamente. Téngase en cuenta que la referencia normativa al «tipo y grado de discapacidad» es poco significativa, ya que el tipo será intelectual y el grado estará entre el 20 y el 30 %. Con relación a ello, será la entidad formativa y la empresa donde se presten los servicios quienes estarán en mejor posición para valorar el nivel alcanzado por la persona trabajadora y si este es adecuado o no para desempeñar el puesto de trabajo en cuestión. Si estamos en el primero de los supuestos, no cabría esta prórroga, ya que precisamente la misma está prevista para los casos en los que, no estando aún capacitada, se espere que en el periodo prorrogado se adquiera la competencia, habilidad o pericia precisa para la ejecución de las funciones propias del puesto. En este sentido, hubiese sido interesante la inclusión de la necesidad de emisión de informe por parte de la entidad formativa, suscrito por el tutor o tutora³², para corroborar tal extremo.

En segundo término se introduce otro aspecto que ya estaba previsto para las personas con discapacidad intelectual, la posibilidad de realizar «en el puesto de trabajo o en procesos formativos presenciales la formación de módulos formativos que no sean a distancia», lo que parece flexibilizar las exigencias en cuanto a la ejecución de la formación prevista en el artículo 11.2 d) del ET.

³⁰ La duración de este contrato está limitada por regla general a 3 años *ex* artículo 11.2 b) del ET.

³¹ Que, según la norma, podrá, a su vez, solicitar informe de los equipos técnicos de valoración y orientación de la discapacidad competentes.

³² Dentro de las funciones de esta persona están el seguimiento del acuerdo para la actividad formativa y la elaboración del informe sobre el desempeño del puesto de trabajo al finalizar la actividad laboral. Este último podría servir de orientación al servicio público de empleo competente para valorar la prórroga.

4. Reflexiones finales: clasificación y valoración de las medidas

El Real Decreto 368/2021 y el Real Decreto-Ley 11/2021 han introducido unas medidas que pretenden facilitar el acceso al mundo laboral a un colectivo compuesto por personas que encuentran evidentes dificultades en el ejercicio del derecho al trabajo.

Pese a que estas mismas normas califican estas medidas como de acción positiva, lo cierto es que, a nuestro juicio y dada su heterogeneidad, se podría hacer un distingo más preciso. Sin duda alguna, nos encontramos ante mecanismos de trato diferenciado legitimados al amparo –principalmente– de los artículos 1.1, 9.2 y 14 de la CE. Sin embargo, se atisban diferencias en cuanto al ajuste dispensado.

De entre las medidas estudiadas, apreciamos cómo algunas de ellas serán de aplicación a todas las personas con capacidad intelectual límite, como son la subvención directa y las bonificaciones de cuotas empresariales a la Seguridad Social. Al contrario, el resto, es decir, la subvención por adaptación del puesto de trabajo y la del empleo con apoyo, así como las particularidades en el contrato de formación y aprendizaje, quedan supeditadas a la valoración de determinadas particularidades individuales de la persona con capacidad intelectual límite que accede al puesto de trabajo. Esta circunstancia nos permite discernir dos bloques de medidas. Uno que se aplica a la generalidad de personas con capacidad intelectual límite y otro que no. Siguiendo la clasificación propuesta por Giménez Gluck (1999, pp. 58-75) de medidas de trato diferenciado, podríamos llegar a la conclusión de que solo las medidas contenidas en el primero de los bloques fijados pueden ser denominadas como medidas de acción positiva, y ello toda vez que van dirigidas a un colectivo genérico que es minusvalorado con base en sus rasgos específicos. Sin embargo, el segundo grupo de medidas está fundamentado en una realidad objetiva del sujeto beneficiario considerado de forma individual. Es decir, todas las personas con capacidad intelectual límite no requerirán adaptación de puestos de trabajo o empleo con apoyo en la misma medida que otras y tampoco hacer uso de la ampliación de la duración del contrato para la formación y el aprendizaje, puesto que la duración prevista puede resultar suficiente para la adquisición de los conocimientos requeridos para el puesto. Debemos catalogar a este segundo grupo de medidas como medidas de igualación positiva. No obstante, admitimos que estamos ante una cuestión dogmática con poca trascendencia práctica en tanto que ambas han sido admitidas por nuestro Tribunal Constitucional.

Allende el posible embrollo clasificatorio, nos parece oportuno resaltar la medida que a nuestro parecer puede resultar más efectiva en la consecución de la eliminación de las barreras a las que se enfrenta el colectivo. Nos queremos referir al programa de empleo con apoyo subvencionado. En este sentido, basándonos en otros estudios doctrinales, hemos podido apreciar que las principales barreras de las personas con capacidad intelectual límite en el empleo se producen por las dificultades que vienen arrastradas desde el aprendizaje y que repercuten a la hora de adquirir las habilidades laborales y también en la relación con

otras personas del entorno. Pues bien, valoramos muy positivamente el fomento del empleo con apoyo, ya que el mismo resulta idóneo para la adaptación social o laboral al medio de trabajo con la ayuda del preparador/a, así como el derribo de posibles barreras culturales que puedan existir en aquel entorno de trabajo por parte del empresario o la plantilla fundadas en el desconocimiento de la capacidad intelectual límite.

En la misma línea, las modificaciones introducidas en la regulación del contrato de formación acercan a la realidad de estas personas el cumplimiento del objeto de esta modalidad contractual, *id est*, la cualificación profesional en régimen de alternancia laboral y formativa, salvando, con la ampliación de la duración, y flexibilizando la modalidad de formación, las dificultades cognitivas y de adaptación de las personas con capacidad intelectual límite.

Con respecto a la subvención directa y a las bonificaciones de cuotas, diremos que estamos ante un importante acicate para la contratación. En palabras de Lahera Forteza (2005, p. 115), «el incentivo económico en la contratación de discapacitados es un instrumento de integración ordinaria que intenta superar las posibles reticencias empresariales en torno a estos trabajadores», aunque hemos de advertir que estas medidas perderán sentido si la contratación es incitada y provocada únicamente por los referidos beneficios económicos y no por la convicción verdadera de materializar la igualdad.

Dicho esto, hemos de resaltar y criticar el marco de referencia conceptual en su vertiente jurídica de la capacidad intelectual límite. Hemos puesto de manifiesto que a nuestro parecer estamos ante personas con discapacidad de acuerdo al concepto de la CIDPD, aunque resulta vital la inclusión de estas medidas que sirven como parche al principal problema: un sistema de valoración de la discapacidad que excluye determinadas situaciones que han de ser consideradas como tal. Entendemos que el Ejecutivo es consciente de ello y lo reconoce implícitamente al incluir en ambos instrumentos normativos que con ellos se avanza en la meta 8.5 de la Agenda 2030, donde se recoge al colectivo de personas con discapacidad, aspecto que refutamos en tanto que creemos que se está enmarañando la normativa en contra del sentido de la CIDPD.

Quizás esta cuestión quede resuelta con la aprobación de los nuevos baremos que ya se anuncia para 2022 y que deben otorgar a los factores sociales la importancia que se deriva de ellos en el paradigma de la CIDPD. Si esto se produce, el número de personas con capacidad límite conforme al concepto jurídico introducido en el nuevo Real Decreto 368/2021 ha de descender notablemente por ser reconocidas estas como personas con discapacidad. En ese supuesto, el parche dejará de tener sentido, puesto que el agujero legal se habrá cerrado.

Referencias bibliográficas

- Artigas Pallarés, Josep; Rigau Ratera, Eugènia y García Nonell, Catalina. (2007). Relación entre capacidad de inteligencia límite y trastornos del neurodesarrollo. *Revista Neurología*, 12(44), 739-744.
- CDPD. (2019). Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España. Aprobadas por el Comité en su 21er periodo de sesiones el 11 de marzo a 5 de abril de 2019 (CRPD/C/ESP/CO/2-3).
- CERMI. (2011). *Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2010*. Cinca.
- CERMI. (2021). Medidas de acción positiva para promover el acceso al empleo de personas con capacidad intelectual límite. Guía informativa junio 2021.
- Collet i Sabé, Mercè; Pascual i Saüc, Jordi; Rovira Pérez, Elena y Vidaurrázaga Meza, Enrique. (2004). Aproximación sociológica a las personas con DINAI. Dossier. Personas con inteligencia límite. *MinusVal*, 13-15. https://sid.usal.es/docs/F8/8.2.1.2-139/145/13_34_dossier.pdf.
- Cordero Gordillo, Vanesa. (2012). *Régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad*. Tirant lo Blanch.
- Esteban Legarreta, Ricardo. (1999). *Contrato de trabajo y discapacidad*. Ibidem Sociedad Editorial de Formación.
- Fernández Orrico, Francisco Javier. (2017). *Inserción laboral de personas con discapacidad y capacidad intelectual límite. Diagnóstico y propuestas*. Aranzadi Thomson Reuters.
- Giménez Gluck, David. (1999). *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Tirant lo Blanch.
- Gutiérrez Colominas, David. (2018). *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: origen, evolución y configuración actual. Una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*. (Tesis doctoral). Universidad Autónoma de Barcelona.
- Huete García, Agustín (Dir.). (2014). *Estudio sobre la situación de las personas con capacidad intelectual límite*. Observatorio Estatal de la Discapacidad.
- Lahera Forteza, Jesús. (2005). Acceso al mercado laboral y contratación de los discapacitados. En Fernando Valdés Dal-Ré (Dir.), *Relaciones laborales de las personas con discapacidad* (pp. 89-140). Biblioteca Nueva.
- Martínez Pujalte, Antonio Luis y Fernández Orrico, Francisco Javier. (2016). El concepto de discapacidad a partir de la Convención de Naciones Unidas. *Anales de Derecho y Discapacidad*, 1, 9-28.
- Medina Gómez, Begoña; Mercado Val, Elvira y García Alonso, Isabel. (2015). La capacidad intelectual límite: la gran olvidada. *International Journal of Developmental and Educational Psychology: INFAD. Revista de Psicología*, 1(2), 365-372.
- Molina Clemente, Francisco Javier y Fernández Regaña, Ángel Miguel. (2004). Retos educativos y laborales. Dossier. Personas con inteligencia límite. *MinusVal*, 18-19. https://sid.usal.es/docs/F8/8.2.1.2-139/145/13_34_dossier.pdf.
- Palacios Rizzo, Agustina y Bariffi, Francisco. (2007). *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Cinca.
- Pérez Pérez, Jorge. (2017). *La discapacidad y el empleo en las Administraciones públicas*. Estudios de Relaciones Laborales.
- Rueda Monroy, José Antonio. (2021). Descifrando la delimitación subjetiva de la LGDPP. Especial referencia al ámbito socio laboral del derecho. *Revista Jurídica del Trabajo*, 4(2), 573-604. <http://revistajuridicadeltrabajo.com/index.php/rjt/article/view/89>.

El desafío de la transición verde y la digitalización del trabajo: los sistemas de «hot desk»

Comentario a la **Sentencia de la Audiencia Nacional 180/2021, de 27 de julio**

Margarita Miñarro Yanini

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

Extracto

La pandemia de COVID-19 ha acelerado la implantación de algunos sistemas de trabajo que cuestionan la concepción tradicional de oficina y de puesto de trabajo, y cuyo cauce de adopción resulta controvertido. Estos nuevos métodos también se vinculan con la transición digital y verde en el ámbito de la empresa.

Palabras clave: modificación sustancial de condiciones; poder de dirección de la empresa; sistema «hot desk».

Cómo citar: Miñarro Yanini, Margarita. (2021). El desafío de la transición verde y la digitalización del trabajo: los sistemas de «hot desk». Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 180/2021, de 27 de julio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 463, 125-133.

The challenge of the green transition and the digitalization of work: the «hot desk» systems

Commentary on National Court Ruling 180/2021, of July 27

Margarita Miñarro Yanini

Abstract

The COVID-19 pandemic has accelerated the implementation of some work systems that question the traditional conception of the office and the workplace. Its implementation is controversial. These new methods are linked to the digital and green transition at the enterprise level.

Keywords: substantial modification of conditions; management power of the employer; «hot desk» system.

Citation: Miñarro Yanini, Margarita. (2021). The challenge of the green transition and the digitalization of work: the «hot desk» systems. Commentary on National Court Ruling 180/2021, of July 27. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 463, 125-133.

1. Marco normativo: carácter abierto del listado de modificaciones sustanciales y favor por las razones organizativas

En la actual antesala de una nueva reforma laboral, cuya primera fase parece vislumbrarse, el poder de modificar las condiciones de empleo y de trabajo ex [artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) figura entre los aspectos de la regulación laboral de favor hacia la flexibilidad que quiere corregirse, en aras de un mayor garantismo para las personas empleadas. Reducir la capacidad novatoria unilateral de las empresas está entre las prioridades del Gobierno en la comprometida contrarreforma laboral, con objeto de intensificar el acuerdo a tales fines, sean individuales o sean, sobre todo, colectivos. No obstante, Gobierno, interlocutores sociales y el «guardián en la sombra» que es la Comisión Europea –sobre la nueva condicionalidad laboral de los fondos europeos, *vid.* [editorial del número anterior de la revista](#)– son conscientes de que la contrarreforma no puede perjudicar el valor de la flexibilidad, de gran importancia para anticipar los cambios a los que se ven sometidas las empresas por las demandas del mercado y la incertidumbre.

Consecuentemente, la incentivación de procesos de negociación y acuerdo para la gestión novatoria, siempre en el marco del paradigma de favor hacia la flexibilidad interna en detrimento de la gestión de flexibilidad externa, constituye la fórmula transaccional para conciliar los imperativos de protección de las razones de las personas trabajadoras –seguridad en las condiciones de empleo y de trabajo– con los imperativos de protección de las razones organizativas de las empresas –rentabilidad y eficiencia–. Las empresas, sin embargo, siguen exhibiendo, aunque con fórmulas modernizadas, la vieja concepción de la organización del trabajo como potestad propia y, en consecuencia, ordenada con libertad de criterio al amparo de la libertad de empresa –fundamento constitucional ex [art. 38 Constitución española](#) (CE), y hoy también [art. 16 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#)– y del poder de dirección –fundamento legal ex [art. 20.1](#) en relación con el [art. 5 ET](#)–. Esta visión toma fuerza en un escenario dominado por la continua innovación tecnológica y productiva y por la presión competitiva.

La demanda de procesos innovadores y de cambios organizativos se ha acelerado con la pandemia de COVID-19, pues ha puesto en primer plano la necesidad de que las empresas adopten modelos de gestión del empleo y de las condiciones de trabajo mucho más adaptativos y anticipatorios de los cambios. Las normas y los sistemas de gestión del trabajo no pueden dejar de asumir estos nuevos compromisos con las necesidades empresariales, también en aras de una gestión mucho más sostenible, social y ambientalmente.

No obstante, si en tiempos de excepción puede asumirse transitoriamente un predominio de la gestión adaptativa unilateral –Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 518/2021, de 12 de mayo–, el regreso a la normalidad debe suponer la aplicación de un modelo de gestión basado en las transiciones digitales, verdes y sociales justas, con el refuerzo de los derechos de consulta y negociación.

Sin perjuicio de los derechos informativos ex artículo 64 del ET, la ley solo incluye este tipo de controles colectivos de los procesos de cambio organizativo cuando inciden de forma significativa en el empleo o en las condiciones de trabajo, y de una forma sustancial, por lo que el régimen de la novación laboral ampara una visión expansiva del poder unilateral de la empresa. Así, por una parte, se liberalizan las causas –STS 200/2019, de 12 de marzo– con la prueba de genéricas «razones organizativas», que basta que estén «relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa». Por otra, se exige que el impacto novatorio laboral sea sustancial, lo que parece suponer que implica perjuicio o algún tipo de nocividad, exigiéndose para aplicar la vía resolutive prevista ex artículo 41.3 del ET que su efecto sea intenso –STS 720/2020, de 23 de julio–.

La apertura que presenta el listado de condiciones modificables ex artículo 41 del ET favorece la gestión flexible y novatoria de las empresas, al tiempo que confirma que lo relevante es la intensidad del impacto más que la condición afectada. Asimismo, el precepto utiliza la técnica de los conceptos jurídico-laborales amplios, como los «sistemas de trabajo y rendimiento» (art. 41.1 e) ET), que incluye los modos y métodos de trabajo –STS de 27 de enero de 2014 (rec. 100/2013)–. Este tipo de conceptos extrajurídicos, que proceden de la economía y la organización de empresa, actualmente van ligados con frecuencia a requerimientos tecnológicos y ambientales. Estos dos condicionantes están vinculados entre sí, puesto que la transformación digital de las organizaciones de trabajo debe ser el motor que facilite la transición verde.

La organización del trabajo moderna, flexible y digital se presenta como modelo referente del futuro, tanto por su mayor eficiencia en la generación de rendimientos empresariales como por su potencial contribución a una mayor sostenibilidad ambiental. No obstante, en este marco surgen las cuestiones de si todo cambio de sistemas de trabajo propiciado por las continuas innovaciones tecnológicas y favorecedor de modelos de gestión más ambientalmente sostenibles afecta sustancialmente a las condiciones de trabajo, exigiendo la vía del artículo 41 del ET, o si entra dentro de la libertad organizativa o exige una gestión más participativa.

2. Breve síntesis del supuesto de hecho

En el contexto de la pandemia, la empresa Ayesa Advanced Technologies, SA, cambió de sede y alteró su sistema de trabajo, implantando un método «*smart job*».

El sistema incluye, junto al teletrabajo, la aplicación de una técnica de asignación de puestos de trabajo variables –«hot desk», escritorios calientes–, mediante reserva telemática –slot– que debían realizar las personas empleadas a través de una aplicación informática, encuadrándola en alguno de los dos turnos previstos –el primero, entre las 8 y las 14 h, el segundo, de 14 a 20 h–. Igualmente prevé la sustitución paulatina y definitiva de los equipos de mesa por equipos portátiles, así como acuerdos de teletrabajo. La empresa se reserva el derecho de revisar y modificar este sistema, adaptándolo conforme a la experiencia desarrollada, o eliminarlo en el futuro, en su caso, si se considerara más conveniente.

Este nuevo método de organización del trabajo «hot desk», que afectaba a la totalidad de la plantilla, se justificaba por la necesidad de «maximizar la flexibilidad del uso de la oficina». Se comunicó la adopción de esta medida a través de una reunión con el comité de empresa realizada en el mes de mayo, en la que se informó del proceso, dando cumplimiento al [artículo 64.5 f\) del ET](#). Asimismo, en el mes de julio se remitieron dos correos electrónicos, incidiendo el primero en las ventajas del «nuevo concepto de oficina», como espacio de trabajo «más cómodo y agradable», y con «grandes mejoras tecnológicas para facilitar el trabajo diario y mejorar la colaboración entre todos». Mediante el segundo de ellos se comunicaba a la sección sindical del sindicato Coordinadora Sindical de Clase (CSC) la voluntad de implantar el sistema de trabajo basado en «smart job», recordando que es voluntario en lo que concierne a la dimensión de teletrabajo. Dicha comunicación empresarial recibió informe negativo por parte de todas las representaciones sociales.

A finales de mayo, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social extendió diligencia en la que se formuló acta de advertencia dirigida a que la empresa cumpla las prescripciones previstas en el [artículo 64.5 del ET](#) con carácter previo a la implementación del «Procedimiento Ayesa Smart Job», si bien este órgano no realizó objeción alguna respecto de este sistema de trabajo.

El sindicato CSC presenta demanda de conflicto colectivo frente a la decisión de implantar este modelo de trabajo presencial de reserva de puestos de trabajo en el que las personas trabajadoras carecen de ubicación fija asignada. A diferencia de lo que estima la empresa, que basa la aplicación del nuevo sistema en sus facultades de organización/dirección ex [artículo 20 del ET](#), el sindicato considera que se trata de una modificación sustancial de condiciones de trabajo y, en consecuencia, que no es suficiente cumplir con la obligación de informar, sino que exige aplicar el procedimiento de consulta/negociación de buena fe ex [artículo 41 del ET](#).

3. Doctrina judicial: las razones que sostienen el fallo desestimatorio

La Sentencia de la Audiencia Nacional ([SAN](#)) de 27 de julio de 2021, examinada, desestima la demanda de conflicto colectivo con base en la excepción de caducidad de la acción

que, aunque es cuestión de orden público, apreciable por tanto de oficio, había sido planteada por la empresa. En este sentido, la sala considera que:

[...] se ha de apreciar la caducidad denunciada por la parte demandada de acuerdo con lo que se expone a continuación: la empresa señaló en la contestación a la demanda que el 11 de marzo de 2020 se notificó a los trabajadores de Madrid la medida discutida, si bien esta fecha no puede tomarse como día inicial del cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción ya que en realidad lo que fue objeto de notificación no era la implantación del procedimiento Smart Job discutido sino el traslado a un nuevo centro de trabajo en Madrid, concretamente al situado en el Paseo de la Castellana, 91. Es por ello que la fecha a tomar en consideración es la expresada en la demanda, hecho tercero, de 6 de julio de 2020 que es cuando la parte actora manifiesta que la empresa le remitió un correo electrónico comunicando un nuevo sistema de trabajo que denomina Procedimiento Ayesa Smart Job. A partir de esa fecha se han de contar los 20 días hábiles previstos legalmente para el ejercicio de la acción de modificación sustancial de condiciones de trabajo, de tal manera que dicho plazo expiraría el 3 de agosto de 2020, día en el que la parte demandante dispone de las 24 horas del mismo para la presentación de la demanda o, caso de no hacerlo, habría de acudir al plazo de gracia contemplado en el artículo 135.5 LEC, esto es, hasta las 15 horas del siguiente día hábil que era el 4 de agosto. Según consta probado, la demanda se presentó vía telemática a las 21:31 horas del día 4 de agosto, hora inhábil por lo tanto de conformidad con el citado artículo 135 LEC al ser posterior a las 15 horas, por lo que de acuerdo con el apartado 1 del mismo artículo se entiende efectuada la presentación el primer día y hora hábil siguiente, esto es, el día 5 de agosto de 2020, tal como se refleja en el Decreto de admisión de la demanda de 7 de septiembre de 2020.

No procede realizar un análisis extenso de esta dimensión procesal, pero debe advertirse que es contradictorio que la AN aplique el instituto de la caducidad de la acción judicial por modificación sustancial de condiciones de trabajo y, simultáneamente, rechace su concurrencia en favor del ejercicio de la facultad directiva ordinaria ex [artículo 20 del ET](#). Así, según ha declarado el TS –SSTS [653/2017, de 20 de julio](#), y [185/2020, de 27 de febrero](#)–, se excluye la aplicación de la caducidad ex [artículo 138.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción social \(LRJS\)](#) cuando la empresa ha descartado expresamente el recurso a la vía del [artículo 41 del ET](#).

No obstante esta desestimación por motivos procesales, la AN se pronuncia también sobre la cuestión nuclear planteada, no considerando desajustada a derecho la decisión unilateral de la empresa de introducir el nuevo sistema de trabajo. Considera, básicamente, que este no vulnera ni el derecho básico a la ocupación efectiva ([art. 4.2 a\) ET](#)) ni el deber de consulta-negociación de las novaciones sustanciales ex [artículo 41 del ET](#), puesto que el nuevo método de trabajo se encuadra en las facultades de organización y dirección de la empresa ex [artículo 20 del ET](#).

Así, con cita en la [STS de 25 de noviembre de 2015 \(rec. 229/2014\)](#), concluye que la medida no constituye una modificación sustancial de condiciones de trabajo, aduciendo varios motivos. Por una parte, considera que se trata de un cambio de sistema empresarial de organización del trabajo que no afecta a las materias contempladas en el [artículo 41 del ET](#), sino que simplemente responde al objetivo legítimo de optimizar los recursos materiales que precisa la empresa para llevar a cabo su «fin empresarial», por lo que su fundamento se encuentra en los artículos [20 del ET](#) y [38 de la CE](#). Por otra, ante las críticas de falta de previsibilidad e inseguridad en el puesto, entiende la AN que no se produce puesto que el sistema de trabajo no altera el centro de trabajo de las personas empleadas. Por lo demás, trata de respaldar su decisión en el hecho de que, en las actuaciones desarrolladas por la Inspección de Trabajo, esta no puso objeciones de legalidad al sistema de «hot desk» aplicado por la empresa.

4. Trascendencia de la doctrina establecida

Se considera que la [SAN de 27 de julio de 2021](#), comentada, tiene una enorme relevancia, tanto en sí misma como de un modo más trascendente, como prueba el eco mediático que ha alcanzado y que la doctrina laboralista haya dado cuenta de ella en blogs especializados en los que esbozan sus puntos más críticos (Cristóbal Molina, <https://www.transformaw.com/blog/smart-job-trabajo-inteligente-un-modelo-para-que-las-empresas-ahorren-en-la-factura-de-la-luz/>; Eduardo Rojo, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/09/obligacion-de-trabajar-y-de-reservar.html>). Ello es así porque no solo examina las complejas fronteras entre la modificación sustancial de condiciones laborales y el poder novatorio ordinario de la empresa –[STS 865/2018, de 26 de septiembre](#)–. Además de ello, y sobre todo, esta sentencia refleja un conflicto mucho más general y creciente, que es el modo de conciliar el interés de la empresa por la continua adaptación de la organización del trabajo –la transformación digital– con el interés de las personas trabajadoras en tener seguridad en las condiciones de vida y de trabajo, y el de los órganos de representación colectivos en participar en dichos cambios. Se puede comprobar, también a través de los repertorios de doctrina judicial y de jurisprudencia, cómo, de forma gradual, las «nuevas formas de organización inteligente del trabajo» basadas en las nuevas tecnologías de la información y la comunicación van penetrando en la cotidianidad de las empresas y también en la propia cultura judicial, que parece asumir lo inexorable de estos nuevos paradigmas de organización y gestión, incluyendo los modelos híbridos, así como algunos de sus efectos más disruptivos, como es el fin de los espacios fijos de trabajo y la adopción de nuevos modelos de oficina muy distantes de los tradicionales.

La pandemia ha acelerado estos cambios, al facilitar la necesaria y exigida «distancia social» para evitar los contagios. De este modo, se han legitimado fórmulas que antes hubieran parecido pura ciencia ficción, como son las fórmulas «hot desk», haciendo decaer la idea tradicional de la oficina a favor de un concepto mucho más abierto, como espacio flexible, variable y compartido.

En este sentido, agrade o no, pocas dudas puede haber de la legitimidad jurídico-laboral del sistema examinado, al vincularse con el interés de la empresa ex [artículo 38 de la CE](#). Cuestión distinta es a través de qué vía jurídica ha de implementarse para que la transición hacia estos nuevos sistemas de trabajo se haga no solo del modo más eficiente desde el punto de vista económico, sino también del más justo y socialmente pacífico. En la [sentencia comentada](#), la AN asume que la legitimidad jurídico-económica de la medida supone la validez de la decisión empresarial, hasta el punto de reconducirla por la vía del [artículo 20 del ET](#) y no por la del [artículo 41 del ET](#). No obstante, los argumentos que esgrime para respaldar su postura son débiles, siendo muy ilustrativo, a tal efecto, que excluya que se trata de una modificación sustancial de condiciones de trabajo porque no se trata de una de las materias referidas en el [artículo 41 del ET](#). Se estima que esta consideración carece de sentido, puesto que, por una parte, dicho listado es abierto, por lo que la inexistencia de previsión expresa no excluye el juego del [artículo 41 del ET](#), y, por otra, resulta claro que el modelo «hot desk» puede incluirse en el concepto de «sistema de trabajo» que contempla expresamente la letra e) de dicho precepto. Parece que a la AN le basta con que el cambio organizativo no suponga un impacto significativo en términos de incertidumbre e imprevisibilidad, pero olvida que el nuevo sistema se organiza sobre la creación de una obligación laboral de nuevo cuño para las personas empleadas, que es la responsabilidad de hacer la reserva necesaria telemática para que funcione el sistema. Tanto es así que incluso la empresa se ha visto en la necesidad de elaborar una guía explicativa del procedimiento, que precisa cómo cumplir la nueva tarea de manera diligente.

Desde esta perspectiva, sorprende que el tribunal no traiga a colación las SSTS de [20 de julio de 2017](#), citada, y [848/2019, de 5 de diciembre](#), puesto que la doctrina jurisprudencial en este caso –que rechazará, precisamente, la caducidad de la acción ex [art. 138 LRJS](#) por no tratarse de una modificación sustancial de condiciones– estableció que no se produce modificación ex [artículo 41 del ET](#), sino modernización de la organización del trabajo en beneficio de ambas partes de la relación laboral, por el cambio digital de instrumentos de trabajo que antes tenían soporte de papel, quedando la empresa obligada a aportar los medios informáticos necesarios para su descarga.

No obstante, en el caso examinado, el cambio tecnológico supone añadir un nuevo deber de diligencia a cargo de la persona empleada, que requiere una secuencia de acciones que, sin perjuicio de generarle una notificación vía correo electrónico para darle seguridad sobre su operatividad, le genera deberes de atención.

Con todo, más allá del debate jurídico-laboral clásico, la AN desliza un razonamiento adicional para justificar la decisión novatoria, a pesar de que, si no se produce modificación sustancial, no se precisa tampoco tal juicio de adecuación, puesto que el [artículo 20 del ET](#) fundamenta los usos discrecionales –no arbitrarios– del poder de dirección. Así, introduce un juicio de razonabilidad de la decisión en función de su valor para la eficiencia en la gestión de los costes productivos, no tan solo estrictamente laborales. En este sentido, señala que:

[...] parece razonable, por ejemplo, que, si en un edificio de cinco plantas acude personal de las distintas plantas, pero que ocuparía en la práctica solamente dos, se utilicen efectivamente esas dos [...] con el sistema de asignación de puestos, evitándose así la utilización innecesaria de todas [...] con la consiguiente mejora en la gestión de algunos costes de la empresa (suministro eléctrico, mantenimiento, etc.) (FJ 4.º, punto 3).

Con ello, incide en una lógica adicional de gestión eficiente, en la que no solo importa el aprovechamiento de recursos derivado de la innovación digital, sino también la eficiencia energética y, por extensión, la sostenibilidad ambiental. Así, el ahorro en el suministro eléctrico, no solo en este tiempo de escalada descomunal de la factura de la luz como la actual, tiene una dimensión económica evidente, pero también incorpora la faceta «eco» de la sostenibilidad ambiental y reducción del impacto del cambio climático, con lo que de utilidad tiene para el proceso de promoción de transiciones digitales facilitadoras al mismo tiempo de la necesaria transición verde. De este modo, se evidencia otra dimensión de esta sentencia, la de promoción de la gestión organizativa del trabajo favorable a la digitalización verde y, en suma, la de la responsabilidad ambiental que recae también sobre las empresas. Estas cuestiones están cobrando gran importancia en los foros empresariales y, sin duda, en los próximos años lo harán aún más, determinando cambios de estrategias y de maneras de producir para que las empresas abandonen su tradicional papel de agentes contaminantes a favor del de colaboradoras en una economía más verde que haga de este un mundo sostenible.

En cualquier caso, evidentemente, este plus de legitimación jurídico-social de los sistemas organizativos del trabajo digitales y verdes en absoluto obsta a la necesidad de alentar la participación colectiva en su adopción, puesto que no solo los hace más justos, sino también más eficientes.

El permiso de paternidad y la suspensión del contrato de trabajo de la persona progenitora distinta de la madre biológica. Nueva perspectiva de la división de roles por género en las tareas de cuidado

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 98/2021, de 27 de enero](#), y su puesta en relación con la [Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre](#)

Manuel Martín Hernández-Carrillo

*Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga
De la Carrera Fiscal*

Extracto

El Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, ha supuesto un punto de inflexión en la regulación de la suspensión del contrato de trabajo de la persona progenitora distinta de la madre. La norma, al equiparar la duración de dicho permiso con el de la madre, supone, sin ningún género de dudas, un avance en la perspectiva de dicho derecho, revisando la tradicional óptica de cuidado preferentemente asignado a la madre sobre la base de género, con sesgo discriminatorio.

Palabras clave: prestación por nacimiento y cuidado de menor; persona progenitora distinta a la madre biológica; suspensión del contrato; equiparación; discriminación; igualdad de género.

Cómo citar: Martín Hernández-Carrillo, Manuel. (2021). El permiso de paternidad y la suspensión del contrato de trabajo de la persona progenitora distinta de la madre biológica. Nueva perspectiva de la división de roles por género en las tareas de cuidado. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 98/2021, de 27 de enero, y su puesta en relación con la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 463, 134-140.

Paternity leave and the suspension of the biological mother's employment contract. New perspective on the gender division of roles in childcare

Commentary on Supreme Court Judgment 98/2021, of January 27,
and its setting in relation to Constitutional Court Judgment 111/2018,
of October 17

Manuel Martín Hernández-Carrillo

Abstract

Royal Decree-Law 6/2019, of March 1, has meant a turning point in the regulation of the suspension of the work contract of the parent other than the mother. The decree, that brings the duration of such leave equal to that of the mother, represents, without any doubt, an advance in the perspective of the said right, by reviewing the traditional scenery of childcare rather assigned to the mother on the basis of gender roles, with a discriminatory tendency.

Keywords: birth and childcare benefit; parent other than the mother; suspension of the work contract; discrimination; gender equality.

Citation: Martín Hernández-Carrillo, Manuel. (2021). Paternity leave and the suspension of the biological mother's employment contract. New perspective on the gender division of roles in childcare. Commentary on Supreme Court Judgment 98/2021, of January 27, and its setting in relation to Constitutional Court Judgment 111/2018, of October 17. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 463, 134-140.

1. Marco legal. Voluntad del legislador y voluntad legislativa

El Real Decreto-Ley (RDL) 6/2019, de 1 de marzo, como se expondrá seguidamente, ha equiparado, en cuanto a su duración temporal, los supuestos de suspensión del contrato de trabajo, por nacimiento y cuidado de menor, de la madre y de la otra persona progenitora distinta a la madre biológica. La Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 98/2021, de 27 de enero, aborda una cuestión de interés derivada de la supresión del permiso por paternidad regulado en el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores (ET), a saber, la vigencia o no de los permisos de paternidad previstos en los convenios colectivos como mejora de dicha previsión legal.

Y para el análisis del interrogante, se hace necesario un estudio retrospectivo del permiso por paternidad y su puesta en relación con la suspensión del contrato de trabajo en la redacción dada al artículo 48.4 del ET por el citado RDL 6/2019. Y a tal fin, se hace necesario traer a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 111/2018, de 17 de octubre.

2. Síntesis del supuesto de hecho y contextualización

La confederación sindical ELA presentó demanda de conflicto colectivo con el objeto de que se reconociera el derecho de las personas trabajadoras de la empresa Eusko Trenbideak-Ferrocarriles Vascos, SAU, a disfrutar de los 3 días de permiso por paternidad previstos en el artículo 30 del convenio colectivo de la empresa; precepto que la entidad empleadora negaba que estuviera ya vigente. La demanda de conflicto colectivo fue desestimada por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 16 de julio de 2019 (autos 16/2019) y frente a la misma se interpuso recurso de casación ante la Sala Cuarta del TS.

Análisis retrospectivo de la cuestión

El artículo 48.4 del ET (en su redacción dada por el art. 2.Doce RDL 6/2019) ha equiparado la duración de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento y cuidado de menores de manera que, manteniendo las 16 semanas respecto de la madre, amplía la duración de la suspensión de la persona progenitora distinta de la madre biológica, pasando de 5 a 16 semanas. Respecto de la madre, serán obligatorias las 6 semanas

ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de su salud. Y respecto de la otra persona progenitora, con idéntico régimen, serán obligatorias las 6 primeras semanas inmediatamente posteriores al parto, a los fines del cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el [artículo 68 del Código Civil](#).

3. Doctrina judicial

El Pleno del TC, en la [Sentencia 111/2018, de 17 de octubre](#), en relación con la [redacción anterior al RDL 6/2019 del artículo 48 del ET](#), proclamó que:

[...] la atribución del permiso por maternidad, con la correlativa prestación de la Seguridad Social, a la mujer trabajadora, con una duración superior a la que se reconoce al padre, no es discriminatoria para el varón. La maternidad, el embarazo y el parto son realidades biológicas diferenciadas de obligatoria protección, que se refiere a la protección integral de las madres. Por tanto, las ventajas que se determinen para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre [...].

Dicha sentencia tiene, a juicio de quien suscribe, un trascendente voto particular (de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón) en el que se razona que la diferente regulación normativa entre los permisos para el cuidado de menores recién nacidos/as atribuidos a mujeres y a hombres es una diferencia basada en el sexo, esto es, en una de las categorías expresamente prohibidas en el [artículo 14 de la Constitución española \(CE\)](#).

Por ello, la magistrada disidente del parecer mayoritario del Pleno del TC razona que:

Analizar si tal diferenciación es constitucionalmente admisible a la luz del art. 14 CE hubiera exigido que el tribunal definiera, de modo distinto al que lo hace, cuál es la naturaleza «constitucional» de dichos permisos, es decir, cuál es el bien protegido, para determinar si la distinción establecida entre hombres y mujeres en el disfrute de los permisos está o no justificada, sometiendo esta evidente diferencia de trato al test de legitimidad, racionalidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto [...].

Y termina concluyendo que:

[...] el tribunal pierde la ocasión de vincular los permisos que buscan la conciliación personal, familiar y laboral con el disfrute del derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH [Convenio Europeo de Derechos Humanos]), derecho del que son titulares los progenitores, pero también, y a mi juicio, sobre todo, los niños y las niñas. Los

hijos y las hijas, sobre todo, en franjas de edad muy baja, no son responsabilidad preferente de su madre, ni el vínculo con ella merece un mayor grado de protección que el vínculo paterno-filial [...].

Y, en este sentido, se destaca el voto particular de dicha sentencia, porque la interpretación del TC «consolida una división de roles en el cuidado que puede y debe ser revisada, para adaptarla a una visión más actual y coherente con el artículo 9.2 CE, de lo que es la igualdad material entre los sexos».

En este contexto se promulga el antes citado [RDL 6/2019](#), en cuyo [artículo 2.Doce](#) se equipara el régimen jurídico, en cuanto a su duración, de los permisos para la madre biológica y para la persona progenitora distinta a la madre bajo la misma modalidad de suspensión del contrato de trabajo, con una duración de 16 semanas y la correlativa protección mediante la prestación por nacimiento y cuidado de menor prevista en los [artículos 177 y siguientes de la Ley general de la Seguridad Social](#), también objeto de adaptación a la equiparación de la suspensión por el [artículo 4.Tres del RDL 6/2019](#).

Basta una primera aproximación al estado de la cuestión para hallar una clara conexión entre las admoniciones contenidas en el voto particular y el texto de la norma legal. No en vano, el preámbulo del [RDL 6/2019](#) proclama que la equiparación en la duración de la suspensión del contrato de trabajo atribuida a la madre y a la persona progenitora distinta de la madre responde a «la existencia de una clara voluntad y demanda social» y, con ella:

[...] se da un paso importante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos ambos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos.

4. Análisis crítico de la relevancia del asunto comentado

4.1. Del permiso de paternidad a la suspensión del contrato para la persona progenitora distinta de la madre biológica

Comparativamente con países del entorno europeo, esencialmente nórdicos e Islandia, la protección de la maternidad y su reflejo en el permiso por paternidad era de los más bajos de Europa, situándose en 2 días (permiso retribuido de «2 días por el nacimiento de hijo» –[art. 37.3 b\) ET de 1995](#)–).

Fue la [Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la que crea la causa de suspensión del contrato «por paternidad», añadiéndose al ET

en el artículo 48 bis como «la medida más innovadora para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral», subrayando que se trataba de «un derecho individual y exclusivo del padre». Se remarca así el carácter intransferible de dicho derecho desde su creación, aunque la duración de la suspensión del contrato de trabajo por paternidad era de 13 días, mientras que la duración de la suspensión por maternidad era de 16 semanas. Sucesivas modificaciones fueron progresivamente ampliando la duración de la suspensión del contrato por paternidad hasta 4 semanas, primero, y hasta 5 semanas, después.

Y ha sido el [RDL 6/2019](#) el que ha dado nueva redacción al [artículo 48.4 del ET](#), de manera que ha producido la equiparación de la suspensión del contrato de trabajo de la madre y de la persona progenitora distinta a la madre, hasta una duración idéntica de 16 semanas.

La equiparación se llevó a cabo de forma progresiva, pero desde el 1 de enero de 2021 es plena de conformidad con la [disposición transitoria decimotercera del ET, añadida por el RDL 6/2019](#).

El panorama actual ha llevado a España a la vanguardia en la duración de estos permisos, pues los supuestos de licencias/suspensión del contrato por paternidad en países nórdicos o Islandia alcanzan las 12 semanas y no están retribuidos hasta el 100 % del salario (lo están hasta el 80 %). Es cierto que en estos países del norte de Europa la suma de los permisos de la madre y de la otra persona progenitora tiene una duración superior a la prevista en España (32 semanas sumando ambos supuestos de suspensión). Pero para la [Plataforma por Permisos Iguales e Intransferibles de Nacimiento y Adopción \(PPIINA\)](#), al ser transferibles los permisos de la persona progenitora distinta a la madre, «[los suele usar la mujer, lo que al final es una trampa](#)» por perpetuar el rol de cuidadora primordial de la figura materna.

No faltan voces que alertan sobre la carencia de medidas integrales de protección, pues 16 semanas suponen uno de los permisos maternos más cortos de la Unión Europea, «mientras que los padres van a disponer de uno de los más largos y mejor pagados del continente», lo cual no parece ser la solución perfecta para las tensiones existentes entre maternidad y mercado laboral:

Las mujeres a día de hoy van a seguir desprotegidas tras el permiso. Las que tengan más medios van a poder acceder a excedencias, mientras que el resto tendrá que elegir entre salir del mercado laboral para cuidar o reincorporarse ([Merino Murga, 2017](#)).

En este sentido, ya advertía el voto particular de la [STC 111/2018](#) de que:

Se trata de analizar por qué las medidas desarrolladas para compensar esa realidad social, destinadas fundamentalmente a las mujeres, no logran superar como debieran esa realidad y no aseguran la igualdad real de las mujeres en el acceso

al mundo laboral y su promoción dentro del mismo. Se trata de examinar por qué esas medidas no logran atajar el problema del desigual reparto de los desincentivos entre los hombres y las mujeres.

4.2. Doctrina judicial sentada: vigencia (¿yuxtaposición?) de los permisos de paternidad regulados en convenio colectivo con la suspensión del contrato

Como se subrayó *ut supra*, la suspensión del contrato (primero, por paternidad en su versión originaria y, después, de la persona progenitora distinta de la madre biológica) nació como derecho individual e intransferible, lo cual merece un juicio positivo. Imposibilidad de transferencia y plena equiparación en la duración de la suspensión suponen, sin ningún género de dudas, un avance en la perspectiva de dicho derecho, revisando la tradicional óptica de cuidado preferentemente asignado a la madre sobre la base de roles de género, con sesgo discriminatorio.

Mayores disfunciones plantea la previsión legal de que las 6 primeras semanas tengan que disfrutarse simultáneamente y que las 10 semanas restantes lo serán «en régimen de jornada completa o de jornada parcial, previo acuerdo» con la empresa. Dicha previsión no garantiza suficientemente el derecho de «los padres» a hacerlo cuando y como ellos lo decidan: se trata de campo abonado a sutiles presiones a la persona progenitora distinta a la madre para que no agote las 10 semanas restantes o que lo haga a tiempo parcial, lo que generará, sin duda alguna, amplia litigiosidad. Letra pequeña de la norma que podría producir el efecto de perpetuar el estereotipo de madre preferentemente cuidadora. Habrá que estar, pues, al cuerpo de doctrina de los tribunales.

Con el panorama descrito, la [STS de 27 de enero de 2021](#) da respuesta al interrogante. Obviamente, el régimen de suspensión, tal y como ha sido establecido en el [RDL 6/2019](#), puede ser objeto de mejora convencional. Pero, si el convenio colectivo elaborado antes de su promulgación preveía mejora de las licencias previstas en el ET, ¿se entienden vigentes?

Dicha cuestión ha sido zanjada por el TS sobre la base de que:

[...] tras el Real Decreto-Ley 6/2019, la redacción vigente del artículo 37.3 b) ET ha suprimido toda referencia al derecho al permiso retribuido de 2 días por nacimiento de hijo. Ya se ha explicado la lógica que subyace a esta supresión: la equiparación de la duración de la suspensión del contrato de trabajo por causa de nacimiento de ambos progenitores. El último párrafo del artículo 30 del convenio colectivo de empresa mejora, así, un permiso «legalmente establecido» –dice el convenio–, pero que tras el Real Decreto-Ley 6/2019 ha dejado de existir, por lo que el convenio mejora una norma actualmente inexistente [...] ([FJ 4.º 2](#)).

El despido discriminatorio por embarazo y parto también afecta al padre de la criatura: discriminación por asociación en la aplicación del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 1584/2021, de 16 de abril**

Yolanda Maneiro Vázquez

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

Extracto

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 16 de abril de 2021 avanza en la interpretación extensiva de la discriminación y de la interpretación de las normas con perspectiva de género. Aun cuando el trabajador recurrente, víctima de un despido discriminatorio por razón de su paternidad, no había alegado que esta conducta puede también constituir un supuesto de discriminación por asociación, la sala quiso en esta sentencia poner de manifiesto esta circunstancia «a mayor abundamiento». Junto a esta cuestión, también destaca el énfasis de la sala gallega en resaltar el carácter preventivo y no solo resarcitorio de la indemnización por daños morales derivados de la conducta discriminatoria.

Palabras clave: discriminación por asociación; discriminación refleja; despido disciplinario; garantía de indemnidad; indemnización por daños morales.

Cómo citar: Maneiro Vázquez, Yolanda. (2021). El despido discriminatorio por embarazo y parto también afecta al padre de la criatura: discriminación por asociación en la aplicación del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 1584/2021, de 16 de abril. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 463, 141-148.

Discriminatory dismissal for pregnancy and childbirth also affects the father of the child: discrimination by association in the application of article 55.5 of the Workers' Statute

Commentary on the Ruling of the High Court of Justice of Galicia 1584/2021, of 16 April

Yolanda Maneiro Vázquez

Abstract

The Ruling of the High Court of Justice of Galicia of 16 April 2021 advances in the extensive interpretation of discrimination and the interpretation of rules with a gender perspective. Although the appellant worker, the victim of a discriminatory dismissal on the grounds of paternity, had not argued that this conduct could also constitute discrimination by association, the chamber wished in this judgment to highlight this circumstance «to a greater extent». In addition to this issue, the Galician chamber also emphasised the preventive and not only compensatory nature of compensation for non-pecuniary damages arising from discriminatory conduct.

Keywords: discrimination by association; reflexive discrimination; disciplinary dismissal; guarantee of indemnity; compensation for moral damages.

Citation: Maneiro Vázquez, Yolanda. (2021). Discriminatory dismissal for pregnancy and childbirth also affects the father of the child: discrimination by association in the application of article 55.5 of the Workers' Statute. Commentary on the Ruling of the High Court of Justice of Galicia 1584/2021, of 16 April. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 463, 141-148.

1. Marco normativo y jurisprudencial

La doctrina judicial española y, en particular, la del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Galicia avanza en la senda de la consolidación de la discriminación refleja –también conocida como discriminación por asociación, diferida o por irradiación, entre otras denominaciones–, como demuestra la Sentencia del TSJ ([STSJ de Galicia 1584/2021, de 16 de abril](#)), que aquí se comenta. Conforme a la definición proporcionada por los tribunales, este tipo de discriminación se caracteriza por el tratamiento menos favorable que sufre una persona por razón de alguna de las causas o características protegidas que esta persona no posee directamente, pero trae causa de su vinculación o asociación con otra que sí posee estos rasgos o características protegidas.

Este desarrollo jurisprudencial contrasta con su escasa regulación normativa. En España, tan solo el [Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, prohíbe expresamente la discriminación por asociación y la define, en su [artículo 2 e](#)), en el marco de la discapacidad: «cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad».

La tutela judicial frente a la discriminación refleja ha sido posible gracias a la interpretación extensiva de los supuestos protegidos por las directivas antidiscriminatorias (*vid.* [Molina Navarrete, 2020](#), pp. 243-286; [Velasco Portero, 2019](#)). El origen de esta línea interpretativa se encuentra, con carácter principal, en el Tribunal de Justicia, que la inició con su Sentencia Coleman ([Sentencia de 17 de julio de 2018, asunto C-303/06](#)), respecto de las discriminaciones directas e indirectas contempladas por la [Directiva 2000/78/CE](#), en el marco de la discriminación por discapacidad. En este mismo marco también se dictó la [Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de marzo de 2016, asunto Guberina contra Croacia](#). Pronto se extendió a otras causas, como la discriminación por origen racial o étnico (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –[STJUE](#)– de [16 de julio de 2015, asunto C-83/14, CHEZ Razpredelenie Bulgaria](#)), o por razón de sexo y por el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva ([STJUE de 20 de junio de 2019, asunto C-404/18, Hakelbracht](#)). A nivel interno, esta doctrina europea fue recogida inicialmente por los TSJ, a partir de la [STSJ de Cataluña de 23 de junio de 2011 \(rec. 515/2011\)](#). Hubo que esperar hasta el pasado año 2020 para que la discriminación por asociación se

trasladase a la jurisprudencia, primero del Tribunal Supremo (TS)¹ y posteriormente, bajo el nombre de «discriminación refleja», del Tribunal Constitucional (TC), a través de la Sentencia del TC (STC) 71/2020, de 29 de junio, a cuyos fundamentos jurídicos acude la STSJ de Galicia que aquí se comenta.

2. Síntesis del supuesto de hecho

Don Alfonso fue despedido por disminución continuada y voluntaria del rendimiento normal o pactado. Dicho despido tuvo lugar inmediatamente tras la comunicación a su empresa de que su mujer había dado a luz el día 22 de abril. Ese mismo día en el que nació su hijo, el trabajador fue dado de baja médica por enfermedad común, bajo el diagnóstico de apendicitis aguda y peritonitis localizada, a pesar de que el parte de baja no se llegó a aportar a la empresa.

A través de un burofax remitido el 24 de abril y entregado el 27 de ese mismo mes, el trabajador recibió carta de despido disciplinario, con efectos desde la fecha del parto. El día 27 de abril la empresa también le abonó la indemnización correspondiente a un despido improcedente.

El Juzgado de lo Social número 2 de Ourense declaró el despido improcedente y, habiéndose abonado la indemnización, convalidada la extinción de la relación laboral. El trabajador recurrió esta sentencia solicitando la nulidad del despido ante la Sala de lo Social del TSJ de Galicia.

3. Doctrina judicial existente

Esta [sentencia](#) destaca dos aspectos fundamentales en el ámbito de la tutela antidiscriminatoria: las dificultades probatorias determinantes de la inversión de la carga de la prueba y la importancia de la indemnización por los daños morales derivados de la conducta discriminatoria, en su doble condición de elemento reparador (*restitutio in integrum*) del patrimonio jurídico del discriminado y especialmente preventivo ante posteriores conductas discriminatorias. Para analizar ambos aspectos, la sala gallega realiza un recorrido por la jurisprudencia constitucional existente, si bien lo más relevante es su propia aportación sobre una y otra cuestión en esta concreta sentencia.

¹ El TS, en su Sentencia (STS) de 20 de enero de 2016 (rec. 3106/2014), dio carta de naturaleza a este tipo discriminatorio al reconocer como violencia de género por asociación la que se produce sobre los hijos/as. La STS de 29 de enero de 2020 (rec. 3097/2017), dictada en Pleno, reconoció discriminación por asociación por razón de sexo respecto de la regulación de las pensiones del régimen SOVI, confirmando la línea iniciada por la STSJ de Canarias/Las Palmas de 2 de mayo de 2017 (rec. 1237/2016).

3.1. Respeto de la discriminación directa y la discriminación refleja o por asociación

Como argumento central del debate, la [STSJ de Galicia de 16 de abril de 2021](#) destaca la necesidad de verificar si «el conocimiento por la empresa de su futura paternidad y, por ello, el disfrute de su permiso de paternidad y prestación correspondiente» constituyen la verdadera causa del despido disciplinario del trabajador. De ser así, la conducta empresarial podría calificarse como discriminación directa por razón de paternidad, tal y como había solicitado el recurrente. Pero también, añade la sala, como una discriminación refleja por razón del embarazo y alumbramiento de la esposa del trabajador despedido.

En su análisis de la posible discriminación directa por paternidad, la sala destaca dos elementos abundantemente tratados por la jurisprudencia:

- Las reglas distribución de la carga de la prueba (por todas, [SSTC 38/1981, de 23 de noviembre](#), [138/2006, de 8 de mayo](#), y [10/2011, de 28 de febrero](#)) como medio para facilitar a la parte demandante la prevalencia de sus derechos fundamentales frente al margen de discrecionalidad con el que operan las facultades organizativas y disciplinarias de la empresa (por todas, [SSTC 29/2002, de 11 de febrero](#), y [168/2006, de 5 de junio](#)), incluso frente a los actos previos o preparatorios necesarios para una posterior acción judicial. Para que esto suceda, la sala gallega recuerda dos requisitos, también tratados extensamente por la jurisprudencia constitucional. El primero consiste en la aportación por el demandante de un principio de prueba revelador de la existencia de un panorama discriminatorio o de hechos que, «pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental» (por todas, [STC 17/2003, de 30 de enero](#)). El segundo considera la irrelevancia, a estos efectos, de la intencionalidad lesiva del sujeto infractor, pues la discriminación no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo ([SSTC 225/2001, de 26 de noviembre](#), y [66/2002, de 21 de marzo](#), entre otras).
- El carácter determinante del adecuado «nexo de causalidad» entre el comportamiento antijurídico y el resultado prohibido por la norma para apreciar el panorama discriminatorio capaz de invertir la carga de la prueba. Para la sala gallega, la inmediatez temporal entre la paternidad del trabajador y la decisión empresarial de despedirlo constituye el indicio suficiente del posible carácter discriminatorio del despido y, por ello, determinante de la traslación de la carga probatoria a la empresa, que no logra destruir el panorama discriminatorio debido a: la falta de prueba de la concurrencia de la disminución continuada y voluntaria del rendimiento alegada como causa de despido; la falta de prueba de la concurrencia de cualquier otro incumplimiento o causa de despido disciplinario; el reconocimiento expreso por la empresa de la improcedencia del despido el mismo día de su notificación, a través del abono al trabajador de la indemnización por despido improcedente.

La mayor aportación de esta sentencia reside, sin embargo, en el razonamiento que realiza la sala «a mayor abundamiento» para llegar, como ella misma reconoce, «a la misma conclusión», esto es, la conducta discriminatoria de la empresa. La sala, sin embargo, no quiere dejar de destacar que esta misma conducta discriminatoria puede tratarse de un supuesto de discriminación refleja o por asociación y fundamenta su razonamiento, con carácter principal, en la ya referida [STC 71/2020, de 29 de junio](#).

Claramente, la posibilidad de que dicho despido constituyese un caso de discriminación por asociación no había sido apuntada por el trabajador. No obstante, y ahí reside el valor adicional de esta sentencia, la sala gallega no quiere dejar pasar la oportunidad de introducir este análisis, a mayor abundamiento, en el marco de la doctrina fijada por la [STC 108/2019, de 30 de septiembre](#), que, para garantizar la plena efectividad de la discriminación por razón de sexo, consideró preciso «abundar en esa protección, ampliar y desplegar su sentido profundo». La sala gallega quiere destacar en esta sentencia que al trabajador:

[...] se le trata de manera menos favorable (se despide) por motivo de uno de los rasgos o características protegidos (el parto o nacimiento de un hijo), que, pese a no concurrir en sí mismo (ni ha estado embarazado ni ha dado a luz, aunque es ciertamente padre ya) [...] su despido se ha producido por el hecho del embarazo-parto de su mujer y todas las consecuencias que se pueden derivar del mismo (permisos, bajas, etc.).

En consecuencia, concluye la sala:

[...] nos encontramos ante un despido por discriminación refleja, habida cuenta de que se vulneró el derecho del recurrente a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo (embarazo) dado que le sería proyectable –indirectamente– la protección otorgada por el artículo 55.5 ET [Estatuto de los Trabajadores] [...]. La actuación de su empleadora le ocasionó una discriminación contraria al art. 14 CE [Constitución española], en tanto que deriva de la aplicación de un criterio directamente discriminatorio por razón de sexo de su mujer embarazada, que, a su vez, proyectó efectos perjudiciales en el patrimonio jurídico del actor, al despedirlo sin otra causa que la espuria y proscrita por el artículo 55 ET.

3.2. Respeto de la indemnización por daños morales

También en este aspecto trasluce el ánimo pedagógico que caracteriza a esta sentencia. Una vez que la sala declara la nulidad del despido del trabajador por discriminatorio –tanto por razón de la paternidad, como por asociación con el embarazo y alumbramiento de la madre–, reconoce también la procedencia de la correspondiente indemnización por daños morales derivada de aquel. Para ello, la sentencia realiza un concienzudo repaso sobre la

irregular evolución jurisprudencial del tratamiento de la indemnización por daños morales, hasta la más reciente interpretación del TS, que destaca el carácter preventivo y no solo resarcitorio de la indemnización derivada de la lesión de derechos fundamentales².

No obstante, el loable tratamiento de la cuestión y de la defensa del carácter preventivo y no solo resarcitorio de la indemnización por daños morales contrasta con la cuantía finalmente concedida. En este caso, la sala concede la cuantía solicitada por la parte, que, a su vez, se corresponde con la infracción muy grave regulada por el [artículo 8.12 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social](#) (LISOS), a la que corresponde la sanción prevista en el [artículo 40.1 c\) de la LISOS](#): entre 6.251 y 25.000 euros, aplicada en su grado mínimo.

4. Trascendencia del pronunciamiento

Sin duda, esta [sentencia](#) consolida la doctrina que ha venido manteniendo la sala gallega³ –con limitadas excepciones⁴– a favor del reconocimiento de la discriminación por asociación en una doble vía: tanto respecto de su existencia y apreciación por los tribunales, como en la importancia de la función preventiva y reparadora que corresponde a la indemnización por daños morales en estas conductas. Como se ha dicho, no es la primera vez que el TSJ de Galicia acoge este nuevo tipo discriminatorio para ampliar la protección de quienes, de otro modo, no encajarían en las características habituales de las conductas discriminatorias por no ser las personas titulares de la circunstancia protegida.

² Por todas, [STS de 13 de julio de 2015 \(rec. 221/2014\)](#). A su vez, esta se basa en anteriores sentencias sobre la función preventiva de la indemnización por daños morales que sostienen, entre otras, las SSTS de 15 de febrero de 2012 (rec. 670/2011), de [8 de julio de 2014 \(rec. 282/2013\)](#) y de [2 de febrero de 2015 \(rec. 279/2013\)](#).

³ Entre ellas, SSTSJ de Galicia de [31 de enero de 2012 \(rec. 4196/2011\)](#), respecto del despido de una trabajadora como represalia por el embarazo de su hermana; de [2 de agosto de 2017 \(rec. 1806/2017\)](#), que reconoció discriminación por asociación por vulneración de la libertad sindical respecto de un trabajador que había actuado como árbitro en una mesa electoral. También destaca la [STSJ de Galicia de 13 de abril de 2018 \(rec. 421/2018\)](#), que reconoció la existencia de acoso discriminatorio por asociación respecto del marido de una trabajadora víctima de acoso sexual.

⁴ La [STSJ de Galicia de 25 de junio de 2020 \(rec. 408/2020\)](#) denegó la existencia de discriminación por asociación por lesión de la libertad ideológica por no considerar aplicable esta causa al supuesto enjuiciado: despido de una trabajadora de un club de fútbol tras la decisión de su pareja de presentarse como candidato a las elecciones para la presidencia del club. Esta sentencia puso de relieve la importancia de la correcta elección de la causa alegada como fuente de la discriminación, así como la desprotección en la que se encuentran aquellas personas trabajadoras claramente perjudicadas por la conducta de una tercera persona cuando la causa de la discriminación no encaja en aquellas expresamente enumeradas en el [artículo 18 de la CE](#).

En este supuesto, sin embargo, la [sentencia comentada](#) resulta original por dos motivos. En primer lugar, porque el trabajador recurrente hubiera obtenido idéntica protección –como así ocurre– con el reconocimiento de su condición de víctima de una conducta discriminatoria por paternidad. No obstante, y a mayor abundamiento, la sala ha querido reflexionar sobre su condición de víctima de una discriminación indirecta por razón de sexo, al traer causa su despido de dos características presentes en su mujer: el embarazo y el alumbramiento posterior de su hijo. Esta reflexión no resultaba necesaria para ofrecer al trabajador la tutela correspondiente. Sin embargo, es encomiable el ánimo pedagógico de la sala, que ha querido traer a colación esta figura de la discriminación por asociación o refleja, menos conocida, y demostrar con ello que también la clásica discriminación por razón de embarazo, concebida hasta ahora como típicamente femenina, puede afectar, por asociación, a los trabajadores varones. En consecuencia, a través de la tan necesaria interpretación de las normas con perspectiva de género, el [artículo 55.5 b\) del ET](#) ya no ha de entenderse, como indica su texto, como una protección exclusiva de «las trabajadoras embarazadas», sino que también protege a los trabajadores varones cuando su despido venga motivado por el embarazo y parto de su pareja.

Así pues, a través de esta sentencia, la discriminación refleja o por asociación se extiende a un ámbito no explorado hasta el momento: el embarazo. Debe resaltarse también cómo en esta sentencia la sala califica esta conducta como discriminatoria por razón de sexo, a diferencia del reproche que, en este sentido, puede hacerse a aquellas sentencias que prefieren omitir la mención a una posible discriminación por razón de sexo unida a las conductas discriminatorias por asociación que afectan fundamentalmente a mujeres.

Controversia sobre el permiso retribuido recuperable. ¿Puede la legislación en tiempos de COVID-19 afectar el derecho al disfrute de las vacaciones?

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 26 de abril de 2021 (rec. 45/2020)**

Noelia Ortiz Vigo

*Observatorio Jurídico Laboral de la Violencia de Género.
Universidad de Málaga*

Extracto

En el marco del estado de alarma, el Real Decreto-Ley 10/2020, de 29 de marzo, regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra la COVID-19. A través de la sentencia analizada, se examina la aplicación del citado permiso en relación con el derecho al disfrute de las vacaciones anuales, contempladas en el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores.

Palabras clave: permiso retribuido recuperable; Real Decreto-Ley 10/2020; estado de alarma; COVID-19; derecho a vacaciones.

Cómo citar: Ortiz Vigo, Noelia. (2021). Controversia sobre el permiso retribuido recuperable. ¿Puede la legislación en tiempos de COVID-19 afectar el derecho al disfrute de las vacaciones? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 26 de abril de 2021 (rec. 45/2020). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 463, 149-156.

Controversy about recuperable paid leave. Could the law during COVID-19 times affect the right of employees to take annual leave?

Commentary on the Ruling of the Superior Court of Justice
of Galicia of April 26, 2021 (rec. 45/2020)

Noelia Ortiz Vigo

Abstract

Within the state of alarm, Royal Decree-Law 10/2020, of 29 March, regulates recoverable paid leave for those people who work as employees in order to reduce the mobility of the population during the fight against the spread of COVID-19. In the ruling analysed, the application of the recoverable paid leave is studied in relation to the workers' right to annual leave provided for in article 38 of the Workers' Statute.

Keywords: recoverable paid leave; Royal Decree-Law 10/2020; state of alarm; COVID-19; annual leave's right.

Citation: Ortiz Vigo, Noelia. (2021). Controversy about recuperable paid leave. Could the law during COVID-19 times affect the right of employees to take annual leave? Commentary on the Ruling of the Superior Court of Justice of Galicia of April 26, 2021 (rec. 45/2020). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 463, 149-156.

1. Marco normativo

La crisis derivada de la COVID-19 ha desvelado de forma dramática el conjunto de debilidades y carencias estructurales de nuestros sistemas públicos de protección social. En aquel primer momento de expansión explosiva del virus, se hicieron necesarias medidas de naturaleza extraordinaria dirigidas a reducir la movilidad social de un modo drástico, con el objeto de hacer frente a una creciente e insostenible presión sobre nuestro sistema sanitario de salud. En este sentido, y en el marco del estado de alarma, el Real Decreto-Ley (RDL) 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19, estableció un permiso retribuido recuperable (PRR), de carácter obligatorio y limitado en el tiempo (entre los días 30 de marzo y 9 de abril), dirigido a facilitar un estado de «hibernación social», paralizando toda la actividad laboral que no estuviera considerada como esencial (si bien su concreción pudiera estar sometida a cuestionamientos terminológicos) y estableciendo como primera garantía de las personas trabajadoras el mantenimiento de su retribución con normalidad, «incluyendo salario base y complementos salariales». La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Galicia/A Coruña de 26 de abril de 2021 (rec. 45/2020), que aquí se analiza, examina la aplicación del PRR en relación con el derecho al disfrute de las vacaciones anuales contempladas en el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

El PRR se aplicó a todas las personas trabajadoras por cuenta ajena, tanto del sector público como privado, con una salvedad, quedaban excluidas quienes prestaran servicios considerados esenciales o pudieran seguir desempeñando su actividad laboral con normalidad, mediante teletrabajo o cualquiera de las modalidades no presenciales. Además de aquellas personas trabajadoras que se encontraran con una suspensión del contrato de trabajo a consecuencia de un expediente de regulación temporal de empleo (ERTE), una incapacidad temporal o por otras causas legalmente previstas. Como afirma Fernández Avilés (2020, p. 23), se permitió a modo de válvula de escape en la aplicación del PRR que las empresas utilizaran el concepto de «actividad mínima indispensable» contenido en el artículo 4 del RDL 10/2020 y tomaran como referencia la que fuese correspondiente a «un fin de semana ordinario o en festivos».

Respecto de su régimen jurídico, el artículo 3 del RDL 10/2020 regula la posibilidad de la recuperación del PRR desde el día siguiente a la finalización del estado de alarma, hasta el 31 de diciembre de 2020. Además, prevé la obligación de negociar el modo concreto de dicha recuperación entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras, en un periodo acotado de negociación de 7 días, sustituible por un procedimiento de mediación o

arbitraje. Como es común a estos procesos, la normativa establece la obligatoriedad de negociar de buena fe, pero no la de llegar a un acuerdo; de este modo, en caso de falta de acuerdo, el [artículo 3.2](#) dispone que la empresa podrá tomar la decisión de forma unilateral.

Por otra parte, el [artículo 3.3](#) aclara que la recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante dicho permiso no podrá suponer el incumplimiento de los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y en el convenio colectivo. De la misma forma, se deberán respetar los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar reconocidos según establece el artículo.

Resulta fundamental señalar la particularidad del PRR, en especial por su dimensión imperativa, la obligatoriedad de la recuperación de las horas no trabajadas durante dicho periodo y su carácter retributivo.

Dichas características configuran su particularidad y excepcionalidad. El interés en su análisis debe ponerse en línea con aquella visión crítica de [Molina Navarrete \(2020, p. 14\)](#) sobre la posibilidad de que este tipo de «legislación de excepción» traiga consigo lagunas, contradicciones, deslegalizaciones o extralimitaciones que nos hagan pensar sobre «los límites del derecho al poder de autoridad gubernativo-legislativo (excepcional). Ciertamente, lo que está en cuestión son los propios límites del derecho frente a la realidad».

2. Breve referencia al supuesto de hecho

El litigio viene determinado por la forma de recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante el PRR vehiculado por conflicto colectivo. Trabajadores y trabajadoras de la empresa Seaga (Empresa Pública de Servicios Agrarios Galegos, SA) recibieron el protocolo de medidas de prevención COVID-19 con fecha 27 de marzo. La empresa realizó una clasificación de la tipología de trabajo a realizar durante ese periodo, en función de las categorías profesionales y puestos de trabajo. En este sentido, el personal de «brigadas» fue dispensado de trabajar hasta nuevo aviso. El resto de la plantilla siguió realizando su trabajo, teletrabajando o de forma presencial. La suspensión del trabajo se llevó a cabo desde el 30 de marzo al 8 de abril. Con fecha 6 de abril, la empresa comunicó al personal afectado el inicio de periodo de consultas para la negociación de la recuperación de los días de permiso. El comunicado trasladaba la decisión de la empresa de compensar el PRR con la deducción de 7 días de vacaciones anuales y 1 día de asuntos propios. La presidencia del comité de empresa de A Coruña, Lugo y Ourense presentó su disconformidad ante la propuesta empresarial. La comisión negociadora se constituyó, por la parte social, por la representación de los sindicatos de Confederación Intersindical Galega (CIG), Comisiones Obreras (CC. OO.) y Unión General de Trabajadores (UGT), cada uno de ellos representa a una persona afectada. Durante el periodo de negociación y tras la proposición de la empresa de la deducción de vacaciones y días de asuntos propios para compensar el PRR, CIG votó en contra, CC. OO. a favor y UGT se abstuvo.

3. Doctrina judicial

La [STSJ de Galicia de 26 de abril de 2021](#), de conflicto colectivo, dicta la resolución ante la demanda interpuesta por el comité de empresa de Seaga de A Coruña, Lugo y Ourense y la CIG contra Seaga, UGT de Galicia y CC. OO. de Galicia.

La resolución judicial estima parte de la demanda interpuesta, considerando la falta de legitimación activa por parte de los comités de empresa de las provincias de Ourense, Lugo y A Coruña. Además, considera nula la decisión de la empresa de aplicar el PRR al personal afectado. La sentencia encuadra la actividad profesional realizada por el personal de brigadas como actividad esencial y por ello excluida del PRR. Considera afectado el derecho al disfrute del periodo de vacaciones y asuntos propios del personal de «brigadas».

En primer lugar, el TSJ analiza la clasificación profesional efectuada por la empresa Seaga a través del protocolo de medidas de prevención COVID-19, para llegar a la conclusión de que las actividades realizadas por la categoría «brigada», dirigidas a la gestión de la biomasa y encuadradas dentro de las de prevención de los incendios forestales, deben tener la consideración de actividades esenciales. Para llegar a esta resolución, la sentencia hace alusión a la [Ley 3/2007, de 9 de abril](#), de prevención y defensa contra los incendios forestales de Galicia, el Pladiga (Plan de prevención y defensa contra los incendios forestales de Galicia) y la [Orden de 9 de agosto de 2018](#) por la que se publica el convenio de colaboración suscrito entre la Xunta de Galicia, la Fegamp y Seaga. Por lo cual, al ser consideradas actividades profesionales incluidas dentro del punto 7 del [anexo del RDL 10/2020, de 29 de marzo](#), el personal de «brigadas» de Seaga queda excluido del PRR regulado en dicha norma.

En segundo lugar, el TSJ va a cuestionar la decisión empresarial de deducir los días del PRR en días de vacaciones y asuntos propios del personal de «brigadas». En este sentido, la empresa entiende que la decisión de compensar dicho permiso respeta la normativa vigente en cuanto a periodos mínimos de descanso, de conciliación y preaviso manifestada en el [artículo 3.3 del RDL 10/2020](#). El TSJ difiere de la decisión de la empresa, ya que entiende que lo pretendido por la misma no es una recuperación de las horas del PRR, sino una compensación. En este sentido, establece la imposibilidad de equiparar ambos conceptos, considerando que no tienen la misma naturaleza y, por tanto, no son compensables. Como es sabido, el derecho contenido en el [artículo 38.1 del ET](#) consiste en un periodo mínimo de vacaciones retribuidas anuales de 30 días naturales, que no podrá ser objeto de compensación económica (Sentencia de la Audiencia Nacional –[SAN – 101/2020, de 16 de noviembre](#)). Asimismo, el artículo 12 del [Convenio 132 de la Organización Internacional de Trabajo](#) (OIT) determina que no pueden existir excepciones y que serán nulos los acuerdos por los que se renuncie o se pague el periodo mínimo de 3 semanas anuales de vacaciones. De la misma forma, hace alusión al artículo 137 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#), que expone el derecho de disfrute de las vacaciones anuales retribuidas como un principio del derecho social comunitario de especial importancia, respecto del cual no pueden establecerse excepciones (en este sentido, *vid.* Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

–TJUE– de 26 de junio de 2001, asunto C-173/99, BECTU; de 18 de marzo de 2004, asunto C-342/01, Merino Gómez; de 16 de marzo de 2006, asuntos acumulados C-131/04 y 257/04, Robinson-Steele y otros; y de 22 de abril de 2010, asunto C-486/08, Zentralbetriebsrat Landeskrankenhäuser Tirols).

De forma coherente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) ([Sentencia del TS de 25 de mayo de 2011, rec. 3103/2010](#)), y en línea con la doctrina del TJUE, refuerza la garantía a las vacaciones bajo la prohibición de subordinar o limitar el derecho del disfrute de las mismas, siendo su finalidad última el establecimiento de un periodo de descanso y de ocio y esparcimiento de las personas trabajadoras. Así, el TSJ considera la inadmisión de la recuperación de las horas no trabajadas del PRR a través de días de vacaciones, ya que ello supondría una vulneración del [artículo 38 del ET](#).

Pero incorpora un argumento relevante más, la finalidad de las vacaciones no puede ser equiparable a la finalidad del PRR y, por ello, ambas situaciones no pueden ser comparables. Si bien el PRR fue una imposición de la normativa de excepción derivada de la rigidez del estado de alarma en aquel momento, que obligaba al confinamiento estricto, no permite la compensación a través del principio *inclusionis unius exclusionis alterius*, ya que el [artículo 3 del RDL 10/2020](#) no hace mención de la posibilidad de compensación del PRR con el periodo de vacaciones. De este modo, la conclusión por parte del TSJ de Galicia es la de determinar la imposibilidad de compensar el PRR con el derecho a vacaciones y/o asuntos propios.

4. Trascendencia de la doctrina

Esta [sentencia](#) resulta interesante ya que plantea la tensión entre los derechos de las personas trabajadoras y ciertas limitaciones contenidas en las normativas derivadas del estado de alarma. Como bien afirma [Molina Navarrete \(2020, p. 10\)](#), dicha legislación de excepción vino acompañada de vicios jurídicos que han complicado su comprensión práctica y han provocado un colapso del orden jurídico-laboral ante la reacción de las personas trabajadoras contra las consecuencias laborales perjudiciales. La legislación excepcional interpuesta por el Gobierno no puede, en ningún caso, servir como sustento para vulnerar derechos laborales de las personas trabajadoras.

Y el derecho laboral afectado no es menor. La normativa española reconoce el derecho a vacaciones en el [artículo 40.2 de la Constitución española](#) (CE), y lo concreta en el [artículo 38 del ET](#), cuya duración mínima establecida es 30 días naturales. La vigencia y la fuerza derivadas del [artículo 10.2 de la CE](#) refuerzan la dimensión de derecho universal del derecho al disfrute de las vacaciones (en el ámbito europeo, la [Directiva 2003/88/CE](#) indica en su artículo 7 el periodo mínimo de 4 semanas de vacaciones. La normativa internacional establece un mínimo de 3 semanas laborables en el artículo 12 del [Convenio 132 de la OIT](#). Igualmente, se manifiesta en el artículo 24 de la [Declaración Universal de los Derechos](#)

Humanos, el artículo 7 del [Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales](#), y el artículo 31.2 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#)). La recuperación del PRR no podrá minorar el derecho de las vacaciones en ningún caso, especialmente por la imposibilidad de compensar dicho permiso con el periodo de vacaciones por la ausencia de similitud en su naturaleza.

El derecho a vacaciones responde a una doble finalidad ([Tapia Hermida, 2012, p. 231](#)): permitir el descanso laboral de la persona trabajadora y, supletoriamente, favorecer que disponga de ocio y esparcimiento. En este sentido, la doctrina del Tribunal de Luxemburgo (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –[STJCE](#)– de [20 de enero de 2009, asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06, Shultz-Hoff](#)) tuvo una importante consecuencia en el reconocimiento de este derecho como un periodo de recuperación, ampliando su objetivo al disfrute de ocio y esparcimiento ([López Álvarez, 2017](#)).

Si bien la medida de suspender la actividad profesional no esencial responde sin lugar a duda a una necesidad social de primer orden, y la fórmula utilizada puede parecer razonable en términos generales, resulta más dudoso compensar estos periodos de paro forzoso con los periodos de vacaciones. Pocas similitudes existen entre aquel paro en el marco del confinamiento estricto derivado del estado de alarma y un periodo de vacaciones. Más bien se asemeja a una situación de tensión emocional para la ciudadanía, con especial dificultad para realizar actividades de ocio y personales, debido al confinamiento domiciliario. La finalidad que viene dada por este derecho no puede ser equiparable al PRR, teniendo en cuenta, además, la obligatoriedad del mismo para las personas que no realizaran trabajos esenciales, especialmente por esta perspectiva finalista de los diferentes permisos ([STJCE de 18 de marzo de 2004, asunto C-342/01, Merino Gómez](#)).

Pero resulta interesante examinar la solución aportada por la AN ([SAN 91/2020, de 28 de octubre](#)) sobre cómo recuperar los periodos del PRR, que reposa fundamentalmente en el juego de la voluntariedad de las personas afectadas. De este modo, se considera legítima aquella compensación voluntaria del PRR en días de vacaciones (que se puede ver favorecida con la oferta de la empresa de conceder 1 día adicional de vacaciones sin cargo al cómputo anual). La segunda opción es la creación de una bolsa de horas a recuperar. Si bien, todas las quejas referidas a la sustitución «forzosa» del periodo de vacaciones sería aplicable a su sustitución voluntaria, la AN entiende legítimo el acuerdo en este sentido; no olvidemos que los derechos laborales, y singularmente el derecho a vacaciones, son indisponibles para la persona trabajadora.

Reforzando la opinión de la sentencia analizada, la [Sentencia del Juzgado de lo Social de Melilla 149/2020, de 3 de noviembre](#), determina la nulidad del disfrute de vacaciones durante el periodo de confinamiento y ratifica que la trabajadora afectada conserve el derecho a su disfrute en un tiempo posterior (se refiere a una trabajadora cuyo periodo de vacaciones coincidió con el periodo de confinamiento estricto). El fundamento jurídico de la sentencia ha sido la comparativa de la situación del periodo de confinamiento con una situación de

incapacidad temporal, en la cual la persona trabajadora conserva su derecho a disfrutar de sus vacaciones (López Álvarez, 2017). Razona su decisión considerando el periodo de confinamiento estricto una causa de fuerza mayor y, por ello, condiciona el disfrute de las vacaciones ante las restricciones de «libertad ambulatoria (desplazarse, salir de su domicilio, tener su ocio particular, visita de familiares, acudir a un bar, hacer deporte, etc.), máxime, además, al tratarse de derecho contemplado por el TJE como un principio social comunitario».

Ciertamente, la falta de naturaleza jurídica común entre el PRR y el derecho al disfrute de las vacaciones y/o asuntos propios hace inviable su compensación. Si bien durante este periodo de inactividad obligatoria no existió obligación de trabajar, este factor no determina necesariamente que estos periodos puedan ser considerados como de asueto. El periodo de confinamiento estricto caracterizado por sentimiento colectivo de inseguridad e incertidumbre hace difícil que pueda tener la consideración de tiempo de vacaciones, máxime teniendo en cuenta la rigidez de las restricciones.

La legislación excepcional impuesta por el Gobierno no puede servir como sustento para vulnerar derechos laborales. Los derechos laborales no pueden ser suprimidos por este tipo de legislación y, en este caso, el derecho a vacaciones, siendo un derecho indisponible para las personas trabajadoras. La normativa que regula el PRR es confusa y genera diferentes problemas interpretativos. Las nuevas normas laborales para hacer frente a la pandemia ocasionada por la COVID-19 han dado lugar a diversas situaciones de incertidumbre en el ámbito laboral. Si bien la paralización de la actividad no esencial resultó una medida de interés público y significó un escudo social frente al contagio colectivo, estas medidas tan necesarias deben limitar su impacto sobre los derechos laborales. El periodo de PRR no representó unas vacaciones para las personas trabajadoras, sino que es tiempo de trabajo ya remunerado, que deberán recuperar con el objeto de evitar que sean las empresas las que paguen la cesión forzosa de la actividad, sin que ello deba afectar el necesario derecho al descanso anual que tienen dichas personas trabajadoras.

Las consecuencias del allanamiento en materia de discriminación

Comentario a la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de abril de 2021, asunto C-30/19](#), y su aplicación en la práctica forense del orden social

Luis Sánchez Quiñones

*Abogado sénior.
Departamento laboral Ontier*

Extracto

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 15 de abril de 2021 ha establecido que la víctima de un acto discriminatorio tiene derecho a obtener un pronunciamiento que declare la existencia o no de dicho acto. Niega el Tribunal de Luxemburgo que el allanamiento y posterior pago de una compensación efectuado por el presunto autor del acto discriminatorio resulte mecanismo suficiente de protección de la víctima, incluso si la normativa nacional permite tal opción. La decisión adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea plantea varias dudas en cuanto a su posible aplicación forense en el orden social que trataremos de despejar en el presente artículo.

Palabras clave: allanamiento; discriminación; indemnización; víctima.

Cómo citar: Sánchez Quiñones, Luis. (2021). Las consecuencias del allanamiento en materia de discriminación. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de abril de 2021, asunto C-30/19, y su aplicación en la práctica forense del orden social. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 463, 157-165.

The consequences of acquiescence in discrimination

Commentary on the Ruling of the Court of Justice of the European Union of 15 April 2021, case C-30/19, and its application in the forensic practice of the social order

Luis Sánchez Quiñones

Abstract

The judgment of the Court of Justice of the European Union 15th April 2021 has determined established that the victim of a discriminatory act is entitled to obtain a ruling declaring the existence or not of such act. The Court rules that the acceptance and subsequent payment of compensation by the alleged perpetrator of the discriminatory act is not a sufficient means of protecting the victim, even if the national legislation allows such an option. This ruling of the Court of Justice of the European Union raises several doubts as to its possible forensic application in the social order, which we will try to clarify in this article.

Keywords: acquiescence; discrimination; compensation; victim.

Citation: Sánchez Quiñones, Luis. (2021). The consequences of acquiescence in discrimination. Commentary on the Ruling of the Court of Justice of the European Union of 15 April 2021, case C-30/19, and its application in the forensic practice of the social order. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 463, 157-165.

1. Introducción. Marco normativo

Los derechos y libertades garantizados por la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) (CDFUE) no son transigibles. Al menos esa es la conclusión inmediata que cabe extraer de la [Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea \(TJUE\) de 15 de abril de 2021 \(asunto C-30/19, Braathens Regional\)](#).

El procedimiento analiza la capacidad dispositiva de las partes en el marco de un procedimiento judicial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la [CDFUE](#) y la [Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio](#), relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, cuando media una acusación de discriminación por cuestión de raza, planteando una nueva perspectiva que puede suponer un notable impacto a la hora de enjuiciar y zanjar disputas en las que se alegue la vulneración de derechos fundamentales en la práctica forense laboral.

Así, la cuestión suscitada se reducía a determinar si –una vez iniciada una reclamación en materia de discriminación que lleva aparejado el pago de una indemnización– es posible que los tribunales del Estado en el que se ha planteado dicha reclamación pueden soslayar el conocimiento sobre el fondo de dicho asunto cuando las partes han convenido evitar o se han aquietado a la pretensión indemnizatoria, pero sin reconocer los hechos.

Se trata, como podemos ver, de un aspecto que conjuga una cuestión estrechamente vinculada al reconocimiento de derechos fundamentales e inherentes a la dignidad de la persona, y, en su caso, el tratamiento que deben merecer la capacidad de dirección, allanamiento y transacción en el marco de un litigio.

Implica la presente una situación que no resulta infrecuente en nuestro ordenamiento laboral. Venimos asistiendo a un incremento notable de la litigiosidad con peticiones que se basan expresamente en la vulneración de derechos fundamentales que, aunque no tienen su fundamento necesariamente en una discriminación por causa de la pertenencia a una raza o grupo étnico concreto, sí encuentran acomodo en discriminación por razón de sexo o con base en alegaciones sustentadas en discriminación del derecho a la igualdad ex [artículo 14 de la Constitución española](#) (CE), principios estos igualmente incardinables en la defensa de los valores postulados por la [CDFUE](#).

Por tanto, la presente decisión del TJUE obliga a valorar las soluciones que usualmente se dan a estos casos no solo en forma de resolución judicial, sino incluso cuando son paccionadas por las partes.

2. Breve referencia al supuesto de hecho

El procedimiento deriva de la reclamación formulada por un ciudadano chileno residente en Suecia, quien en el año 2015 fue sometido a un control de seguridad adicional al ir a embarcar en un vuelo con la compañía aérea Braathens Regional.

Dicha medida de seguridad, instada por el comandante de la aeronave, tuvo como consecuencia directa que el Defensor del Pueblo sueco solicitase que se condenase a la referida aerolínea a abonar una indemnización de 1.000 euros por el trato discriminatorio al que había sido sometido el pasajero.

El motivo de dicha petición fue que el organismo sueco entendió que se había producido una discriminación directa al haber calificado al viajero como persona de etnia árabe y someterlo por ello a un control de seguridad adicional, situándolo en una posición de desventaja por su mera apariencia física y posible origen racial.

La compañía aérea se allanó en el marco del procedimiento judicial, aceptando abonar la cantidad económica que le fue reclamada en concepto de indemnización, pero sin reconocer los hechos, oponiéndose el organismo sueco, al estimar que el mero pago de la indemnización no suponía remedio suficiente y que el tribunal debía entrar a resolver la cuestión de fondo, que no era otra que la concerniente a la existencia de una posible discriminación por parte de Braathens.

El tribunal de primera instancia desestimó la pretensión del Defensor del Pueblo, señalando que en los procedimientos civiles y debido al carácter dispositivo de la pretensión, si se produce un allanamiento de una de las partes, no es necesario resolver las cuestiones de fondo. Tal pronunciamiento ocasionó que el Defensor del Pueblo recurriera en apelación, siendo igualmente desestimada su pretensión.

Contra dicha decisión se planteó recurso de casación ante la Corte Suprema sueca que elevó cuestión prejudicial. Señaló el tribunal remitente que el ordenamiento procesal del país nórdico no obliga en el caso de allanamiento a especificar las razones por las que se produce la aceptación de la reclamación formulada de contrario, ni tampoco a entrar sobre el fondo de la cuestión. La falta de pronunciamiento sobre el fondo llevó a plantear al Alto Tribunal remitente si esa carencia de solución en cuanto a la cuestión suscitada es coherente con la obligación de protección del artículo 7 de la [Directiva 2000/43](#) que obliga a otorgar protección a la víctima de discriminación.

3. Claves de la posición judicial

El TJUE examina la cuestión prejudicial planteada señalando que la [Directiva 2000/43](#) tiene por objeto lograr la efectiva aplicación del principio de igualdad de trato, como consecuencia

de la prohibición de discriminación que dimana del artículo 21 de la [CDFUE](#). A este respecto, recuerda que el litigio deriva precisamente de una supuesta discriminación por causa de pertenencia a un grupo étnico o racial, que se produjo en el marco de acceso a un servicio a disposición del público (art. 3.1 h) [Directiva 2000/43](#)).

Tal objetivo implica que las personas que hubieran podido ser objeto de la citada discriminación deben contar con los medios adecuados de protección y asegurar un nivel de protección efectivo, permitiendo que no solo las afectadas, sino que las personas jurídicas y/o asociaciones puedan iniciar acciones en su nombre.

El ejercicio de tales acciones busca, en todo caso, que se pueda asegurar no solo a través de una acción personal, sino por medio de terceros, la garantía de la tutela judicial efectiva del derecho a la igualdad de trato, fijándose de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la [Directiva 2000/43](#) un régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas y de las medidas necesarias para garantizar la aplicación de tales sanciones.

Considerando tales extremos, el TJUE indica que la gravedad de las sanciones deberá adecuarse a la gravedad de las infracciones, lo que implica que, cuando la reparación pecuniaria sea la medida exigida para compensar los perjuicios íntegramente sufridos a causa de la discriminación, la misma ha de ser adecuada para reparar el daño, no pudiendo aceptarse una sanción meramente simbólica, la cual podría no ser compatible con la aplicación correcta y eficaz de la [Directiva 2000/43](#).

Así, el TJUE analizando el caso concreto valora el hecho de que el pago de la indemnización por parte del autor del acto discriminatorio conlleve que no tenga que reconocer los hechos –ya que el allanamiento no lo obliga a ello–, impidiendo que el órgano judicial pueda conocer sobre la realidad de la discriminación alegada, que, en esencia, es parte del conjunto de la garantía y la acción destinada a conocer si se produjo un acto discriminatorio o no.

Esto lleva al TJUE a entender que dicha declaración es contraria a las exigencias de los artículos 7 y 15 de la [Directiva 2000/43](#) y 47 de la [CDFUE](#) por cuanto las garantías reconocidas en ambos cuerpos legislativos resultan imperativas y, por lo tanto, debe poder facilitar que la persona damnificada por tal discriminación pueda obtener un pronunciamiento judicial que declare la existencia o no de la misma. Precisa el TJUE que el pago de una cantidad pecuniaria no garantiza la tutela judicial efectiva, especialmente cuando el interés de la persona perjudicada no es económico, sino que los tribunales se pronuncien sobre dicha decisión.

Asimismo, esa negativa a que el tribunal pueda examinar el quebrantamiento de los derechos fundamentales supone a su vez una quiebra de la función disuasoria y reparadora que deben tener las sanciones de los Estados miembros de conformidad con lo dispuesto en la [Directiva 2000/43](#), criterio que además coincide con el evacuado en su día por el

abogado general. Esta conclusión no se ve modificada por el hecho de que se pueda alcanzar una solución amistosa en el marco del conflicto.

Solución que, sin embargo, no coincidiría con el ámbito estrictamente procesal de un allanamiento en el que la decisión de una sola de las partes permite sustraer del ámbito de conocimiento del órgano judicial la controversia suscitada y que no supone, además, exigir la creación de una vía procesal de nuevo cuño, sino meramente exigir que el órgano judicial sí pueda pronunciarse sobre la vulneración de un derecho fundamental, a pesar del allanamiento de la demandada, otorgando, en consecuencia, a la persona reclamante plena protección en los términos previstos en los artículos 7 y 15 de la [Directiva 2000/43](#), llegando incluso al caso, si fuera necesario, de inaplicar el derecho nacional.

4. Trascendencia de la decisión más allá del caso concreto

El debate resuelto por el TJUE establece una interesante línea doctrinal que plantea indudables efectos sobre el orden social. Recordemos que la vulneración de derechos fundamentales en el marco del procedimiento social resulta una alegación harto frecuente. De igual forma, no resulta infrecuente que, si se alcanza una transacción en el marco de tales procedimientos, esa transacción pueda conllevar una compensación económica adicional con base en esa supuesta vulneración de derechos, de la que la parte actora suele desistir con el fin de alcanzar ese convenio transaccional.

A efectos prácticos es un supuesto muy similar al que analiza la [Sentencia Braathens](#), si bien con la diferencia de que la práctica forense habitual en nuestro ordenamiento pasa por que la parte actora desista de la pretensión de vulneración de derechos fundamentales, aunque, efectivamente, exista compensación económica por esa petición deducida en el escrito de demanda como parte de la negociación global acometida y no un allanamiento de la demandada como acontece en el supuesto analizado por el TJUE.

Lógicamente, la decisión del TJUE arroja dudas en torno a la posibilidad de desistir de dicha pretensión, máxime cuando el acuerdo global que se alcance permita inferir la posible existencia de una vulneración de derechos fundamentales en mayor o menor medida, precisamente por la contraprestación económica que pueda pactarse.

De partida hay que recordar que los [artículos 20 a 22 de la Ley de enjuiciamiento civil \(LEC\)](#) regulan las formas autónomas de terminación del procedimiento. Recogen así, entre otros, la renuncia, el desistimiento y el allanamiento. En particular, se dispone que el desistimiento unilateral de la acción se podrá plantear en cualquier momento, aunque ese desistimiento puede ser trabado por la parte demandada en caso de que se opusiera al mismo ([art. 20.2 y 3 LEC](#)).

Esta mención específica del desistimiento –aunque sistemáticamente se englobe en el precepto dedicado a la renuncia de acciones– hace que tenga consecuencias diferentes,

ya que el desistimiento es prácticamente libre y disponible para la parte, con la salvedad anteriormente indicada, mientras que la renuncia de acciones –contemplada en el [art. 20.1 LEC](#)–, si bien se admite igualmente con carácter general, podrá ser rechazada cuando fuera legalmente inadmisibles, lo que se producirá si es contraria a la ley, al interés o al orden público conforme a lo dispuesto en el [artículo 6.2 del Código Civil](#).

Términos similares plantea el allanamiento previsto en el [artículo 21.1 de la LEC](#), que prevé que, si efectúa dicho allanamiento en fraude de ley o si conlleva renuncia contra el interés general o en perjuicio de terceras personas, se dictará auto rechazándolo y ordenando seguir el proceso adelante.

A los efectos del orden procesal social, las condiciones de la finalización del procedimiento son muy similares al carecer la [Ley reguladora de la jurisdicción social \(LRJS\)](#) de marco regulatorio propio y autónomo al respecto.

Observamos, por tanto, una neta diferencia entre la capacidad de la parte actora para desistir de su acción y el allanamiento de la demandada, que supone –en caso de perjuicio al interés general o de terceras personas– una limitación a la capacidad dispositiva de la parte, aunque en el desistimiento se permita la oposición de la demandada, quedando, en su caso, los autos a la vista del órgano judicial para resolver lo que proceda.

La interpretación del instituto del allanamiento por parte de la Sala Cuarta (Sentencia del Tribunal Supremo –[STS– de 16 de junio de 2020, rec. 1742/2018](#)) ha establecido que se concibe como forma de aceptar la pretensión expresada, pudiendo comprender las materias de carácter privado que sean objeto de pretensión por las partes y que sean disponibles por ellas, siendo predicable con carácter parcial, cuando esa conformidad con los términos de la demanda no abarque la totalidad de los hechos y pedimentos contemplados en la misma.

Por lo que respecta al desistimiento de la acción, nuestros tribunales han señalado ([Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla de 30 de octubre de 2019, rec. 2581/2018](#)) que se trata de una capacidad procesal ciertamente, por cuanto implica, a su vez, una reserva de la acción, aunque no se explicita de forma concreta.

Expuesto lo anterior, comprobamos que, si bien la regulación actual del allanamiento tendría acomodo en la [doctrina Braathens](#), suscita mayores dudas cuando es la parte actora la que –tras haber iniciado una acción en la que denuncia la vulneración de derechos fundamentales– decide en el marco de una transacción desistir de dicha acción, aun cuando se produjera una compensación económica, la cual de manera más o menos aparente compense total o parcialmente esta teórica y desistida vulneración.

Hay que recordar que recientemente nuestro Tribunal Constitucional (TC) en su [Sentencia 61/2021, de 15 de marzo](#), ya ha declarado que la vulneración de un derecho fundamental a la hora de obtener una prueba –si bien no conlleva la nulidad del despido ex [art. 55.5](#)

Estatuto de los Trabajadores— sí puede conllevar el reconocimiento de una indemnización por daños y perjuicios si se constata que la obtención de una prueba en el marco de un proceso supuso la vulneración de los derechos fundamentales de una de las partes y aunque la consecuencia inmediata de dicha vulneración no implique la máxima sanción para el actuar empresarial.

Dicho pronunciamiento resulta ciertamente significativo, ya que va en la línea indicada por la **Sentencia Braathens** y que se traduce en no admitir que las vulneraciones de derechos fundamentales queden incólumes. Se delimita claramente una frontera en el ámbito de la protección de los derechos esenciales y faculta esa defensa, aun cuando la vulneración tenga únicamente por objetivo determinar si realmente medió tal infracción, con fines estrictamente pecuniarios.

Esta delimitación encuentra su acomodo —conforme al criterio del TC— en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el **artículo 24 de la CE** y consagra el derecho a una resolución judicial, aun errada o contraria a la pretensión de la parte actora que resuelva la controversia planteada, debiendo, por lo tanto, el tribunal pronunciarse sobre el alcance de dicha vulneración y, en su caso, fijar la cuantía pertinente que determine a los efectos indemnizatorios oportunos.

Trasladando dicha doctrina al supuesto examinado por el TJUE y la práctica forense ya señalada en el ámbito social, cabe preguntarse si, alcanzada esa transacción, el posible desistimiento de la parte actora en torno a la vulneración de sus derechos fundamentales debe quedar supeditado a un pronunciamiento sobre la misma, ya que, *de facto*, el pago de una compensación indica que dicha pretensión cuenta con una base al menos indiciaria.

A este respecto, recordemos que la **Directiva 2000/43** resulta ciertamente taxativa en cuanto al carácter indisponible de tales pretensiones, otorgando un régimen de acciones a terceras personas para que puedan invocar la defensa de los principios contra la discriminación. Analizando la **Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre**, en materia de igualdad de trato en el empleo y la ocupación, observamos que los artículos 9 y 17 son exactamente iguales en cuanto a redacción y contenido a los artículos 7 y 15 de la **Directiva 2000/43** invocados por el TJUE.

Se trata de un conjunto normativo ciertamente compacto en defensa de la protección de la igualdad y contra la discriminación efectiva a nivel europeo que cuenta con su desarrollo a nivel nacional a través de la **Ley 62/2003, de 30 de diciembre**, el cual se vio complementado con el posterior desarrollo efectuado a través de los Reales Decretos **1262/2007** y **1044/2009**, por los que se creaba y modificaba, respectivamente, el Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y no Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico.

Por tanto, si se detectaran prácticas que fueran más allá de la discriminación racial y que englobasen prácticas discriminatorias por cualquier razón, se podría invocar su efectiva persecución.

En cuanto a quién debiera invocar esa efectiva defensa –y habiendo la parte actora manifestado su intención de desistir de dicha acción–, todo indica que debiera ser el Ministerio Fiscal quien como garante de la legalidad ex [artículo 177.3 de la LRJS](#) articulase la misma. Como ya es sabido, la presencia del ministerio público en el ámbito jurisdiccional social tiene por objeto la defensa de la legalidad y el interés público buscando, en todo caso, la reparación íntegra del daño causado a la víctima ([STS de 12 de diciembre de 2019, rec. 2189/2017](#)).

Ya ha señalado con anterioridad la propia Sala Cuarta ([STS de 29 de junio de 2001, rec. 1886/2000](#)) que la presencia del Ministerio Fiscal es necesaria cuando medie la denuncia de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, efectuándose dicha citación como parte, con facultades amplias conferidas por el [artículo 17 de la LRJS](#), sin perjuicio de las reglas que puedan establecerse por la modalidad procesal concreta.

Así, el Ministerio Fiscal podría ocupar la posición de «tercero interesado» a la que hacen mención los artículos 7 y 9 de las Directivas [2000/43](#) y [2000/78](#), siendo su tarea evitar la denunciada vulneración de derechos y lograr la íntegra reparación del daño causado a la víctima oponiéndose al desistimiento que hipotéticamente pudiera formularse por la parte actora, de conformidad con lo dispuesto en el [artículo 20, apartados 2 y 3, de la LEC](#) y en el caso de que se advirtiera que la transacción paccionada incluye una compensación económica total o parcial, destinada a resarcir los daños y perjuicios derivados de la vulneración del derecho fundamental, sin perjuicio de la decisión que el órgano judicial pudiera dictar al respecto.

Advertimos que la [Sentencia Braathens](#) puede suponer, en consecuencia, un cambio significativo en la práctica procesal laboral que hemos venido conociendo hoy en día. La presencia de una tercera persona obligada a velar por la posible existencia de vulneración de derechos fundamentales implica la posibilidad de que pueda oponerse a acuerdos que, desistimiento mediante, supongan un reconocimiento implícito o aparente de la existencia de dicha vulneración.

Este proceder supone que en la práctica la capacidad de disposición de la acción por la parte actora, incluso cuando decidiera desistir de dicha pretensión, podría verse limitada, ya que, pese a la evidente pérdida de interés en la denuncia expresada, se podría formular oposición a dicho desistimiento para evitar que la cuestión quedase imprejuizada.

La decisión del TJUE abre así un interesante abanico de posibilidades en cuanto a la capacidad de disposición de las partes en el ámbito del litigio, limitando significativamente la capacidad de transacción que atañe a la vulneración de derechos fundamentales. Solo falta comprobar qué postura adoptarán nuestros tribunales.

Gig economy: ¿el inicio de una nueva era en la gestión de los recursos humanos?

José Ignacio Galán Zazo

*Catedrático de Organización de Empresas.
Departamento de Administración y Economía de la Empresa
de la Universidad de Salamanca*
jigalan@usal.es | <https://orcid.org/0000-0002-8033-7038>



José Ángel Zúñiga Vicente

*Catedrático de Organización de Empresas.
Departamento de Economía de la Empresa (ADO), Economía Aplicada II y Fundamentos
del Análisis Económico de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid*
joseangel.zuniga@urjc.es | <https://orcid.org/0000-0002-6783-8348>



Este trabajo ha obtenido el **Premio Estudios Financieros 2021** en la modalidad de **Recursos Humanos**.

El jurado ha estado compuesto por: doña María Luisa Salanova Soria, doña Carmen Castro Casal, doña Antonia Mercedes García Cabrera, doña Ana María Lucía Casademunt, don Alfredo Rodríguez Muñoz y doña María Eugenia Sánchez Vidal.

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

Extracto

Desde la crisis financiera global de 2008 se está asistiendo a la consolidación de un nuevo modo de organización de la actividad económica a nivel mundial: la *gig economy*. A grandes rasgos, tres son los ejes principales sobre los que se articula: flexibilidad, trabajos esporádicos o por encargo y tecnología. Su auge está suponiendo una auténtica revolución en el ámbito de las relaciones laborales al suprimir un elemento clave en la gestión de los recursos humanos (RR.HH.): la relación laboral entre empresa empleadora-persona trabajadora dentro de los límites de la propia empresa; una situación que está planteando importantes desafíos legales en todos los países del mundo. En el presente trabajo se repasa el contexto en el que se origina, sus principales rasgos distintivos, al tiempo que se recopilan algunos datos estadísticos que dan una imagen de su magnitud actual en el mundo. Asimismo, se analizan las posibles ventajas e inconvenientes que representa para aquellas personas que deciden participar en ella. Y, lo que es más importante, se plantea una propuesta original de clasificación de la *gig economy*. En este sentido se distinguen dos formas extremas que se consideran dominantes a partir de la evidencia disponible: fuerte y débil. Se muestran cuáles son sus características diferenciadoras que, por otro lado, deben ser tenidas en cuenta para disponer de una imagen más informada acerca de sus posibles implicaciones sobre la gestión de los RR.HH.

Palabras clave: *gig economy*; *gig workers*; plataformas digitales; forma fuerte; forma débil.

Fecha de entrada: 04-05-2021 / Fecha de aceptación: 10-09-2021

Cómo citar: Galán Zazo, José Ignacio y Zúñiga Vicente, José Ángel. (2021). *Gig economy: ¿el inicio de una nueva era en la gestión de los recursos humanos?* *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 463, 167-197.



Gig economy: the beginning of a new era in human resources management?

José Ignacio Galán Zazo

José Ángel Zúñiga Vicente

Abstract

Since the global financial crisis of 2008, a new way of organizing economic activity has been consolidated worldwide: the gig economy. In general, there are three main axes on which it is articulated: flexibility, on demand jobs, and technology. It is causing a true revolution in the field of labor relations by suppressing a key element in the management of HR: the labor relationship between employer-worker within the limits of the company; a situation that is posing significant legal challenges in most countries around the world. In this study, we review the context in which it originates, its main distinctive features, while we also provide some statistical data that gives an image of its current magnitude around the world. Likewise, we also examine the potential advantages and disadvantages that it represents for workers. And, what is more important, an original proposal of classification of the gig economy is presented. In this sense, based on the available evidence, two extreme forms are distinguished that are considered dominant: strong and weak forms. We show which are its distinctive characteristics that, on the other hand, must be considered to have a more informed image about its possible implications on HR management.

Keywords: gig economy; gig workers; digital platforms; strong form; weak form.

Citation: Galán Zazo, José Ignacio y Zúñiga Vicente, José Ángel. (2021). Gig economy: the beginning of a new era in human resources management? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 463, 167-197.



Sumario

1. Introducción
 2. Principales características y magnitud de la *gig economy* y de los/las *gig workers*
 - 2.1. Origen y concepto de la *gig economy*
 - 2.2. Rasgos distintivos de la *gig economy*
 - 2.3. Una aproximación al tamaño de la *gig economy* a nivel mundial
 - 2.4. *Gig workers*: una nueva tipología de persona empleada
 3. Formas de la *gig economy*: una propuesta de clasificación
 - 3.1. La forma fuerte
 - 3.2. La forma débil
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

Aquí la envidia y mentira
me tuvieron encerrado.
Dichoso el humilde estado
del sabio que se retira
de aqueste mundo malvado,
y con pobre mesa y casa
en el campo deleitoso
con solo Dios se compasa
y a solas su vida pasa
ni envidiado ni envidioso.

Fray Luis de León

1. Introducción

La crisis financiera global de 2008 sentó las bases para la consolidación de un nuevo modelo de organización de la actividad económica a nivel mundial: la economía de los pequeños encargos o bajo demanda (*gig economy*). A grandes rasgos, tres son los elementos principales sobre los que se articula: flexibilidad, trabajos esporádicos o por encargo y tecnología. De hecho, la *gig economy* se ha visto favorecida por el espectacular desarrollo que durante los últimos años se ha producido en el ámbito de las tecnologías de la información y las comunicaciones, y por el afianzamiento de las plataformas digitales (Fayard, 2021; Gandini, 2019; Healy *et al.*, 2017; Ungemah, 2021; Vallas y Schor, 2020; Zwick, 2018).

Con un crecimiento exponencial en la última década y con aplicaciones muy innovadoras (Huws *et al.*, 2017), la *gig economy*, que se relaciona con la figura de los/las «freelance» o profesionales terciarizados, ha dado lugar a una nueva categoría de personas empleadas: los trabajadores y trabajadoras por encargo o bajo demanda (*gig workers*). Son personas expertas en ciertos ámbitos o disciplinas que pueden ofrecer su talento a más de una empresa de manera independiente y flexible. Son contratadas por un periodo de tiempo limitado y facturan solo por tarea, actividad o proyecto realizados. No cuentan con una nómina fija a fin de mes, no tienen horarios que cumplir y tampoco tienen un compromiso de permanencia en la empresa.

Está fuera de toda duda que la *gig economy* está representando una auténtica revolución en el marco de las relaciones laborales y, por ende, en el ámbito de la gestión de los RR. HH., sobre todo en lo relativo a la captación y retención de talento humano. Aunque también hay numerosas voces críticas que están alertando de que su expansión puede llevar aparejada una precarización en las condiciones de trabajo. A pesar de la gran controversia que rodea actualmente a todo lo que tiene que ver con la *gig economy*, una cosa parece clara: es una forma de organización de la actividad económica con un gran potencial e importantes implicaciones en términos de gestión del talento humano que ha llegado para quedarse.

En un primer momento fueron las *startups* las que comenzaron a ser totalmente conscientes de que internet y los *smartphones* permitían asignar tareas, actividades o encargos

de un modo prácticamente automático a la persona trabajadora mejor dispuesta para realizarlos (esto es, por ejemplo, lo que hace Uber o Cabify con sus chóferes) o dividir trabajos complejos en pequeñas tareas, actividades o proyectos a realizar por todo un ejército de trabajadores y trabajadoras *online* (como ocurre, por ejemplo, con Mechanical Turk). Sin embargo, la evidencia revela que cada vez más empresas, de prácticamente todos los tamaños y sectores, recurren a la contratación de profesionales o talento externo para el desempeño de trabajos esporádicos. Esto supone una innovación sin precedentes en la gestión de los RR. HH. acostumbrada previamente a la gestión del talento interno de la empresa.

A partir de todo lo anterior, el propósito del presente trabajo es responder a las siguientes interrogantes de investigación que, a su vez, se forman de varias cuestiones concatenadas a modo de círculos concéntricos:

- ¿Qué es la *gig economy*, cuáles son sus principales rasgos distintivos, cuál es su dimensión y alcance actual, y cuál es el tipo de persona empleada que está emergiendo bajo este nuevo modo de organización de la actividad económica?
- ¿Qué modalidades o formas de *gig economy* pueden identificarse y qué incidencia puede tener cada una de ellas sobre las personas trabajadoras que forman parte de las mismas y sobre su gestión por parte de las empresas?

Para responder a la primera pregunta nos remontamos a los orígenes de la *gig economy*. Se proporciona una definición de consenso de lo que *a priori* se incluye dentro de este nuevo modo de organización de la actividad económica, así como de los principales agentes que la integran. Se presentan sus rasgos distintivos y se ofrecen algunos datos estadísticos que ponen de manifiesto su evolución y relevancia en el momento actual en que nos encontramos. Además, se presta una atención especial a la nueva tipología de persona trabajadora y modelo de relaciones laborales que está emergiendo a nivel mundial, poniendo el énfasis en sus pros y contras.

Por su parte, para dar respuesta a la segunda cuestión se propone una caracterización propia y original en torno a este fenómeno a través de la identificación de dos formas extremas de *gig economy*: la forma fuerte y la forma débil. Con todo, se reconoce que ambas formas representan los extremos de un continuo en el que también pueden coexistir otras formas intermedias. Argumentamos que cada una de las formas propuestas depende de condiciones específicas de oferta y demanda laboral, así como de las habilidades de las personas que, a su vez, determinan en parte su mayor o menor empleabilidad, poder de negociación y derechos laborales. Obviamente, esta clasificación es también útil para conocer las nuevas prácticas de gestión de RR. HH. que pueden ser susceptibles de aplicarse de manera más eficaz en cada situación, básicamente en términos de atracción y retención del talento humano.

Las principales contribuciones del presente estudio son las siguientes. Primero, se hace un esfuerzo por sistematizar y ordenar buena parte de la literatura existente sobre este

fenómeno, tanto desde un plano estrictamente académico como del que está presente en los diferentes medios de comunicación de masas. De este modo, se procura facilitar su comprensión y arrojar luz en cuanto a la importancia que está adquiriendo¹. Esto nos permite visualizar al mismo tiempo hasta qué punto es un fenómeno al que hay que prestarle más o menos atención. De hecho, desde algunos foros se está planteando si su consolidación paulatina supone el fin del trabajo tal y como lo conocemos o va a significar un aumento de la precarización laboral.

Segundo, actualmente conviven dos visiones antagónicas respecto a los potenciales efectos (positivos y/o negativos, respectivamente) que este nuevo modelo de organización de la actividad económica puede tener sobre las personas trabajadoras (*vid.*, por ejemplo, Anwar y Graham, 2021; Barratt *et al.*, 2020; Christie y Ward, 2019; Friedman, 2014; Graham *et al.*, 2017; Prassl, 2018; Schwellnus *et al.*, 2019; Wood *et al.*, 2019). La categorización propuesta en este estudio puede ayudar a clarificar y comprender mejor en qué condiciones puede tener un efecto más positivo sobre dichas personas y cuándo ese efecto puede tornarse más negativo. Consideramos que conocer esto es fundamental, ya que como consecuencia de la actual crisis económica a raíz de la pandemia de la COVID-19 puede haber un número creciente de personas que se vean obligadas a tener que apostar por trabajos relacionados con la *gig economy*, en algunas ocasiones sin realmente desearlo. En este sentido, el auge del teletrabajo por la pandemia podría, incluso, darle un nuevo impulso.

Por último, pensamos que la categorización propuesta puede tener también importantes implicaciones a nivel práctico. En este sentido, atendiendo a dicha categorización se presentan una serie de propuestas que pueden ser de utilidad no solo para quienes se ocupan de gestionar los RR.HH. dentro de las empresas, sino también para el personal responsable de la política económica, encargado de establecer el marco regulador general de las relaciones laborales. Asimismo, se pone el foco en el papel que la sociedad puede jugar en su conjunto, desde el punto de vista de la adopción de una conciencia social compartida (sociedad consciente), para que la *gig economy* contribuya al respeto de ciertos valores y principios de responsabilidad social.

2. Principales características y magnitud de la *gig economy* y de los/las *gig workers*

2.1. Origen y concepto de la *gig economy*

La *gig economy* afloró en Estados Unidos (EE. UU.) en medio de la crisis que se originó en verano de 2007 por las hipotecas *subprime*. La drástica reducción de la liquidez que se

¹ Como evidencia previa de su relevancia, en Google, el término «*gig economy*» genera actualmente 3.480.000 resultados y las personas trabajadoras relacionadas con esta nueva modalidad, es decir, el término «*gig workers*» da lugar a 1.690.000 resultados (búsqueda efectuada el 30 de abril de 2021).

produjo llevó a la búsqueda de fuentes alternativas de ingresos a un número creciente de personas; tanto para quienes no tenían un trabajo fijo o a tiempo completo como para quienes necesitaban obtener ingresos adicionales. Bajo este escenario de crisis financiera surgió la necesidad de acometer un cambio de paradigma económico y laboral, que impulsó el nacimiento de esta nueva forma de hacer negocios. Es precisamente en este contexto en el que aparecen algunas de las principales empresas que iban a revolucionar el orden económico hasta entonces vigente. En concreto, el nacimiento de la *gig economy* tuvo que ver con el surgimiento de empresas en EE. UU. como TaskRabbit², Thumbtack³, Rocket Lawyer⁴ y los llamados «unicornios»⁵, como son los casos de Airbnb y Uber.

Los términos que se han utilizado habitualmente para referirse a este nuevo modo de organización de la actividad económica son los de «economía colaborativa», principalmente en alusión a plataformas como Uber o Airbnb, o «economía de *crowdsourcing*». Un rasgo distintivo de un gran número de estas empresas es la utilización de plataformas basadas en aplicaciones a través de las cuales se distribuye el trabajo a realizar en partes más pequeñas (limpieza de hogares, asistencia y cuidado personal, transporte de personas, reparto de productos a domicilio, etc.), lo que lleva en ocasiones a preferir términos como «economía de plataformas» o «economía digital bajo demanda» para referirse a este nuevo modo de organización económica. En todo caso, debe tenerse también en cuenta que no todos los puestos de trabajo de la *gig economy* tienen que basarse necesariamente en plataformas tecnológicas. Por ejemplo, hay también *gig workers* trabajando actualmente para empresas más tradicionales que están optando por transformar radicalmente sus esquemas de trabajo convencionales. La actual pandemia de la COVID-19 está contribuyendo en muchos casos a que esto sea así.

² TaskRabbit es una compañía especializada en tareas domésticas entre las que se incluyen mudanzas, instalaciones eléctricas o la realización de la compra, poniendo directamente en contacto a la potencial clientela con personas trabajadoras. Estas últimas pueden responder a la oferta generada por un determinado cliente/a para una actividad en concreto, y también pueden ser contactados directamente por el propio cliente/a según su perfil.

³ Thumbtack es una plataforma *online* que conecta directamente a la potencial clientela que demanda un determinado servicio con profesionales locales. Actualmente, Thumbtack ofrece aproximadamente 500 tipos de servicios distintos en categorías como hogar, bienestar, eventos y enseñanza/aprendizaje.

⁴ Rocket Lawyer proporciona a las personas y a las pymes servicios legales en línea, incluida la constitución, los planes patrimoniales y la revisión de distintos tipos de documentos legales. Proporciona, asimismo, una red de profesionales de la abogacía a los que la clientela en general y las pequeñas empresas en particular pueden consultar cuestiones legales a través de su servicio disponible de guardia.

⁵ Con esta denominación se hace alusión a una *startup* tecnológica que consigue una valoración superior a los 1.000 millones de dólares en inversión privada. Es un tipo de negocio que no cotiza en bolsa. El origen de este término se atribuye a un artículo de la inversora Aileen Lee (2013) titulado «Welcome to the Unicorn Club: Learning from billion-dollar startups» publicado en *TechCrunch*. Mientras que en 2015 la población estimada de unicornios era de 99, el censo de 2020 asciende a una cantidad de algo más de 600. Estas compañías han recaudado en su conjunto unos 442.000 millones de dólares y están valoradas en algo menos de 2 billones de dólares.

El término «*gig*» procede de la jerga musical y hace referencia a los «bolos» (*gig*, en la terminología anglosajona), que son actuaciones esporádicas de músicos y músicas que cobran por cada «bolo» o actuación realizada. Trasladado al ámbito laboral, la *gig economy* engloba a todos aquellos trabajos que se realizan de forma independiente, con una duración concreta, y en los que la persona trabajadora no mantiene una relación de exclusividad con la empresa contratante. De algún modo sería equiparable al trabajo realizado por un/una *freelance* o una persona autónoma, con la peculiaridad de que suele tratarse de pequeños encargos o tareas bajo demanda. Por consiguiente, la persona contratada para realizar la tarea en cuestión es responsable de cumplir un cometido específico dentro de un proyecto o actividad concretos de mayor alcance.

La *gig economy* simboliza una estructura de libre mercado que se basa en relaciones laborales de corta duración entre personas trabajadoras independientes y empresas (o plataformas) con el objetivo principal de proporcionar determinados servicios a la clientela. Dichas relaciones no se producen como ocurre convencionalmente dentro de la empresa, ya que se superan sus límites (Vallas y Schor, 2020).

En general, en la prestación de servicios suelen intervenir tres grupos de agentes económicos (Barratt *et al.*, 2020; Hauben *et al.*, 2020; Jabagi *et al.*, 2019): (a) personas trabajadoras independientes, en otras palabras, *gig workers*, a quienes se les paga exclusivamente por cada tarea, actividad o proyecto realizado, a diferencia de las personas trabajadoras fijas o permanentes que reciben un salario fijo con independencia, en la mayoría de los casos, de las tareas, actividades o proyectos desarrollados; (b) clientela que requiere un servicio específico, como puede ser, por ejemplo, la entrega de un artículo en particular en su domicilio; y (c) empresas que conectan directamente a la persona trabajadora en cuestión con la clientela final, normalmente a través de plataformas tecnológicas basadas en aplicaciones.

En la tabla 1 se muestra un listado de algunas de las empresas más representativas dentro de la *gig economy* que existen actualmente a nivel mundial en diferentes sectores de actividad, muchas de ellas conocidas por el gran público, en la medida en que en algún momento se ha recurrido a sus servicios. Aunque el mayor número de compañías (*startups*) son de EE. UU., puede apreciarse que es un fenómeno global que se extiende por todo el mundo.

Tabla 1. Listado de empresas representativas a nivel mundial que forman parte de la *gig economy*

<p>Alimentación</p> <p>Blue Apron (EE. UU.); Chaldal.com (Bangladesh); Farmdrop (Reino Unido); Good Eggs (EE. UU.); Grofers (India); Honestbee (Singapur); Instacart (EE. UU.); The Food Assembly (Francia)</p>
<p>Alojamiento</p> <p>Airbnb (EE. UU.); Collective Retreats (EE. UU.); CouchSurfing (EE. UU.); FlipKey (EE. UU.); Nestapart (EE. UU.); Onefinestay (Reino Unido); Secret Escapes (Reino Unido); Vro/HomeAway (EE. UU.); Xiaozhu (China)</p>
<p>Asistencia o cuidado</p> <p>Belong.Life (EE. UU.); Clipboard Health (EE. UU.); Curve Health (EE. UU.); DispatchHealth (EE. UU.); Homage (Singapur); Hometouch (Reino Unido); Honor (EE. UU.); Papa (EE. UU.); Sittercity.com (EE. UU.); Soothe (EE. UU.); UrbanSitter (EE. UU.)</p>
<p>Comercio minorista</p> <p>Carousell (Singapur); Etsy (EE. UU.); Lazada Group (Singapur); Meituan-Dianping (China)</p>
<p>Educación</p> <p>Byju's (India); Chegg (EE. UU.); Coursera (EE. UU.); Knewton (EE. UU.); Simplilearn (India); Teachers Pay Teachers (EE. UU.); Torsch (EE. UU.); VIPKid (China); Zen Educate (Reino Unido)</p>
<p>Plataformas de trabajo independiente</p> <p>Airtasker (Australia); Amazon Mechanical Turk (EE. UU.); Figure Eight Inc. (EE. UU.); Freelancer.com (Australia); Hello Alfred (EE. UU.); InnoCentive (EE. UU.)</p>
<p>Reparto o entrega</p> <p>Amazon Flex (EE. UU.); Cargomatic (EE. UU.); CitySprint (EE. UU.); Deliv (EE. UU.); DPDgroup (Francia); Dunzo (India); eCourier (Reino Unido); ekart (India); GoPuff (EE. UU.); Hermes Group (Alemania); Lalamove (Hong Kong); Rappi (Colombia); Shipt (EE. UU.); Shyp (EE. UU.); UK Mail (Reino Unido); Yodel (Reino Unido)</p>
<p>Reparto de comida</p> <p>Deliveroo (Reino Unido); DoorDash (EE. UU.); Delivery Hero (Alemania); Drizly (EE. UU.); EatStreet (EE. UU.); Ele.me (China); Foodora (Alemania); Foodpanda (Alemania); Glovo (España); Grubhub (EE. UU.); iFood (Brasil);</p>





Just Eat (Reino Unido); Just Eat Takeaway (Holanda); Menulog (Australia); Munchery (EE. UU.); OrderUp (EE. UU.); Postmates (EE. UU.); Seamless (EE. UU.); SkipTheDishes (Canadá); Swiggy (India); Uber Eats (EE. UU.); Wolt (Finlandia); Zomato (India)

Servicios creativos

Crowdskills (Reino Unido); Crowdspring (EE. UU.); Fiverr (Israel); Flatpebble (India); Tongal (EE. UU.); Visually (EE. UU.); 99designs (Australia)

Servicios del hogar

AsforTask (Canadá); Bellhops (EE. UU.); GreePal (EE. UU.); Handy (EE. UU.); Helpling (Reino Unido); HomeAdvisor (EE. UU.); Homejoy (EE. UU.); Pimlico Plumbers (Reino Unido); Porch (EE. UU.); Rover.com (EE. UU.); TaskRabbit (EE. UU.); Thumbtack (EE. UU.); Wag (EE. UU.); YourMechanic (EE. UU.)

Servicios de salud

Babylon Health (Reino Unido); Freenome (EE. UU.); HealthX (Reino Unido); HealthCrowd (EE. UU.); Nomad Health (EE. UU.); Pager (EE. UU.); Talkspace (EE. UU.); VillageMD (EE. UU.)

Servicios técnicos y empresariales

Andela (EE. UU.); Catalant (EE. UU.); Expert360 (Australia); Field Agent (EE. UU.); Field Nation (EE. UU.); Gigster (EE. UU.); Lightwell (EE. UU.); Liveops (EE. UU.); Kaggle (EE. UU.); Managed by Q (EE. UU.); Peple-PerHour (Reino Unido); Shiftgig (EE. UU.); Toptal (EE. UU.); UpCounsel (EE. UU.); Upwork (EE. UU.)

Transporte y aparcamiento

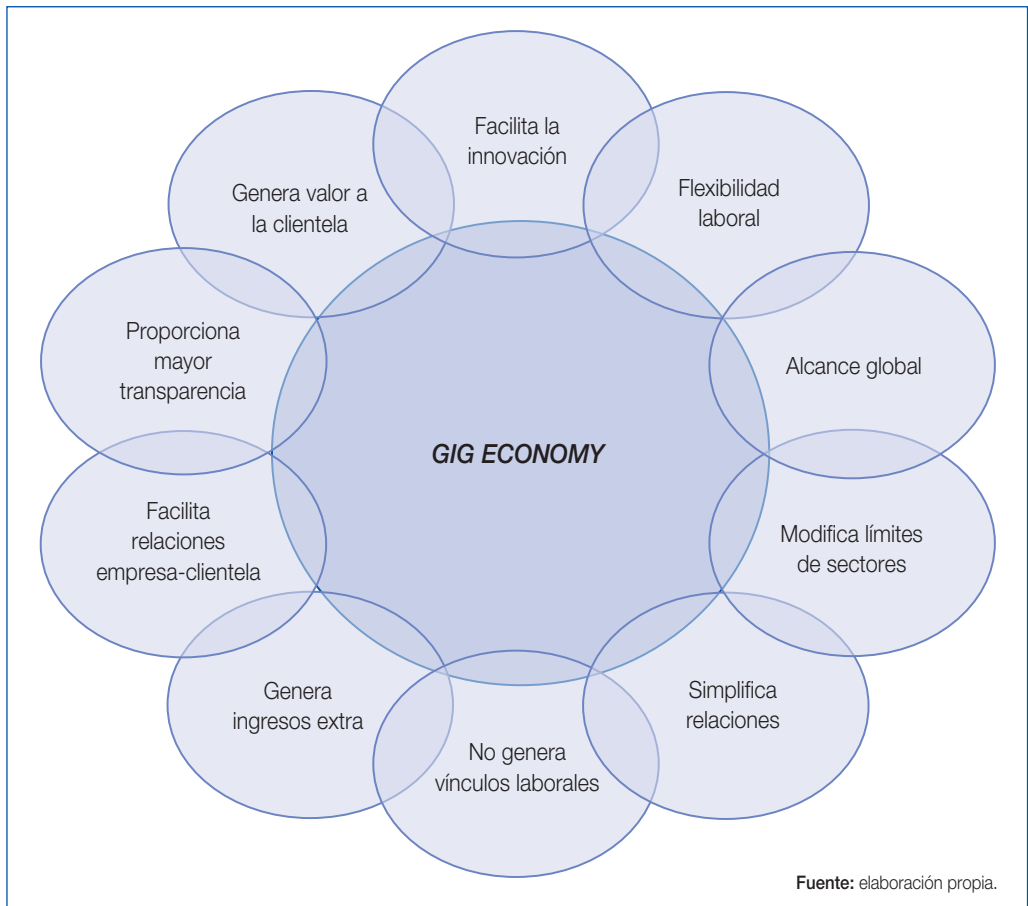
Addison Lee (Reino Unido); Bird (EE. UU.); BlaBlaCar (Francia); Blacklane (Alemania); Bolt (Estonia); Bridj (Australia); Cabify (España); Careem (Emiratos Árabes Unidos); Carma (Irlanda); Chariot (EE. UU.); DiDi (China); DriveNow (Alemania); Easy Taxi (Brasil); EasyCar (Reino Unido); Free Now (Alemania); Getaround (EE. UU.); Gett (Israel); GOGOX (Hong Kong); Gojek (Indonesia); Grab (Singapur/Indonesia); Hailo (Reino Unido); HopSkipDrive (EE. UU.); Juno (EE. UU.); JustPark (Reino Unido); Kakao T (Corea del Sur); Lime (EE. UU.); Luxe (EE. UU.); Lyft (EE. UU.); Meru Cabs (India); Quiqup (Reino Unido); Ola Cabs (India); Sidecar (EE. UU.); Spin (EE. UU.); Turo (EE. UU.); Uber (EE. UU.); Via (EE. UU.)

Fuente: elaboración propia.

2.2. Rasgos distintivos de la *gig economy*

Como ya se ha comentado previamente, es cada vez mayor el número de empresas tradicionales que dentro de sus ofertas de trabajo parecen confiar en este nuevo modelo de relaciones laborales. En la figura 1 se muestran de manera resumida los principales rasgos distintivos que definen la *gig economy*.

Figura 1. Principales características distintivas de la *gig economy*



La *gig economy* se concibe como un modelo de organización de la actividad económica que estimula la innovación, porque las empresas vinculadas a ella tienden a ser muy innovadoras (como ocurre, por ejemplo, con las *startups*). De hecho, aparece frecuentemente vinculada a modelos de negocio disruptivos. Se trata de empresas que han sido capaces

de identificar una necesidad en el mercado y, utilizando las nuevas tecnologías de la información, la transforman en una oportunidad de negocio rentable. A menudo disfrutan de la posibilidad de incorporar nuevos puntos de vista en los negocios, especialmente cuando se recurre a la contratación de profesionales altamente cualificados. La evidencia pone de manifiesto que está cambiando de manera muy significativa la forma en que muchas empresas desarrollan su actividad.

La *gig economy* genera un incremento sustancial en la flexibilidad laboral. Esto es así porque las personas que prestan sus servicios a través de este tipo de economía tienen la capacidad de organizar su agenda y su tiempo del modo que mejor consideren, otorgando una gran libertad y flexibilidad. En la mayoría de los casos se tiene la capacidad de escoger las tareas, actividades o proyectos que se consideren más oportunos entre un amplio abanico de posibilidades sin que se esté en la obligación de realizar trabajos que no interesen. Esta flexibilidad va unida a la libertad de elección de franjas horarias, así como los días en que se decide llevar a cabo la tarea, actividad o proyecto en cuestión.

La *gig economy* hace posible que el trabajo deje de estar vinculado necesariamente a una ubicación geográfica concreta. La presencia física en una oficina deja de tener relevancia, algo que a raíz de la pandemia de la COVID-19 está siendo cada vez más evidente en la prestación de numerosos servicios. Las compañías o plataformas pueden proporcionar un trabajo escalable y global, aunque algunos sectores de la *gig economy* puedan estar vinculados a localizaciones concretas. Muchos trabajos se pueden realizar de forma remota superando incluso los límites nacionales; todo lo que una persona trabajadora necesita es una conexión a internet. Los/las *freelancer*, por ejemplo, pueden utilizar dispositivos móviles para prestar sus servicios desde casa o en cualquier otro lugar, mientras viajan o incluso cuando disfrutan de vacaciones.

La *gig economy* se encuentra presente en un número cada vez mayor de sectores de países de todo el mundo (Ford y Honan, 2019; Goods *et al.*, 2019). Surgió en los sectores de alojamiento, el transporte y el reparto de comida a domicilio. Actualmente es más frecuente en la prestación de servicios, pero existen plataformas que pueden vincular prácticamente a todos los tipos de entidades proveedoras de cualquier producto con las personas usuarias finales (es decir, la clientela). Creemos muy novedoso e importante resaltar que se espera que se desarrolle aún más en el futuro con la implementación más amplia de la tecnología *blockchain*, que permite la descentralización y monetización de todas las actividades de producción y servicio, conectando a las personas trabajadoras con las usuarias finales y eliminando la intermediación, que es un elemento central de la economía tradicional.

La *gig economy* puede ayudar a simplificar la relación entre las partes que intervienen en un contrato de trabajo, es decir, entre quien emplea (empresa o plataforma) y el trabajador o trabajadora. Las distintas tareas, actividades o proyectos a realizar se comunican simplemente a través de mensajes. La persona trabajadora solo tiene que estar registrada en una plataforma y esta le comunica la disponibilidad de tareas, actividades o proyectos a través del dispositivo móvil de su elección.

La *gig economy* facilita la obtención de unos ingresos extra. Algunas personas trabajadoras comienzan con el propósito de conseguir unos ingresos extra a sus trabajos habituales y muchas lo terminan convirtiendo en su forma de vida. Se verá que esta característica va a depender fuertemente de la modalidad de *gig economy* que se considere en la clasificación que proponemos.

No se crean vínculos laborales entre las diferentes partes que intervienen en el acuerdo, ya que la relación va exclusivamente unida a la tarea, actividad o proyecto a realizar. Una vez finalizados se termina la relación. No existen obligaciones ni de quien crea la tarea, actividad o proyecto a realizar ni de la persona que presta el servicio en cuestión. Solo hay un valor acordado entre la empresa contratante (o plataforma) y quien finalmente presta dicho servicio (la persona trabajadora).

La *gig economy* facilita el contacto directo y abierto entre diferentes agentes económicos a través de plataformas digitales, porque, normalmente, elimina la intermediación. Las plataformas digitales permiten vincular de manera inmediata las necesidades de la clientela potencial con los servicios prestados por varios profesionales, lo que genera una nueva relación económica con una clara tendencia a la descentralización. La tecnología *blockchain*, que va ganando terreno, acentuará esta desintermediación y descentralización. La confianza se genera mediante el uso de sistemas de clasificación tanto para posibles proveedores de servicios como para personas usuarias o clientela potencial. Esto representa, además, un importante ahorro de costes que puede beneficiar no solo a personas usuarias o clientela final, sino también a quienes proporcionan el servicio.

La *gig economy* facilita una mayor transparencia en los pagos. La mayoría de los pagos se realizan en línea, lo que permite la adopción de nuevos sistemas de pago distintos a los métodos tradicionales. En particular, el uso de la tecnología *blockchain* y las criptomonedas se está convirtiendo en un medio de pago seguro en un contexto de transacciones descentralizadas, garantizando una transparencia incomparable. Si bien el uso de la criptomoneda se basa en el anonimato, todas las transacciones se almacenan en un libro de contabilidad abierto (es decir, la cadena de bloques). Por tanto, todos los datos asociados a una determinada transacción pueden ser vistos por cualquiera en cualquier momento, lo que supone una ventaja fundamental a los ojos de quienes apuestan por un sistema bancario cada vez más transparente. Además, este sistema es inclusivo e igual para todo el mundo, no es censurable y es inmutable.

La *gig economy* puede crear valor para la clientela. Además de generar posibles beneficios para aquellas personas que buscan un trabajo y para las empresas (o plataformas), los modelos de negocio digitales también pueden generar valor para la clientela. Los costes de transacción para esta se pueden reducir significativamente, y la mayoría de los productos se pueden suministrar en cualquier lugar y prácticamente en cualquier momento, por lo que el concepto de conveniencia alcanza un nivel completamente nuevo.

2.3. Una aproximación al tamaño de la *gig economy* a nivel mundial

El crecimiento de la *gig economy* en los últimos años ha sido exponencial. Sin embargo, los Gobiernos y/o las fuentes de datos oficiales tienen dificultades para contar o conocer con precisión el número real de *gig workers* que hay en sus respectivas economías. Hasta cierto punto, esto está motivado por la imprecisión terminológica de lo que se entiende por *gig economy* o qué incluir dentro de dicho concepto y, por ende, por el tipo de trabajo concreto que forma parte de la misma. A pesar de las limitaciones existentes, los siguientes datos estadísticos proporcionan evidencia y una idea del alcance o magnitud de la *gig economy* a nivel global en el periodo pre-COVID.

La Oficina de Análisis Económico de EE. UU. estimó que la economía digital creció en promedio un 5,6 % por año en el periodo 2006-2016, mientras que la economía en su conjunto aumentó el 1,5 %. Según la Oficina de Estadísticas Laborales de EE. UU., en 2017, la *gig economy* de EE. UU. abarcaba alrededor de 55 millones de participantes. Se estima que aproximadamente el 36 % de la población trabajadora estadounidense formaba parte de este nuevo modo de organización de la actividad económica, y en torno al 33 % de las empresas empleaban a *gig workers* de manera extensiva. En 2018, las personas autónomas en los EE. UU. contribuyeron con casi 1,28 billones de dólares a la economía (este año la magnitud del PIB de EE. UU. se situó en torno a los 20,5 billones de dólares), que equivale aproximadamente al PIB de un país desarrollado de tamaño medio como España.

De acuerdo con las predicciones de MBO Partners (2020), si la *gig economy* sigue creciendo al ritmo actual, es probable que más del 50 % de la fuerza laboral de EE. UU. participará en ella de una u otra manera para el 2025; esto significa casi triplicar el crecimiento del empleo proyectado para este año. Por otro lado, los resultados de una encuesta realizada por T. Rowe Price (2018) mostraron que alrededor del 26 % de los/las *millennials* en los EE. UU. consideraban que el trabajo relacionado con la *gig economy* (es decir, el trabajo independiente a tiempo completo o parcial) era económicamente más seguro que los trabajos a tiempo completo. Sin embargo, este porcentaje fue significativamente menor entre los/las *baby boomers* (alrededor del 15 %) y la generación X (alrededor del 18 %). Cabe advertir la curiosidad de que los/las *baby boomers* expresaron los sentimientos más positivos hacia la *gig economy*.

Según la Asociación de Profesionales Independientes y Autónomos (IPSE), el número de personas trabajadoras independientes en los países de la Unión Europea (UE) aumentó aproximadamente un 24 % en el periodo 2008-2015, pasando de aproximadamente 7,7 millones a 9,6 millones. Un estudio más reciente, que examinó 16 países de la UE, muestra que alrededor del 1,4 % de las personas entre 16 y 74 años afirmaban que su trabajo principal era trabajar a través de una plataforma. Sin embargo, la proporción de la población que había realizado trabajo de plataforma en algún momento osciló entre menos del 6 % en Chequia y alrededor del 18 % en España, y en promedio alrededor del 11 % para el conjunto de los

países (Urzi Brancati *et al.*, 2019). Por tanto, España sobresale entre los países de la UE con un mayor porcentaje de personas que trabajan para las plataformas digitales.

En el Reino Unido, la Oficina de Estadísticas Nacionales (ONS) ha puesto de manifiesto que la fuerza laboral de la *gig economy* en 2017 era aproximadamente el 4,4 % de la población total. De hecho, según los datos estadísticos, la economía del Reino Unido parecía seguir el mismo camino que la economía de los EE. UU., de tal manera que la economía del autoempleo en el Reino Unido casi duplicó su tamaño durante el periodo 2016-2019.

En 2018, aproximadamente el 15 % de la fuerza laboral de China, que representa a más de 110 millones de personas, participó en la *gig economy*. Por ejemplo, Zhaopin.com (el portal de contratación *online* más grande de China) estimó que la demanda de trabajos independientes o de tiempo parcial casi se duplicó entre 2015 y 2016, siendo mayor que la demanda de los trabajos a tiempo completo. Trabajar en la *gig economy* estaba demostrando ser una opción viable para muchos *millennials* que preferían horarios de trabajo flexibles y, en el otro extremo, para un número cada vez mayor de personas mayores que buscaban ingresos adicionales. Igualmente, cabe afirmar que, impulsado por el auge tecnológico, se espera que la cantidad de personas trabajadoras en la *gig economy* de China casi se cuadruplica para 2036 (Rothschild, 2018).

En Japón, un país en el que el empleo de por vida ha formado parte de su cultura de contratación durante muchos años, está adquiriendo también una mayor relevancia el nuevo tipo de persona trabajadora típica de la *gig economy*. Según un informe publicado por Lancers, uno de los principales portales de reclutamiento de talento *online* de Japón, la comunidad de profesionales independientes en Japón experimentó un crecimiento del 23 % durante el periodo 2015-2018. En 2018, más de 7 millones de personas realizaron al menos dos trabajos, lo que representó un 11 % de la población total activa. Además, alrededor del 17 % de la población activa de Japón está involucrada en la nueva modalidad de trabajo; ya sea como persona autónoma a tiempo completo, trabajadora a tiempo parcial, o *gig workers* que tienen múltiples fuentes de ingresos. Un estudio realizado por Payoneer, una plataforma de pago digital, revela un aumento anual del 125 % en los ingresos de las personas autónomas japonesas entre 2018 y 2019. Estos datos apuntan a que se está produciendo también un auge de la *gig economy* en Japón.

En 2019, la Universidad de Tecnología de Queensland en Australia publicó un informe en el que se indicaba que alrededor del 7 % de la fuerza laboral australiana participó en la *gig economy* (Cary, 2019). Asimismo, en 2019, según un informe del Banco de Canadá, aproximadamente el 18 % de canadienses trabajaron en la *gig economy* (Kostyshyna y Luu, 2019).

Finalmente, según una encuesta realizada por Deloitte (2014), se pronostica que los/las *millennials*, es decir, quienes nacieron entre 1980 y 2000, constituirán alrededor del 75 % de la fuerza laboral total mundial para el año 2025. Dado que esta juventud tiende a tener más confianza en el trabajo independiente que otras generaciones, cabe afirmar que un futuro prometedor para la *gig economy* está asegurado.

Como se señaló con anterioridad, todas las estimaciones mostradas previamente hacen referencia a una situación anterior a la COVID-19, por lo que es fundamental resaltar cómo el mundo del trabajo y la *gig economy* podrían cambiar después de la pandemia. En este sentido, algunos estudios recientes, tanto de naturaleza cuantitativa como cualitativa, han demostrado que la COVID-19 puede tener un efecto positivo en las ofertas de trabajo en la *gig economy* y en los/las *gig workers* (vid., por ejemplo, Apouey *et al.*, 2020; Polkowska, 2020; Umar *et al.*, 2020). De manera similar, Cao *et al.* (2020), a partir de datos de una gran plataforma de educación *online* con más de 100.000 *gig workers*, analizaron el efecto de la COVID-19 en la oferta laboral de la *gig economy* y, asimismo, cuantificaron qué parte de este efecto era atribuible a las políticas de confinamiento adoptadas. Sus resultados revelan que la oferta laboral promedio en la *gig economy* ha aumentado en un 25 % durante la pandemia.

Por otro lado, muchas empresas de la *gig economy* se han visto obligadas (como empresas más tradicionales) a realizar despidos masivos como consecuencia de la crisis económica provocada por la pandemia. Finalmente, según estadísticas recientes proporcionadas por MBO Partners (2020), con la llegada de la COVID-19 y la crisis económica asociada, en los EE. UU. el número de *gig workers* disminuyó un 7 %, de en torno a 41,1 millones en 2019 a alrededor de 38,2 millones en 2020.

2.4. *Gig workers*: una nueva tipología de persona empleada

En general, se puede argumentar que para quien emplea (las plataformas), la *gig economy* se ve principalmente como un juego *win-win* en el que todo el mundo gana. La mayoría de las empresas pueden contactar con profesionales rápidamente y contratarlos para que lleven a cabo tareas, actividades o proyectos individuales, sin tener que soportar las cargas de costes asociadas, tales como formación, disponibilidad de oficinas o cualquier otro privilegio relacionado con el empleo fijo más tradicional (por ejemplo, seguro de salud y desempleo, planes de jubilación, vacaciones pagadas o días de enfermedad, como es el caso en muchos países). Sin embargo, el trabajo por encargo lleva consigo un conjunto de ventajas y desventajas (Anwar y Graham, 2021; Bajwa *et al.*, 2018; Fabo, Karanovic *et al.*, 2017; Lehdonvirta, 2018; Petriglieri *et al.*, 2019).

Algunas de las principales ventajas de las que disfrutan la mayoría de *gig workers* son las siguientes. Primero, el trabajo es más flexible. En comparación con las personas empleadas más tradicionales, los/las *gig workers* son en muchos casos libres de elegir qué trabajos están realmente interesados en hacer, y cuándo y dónde desean realizarlos. En muchos casos, la posibilidad de trabajar desde casa les permite lograr un equilibrio adecuado entre el trabajo y la vida privada. De acuerdo con Barratt *et al.* (2020, p. 1.651), «la nueva realidad económica se ve reforzada por la autoconceptualización de muchos trabajadores que pasan de ser un empleado dependiente a "su propio jefe" o un microempresario». Ciertamente, los horarios flexibles son muy apreciados por la mayoría de estas personas trabajadoras, pero desde el comienzo de la

COVID-19 es probable que un gran número de personal trabajador a tiempo completo se haya visto obligado a unirse a esta nueva modalidad de trabajo también por razones de necesidad.

En segundo lugar, ofrece una mayor independencia. Es ideal para personas que prefieren estar solas cuando están realizando asignaciones específicas, porque en muchos casos se sienten libres para realizar la tarea, actividad o proyecto asignado de la forma que creen que se debe realizar.

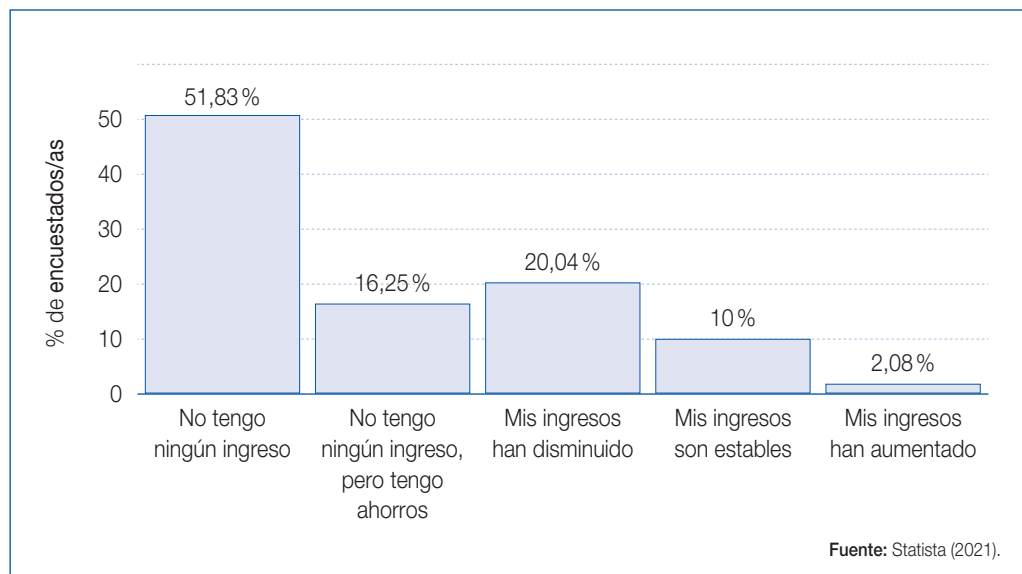
En tercer lugar, permite a las personas llevar a cabo una mayor variedad de tareas, actividades o proyectos para una gama más amplia de clientela. Esto puede ayudar a mantener el trabajo interesante y, por lo tanto, gran número de *gig workers* muestran un mayor nivel de entusiasmo, motivación y creatividad en su trabajo.

Cuarto, los/las *gig workers* pueden especializarse en lo que prefieren o saben hacer mejor. *A priori*, este hecho debería hacerlos más comprometidos o motivados y, por lo tanto, aumentar su productividad. Una encuesta realizada por el BCG Henderson Institute muestra tres razones principales por las que las personas optan por la *gig economy*: (i) tareas útiles e interesantes; (ii) trabajo por cuenta propia; y (iii) flexibilidad en la organización del trabajo (Wallenstein *et al.*, 2019). Según otra encuesta llevada a cabo por MBO Partners, en torno al 79 % de *gig workers* expresaron ser más felices cuando trabajaban por su cuenta que cuando hacían un trabajo más tradicional (MBO Partners, 2018).

Finalmente, cabe señalar que la *gig economy* facilita la obtención de ingresos a las personas en tiempos de una crisis económica severa. Por ejemplo, en un estudio reciente, Polkowska (2020) encontró que, durante la pandemia y el confinamiento de la economía polaca en 2020, trabajar como repartidor o repartidora se consideró al menos un «remedio» parcial para los graves problemas en el mercado laboral. Sus hallazgos destacaron el hecho de que las propias personas repartidoras en general no sintieron ningún efecto negativo del coronavirus en su situación ocupacional. En una línea similar, Apouey *et al.* (2020), utilizando una muestra de población trabajadora precaria en Francia, entre marzo y abril de 2020, mostraron que los niveles de estrés y ansiedad no eran más altos para los/las *gig workers* que para otros grupos de personas trabajadoras. Además, los/las *gig workers* también parecían exhibir niveles de estrés significativamente más bajos durante el confinamiento.

Las posibles desventajas incluyen las siguientes: en primer lugar, los/las *gig workers* tienden a recibir una retribución más modesta que las personas trabajadoras fijas o a tiempo completo. Por ejemplo, dos encuestas realizadas en 2019 y 2018 por la Reserva Federal de EE. UU. (Federal Reserve Board, 2020) y Edison Research (2018), respectivamente, mostraron que aproximadamente el 58 % y el 80 % de las personas encuestadas de la *gig economy*, para quienes este tipo de trabajo se ha convertido en la principal fuente de ingresos, tenían serias dificultades para hacer frente a pagos imprevistos por cantidades que oscilaban entre los 400 o 1.000 dólares. En la figura 2 se muestra la situación financiera en la que se encontraban los/las *gig workers* en marzo de 2020 a raíz de la COVID-19.

Figura 2. Situación financiera de los/las *gig workers* a nivel mundial en marzo de 2020



En segundo lugar, la *gig economy* tiende a proporcionar menos protección social. El empleo tradicional por lo común ofrece numerosas protecciones y privilegios (como seguro médico y de desempleo, planes de jubilación, vacaciones pagadas, la posibilidad de un automóvil de empresa, y el pago de combustible/bonos de comida, entre otros) que los/las *gig workers* no disfrutaban. En general, en numerosas ocasiones se considera un tipo de trabajo precario, y es por eso por lo que ha sido duramente criticado y denunciado en los medios de comunicación de muchos países.

En tercer lugar, los/las *gig workers* pueden estar sometidos a un gran estrés. Si bien ofrece una mayor flexibilidad en la mayoría de los casos, también puede ser impredecible debido a la naturaleza a corto plazo de muchos trabajos, lo que deja a las personas empleadas con preocupaciones reales sobre cuánto tiempo durará su trabajo. De igual modo, los ingresos también son mucho menos estables. Además, tener que buscar la próxima tarea o trabajo y tener que estar dispuesto a adaptarse al cambio de manera permanente puede generar aún más estrés o ansiedad.

Según una encuesta de Edison Research (2018), aproximadamente el 45% de las personas para las que este tipo de trabajo es la principal fuente de ingresos tienden a obtener más de 50 puntos en un índice de ansiedad económica (de 0 a 100) en comparación con solo el 24% de personas en trabajos de naturaleza más convencional. En muchos servicios, los precios pueden cambiar significativamente a diario (o incluso cada hora), por lo que los/las *gig workers* a menudo deben adaptarse a métodos de trabajo irregulares y al mismo tiempo rígidos y, por lo tanto, están sujetos a una presión constante. Además, desde el comienzo

de la COVID-19, la rivalidad entre *gig workers* por conseguir un trabajo puede haber aumentado significativamente. Esto se debe a que las personas trabajadoras que originalmente confiaban en la *gig economy* como su principal fuente de ingresos ahora deben competir no solo entre sí, sino también con un número creciente de personal empleado previamente permanente que se ha visto obligado a trabajar en la *gig economy*.

Por último, los/las *gig workers* deben ser muy disciplinados y resilientes, y deben ser capaces de adaptarse, por ejemplo, a las nuevas tecnologías, para poder sobrevivir. Uno de los mayores desafíos a los que deben hacer frente estos trabajos es a múltiples distracciones a la hora de realizar las distintas tareas, actividades o proyectos asignados. De hecho, es más probable que decidan posponer de manera deliberada una tarea, actividad o proyecto pendiente que una persona empleada convencional, lo que se conoce como procrastinación. Esta actitud tiende a disminuir la productividad de la persona trabajadora y, con ello, la potencial satisfacción de la entidad empleadora que ha encargado su realización (Anwar y Graham, 2021; Lehdonvirta, 2018).

3. Formas de la *gig economy*: una propuesta de clasificación

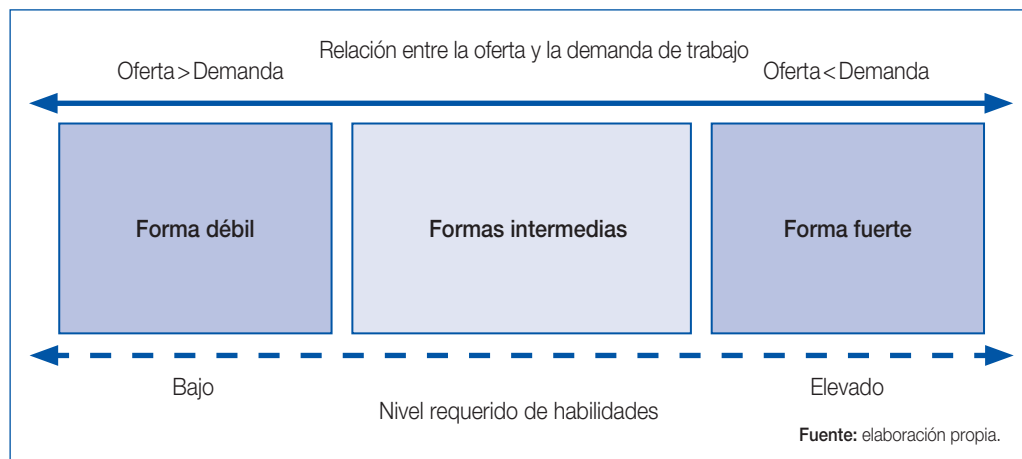
Como hemos apuntado previamente, con la finalidad de profundizar en el conocimiento del fenómeno objeto de estudio con implicaciones prácticas, se proponen dos formas extremas de *gig economy* –la forma fuerte y la forma débil–, aunque se reconoce la existencia de un continuo de formas intermedias. Todas estas formas van a ser contingentes de los valores que se representan en dos dimensiones clave, que permiten entender el funcionamiento de la relación existente entre entidades empleadoras (plataformas) y personas empleadas. La primera dimensión se centra en la oferta y demanda del mercado de trabajo, y se vincula con el principio de escasez y el valor de las cosas. La segunda dimensión hace referencia al nivel de habilidades requeridas para llevar a cabo los diferentes servicios que requieren la ejecución de las transacciones e intercambios necesarios. En el primer caso, se distinguen diferentes escenarios y contextos dependiendo de si la demanda excede o es menor que la oferta de trabajo en un sector o en una localización geográfica específica. Igualmente, el nivel de habilidades requeridas para llevar a cabo la tarea, actividad o proyecto (en términos de elevadas o reducidas) va a condicionar también la forma específica de *gig economy*.

En este trabajo apuntamos el rol que ejerce la entidad empleadora (plataformas) en cada situación, y las condiciones laborales más probables por parte de las personas trabajadoras. Las empresas o las plataformas *online* pueden distinguirse de forma general por las habilidades requeridas por las personas trabajadoras de la *gig economy* para llevar a cabo las diferentes tareas, actividades o proyectos. El trabajo a demanda puede requerir habilidades elevadas o reducidas. Por ejemplo, un gran número de tareas, actividades o proyectos requieren un bajo nivel de habilidades –el suministro de comida en restaurantes de comida rápida o el suministro de bienes del comercio minorista– o la realización de servicios como facilitar el alojamiento, la limpieza del hogar, las mudanzas, pasear el perro y cuidar mascotas, entre otros. Por el

contrario, otros trabajos como diseño, criptografía, desarrollo de *software*, ingeniería robótica, cuidado de la salud, contabilidad, creación de contenidos, consultoría o abogacía requieren elevadas habilidades.

Cuando la oferta de trabajo es menor a la demanda (que, por regla general, es el caso que requiere un nivel elevado de habilidades), sostenemos que la forma dominante de *gig economy* va a ser la forma fuerte. Por su parte, cuando la oferta de trabajo es mayor que la demanda (que, por regla general, es el caso en el que se requieren niveles bajos de habilidades), sugerimos que la forma dominante de *gig economy* va a ser la forma débil. La figura 3 ilustra esta taxonomía de formas extremas. La figura, asimismo, muestra la coexistencia de las formas intermedias entre los dos extremos.

Figura 3. Formas de la *gig economy*



En un estudio, Evans y Gawer (2016) estimaron que había unas 300 plataformas de trabajo operativas a nivel mundial que precisaban de personal con distintos tipos de cualificaciones. Por su parte, Fabo, Beblavý *et al.* (2017) en otro estudio detectaron 200 plataformas activas en países de la UE, que segmentaron por el nivel de habilidades requeridas para optar a un trabajo en las mismas. De este modo, identificaron que el 54 % de las plataformas precisaban de una baja cualificación, el 20 % de cualificación baja-media, un 4 % de cualificación media, en torno a un 6 % de cualificación media-alta, y el 16 % necesitaban de personas trabajadoras altamente cualificadas. Por tanto, en torno al 74 % precisan de personal con un nivel de cualificación medio-bajo y un 22 % con un nivel medio-alto. Así, nuestra propuesta permite ubicar a la inmensa mayoría de *gig workers* en alguna de las dos formas identificadas.

A continuación, se presenta el impacto potencial de la *gig economy* en las condiciones de trabajo y en los/las *gig workers* dependiendo de la forma dominante.

3.1. La forma fuerte

Como se argumentó con anterioridad, la forma fuerte se corresponde con una situación en la que la demanda de trabajo es mayor que la oferta, es decir, un escenario donde se necesitan habilidades que poseen menos personas y donde los trabajos son más difíciles de realizar y conseguir. Los trabajadores y trabajadoras en estas circunstancias pueden convertirse en proveedores de servicios de gran valor. Por ejemplo, hoy en día, la mayoría de las personas trabajadoras de la información (en ciencia de datos, *big data* o servicios legales) tienen una gran demanda entre las empresas tradicionales y no tradicionales, y tienden a ser escasas, porque sus habilidades involucran un alto nivel técnico y, a veces, tienen un componente multidisciplinar que no se encuentra en el mercado de trabajo.

En general, las personas altamente capacitadas realizan tareas, actividades o proyectos que son difíciles de automatizar. Esto explica por qué estos trabajadores y trabajadoras *a priori* están en una mejor posición de poder discriminar y elegir las tareas, actividades o proyectos a efectuar. De igual modo, este tipo de trabajos generan un alto valor añadido para las empresas que los contratan. Por tanto, en este escenario, los/las *gig workers* tienen cierto poder de negociación. Como resultado, sus condiciones laborales y salariales por lo general son buenas, y pueden disfrutar de libertad y desarrollo profesional a través de las diversas tareas, actividades o proyectos que realizan. Además, las plataformas digitales permiten a la mayoría de las personas trabajadoras llegar a una masa crítica de clientela que podría haber estado menos a su alcance antes del *boom* de la *gig economy*.

Los/las *gig workers* altamente cualificados, especialmente aquellos asociados a los servicios de información, pueden vincularse a varias plataformas o empresas de manera simultánea con la finalidad de complementar otras fuentes de ingresos. Esta posición los deja menos vulnerables a posibles abusos laborales derivados de cambios discrecionales de política por parte de las plataformas o de las empresas que los contratan. Asimismo, la sustitución de unas personas trabajadoras por otras también es menos probable, ya que son un tipo de recurso humano más exclusivo y menos reemplazable. Las plataformas *online* que actúan como intermediarias del trabajo altamente cualificado no pueden permitirse altas tasas de rotación entre su base de personal empleado, por lo que podría esperarse que estén mucho más comprometidas con políticas laborales favorables a los recursos humanos (Van Doorn, 2017). Debido a que un/una *gig worker* en esta situación puede considerarse un recurso escaso/raro, difícil de imitar, no sustituible y valioso (Barney, 1991), es muy probable que esté en una mejor posición para negociar sus condiciones de trabajo, y también que sus ingresos serán mayores, porque tiene más capacidad para apropiarse de la mayor parte de la renta generada en el intercambio o transacción con la entidad empleadora. Además, cuanto menos estandarizado es el trabajo, menos se mueve la distribución del poder hacia la clientela y se aleja de la persona empleada (Choudary, 2018).

Algunos ejemplos de empresas que podrían desempeñar un papel en esta forma de *gig economy* son los siguientes: Pager, una empresa de tecnología móvil que conecta a proveedores de atención médica y pacientes con diferentes tipos de servicios de atención médica urgente; HealX, una plataforma *online* que permite a profesionales de la medicina realizar visitas domiciliarias; Tongal, que conecta a empresas que buscan ideas innovadoras con profesionales de la dirección, de la producción o escritores y escritoras; Expert360, una empresa que une personal de consultoría empresarial independiente (personas trabajadoras altamente cualificadas y con amplia experiencia en puestos ejecutivos o de alta dirección en grandes corporaciones o sociedades de inversión) con clientela para proyectos a corto o largo plazo; Gigster, que, como dice su sitio web, ayuda a otras «empresas a ampliar su capacidad de innovar mediante la creación de equipos dinámicos formados por los mejores talentos mundiales que crean *software* personalizado que cambia la industria»; UpCounsel, un mercado *online* de servicios legales que permite a quienes lo demandan (principalmente, empresas) encontrar y contratar profesionales de la abogacía de acuerdo con sus requisitos específicos; y Andela, una firma que crea equipos de ingeniería de *software* utilizando los mejores talentos del mundo y los presenta a una base de personas clientes en todo el mundo.

3.2. La forma débil

Esta forma se corresponde con una situación de desequilibrio, donde la oferta de trabajo es mayor que la demanda; por tanto, *a priori*, resulta desfavorable para la persona trabajadora, que apenas tiene poder de negociación sobre las condiciones laborales en general o los salarios en particular. Esta situación va a generar vulnerabilidad en el personal empleado y, en algunos casos, se puede llegar a situaciones de semiesclavitud que amenazan su dignidad. Cuanto mayor sea el desequilibrio, mayor podrá ser la ofensa para la persona trabajadora. Además, los trabajos involucrados generalmente requieren pocas habilidades y pueden ser realizados por un gran número de personas (Choudary, 2018). Incluso, a medio plazo, muchas de estas tareas podrían ser susceptibles de automatizarse fácilmente.

Debido a que la provisión de ciertos servicios sigue procedimientos estándar, las plataformas (empleadoras) tienden a ejercer una cantidad sustancial de control sobre las condiciones del intercambio o transacción. Por ejemplo, pueden diseñar y emplear sistemas de vigilancia para rastrear las entregas (Heiland, 2021). Cuanto más comercializado sea el servicio, más control puede aplicar la plataforma sobre su entrega. Una explicación plausible de esto es que dichos servicios normalmente están asociados con costes de negociación más bajos. Los trabajos altamente estandarizados se pueden controlar de manera más fácil utilizando ciertos dispositivos tecnológicos y algoritmos matemáticos, y las personas empleadas, por lo tanto, están menos empoderadas (Choudary, 2018). En tales circunstancias, es más probable que surjan problemas de agencia entre las empresas (o plataformas) y las personas trabajadoras, porque es muy probable que las primeras se comporten de manera más oportunista. Los trabajos de la *gig economy* de la forma débil conllevan más riesgos que oportunidades en comparación con los trabajos de la forma fuerte.

Empresas como Uber, Deliveroo y Glovo fijan el precio de los trabajos, lo que significa que las personas trabajadoras no pueden negociar con la empresa ni con la clientela (Rosenblat y Stark, 2016). Las políticas de estas empresas generalmente están diseñadas para excluir la posibilidad de que el personal empleado trabaje en sus propios términos. Se reconoce ampliamente que el poder y la influencia de las personas trabajadoras poco cualificadas dentro de estas empresas suelen ser insignificantes (Van Buren y Greenwood, 2008). Además, es muy probable que dichas personas poco cualificadas, especialmente las que se encuentran en una situación más precaria (por ejemplo, las personas trabajadoras temporales), dependan cada vez más de este tipo de empleadoras (plataformas) como su principal fuente de ingresos (Choudary, 2018).

En general, la posición de los/las *gig workers* poco cualificados es más precaria que la de sus pares altamente cualificados en varios aspectos. Por ejemplo, por regla general no tienen el mismo nivel de ingresos y de protección social (especialmente en caso de enfermedad o desempleo); sus condiciones laborales son inferiores; tienen pocas oportunidades de formación; sus perspectivas de carrera son bajas; y carecen de representación y derechos de negociación colectiva (Pesole *et al.*, 2018).

Algunos ejemplos de empresas (o plataformas) dentro de esta categoría son los siguientes: Uber, que es actualmente una de las empresas más grandes en el marco de la *gig economy*. Ofrece servicios de taxi, paquetería y/o entrega de alimentos, mensajería y transporte, entre otros. Las empresas de entrega de alimentos *online* incluyen entre otras a Deliveroo, Glovo, Just Eat y Swiggy. Por ejemplo, en España, actualmente el sector de la comida a domicilio está dominado por cuatro grandes empresas o plataformas: Glovo, Deliveroo, Just Eat y Uber Eats. Según la organización española de consumidores Facua, estas grandes empresas o plataformas a menudo han abusado de su posición dominante. Es común escuchar a sus trabajadoras y trabajadores en España y en otros países protestando por las malas condiciones laborales. Además, los restaurantes y comerciantes españoles que se han adherido a las *apps* de estas empresas o plataformas también han denunciado que esta modalidad de reparto no es rentable por las comisiones «abusivas» que les cobran, que pueden llegar, en algunos casos, hasta el 40 %.

En 2011, Sarah Kessler, una periodista del portal de noticias Mashable, decidió inscribirse en todas las empresas relacionadas con la *gig economy* que encontró (30-40 aplicaciones). En su libro *Gigged: The gig economy, the end of the job and the future of work* (Kessler, 2018), describe la experiencia de unas cuantas personas que trabajaban en sectores como el del servicio de transporte, limpieza de oficinas, *telemarketing* o identificación de semáforos en fotos (la tarea tipo de Mechanical Turk, de Amazon). Solo una de las personas que recurrían a esta modalidad de trabajo destacó su satisfacción, ya que puede «elegir cuándo trabaja y los proyectos de programación que más le interesan» sin tener que experimentar «la sensación de inestabilidad». Como reconoce Kessler, su situación es posible gracias a su elevado nivel de formación universitaria en una profesión con una alta demanda y con tarifas altas como la de programador/a, lo que le permite «construir su propia red de seguridad». Por su

parte, el resto de personas se decantó por trabajar en el marco de la *gig economy* ante la falta de trabajos más convencionales.

Numerosos estudios académicos han abordado las consecuencias negativas de la *gig economy* para las personas trabajadoras (*vid.*, por ejemplo, Aloisi, 2016; Aroles *et al.*, 2019; Graham *et al.*, 2017; Scholz, 2017; Stanford, 2017; Van Doorn, 2017; Wood *et al.*, 2019). Su situación suele ser peor que la que se encuentra en los *call centers* tradicionales (Woodcock, 2016). La mayoría de los estudios citados se ubicarían dentro de lo que nosotros en el presente trabajo originalmente conceptuamos como la forma débil de *gig economy*.

4. Conclusiones

El presente estudio ha revisado aspectos relevantes de la *gig economy*. Se han discutido sus principales características, su importancia en varios países y diversas características contingentes. La literatura previa ha tratado a la *gig economy* como si fuera un fenómeno homogéneo, adoptando posiciones tanto optimistas como pesimistas sobre las relaciones laborales que existen dentro de ella. La doctrina académica tampoco ha logrado ponerse de acuerdo sobre una definición común, ya sea en términos tanto de alcance como de contenido. En el presente trabajo hemos propuesto una taxonomía original que puede ayudar a resolver el problema de la falta de consenso sobre una definición y la generalización de argumentos sobre la *gig economy*. Lo que a su vez deriva en una mejor comprensión del fenómeno con importantes implicaciones prácticas para las políticas de los RR. HH. de las empresas modernas, así como para la política pública en materia de derechos laborales y derechos humanos.

Así, hemos presentado dos formas extremas de *gig economy*: la forma fuerte y la forma débil. Estas formas se han caracterizado, por un lado, de acuerdo con la relación entre la oferta y la demanda de trabajo, así como los principios de escasez y valor. Por otro, se ha considerado el nivel de habilidades que son necesarias para que los/las *gig workers* lleven a cabo sus tareas, actividades o proyectos. A lo largo del trabajo hemos sostenido que la forma fuerte puede beneficiar a las personas trabajadoras al crear una gama más amplia de oportunidades. Por el contrario, la forma débil afecta negativamente a las relaciones laborales hasta tal punto que las personas trabajadoras menos cualificadas pueden verse desprovistas de derechos adquiridos durante las últimas décadas. Esta forma parece presentar actualmente más riesgos que oportunidades para los trabajadores y trabajadoras. Se asemeja en muchos casos a una relación cuasi «amo-esclavo» en la que el principio de supervivencia básica choca con el principio de la dignidad del ser humano. En consecuencia, la forma débil podría verse como menos responsable socialmente que la forma fuerte.

Del presente estudio se infiere la necesidad de un nuevo modelo de gestión de RR. HH. al tiempo que se extraen diversos impactos sobre los diversos tipos de prácticas o políticas de gestión de los RR. HH. que, obviamente, estarán condicionados por la forma adoptada

de *gig economy* (fuerte/débil). Es indudable que el personal responsable de los departamentos de RR. HH. de un número creciente de empresas se está enfrentando a un nuevo reto a la hora de incorporar a *gig workers*, ya que se modifica prácticamente todo respecto a las políticas de gestión de RR. HH. tradicionales, comenzando por la propia relación laboral, el modelo de negocio de la empresa, el modo de utilización de las tecnologías, así como las habilidades requeridas tanto para el desempeño de tareas directivas y de trabajo dentro del departamento de RR. HH. como del resto de la empresa.

En líneas generales, parece razonable asumir que, a medida que la forma fuerte está más presente, el trabajo a realizar pasa a ser menos estándar, menos programable, más complejo, menos sustitutivo y más específico. Son tareas/trabajos/proyectos de alto valor añadido para las empresas y, por tanto, estas pueden tener que enfrentarse a mayores costes de transacción (información, negociación y garantía) asociados a la búsqueda y retención del talento humano. En esta forma de *gig economy*, el diseño de las políticas de reclutamiento y selección más adecuadas se antoja fundamental. Dado que las personas trabajadoras pueden vincularse a diferentes plataformas, será clave para las empresas invertir en la consecución de una mayor fidelización y compromiso por parte de estas, ya que son un recurso escaso/raro, difícil de imitar, no sustituible y valioso. En este ámbito, los departamentos de RR. HH. deberán ser capaces de mostrar un mayor dominio y control sobre las redes de talento tanto a nivel interno como externo. Asimismo, será preciso diseñar nuevos sistemas de incentivos más atractivos dirigidos a la captación, fidelización y motivación de este tipo de personas trabajadoras. En este contexto, puede adquirir especial relevancia también el diseño de una política motivacional que, de alguna manera, pueda permitir a la plantilla interiorizar los valores de la compañía y que la empresa se esfuerce por ofrecerle permanentemente trabajos interesantes.

De otro lado, a medida que está más presente la forma débil de *gig economy*, el trabajo es más estándar, más programable, más sustitutivo y menos específico. En general, los costes de transacción para las empresas, asociados a la búsqueda y retención del talento humano, pueden ser más bajos y las políticas de RR. HH. pueden estar más orientadas hacia la implantación y un uso cada vez más intensivo de la tecnología. Dada la mayor posibilidad de estandarizar las actividades/tareas a realizar por las personas trabajadoras, el volumen de información y de transacciones, no obstante, puede crecer de manera exponencial respecto a la gestión tradicional: en entradas, salidas, rutas, horarios, procesos de monitoreo, evaluación, etc. Además, resulta más fácil que se produzcan grandes procesos de externalización de la mano de obra con base en plataformas. La implantación de tecnología y la toma de decisiones analíticas con base en datos se hace más imprescindible en este contexto, dada la gran cantidad de información que se maneja. Precisamente, un problema relevante al que se pueden enfrentar las empresas en el ámbito de la gestión de los RR. HH. es el volumen ingente de información que manejan sobre todo relacionado con el proceso de trabajo, aunque al mismo tiempo el uso de la analítica de datos (*business analytics*) puede facilitar y agilizar en mayor grado los procesos de reclutamiento y selección de los potenciales candidatos o candidatas. Así, por ejemplo, el proceso de selección de

personal se podrá llevar a cabo en buena medida por medio de algoritmos. En este caso, dado que la empresa puede reemplazar más fácilmente a unas personas trabajadoras por otras, no resulta tan necesario que invierta en políticas orientadas a conseguir su fidelización o compromiso. Y también cobra mucha menos relevancia la inversión en actividades formativas. En cualquier caso, y con independencia de la forma de *gig economy* dominante, parece razonable asumir que deberá prestarse también una especial atención a todo lo relativo al diseño de programas de *compliance laboral* para tratar de evitar posibles riesgos jurídicos y económicos a nivel local y global, y poder llevar a cabo de manera más segura una gestión de las plantillas cada vez más dinámica.

Los sistemas de comunicación también se ven modificados en presencia de la *gig economy*. Las redes sociales y la tecnología pueden sustituir de un modo más efectivo a los sistemas tradicionales de comunicación. Bajo este escenario cobra especial relevancia para la persona trabajadora el labrarse su propia marca personal *online*. Esto puede adquirir una especial importancia sobre todo en el supuesto de trabajadores y trabajadoras que opten a puestos de menor cualificación (forma débil), puesto que la competencia por conseguir el trabajo será más intensa. Desde el punto de vista de la organización de la política de RR. HH. también se ve modificada y se pasa a un diseño más flexible y ágil: de diseño de roles y estructuras en torno a equipos y resultados. Asimismo, la complejidad organizativa de la gestión de los RR. HH. podría aumentar por la propia escalabilidad de la tecnología, la globalización y el volumen de información que se maneja.

El aumento masivo de despidos relacionados con la pandemia de la COVID-19 ha planteado también preguntas sobre cómo se debe aplicar la tecnología. Si bien muchas empresas relacionadas con la *gig economy* tienen que despedir personal (al igual que las empresas tradicionales), otras empresas están tratando de ayudar a que las personas vuelvan a trabajar. La actual crisis económica y sanitaria mundial ha puesto de relieve la necesidad de prestar más atención a los derechos, protecciones y beneficios para todas las personas empleadas y, especialmente, para aquellas más vulnerables que se enfrentan a una situación más precaria. Un número creciente de personas en todo el mundo no quiere ser contratado de la manera tradicional y está optando por formas de vida más flexibles. Sin embargo, existe un debate en torno a qué protecciones sociales y beneficios económicos particulares deberían proporcionar las empresas (especialmente, las que operan en la *gig economy*).

En todo caso y a pesar de las diferencias que puedan existir entre ambas formas extremas consideradas, sugerimos que la protección debe extenderse a ambos tipos de *gig workers*, pero más especialmente para aquellos que operan en la forma débil, porque son más vulnerables y, a menudo, se han visto obligados a trabajar en condiciones de semiesclavitud. También pueden tener más dificultades (dado su bajo nivel de habilidades en muchos casos) para encontrar nuevos trabajos inmediatamente si son despedidos. Por ejemplo, el sector de reparto de comida a domicilio (cuyas empresas son parte de la denominada forma débil) ha sido uno de los más afectados durante la pandemia. Ha sido testigo de despidos masivos e indiscriminados y los sindicatos de trabajadores en plataformas digitales están instando

a los Gobiernos en los países donde operan las empresas de entrega de alimentos a que introduzcan los derechos laborales de los/las *gig workers*. Algunas personas expertas han sugerido que quienes sean responsables de la formulación de políticas económicas y sociales deberían trabajar para lograr un mayor empoderamiento y protección social, y garantizar que se apliquen las medidas adecuadas no solo en el momento de entrada, sino también a partir de entonces. Esto podría lograrse mediante el seguimiento o monitoreo exhaustivo de todos los datos disponibles de quienes participan en esta nueva modalidad de trabajo.

Ciertamente, el cambio en las actitudes de la fuerza laboral y el continuo reclamo de mayor protección para los/las *gig workers* (que han crecido como resultado de la COVID-19) han colocado el tema en la agenda política de muchos países y de organismos supranacionales. La presión ejercida por organizaciones como Riders X Derechos, sindicatos y profesionales de la abogacía ha llevado al Gobierno español a regular los algoritmos de la *gig economy* y a repensar la relación entre las empresas y las personas trabajadoras. En este sentido, en España se ha aprobado una ley pionera, Ley 12/2021, de 28 de septiembre, que consagra los derechos laborales de las aproximadamente 8.000 personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales. En lo que podría sentar un precedente para otros países europeos, la ley establece una presunción de que las personas empleadas de la *gig economy* son asalariadas y obligará a las empresas de las plataformas digitales a abrir sus cajas negras algorítmicas para explicarles qué variables están usando para determinar su participación o puntuaciones obtenidas de la aplicación.

A la luz del presente estudio y de la tipología propuesta, se desprenden también algunas ideas para las políticas de los departamentos de las empresas en la gestión de los RR. HH., en su relación con las nuevas políticas de las autoridades nacionales y supranacionales en la materia. Así, la próxima directiva de la Comisión Europea en materia de empresa y derechos humanos debería ahondar en los derechos de las personas más vulnerables y desfavorecidas en esta nueva *gig economy*. De igual modo, el Grupo de Trabajo creado para actualizar y hacer cumplir los derechos humanos y los derechos laborales que vulneran la dignidad de la persona, y que ha sido creado específicamente para actualizar los principios rectores del Pacto Mundial de Naciones Unidas para cumplir con la Agenda de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030, tiene un poderoso mapa en el presente estudio y clasificación para diferenciar, y no considerar la *gig economy* un fenómeno uniforme como hasta ahora, sino en sus diferentes formas como se argumenta y demuestra que afecta de manera distinta a la vulnerabilidad de las personas trabajadoras y al valor creado con las nuevas políticas de RR. HH. de las empresas.

Si bien reconocemos que las políticas económicas y sociales juegan un papel fundamental en la mejora de las condiciones de los trabajadores y trabajadoras, en línea con Healy *et al.* (2020), creemos igualmente que el comportamiento ético de las personas consumidoras también es relevante y podría ayudar. Está claro que en la forma débil las personas trabajadoras son el grupo más vulnerable y, por lo tanto, las personas consumidoras en cuanto que «sociedad consciente» a través de sus decisiones de compra podrían obligar

a algunas empresas (o plataformas) a adoptar políticas más favorables respecto a su personal, de modo que se reduzca de manera significativa su mayor vulnerabilidad.

El presente trabajo pone de relieve una nueva realidad que implica un cambio en el modelo económico y de relaciones laborales que, a su vez, implica un nuevo modelo de política de gestión de RR. HH. La diferenciación entre las diversas formas de *gig economy* permitirá la mejora en el diseño de políticas públicas, así como en los métodos de gestión de los RR. HH., lo que posibilitará empresas más prósperas en el largo plazo, implantación de prácticas más éticas, una economía más justa y, en última instancia, una sociedad menos vulnerable.

Podemos perdonar fácilmente a un niño que teme a la oscuridad; pero la real tragedia de la vida es cuando los adultos le temen a la luz.

Platón

Referencias bibliográficas

- Aloisi, Antonio. (2016). Commoditized workers: Case study research on labor law issues arising from a set of “on-demand/gig economy” platforms. *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 37(3), 620-653.
- Anwar, Mohammad Amir & Graham, Mark. (2021). Between a rock and a hard place: Freedom, flexibility, precarity and vulnerability in the gig economy in Africa. *Competition & Change*, 25(2), 237-258.
- Apouey, Bénédicte; Roulet, Alexandra; Solal, Isabelle & Stabile, Mark. (2020). Gig workers during the COVID-19 crisis in France: Financial precarity and mental well-being. *Journal of Urban Health*, 97(6), 776-795.
- Aroles, Jeremy; Mitev, Nathalie & De Vaujany, François-Xavier. (2019). Mapping themes in the study of new work practices. *New Technology, Work and Employment*, 34(3), 285-299.
- Bajwa, Uttam; Gastaldo, Denise; Di Ruggiero, Erica & Knorr, Lilian. (2018). The health of workers in the global gig economy. *Globalization and Health*, 14(1), 1-4.
- Barney, Jay. (1991). Firm resources and sustained competitive advantage. *Journal of Management*, 17(1), 99-120.
- Barratt, Tom; Goods, Caleb & Veen, Alex. (2020). “I’m my own boss...”: Active intermediation and “entrepreneurial” worker agency

- in the Australian gig-economy. *Environment and Planning A: Economy and Space*, 52(8), 1.643-1.661.
- Cao, Xinyu; Zhang, Dennis & Huang, Lei. (4 August 2020). The impact of COVID-19 pandemic on gig economy labor supply. *NYU Stern School of Business*. <https://ssrn.com/abstract=3666725> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3666725>.
- Cary, Rachel. (18 June 2019). The so-called “gig economy” changing the Australian workforce. *Special Broadcasting Service*. <https://www.sbs.com.au/news/the-so-called-gig-economy-changing-the-australian-workforce/bcdc8557-b50b-4d63-9284-ea72657fadb4>.
- Choudary, Sangeet Paul. (2018). The architecture of digital labour platforms: Policy recommendations on platform design for worker well-being. *ILO Future of Work Research Paper Series*, 3. International Labour Organization.
- Christie, Nicola & Ward, Heather. (2019). The health and safety risks for people who drive for work in the gig economy. *Journal of Transport & Health*, 13, 115-127.
- Deloitte. (January 2014). *Big demands and high expectations. The Deloitte millennial survey*. Executive Summary. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/About-Deloitte/gx-dttl-2014-millennial-survey-report.pdf>.
- Edison Research. (December 2018). *The gig economy*. Marketplace-Edison Research Poll. <http://www.edisonresearch.com/wp-content/uploads/2019/01/Gig-Economy-2018-Marketplace-Edison-Research-Poll-FINAL.pdf>.
- Evans, Peter C. & Gawer, Annabelle. (2016). *The rise of the platform enterprise: A global survey*. Center for Global Enterprise, University of Surrey.
- Fabo, Brian; Beblavý, Miroslav; Kilhoffer, Zachary & Lenaerts, Karolien. (2017). *An overview of European platforms: Scope and business models*. Joint Research Center, Publications Office of the European Union.
- Fabo, Brian; Karanovic, Jovana & Dukova, Katerina. (2017). In search of an adequate European policy response to the platform economy. *Transfer. European Review of Labour and Research*, 23(2), 163-175.
- Fayard, Anne-Laure. (2021). Notes on the meaning of work: Labor, work, and action in the 21st century. *Journal of Management Inquiry*, 30(2), 207-220.
- Federal Reserve Board. (2020). Report on the Economic Well-Being of US Households in 2019. Featuring Supplemental Data from April 2020. Board of Governors of the Federal Reserve System. <https://www.federalreserve.gov/publications/files/2019-report-economic-well-being-us-households-202005.pdf>.
- Ford, Michele & Honan, Vivian. (2019). The limits of mutual aid: Emerging forms of collectivity among app-based transport workers in Indonesia. *Journal of Industrial Relations*, 61(4), 528-548.
- Friedman, Gerald Carl. (2014). Workers without employers: Shadow corporations and the rise of the gig economy. *Review of Keynesian Economics*, 2(2), 171-188.
- Gandini, Alessandro. (2019). Labour process theory and the gig economy. *Human Relations*, 72(6), 1.039-1.056.
- Goods, Caleb; Veen, Alex & Barratt, Tom. (2019). “Is your gig any good?” Analysing job quality in the Australian platform-based food-delivery sector. *Journal of Industrial Relations*, 61(4), 502-527.
- Graham, Mark; Hjorth, Isis & Lehdonvirta, Vili. (2017). Digital labour and development: Impacts of global digital labour platforms

- and the gig economy on worker livelihoods. *Transfer. European Review of Labour and Research*, 23(2), 135-162.
- Hauben, Harald; Lenaerts, Karolien & Wae-yaert, Willem. (2020). *The platform economy and precarious work*. Publication for the Committee on Employment and Social Affairs, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies. European Parliament.
- Healy, Joshua; Nicholson, Daniel & Pekarek, Andreas. (2017). Should we take the gig economy seriously? *Labour & Industry. A Journal of the Social and Economic Relations of Work*, 27(3), 232-248.
- Healy, Joshua; Pekarek, Andreas & Vromen, Ariadne. (2020). Sceptics or supporters? Consumers' views of work in the gig economy. *New Technology, Work and Employment*, 35(1), 1-19.
- Heiland, Heiner. (2021). Controlling space, controlling labour? Contested space in food delivery gig work. *New Technology, Work and Employment*, 36(1), 1-16. <https://doi.org/10.1111/ntwe.12183>.
- Huws, Ursula; Spencer, Neil H.; Syrdal, Dag S. & Holts, Kaire. (2017). *Working in the gig economy: Research results from the UK, Sweden, Germany, Austria, The Netherlands, Switzerland and Italy*. Foundation for European Progressive Studies, University of Hertfordshire, & UNI Europa Global Union.
- Jabagi, Nura; Croteau, Anne-Marie; Audebrand, Luc K. & Marsan, Josianne. (2019). Gig-workers' motivation: Thinking beyond carrots and sticks. *Journal of Managerial Psychology*, 34(4), 192-213. <https://doi.org/10.1108/JMP-06-2018-0255>.
- Kessler, Sarah. (2018). *Gigged: The gig economy, the end of the job and the future of work*. Random House.
- Kostyshyna, Olena & Luu, Corinne. (2019). The size and characteristics of informal ("gig") work in Canada. *Staff Analytical Note 2019-6*. Bank of Canada. <https://www.bankofcanada.ca/wp-content/uploads/2019/02/san-2019-6.pdf>.
- Lee, Aileen. (2 November 2013). Welcome to the Unicorn Club: Learning from billion-dollar startups. *TechCrunch*. <https://techcrunch.com/2013/11/02/welcome-to-the-unicorn-club/>.
- Lehdonvirta, Vili. (2018). Flexibility in the gig economy: Managing time on three online piece-work platforms. *New Technology, Work and Employment*, 33(1), 13-29.
- MBO Partners. (2018). *The new normal*. https://www.mbopartners.com/wp-content/uploads/2019/02/State_of_Independence_2018.pdf.
- MBO Partners. (2020). *A decade of independence: Ten trends that matter*. https://info.mbopartners.com/rs/mbo/images/MBO_Partners_State_of_Independence_2020_Report.pdf.
- Pesole, Annarosa; Urzi Brancati, Cesira; Fernández-Macías, Enrique; Biagi, Federico & González Vázquez, Ignacio. (2018). Platform workers in Europe: Evidence from the COLLEEM Survey. *EUR-Scientific and Technical Research Reports*. Publications Office of the European Union. <http://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/11111111/52393>.
- Petriglieri, Gianpiero; Ashford, Susan J. & Wrzesniewski, Amy. (2019). Agony and ecstasy in the gig economy: Cultivating holding environments for precarious and personalized work identities. *Administrative Science Quarterly*, 64(1), 124-170.
- Polkowska, Dominika. (2020). Platform work during the COVID-19 pandemic: A case study of Glovo couriers in Poland. *European Societies*, 23(sup. 1), S321-S331. <https://doi.org/10.1080/14616696.2020.1826554>.

- Prassl, Jeremias. (2018). *Humans as a service: The promise and perils of work in the gig economy*. Oxford University Press.
- Rosenblat, Alex & Stark, Luke. (2016). Algorithmic labor and information asymmetries: A case study of Uber's drivers. *International Journal of Communication*, 10, 3.758-3.784.
- Rothschild, Viola. (7 September 2018). China's gig economy is driving close to the edge. *Foreign Policy*. <https://foreignpolicy.com/2018/09/07/chinas-gig-economy-is-driving-close-to-the-edge/>.
- Scholz, Trebor. (2017). *Overworked and underpaid: How workers are disrupting the digital economy*. Polity Press.
- Schwellnus, Cyrille; Geva, Assaf; Pak, Mathilde & Veiel, Rafael. (2019). Gig economy platforms: Boon or bane? *Economics Department Working Papers*, n.º 1550. OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/fdb0570b-en>.
- Stanford, Jim. (2017). The resurgence of gig work: Historical and theoretical perspectives. *The Economic and Labour Relations Review*, 28(3), 382-401.
- Statista. (2021). Current financial situation of gig workers worldwide due to the COVID-19 pandemic as of March 2020. <https://www.statista.com/statistics/1128318/gig-workers-worldwide-current-financial-situation-covid-19/>.
- T. Rowe Price. (2 April 2018). *2018 Financial Attitudes & Behaviors toward the Gig Economy*. <https://www.troweprice.com/corporate/us/en/press/t--rowe-price--gig-economy-workers-pay-more-attention-to-their-m.html>.
- Umar, Muhammad; Xu, Yan & Mirza, Sultan Sikandar. (2020). The impact of Covid-19 on gig economy. *Economic Research-Ekonomska Istraživanja*, 34(1). <https://doi.org/10.1080/1331677X.2020.1862688>.
- Ungemah, Joe. (2021). *Punching the clock: Adapting to the new future of work*. Oxford University Press.
- Urzi Brancati, Cesira; Pesole, Annarosa & Fernández-Macías, Enrique. (2019). Digital labour platforms in Europe: Numbers, profiles, and employment status of platform workers. *JCR Technical Reports*. European Commission. <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/digital-labour-platforms-europe-numbersprofiles-and-employment-status-platform-workers>.
- Vallas, Steven & Schor, Juliet B. (2020). What do platforms do? Understanding the gig economy. *Annual Review of Sociology*, 46, 273-294.
- Van Buren, Harry J. & Greenwood, Michelle. (2008). Enhancing employee voice: Are voluntary employer-employee partnerships enough? *Journal of Business Ethics*, 81(1), 209-221.
- Van Doorn, Niels. (2017). Platform labor: on the gendered and racialized exploitation of low-income service work in the "on-demand" economy. *Information, Communication & Society*, 20(6), 898-914.
- Wallenstein, Judith; De Chalendar, Alice; Reeves, Martin & Bailey, Allison. (2019). *The new freelancers: Tapping talent in the gig economy*. BCG Henderson Institute. <https://www.bcg.com/en-us/publications/2019/new-freelancers-tapping-talent-gig-economy>.
- Wood, Alex J.; Graham, Mark; Lehdonvirta, Vili & Hjorth, Isis. (2019). Good gig, bad gig: Autonomy and algorithmic control in the global gig economy. *Work, Employment and Society*, 33(1), 56-75.
- Woodcock, Jamie. (2016). *Working the phones: Control and resistance in call centres*. Pluto Press.
- Zwick, Austin. (2018). Welcome to the gig economy: Neoliberal industrial relations and the case of Uber. *GeoJournal*, 83(4), 679-691.

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, 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, 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), RRRH (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).

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.

CEF.- 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



**MATRÍCULA
ABIERTA**

MÁSTERES Y CURSOS

Laboral y Recursos Humanos

Presencial | Telepresencial | Online

- Doble Máster en Práctica de la Abogacía y Asesoría Jurídico-Laboral
- Máster en Asesoría Jurídico-Laboral
- Curso Superior en Seguridad Social y Derecho Laboral
- Curso Superior sobre Práctica en Relaciones Laborales
- Curso de Perfeccionamiento y Actualización Laboral
- Curso de Gestoría Fiscal, Laboral y Contable
- Curso sobre Gestión de Nóminas y Seguros Sociales (Práctica de Salarios y Cotizaciones)
- Curso sobre Práctica en Derecho Procesal-Laboral
- Curso sobre Práctica en Despidos
- Curso sobre Trabajadores Extranjeros y Expatriados (aspectos fiscales, laborales y retributivos)
- Curso Práctico de Derecho Laboral
- Máster en Dirección y Gestión de Recursos Humanos
- Curso de Perfeccionamiento y Actualización en Recursos Humanos
- Curso de Excel para Recursos Humanos
- Curso de Power BI
- Curso sobre Gestión de Proyectos
- Curso Monográfico sobre Retribución y Compensación
- Curso Práctico de People Analytics (Big Data Aplicado a Recursos Humanos)
- Curso sobre Jubilación y Previsión Social
- Curso sobre Planes de Igualdad y Brecha Salarial
- Curso sobre Selección y Desarrollo del Talento
- Curso de Mindfulness en el Trabajo
- Curso sobre Tiempo de Trabajo, Conciliación y Gestión del Absentismo