

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista bimestral núm. 466 | Enero-Febrero 2022

ISSN: 2792-8314

Ecosistemas de empresas y calidad de entorno laboral: de la «ley de *riders*» a la «ley de *nómadas digitales*»

Cristóbal Molina Navarrete

La adecuación del derecho de opción en caso de despido improcedente a las normas supranacionales

Carolina Blasco Jover

Cooperativas de trabajo asociado y cesiones ilegales

Erik Monreal Bringsvaerd

Ley del 2 de agosto de 2021 para reforzar la prevención en materia de salud laboral en Francia

Loïc Lerouge

Fecha de efectos del complemento por maternidad (al varón)

Juan Antonio Maldonado Molina



CEF.-

+30 MÁSTERES

+200 CURSOS

ÁREAS

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

Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es

DESCUENTO ESPECIAL AHORA

PRESENCIAL | TELEPRESENCIAL | ONLINE

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 466 | Enero-Febrero 2022

Directora editorial

M.^a Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho. Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA (España)

Consejo de redacción

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

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

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

Comité científico

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

María Lourdes Arastey Sahún. Jueza del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Luxemburgo)

Ana Rosa Argüelles Blanco. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo (España)

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

Ferrán Camas Roda. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Girona (España)

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

María Teresa Díaz Aznarte. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada (España)

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

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

Enrico Gragnoli. Catedrático de Derecho del Trabajo. Università di Parma (Italia)

María Teresa Igartua Miró. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla (España)

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

Loïc Lerouge. Director de investigación del Centro Nacional de Investigación Científica. Centro de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social. Université de Bordeaux (Francia)

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

Cristina Mangarelli. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de la República (Montevideo [Uruguay])

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

Juan Pablo Mugnolo. Profesor de Derecho de las Relaciones Colectivas de Trabajo. Universidad de Buenos Aires (Argentina)

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

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

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

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

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

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

Michele Tiraboschi. Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Módena y Reggio Emilia (Italia)

Evaluación externa

Juan García Blasco. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza (España)

Juan López Gandía. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Politécnica de Valencia (España)

Carolina Martínez Moreno. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo (España)

Jesús Rafael Mercader Uguina. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III (España)

Antonio Ojeda Avilés. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla (España) (jubilado)

Sofía Olarte Encabo. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada (España)

Ana de la Puebla Pinilla. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid (España)

Susana Rodríguez Escanciano. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León (España)

Eduardo Rojo Torrecilla. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona (España)

Carmen Sánchez Trigueros. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia (España)

José Luis Tortuero Plaza. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid (España)

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 (2022) (6 números) 115 € en papel y digital / 70 € en digital

Solicitud de números sueltos (en papel o en PDF)

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: 2792-8314
ISSN-e: 2792-8322

Entidad certificada por:



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.

© 2022 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).

© Centro de Estudios Financieros (07-01-2022)

Todos los derechos reservados durante un año desde la fecha de publicación y Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0 pasado el primer año de la fecha de publicación

Sumario

Editorial

- «Industria 5.0», ecosistemas de empresas y calidad de entorno laboral: de la «ley de riders» a la «ley de nómadas digitales» 5-21
Cristóbal Molina Navarrete

Estudios

- La adecuación del derecho de opción en caso de despido improcedente a las normas supranacionales y constitucionales: apuntes para una reforma 23-50

Adapting the right of option to supranational and constitutional rules in cases of unfair dismissals: notes in support of reform

Carolina Blasco Jover

- Cooperativas de trabajo asociado y cesiones ilegales del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores en los sectores cárnico y del transporte terrestre de mercancías. Estudio jurisprudencial 51-92

Worker cooperatives and illegal cessions of article 43 of the Workers' Statute in the sectors of the meat and land transport of goods. Jurisprudential study

Finalista del Premio Estudios Financieros 2021

Erik Monreal Bringsvaerd

- Nuevas obligaciones para la igualdad retributiva en la empresa 93-128

New obligations for equal pay in the company

Finalista del Premio Estudios Financieros 2021

Mercedes López Balaguer

- El derecho a la desconexión digital y las políticas de responsabilidad social empresarial: nuevos horizontes para la innovación en las relaciones laborales 129-161

The right to digital disconnection and corporate social responsibility policies: new horizons for innovation in labour relations

Diego Megino Fernández

- El control remoto de la persona trabajadora «agile» en el derecho del trabajo italiano 163-181

Remote control of the smart worker in the Italian labour law

Ombretta Dessì

Análisis de actualidad

- La ley del 2 de agosto de 2021 para reforzar la prevención en materia de salud laboral en Francia: la tentación del cambio de paradigma 183-202

The law of 2 August 2021 to reinforce prevention in the field of occupational health in France: the temptation of a paradigm shift

Loïc Lerouge

Diálogos con la jurisprudencia

Nuevos fragmentos de derecho vivo de la Seguridad Social: estado del arte sobre algunas deudas de sexo y género pendientes

- Presentación. Igualdad de resultados entre sexos, una frontera difusa de la Seguridad Social: la deuda de diligencia debida a cargo de las entidades gestoras 203-208
Cristóbal Molina Navarrete
- Fecha de efectos del complemento por maternidad (al varón). Una revisión de doctrina judicial 209-232
Date of effect of the maternity allowance (for men). A review of judicial doctrine
Juan Antonio Maldonado Molina
- La diferencia (invisible) que duele: sobrerrepresentación femenina en las fibromialgias y migrañas, subestimación judicial de su incapacidad laboral. A propósito de las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia 3751/2021, de 8 de octubre, y de Castilla-La Mancha 1512/2021, de 8 de octubre 233-249
The (invisible) difference that hurts: over-representation of women in fibromyalgia and migraines, judicial underestimation of their incapacity for work. Regarding the Rulings of the High Courts of Galicia 3751/2021, of 8 October, and Castilla-La Mancha 1512/2021, of 8 October
Cristóbal Molina Navarrete

Recursos humanos

- Resiliencia organizativa: la fuerza de la compasión y el altruismo 251-277
Organisational resilience: the power of compassion and altruism
- Finalista del Premio Estudios Financieros 2021**
Zina Barghouti Abrini, Jacob Guinot Reinders y Ricardo Chiva Gómez

- Normas de publicación 279-280

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 *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF mantiene un firme compromiso con el lenguaje inclusivo de género como vía para avanzar, siempre respetando la corrección y economía del lenguaje, en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. En coherencia, recomienda a las autoras y autores su utilización, reflejándose así en las normas de publicación. En consecuencia, el nivel de su utilización es una responsabilidad exclusivamente suya, en el ejercicio de su libertad científica.

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>.

«Industria 5.0», ecosistemas de empresas y calidad de entorno laboral: de la «ley de *riders*» a la «ley de nómadas digitales»

Cristóbal Molina Navarrete

Director

Sabes, creo que lo que hacen los nómadas no es tan diferente de lo que hicieron los pioneros. [...] es parte de una tradición estadounidense [...].

No todos estamos en condiciones de tirarlo todo y salir a la carretera.

Nomadland

1. De la «Revolución 4.0» a la «Sociedad Industrial 5.0»: nuevos conceptos, nuevos horizontes legales, nuevos marcos de acción más socialmente condicionados para la promoción de la productividad en la era digital. Al cierre de este editorial, que encabeza el número que abre una ilusionante nueva etapa en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF (RTSS. CEF)*, pasando de su tradicional periodicidad mensual a bimestral, el Boletín Oficial del Estado (BOE) estaba en las vísperas de recibir el formidable aluvión de leyes. A través de ellas (en la modalidad de ley ordinaria del Parlamento, o de ley de autoridad gubernamental), tras largos periodos de debate, en unos casos con acuerdo, en otros sin él, se formalizan, por fin, tanto la –numerosas veces anunciada– contrarreforma laboral como la –pactada, salvo ciertos aspectos de los que se ha descolgado la patronal– de seguridad social, en particular en la más potente, y conflictiva, de sus ramas, la de pensiones. Otro sinfín de leyes tienen previsto alimentar las páginas del diario oficial, concurriendo en mayor o menor grado con ambos contextos normativo-institucionales y jurídico-sociales y económicos de reformas, del mercado de trabajo (por ejemplo, la relativa a la estabilización de una inmensa bolsa de fraude en el empleo público estatutario) y de la seguridad social (por ejemplo, la ley del ingreso mínimo vital –[Ley 19/2021, de 20 de diciembre](#), publicada al cierre de este editorial–; el desplazamiento de los incentivos fiscales desde el tercer pilar –planes individuales– al segundo pilar –planes de empleo– de pensiones, a través de la Ley de presupuestos generales del Estado para 2022).

Naturalmente, no pretendemos en este editorial ni tan siquiera enumerar, aún menos esbozar, los aspectos principales de tan extensos e intensos cambios legislativos, que pretenden marcar un nuevo tiempo, el de la transformación modernizadora tanto del modelo productivo (una llamada recurrente, tanto como insatisfecha, y difícil) como de la propia sociedad construida sobre él, adaptándose a él al tiempo que lo condiciona, o al menos aspira a hacerlo. Publicadas en el BOE, su sistemático y detallado análisis constituirá el contenido monográfico del próximo número (marzo-abril), a través de un significativo cuerpo de estudios a cargo de personas expertas en cada materia afectada por la larga secuencia reformadora. Por sus autorizadas plumas desfilarán exhaustivos comentarios de sus puntos más relevantes, operativos y críticos. ¿Mientras tanto qué?

Me parece sugerente dar cuenta, siquiera brevemente (son «marcos estratégicos» y/o proyectos de ley recién presentados), de iniciativas de reforma más transversales (laboral, mercantil, fiscal, concursal, sanitaria, etc.) que pretenden promover cambios culturales, no solo económico-empresariales (emprendimiento) y profesionales en los entornos de empresas y trabajos. No deslizo la reflexión por vaporosas sendas filosófico-sociales (razón pura), necesarias en todo caso para corregir las deficiencias (interesadas) de comprensión real de ambos mundos (empresa-emprendimiento y empleo-trabajo) por el extremo «pragmatismo digitoeconomicista» (razón funcionalista) que gobierna. Ideas dominantes (difundidas acriticamente) como la [omnipotencia de la inteligencia artificial y la gobernanza algorítmica](#), el reclamo (incluso por la casa real) de [inversión en «activos intangibles»](#) (y «talento digital») [para la recuperación tras la pandemia](#), entre otras, o crecientes experiencias de «viejas tiranías», hoy revestidas de modernidad tecnológica (por ejemplo, [despido de 900 personas convocadas a una reunión por Zoom](#)), entre otras, ilustran paradigmáticamente la razón del filósofo de moda (Byung-Chul) al denunciar el [vaciamiento de referencialidad humana y facticidad de las cosas](#) (y de las personas, «el ser»), convertidas en puros signos o símbolos digitales en la economía de los datos.

En vez de a la –siempre debida– reflexión filosófica acudamos al planteamiento más reciente de una institución de la gobernanza económica mundial, como la Comisión Europea, poco dada a tales «devaneos teóricos» y más atenta a las razones prácticas de los mercados competitivos. Aunque tras la tragedia pandémica ha comprendido –a lo que parece– que aquellas difícilmente son sostenibles sin una adecuada, no solo mínima, «condicionalidad social», la derivada de las razones de las personas, a fin de restaurar los equilibrios perdidos. En este escenario, la Comisión Europea pretende actualizar su «Estrategia Industrial» no ya solo corrigiendo lo que considera que no ha funcionado como debía o desarrollando los aspectos que entiende más exitosos, sino introduciendo todo un nuevo concepto sistémico: transformar la –celebérrima– Revolución Industrial 4.0 en la [Revolución Social de la Industria 5.0](#). ¿Qué significa? ¿No será otro

La Comisión Europea pretende actualizar su «Estrategia Industrial» introduciendo un nuevo concepto sistémico: transformar la Revolución Industrial 4.0 en la Revolución Social de la Industria 5.0

puro simbolismo de la era digital del que nos advierte el citado filósofo coreano-alemán?, ¿vivimos de una forma tan acelerada que sin explorar a fondo la Industria 4.0 ya estamos en la 5.0?, ¿se identifica el concepto comunitario de la «Industria 5.0» con el japonés de «Sociedad 5.0» (paradigma de las sociedades «superinteligentes»)?

Muchas preguntas y de enorme complejidad, que no podemos resolver aquí, si bien será una de las cuestiones que marcarán los debates y las políticas en los próximos años, no ya solo en los próximos meses. En este ámbito editorial solo puedo delimitarlo básicamente y ofrecer (concesión continua a la razón práctica del mundo de la empresa y del trabajo) algunos ejemplos de reformas normativas, institucionales, económicas e incluso culturales que ya se dibujan en el horizonte y se formalizarán en relativamente breves fechas, sumándose, desde esta perspectiva de recuperación de una modernidad más equilibrada, a las reformas principales en los mundos (interactivos) de las empresas-mercados (piénsese también en la proyectada «[Ley crea y crece](#)»). Por supuesto, en todo caso con el referente sistémico y omnipresente del Plan de Recuperación Europea (*Next Generation Europe*) y los nacionales, derivados, de transformación y resiliencia. No por casualidad con el concepto de «Industria 5.0», la Comisión Europea aspira a hacer del «poder de la industria digitalizada el proveedor más resiliente de prosperidad social».

La ambición de este objetivo de retorno al mundo perdido de los equilibrios entre las razones de las empresas (competitividad, rentabilidad o beneficios) y las razones de las personas se concreta en la expresa adhesión al mantra, expresado ya por la Organización Internacional del Trabajo, de poner a las personas en el centro, también el planeta. Para ello propone utilizar todo el poder de la

Colonizada la vida humana por la digitalización, sería el tiempo de devolverle un sentido eminentemente humano y social a estos procesos

innovación tecnológica al servicio tanto del «bienestar de las personas empleadas en los procesos de producción» cuanto de los «límites de sostenibilidad de nuestro planeta». En suma, una vez colonizada la vida humana por la digitalización, sería el tiempo de devolverle un sentido eminentemente humano y social a estos procesos de innovación tecnológica. La digitalización (inteligencia artificial, *big data* y la gestión mediante la analítica predictiva y avanzada, internet de las cosas, etc.) no debe ser solo «el faro» de la innovación y el cambio tecnológicos, sino también sociales. Por lo tanto, se trataría de un concepto que no busca ser alternativo al de «Industria 4.0», sino corrector en parte de sus desviaciones economicistas y mecanicistas, para promover un retorno a desarrollos más humanizados y sostenibles, con lo que [se complementaría](#), en línea con el modelo de [Sociedad 5.0 que propone Japón, modelo de sociedad superinteligente](#).

2. De las garantías de trabajo decente para las plataformas *online* y sus activos intangibles (*gig economy*) a los «ecosistemas de empresas emergentes» (*startups*). ¿Loable, pero poco creíble en el plano real (el de las cosas y seres tangibles), un enfoque regulador

del desbordante mundo de las empresas de economía y mercados digitales tan humano (social, sostenible y resiliente)? Manteniéndome ahora al margen de este tipo de valoración metajurídica, desde un plano más concreto e ilustrador, merece aquí la pena reseñar cómo, en este escenario de reconducción de algunos de los sectores de la economía digital más

desregulados al sentido de los límites jurídico-sociales, en aras de garantizar condiciones de trabajo decente en su seno, [la Comisión Europea propuso, hace apenas un mes, proteger el trabajo realizado a través de plataformas digitales](#). Una regulación pensada expresamente al servicio de un modelo de crecimiento de la economía digital socialmente sostenible.

La Comisión propuso proteger el trabajo realizado a través de plataformas digitales. Una regulación al servicio de una economía digital socialmente sostenible

La nueva regulación comunitaria no solo garantizará que quienes trabajen a través de plataformas digitales gocen de derechos laborales y prestaciones sociales, sino también, en línea con la reforma legislativa española ([Ley 12/2021, de 28 de septiembre](#) –«ley de riders»–), de una garantía adicional de uso transparente y no discriminatorio de la gestión algorítmica (sistemas automatizados que ayudan o sustituyen a las funciones de gestión en el trabajo). Este marco normativo común busca sumar protección a seguridad jurídica, pero también maximizar el potencial económico del mercado único y de unas condiciones de competencia equitativas:

- Una comunicación, titulada «[Mejores condiciones de trabajo para una Europa social más fuerte: aprovechar todas las ventajas de la digitalización para el futuro del trabajo](#)». Establece el enfoque de la Unión Europea (UE) y medidas relativas al trabajo en plataformas digitales, a complementar con otras de las autoridades nacionales y la interlocución social a su nivel adecuado. También pretende fijar las bases de futuras normas mundiales para el trabajo en plataformas *online* de calidad.
- Una [propuesta de directiva sobre la mejora de las condiciones laborales en las plataformas digitales](#).
- Un [proyecto de directrices](#) para aclarar (excluir) la aplicación del –todopoderoso– derecho de la competencia de la UE a los convenios de las personas que trabajan por cuenta propia sin personas asalariadas y que tratan de mejorar sus condiciones (también de quienes trabajan a través de plataformas digitales).

No todo son bondades, su contenido genera dudas relevantes y se abre a críticas. Pero no podemos entrar en mayores detalles –tiempo habrá según avance el proceso de regulación comunitaria, que encontrará más de un obstáculo, pues los países tienen posiciones diversas, como sus regulaciones–. Basta con tres observaciones finales. En el plano político-institucional, debe destacarse el aliento dado a esta nueva regulación por la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de septiembre de 2021, sobre «[condiciones de trabajo justas,](#)

derechos y protección social para los trabajadores de plataformas: nuevas formas de empleo vinculadas al desarrollo digital» (2019/2186(INI)).

En el plano práctico, parece claro el efecto de racionalización del mercado que tendrá esta regulación, a fin de garantizar no solo una competencia leal, sino más eficaz. Así lo pone de relieve el importante reajuste de mercado producido por el [abandono, en España, de Deliveroo](#), inicialmente por sus dificultades para afrontar el incremento de costes socio-laborales derivados de la calificación de las relaciones en el seno de las plataformas *online* de reparto a domicilio como laborales, en virtud de la –muy diluida– presunción de laboralidad establecida por la norma española.

Finalmente, conviene aquí recordar que la entrada en vigor, en su día, de la norma comunitaria tendrá efectos de gran impacto en nuestro país, por cuanto el ámbito de la directiva propuesta no se agota en las plataformas de reparto, si bien no menos cierto es que establece una presunción aún más difusa y errática que la española.

3. De país de plataformas *online* (varias prometedoras *startups* antes de mutar en «unicornios») a «España, nación emprendedora»: el proyecto de Ley de fomento de ecosistemas de las empresas emergentes («ley de *startups*»).

Algunas de las empresas gestoras de esas plataformas de trabajo digitalmente gestionado fueron, en sus inicios, *startups*, antes de devenir compañías valoradas en más de 1.000 millones de euros, esto es, lo que se conoce como «unicornios azules». [Es el caso, en España, de Cabify y Glovo](#). España no tiene muchos de esos ansiados (aunque su gran cotización no se corresponde con la calidad de su empleo ni el crecimiento real de la riqueza del país) unicornios. Tampoco ha venido jugando en la «Champions League» de las *startups* (empresas de nueva creación con un uso intensivo en las tecnologías de la información y la comunicación para satisfacer una necesidad real detectada en el mercado de bienes y/o servicios, lo que facilita un modelo de economía escalable –que puede crecer mucho y rápido si halla ecosistemas de incentivos e inversiones adecuados–), si acaso en la «Europa League», esto es, en una liga europea de segunda, muy lejos de Reino Unido, Francia, Alemania... Pese a ello, el Gobierno español ha decidido dar un salto cualitativo y hacer de España una gran potencia en *startups*, dentro de la marca «España Nación Emprendedora».

Algunas de las plataformas de trabajo digital fueron *startups* antes de devenir «unicornios azules»

El Gobierno aprobó el mes pasado el proyecto de «ley de *startups*», oficialmente denominado (de forma rimbombante, evidenciando la omnipresencia de la ecología en todo nuestro actuar –acaso por aquello de «tú dime de qué presumes...»–) proyecto de «Ley de fomento del ecosistema de las empresas emergentes». El proyecto se integra en la estrategia «[España Nación Emprendedora](#)» (no habla nunca de «nación de naciones emprendedoras»), integrada por 50 medidas (tabla 1). De ellas aquí destacaremos:

- La 3, es la «Ley de fomento de ecosistemas de empresas emergentes».
- La 13, relativa al fomento del uso de las –célebres hace años y muy polémicas– «*stocks options*» como sistemas retributivos de las personas directivas, también de las empleadas, para la mejora de la gestión, y a la implicación del personal en la suerte de la *startup*. El proyecto de ley contempla esta medida demandada por el sector, mejorando su régimen fiscal.
- La 30, el visado para las «personas nómadas digitales», que aquel proyecto de ley integra también como una de sus novedades más esperadas y relevantes.

Tabla 1. Medidas de la estrategia España Nación Emprendedora

Medidas prioritarias

1. Marca para España como Nación Emprendedora.
2. Creación de la Oficina Nacional de Emprendimiento (ONE).
3. Ley de fomento del ecosistema de las empresas emergentes.
4. RENACE. Red Nacional de Centros de Emprendimiento.
5. *Scaleup Spain*: apoyo a la escalabilidad.
6. Programa internacional de atracción de talento de las mujeres.
7. Programa de visados.
8. Programa Bandera.
9. Compra pública como motor de innovación.

Inversión

10. Plan Nacional de Emprendimiento Social.
11. Tramitación ágil del NIE para inversores extranjeros.
12. Atracción de sedes de empresas a España.
13. *Stock options*.
14. Inversión privada en fase semilla.
15. Mujeres en la inversión.
16. Fondos de pensiones.
17. Inversión en deuda.
18. Inversión de patrimonios familiares (*family offices*).
19. Mercados alternativos.
20. Impulso a la transferencia de conocimiento.





21. Recursos de Enisa y de CDTI.
22. Impulso a la innovación abierta.
23. I+D+i de origen privado.

Sector público emprendedor

24. *Sandbox*: entornos públicos de testeo.
25. Regulación inteligente.
26. Datos públicos abiertos.
27. Diseño de la experiencia de usuario para ciudadanos y empresas.
28. Función pública emprendedora.
29. Régimen especial de trabajadores autónomos.
30. Visado para nómadas digitales.
31. Pyme innovadora en licitaciones públicas.
32. Impacto social y medioambiental como criterio de valoración de iniciativas públicas.
33. Presencia paritaria en actos.
34. Criterio de igualdad de género en la contratación pública.

Escalabilidad

35. Estrategia de alianzas internacionales.
36. Oficinas de Transferencia de Conocimiento (OTC).
37. Flexibilización para el personal docente e investigador (PDI).
38. Reconocimiento de méritos de los investigadores.
39. Centros tecnológicos y parques científicos y tecnológicos.
40. La defensa nacional como motor del emprendimiento innovador.
41. Desarrollo económico urbano innovador.
42. Desarrollo territorial del emprendimiento innovador.

Talento

43. Educación y emprendimiento.
44. Universidad y emprendimiento.
45. Formación profesional innovadora.
46. Aprendizaje a lo largo de toda la vida.
47. Seguimiento de la brecha de género en el emprendimiento innovador a través del INE.
48. Vocaciones STEAM entre mujeres.
49. Madrinazgo y mentorización para mujeres.
50. Talento sénior.

Fuente: [estrategia España Nación Emprendedora. Resumen ejecutivo](#) (pp. 10 y 11).

4. «En busca y captura» del talento innovador, emprendedor y profesional, en cualquier lugar del mundo: incentivos fiscales y régimen de visados de favor para las personas nómadas digitales (trabajadoras en remoto) internacionales. La palabra más mágica en todo este ecosistema de empresas de nueva creación y alta potencialidad de crecimiento en el universo digital es: agilización. El objetivo principal del proyecto de ley y gran ensueño del sector es agilizar y flexibilizar la creación y desarrollo de este tipo de empresa en su edad temprana y a fin de que pueda madurar de forma más acelerada y sostenible.

El objetivo principal del proyecto de ley y gran ensueño del sector es agilizar y flexibilizar la creación y desarrollo de este tipo de empresa en su edad temprana

Para ello, como es habitual, se promete una ventanilla única con la que agilizar los trámites para constituir una empresa (*online* y sin costes notariales ni registrales). El plazo para crear la *startup* pretende ser de unas 6 horas, el mínimo, hasta un plazo máximo de 5 días si se quieren hacer estatutos personalizados. Sería la gran demanda del sector. Asimismo, además de establecer requisitos técnicos y económicos (nivel de facturación, años de creación, plantilla local), fija un sistema favorable de incentivos fiscales y de inversión, lo que ya ha suscitado **críticas**, desde fuera (las asociaciones de personas trabajadoras autónomas han criticado que conceda un régimen privilegiado), e incluso desde dentro, por quienes creen que este tipo de regulaciones, si no se diseñan bien, pueden ser contrarias «al ser y existir» de las *startups*, que es la captación de clientela en la red de forma exponencial, no una «cultura de la empresa subvencionada» (ironizada en el «buen patrón»). El temor es que fomente «ecosistemas fragmentados, diferenciados en grupos» (estatales, locales, universitarios, etc.), no unitario y eficaz.

El proyecto de ley presenta importantes novedades, recogiendo algunas de las principales reivindicaciones del sector, pese a lo cual la valoración positiva de la iniciativa no está exenta de crítica, por insuficiente. Sin profundizar ahora en la «ley transversal», con una especial incidencia fiscal (sistema de incentivos fiscales potente) y en la legislación de extranjería (visado), pero con importantes repercusiones y profesionales (personas nómadas digitales de indole internacional, por cuenta ajena y propia), sí será útil enumerar algunas de sus principales novedades y críticas suscitadas.

La primera cuestión problemática es la definición de *startup*. La pretensión es tanto ofrecer seguridad jurídica sobre esta tipología de empresas, de ahí la certificación (**ENISA –Empresa Nacional de Innovación Sociedad Anónima–** y Oficina Nacional de Emprendimiento), como acotar su ámbito normativo de favor a las de «edad temprana» y de menor tamaño, para apoyar su maduración y crecimiento. También en plantilla, altamente cualificada, si bien no siempre remunerada en coherencia (además de alta inestabilidad y jornadas prolongadas sin retribución –salvo eventuales participaciones en beneficios–). Conviene advertir que, frente a la idea originaria, también se incluye a las denominadas «personas emprendedoras en serie», esto es, a quienes ya intentaron poner en marcha una *startup* y fracasaron,

lo que suele ocurrir a menudo. En este sentido, no solo normalizaría el «fracaso emprendedor», sino que reconoce un «derecho a un número razonable de nuevas oportunidades de emprender en digital», que la ley sitúa en el –bíblico– número de 3 (derecho a segunda y tercera oportunidad para volver a empezar como persona emprendedora tecnológica).

Precisamente, en la medida en que se trata de empresas caracterizadas por un uso intensivo de las tecnologías de la información y de la comunicación necesitan menor inversión en capital tangible (algunas no tienen ni espacios físicos), su mayor exigencia inversora es en activos intangibles, incluyendo **trabajo remoto**, así como, lógicamente, un sistema de incentivos fiscales de favor para atraer (y retener) talento emprendedor y profesional de alta

En la medida en que se trata de empresas caracterizadas por un uso intensivo de las tecnologías, su mayor exigencia inversora es un sistema de incentivos fiscales para atraer (y retener) talento emprendedor y profesional de alta cualificación

calificación tecnológica, dentro de mercados de emprendimiento y profesionalidad globales. Justamente, una vez más (no es el primer intento normativo, como evidencian las llamadas «visas oro», más exitosas para las personas inversoras inmobiliarias que para las profesionales de alta cualificación extracomunitarias, desde su puesta en práctica en 2013), los «visados vip» son especialmente valorados por el sector, porque permiten facilitar la movilidad internacional sin aumento de gasto. No obstante, parece que en este ámbito hay una movilidad internacional ya significativa. Muchas de las *startups* punteras están dirigidas por talento venido de fuera, de ahí su valor para facilitar trámites.

Por supuesto, el atractivo de este visado especial («vip») no reside solo en facilitar la tramitación, sino en ofrecer un régimen impositivo tan favorable que convenga a las empresas y personas teletrabajadoras foráneas, así como a las denominadas «nómadas digitales», para que elijan nuestro país como destino para vivir un tiempo y trabajar en remoto. Destaca la accesibilidad al impuesto sobre la renta de no residentes (IRNR) y la reducción de tasas¹, en línea con lo que ya hicieron antes los países que juegan en esta «Champions League» (Francia, Alemania, Reino Unido). En todo caso, quienes soliciten sujetarse a este régimen fiscal favorable deberán acreditar de forma fehaciente su condición de persona teletrabajadora internacional. ¿Quiénes?:

- Personas empleadas extranjeras por cuenta de empresas radicadas fuera de España desplazadas para realizar sus obligaciones laborales aquí, a través del uso de medios telemáticos (persona teletrabajadora internacional asalariada).

¹ El tipo impositivo del IRNR para personas con ingresos anuales de hasta 600.000 euros será el 15 % (9 puntos menos) durante un periodo máximo de 4 años. A partir de los 600.000, el tipo es máximo. Elimina la obligación de pagos fraccionados del IRNR en los 2 años posteriores al de base imponible positiva.

- Personas profesionales independientes extranjeras que trabajen a distancia por medios digitales y cuya retribución proceda en su mayoría de compañías extranjeras, con un límite de ingresos provenientes de España del 20 %.

En la línea de facilitar la gestión de este visado y favorecer la movilidad internacional en un mercado de «nomadismo profesional digital» tan competitivo y global, el proyecto de ley exime de la obligatoriedad de obtener el número de identificación de extranjeros, exigiendo solo el número identificación fiscal. Además, contempla el retorno del talento (rebasará de 10 a 5 años la no residencia previa en España para el visado).

5. ¿Un régimen fiscal y de inversión especial o «privilegiado»? : el regreso del favor hacia las (polémicas) *stock options* como formas retributivas.

Naturalmente, la ley proyectada no persigue solo crear un régimen fiscal de favor para las personas nómadas digitales (destacadas por sus empresas o como opción autónoma). También las *startups* son objeto de un generoso sistema de rebajas fiscales, pese a que no se considere aún suficiente por el sector (que, como el asegurador para las pensiones privadas, siempre quiere más).

La ley proyectada no persigue solo crear un régimen fiscal de favor para las personas nómadas digitales. También las *startups* son objeto de un generoso sistema de rebajas fiscales

En esta dirección, (a) no solo reduce el tipo impositivo en el impuesto de sociedades en el primer periodo impositivo en el que la base imponible sea positiva y en los tres siguientes, siempre que mantenga la calificación de empresa emergente, sino que incluye también (b) la posibilidad –muy bien valorada por el sector– de que soliciten el aplazamiento de la deuda tributaria del impuesto de sociedades o del IRNR en el primer ejercicio en el que la base imponible sea positiva y en el siguiente, con dispensa de garantías y sin devengo de intereses de demora, por un periodo de 12 y 6 meses, respectivamente. Para crear un marco de favor hacia la inversión (sobre todo extranjera), también se establecen (c) deducciones fiscales de hasta el 50 % para las inversiones de hasta 100.000 euros (inicialmente se preveía que fuese solo el 40 %) durante los primeros 5 años –7 años para las biotecnológicas, energía, industriales y otros sectores estratégicos–. El sector critica esta limitación temporal, en la medida en que consideran poco realista la previsión, dado que este tipo de empresas no tiene beneficios relevantes hasta el quinto año, pues en su edad temprana bastante tienen con no incurrir en demasiadas pérdidas, reinvertiendo todos sus beneficios en crecer.

Pero, sin duda, en el ámbito concurrente entre la fiscalidad y la gestión laboral, una novedad esencial es la promoción de un sistema de incentivos retributivos basados en las *stock options* (para los persistentes y frecuentes conflictos en el ámbito laboral, en especial sobre su integración o no en el cálculo de la indemnización por despido, según se considere o no salario, *vid.* la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia [STSJ] de Andalucía/Sevilla 1167/2021, de 29 de abril, con amplia cita de la doctrina jurisprudencial –por ejemplo,

Sentencia del Tribunal Supremo [STS] de 3 de junio de 2008, rec. 2532/2006–). Muy castigadas fiscalmente (se habla de «fiscalidad desoladora») tras el escándalo (uno más) en 1999 del Grupo Telefónica, se elevará la exención de 12.500 a 50.000 euros anuales (inicialmente se preveían 45.000) en el caso de entrega por *startups* de acciones o participaciones derivadas del ejercicio de opciones de compra y se flexibilizan las condiciones de generación de autocartera en sociedades de responsabilidad limitada. Se retrasa el devengo del impuesto al momento de la venta o de liquidación, para evitar el efecto de contribución por un ingreso virtual, pero realmente no devengado. En principio, no contempla reformas en su régimen mercantil.

Una novedad esencial es la promoción de un sistema de incentivos retributivos basados en las *stock options*

En todo caso, parece claro, tanto para el fomento de las *startups* como para los mercados de trabajo nómada internacional que generan que la clave de su éxito parece fiarse al favor fiscal. De ahí la competencia internacional por la rebaja fiscal. Lo vimos en el número anterior para el nuevo mercado de previsión profesional (segundo pilar).

Pero el principal incentivo para esta política de atracción del talento digital debe hacernos reflexionar sobre la política fiscal en general, en un escenario en el que se han puesto nuevas cifras escalofriantes a la desigualdad y a la regresividad fiscal (la creciente concentración de riqueza no mejora la recaudación, sino que conlleva una pérdida cada vez mayor de capacidad recaudatoria fiscal). Así se ha evidenciado por el prestigioso laboratorio de ideas francés dirigido por el célebre economista Thomas Piketty. ¿Es sostenible social y económicamente un modelo de crecimiento basado en concentrar la riqueza, en la devaluación de condiciones de empleo y de trabajo y en la reducción de la capacidad fiscal de los Estados, mediante políticas basadas en privilegios fiscales a las personas con rentas más altas –élites empresariales y profesionales–?

El principal incentivo para esta política de atracción del talento digital debe hacernos reflexionar sobre la política fiscal en general, en un escenario en el que se han puesto nuevas cifras escalofriantes a la desigualdad y a la regresividad

No falta razón a las asociaciones de personas autónomas cuando critican que:

[...] [estas] rebajas de impuestos y agilización de trámites [...] «suponen un agravio para el resto [...] incluidos muchos proyectos que pueden tener un valor añadido de innovación social, cultural o ambiental pero que no encajan en los requisitos confusos» que define. [La Unión de Asociaciones de Trabajadores Autónomos y Emprendedores] pidió que la fiscalidad se base en la «progresividad» para no privilegiar a quien menos la necesita [...] la ley reduce la transición digital del tejido productivo y la innovación hacia grandes proyectos respaldados por inversores extranjeros.

En cambio, el Gobierno replica que es el ecosistema regulatorio atractivo y de fomento de la inversión que necesitan las áreas estratégicas y esperado «[para impulsar un cambio de la estructura productiva del país, en línea con el plan de recuperación](#)». Veremos.

6. De la norma proyectada a la realidad actual: ecosistema español de *startup* y diversificación del negocio de las plataformas digitales para explotar el yacimiento de nomadismo laboral-profesional internacional. La norma no nacería en el vacío.

Al contrario, se inserta en una ambivalente experiencia previa. Como se ha dicho, el ecosistema español de empresas emergentes no ha despegado como se pretendía ni ocupado los primeros puestos en las economías europeas más relevantes y, por tanto, más referenciales para la nuestra. Pero las *startups* llevan tiempo funcionando en España (se calcula que hay entre 7.000 y 10.000 –la ley debe servir para dar transparencia y seguridad al sector, fijando el número–). Al margen de las más o menos facilidades de inversión (en especial privada –«*business angels*»–) y fiscalidad, algunas han conseguido éxito, también internacional.

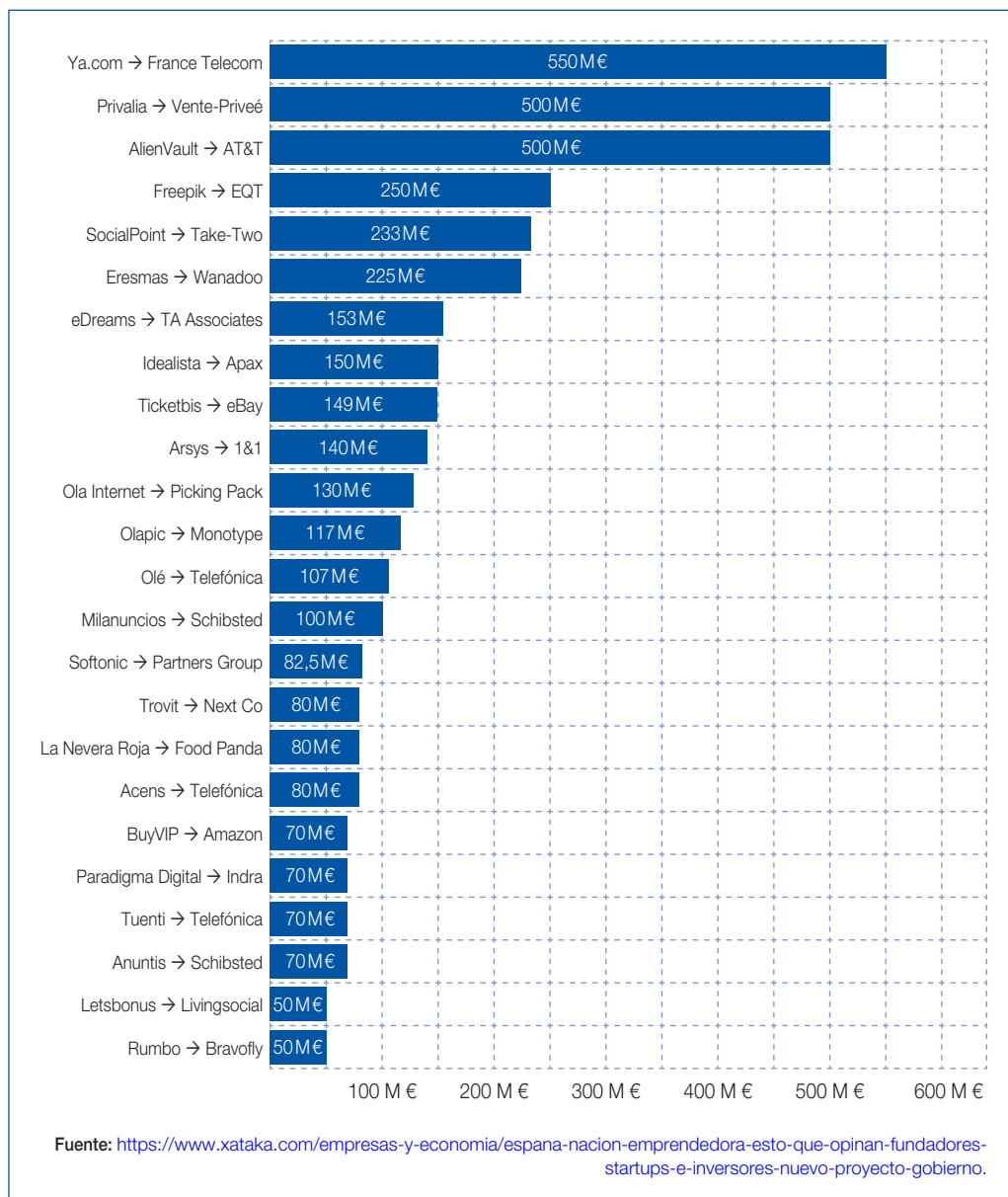
Asimismo, hoy asistimos a la reinención de ciertas plataformas digitales. Estas, en algunos casos, como Airbnb, tras sufrir crisis con la pandemia (experimentaron no solo expedientes temporales de regulación de empleo, sino despidos colectivos –en algún caso declarado ajustado a derecho, como en la [STSJ de Cataluña 66/2020, de 11 de diciembre](#), con voto particular–), apuestan por diversificar el negocio, integrando el fomento del teletrabajo o, en general, del trabajo remoto (junto al alojamiento vacacional desarrollarían el alojamiento-nomadismo laboral digital). Para ello promueven [estancias más largas, con filtros nuevos que faciliten viviendas con una alta calidad de conexión a internet, así como políticas de colaboración con entidades municipales](#) para incentivar la atracción de estas personas a sus municipios y entornos.

Se activaría, así, un modelo de cooperación privado-público (acuerdos) para promover no solo el trabajo inteligente (flexible, remoto), sino «ciudades inteligentes», atractivas para el mercado en alza del nomadismo digital. Aunque [estos acuerdos se han producido hasta ahora con ciudades de Estados Unidos](#), la idea es expandirse internacionalmente. Precisamente, Málaga lanzó el proyecto «*WorkBay*» para [atraer personas trabajadoras en remoto](#), nacionales e internacionales. Se trata de una plataforma que pone a disposición de las personas interesadas información sobre la ciudad y el alojamiento, y asesoramiento sobre espacios disponibles para actividades tecnológicas, culturales y cualquier otra en los *coworkings*.

No es casualidad que Málaga sea una ciudad pionera en este tipo de iniciativas (aunque las que ocupan el primer lugar en la «liga española» de *startups* sean [Barcelona y Madrid](#)). No solo es una de las ciudades más turísticas de España (y del mundo), lo que le otorga una ventaja en este proceso de transición del «turismo vacacional» al «turismo laboral» en el contexto de desarrollo del trabajo remoto internacional ([al igual que Canarias](#), con la que compite por atraer *remote workers*), sino que algunas de las empresas que se han creado en la ciudad están entre las *startups* más exitosas (por ejemplo, [Freepik, uno de los «exits» más importantes](#) –mercado de imágenes para el diseño gráfico–: más de 250 millones de €

de valoración y 233 personas empleadas; o VirusTotal, la gran oficina de Google en el sur de Europa –ha pasado en pocos años de 6 a 40 personas empleadas–, reteniendo talento español en España y atrayendo extranjero) (gráfico 1).

Gráfico 1. Mayores «exits» de startups españolas



No solo Airbnb se reinventa hacia la explotación del trabajo remoto como nueva línea de negocio en entornos digitalizados. También parece «saberlo a poco» el negocio –tan rentable en pandemia– de las videollamadas a las grandes plataformas que lideran este nuevo mercado de servicios digitalizados. El negocio de [Zoom](#), [Teams \(ahora con Microsoft Viva\)](#) o [Webex \(People Insight\)](#) se está reorientando a crear plataformas completas de teletrabajo. En todas, con la extensión del teletrabajo y del trabajo híbrido, las aplicaciones de videollamadas y chats profesionales se transforman en plataformas con múltiples funciones orientadas a mejorar tanto la productividad como el bienestar de las personas empleadas que trabajan completa o parcialmente en remoto.

Asimismo, y en esta línea de revalorización de las *startups* como un ámbito de futuro para la integración de personas en un mercado de trabajo con entornos de mayor calidad, en lo profesional y en lo humano, este tipo de empresas se ofertan como un canal privilegiado para que las personas jóvenes, nativas digitales, accedan al mercado de trabajo y [crezcan profesionalmente](#). Ahora bien, conviene tener en cuenta que esto es solo si perduran, porque tienen un [alto riesgo de volatilidad](#), al tiempo que, no conviene olvidarlo, ofrecen un modelo de compromiso profesional basado en la quiebra de las fronteras entre el tiempo de trabajo y el de no trabajo y que exponen así: «nunca te vas a encontrar a una persona que cumpla su horario laboral. No existe la ley del mínimo esfuerzo, y este es el mejor ambiente para un becario [o becaria, claro]».

¿El reconocimiento de la explotación digital de las personas jóvenes que el *marketing* digital reviste de sueño de libre desarrollo de la personalidad y el talento en una era donde la tecnología aparece como omnipotente para las personas más creativas, innovadoras y emprendedoras? No faltan sentencias que ilustran lo primero (por ejemplo, [STSJ del País Vasco 938/2019, de 14 de mayo](#)). Como siempre, depende de las condiciones laborales.

7. Colonización digital de todos los entornos de vida y bienestar de las personas trabajadoras: ¿otro horizonte de reequilibrios con el nuevo marco comunitario de seguridad y salud en el trabajo 2021-2027? Desde esta perspectiva de búsqueda de nuevos ecosistemas de equilibrio para un crecimiento más innovador y sostenible, a través de medidas de maximización de las potencialidades de la transformación digital, junto a este interés por explorar y desarrollar novedosas iniciativas de emprendimiento y de empleo, gana igualmente

No solo Airbnb se reinventa hacia la explotación del trabajo remoto como nueva línea de negocio en entornos digitalizados. También [Zoom](#), [Teams \(ahora con Microsoft Viva\)](#) o [Webex \(People Insight\)](#) se están reorientando a crear plataformas completas de teletrabajo

En esta línea de revalorización de las *startups*, este tipo de empresas se ofertan como un canal privilegiado para que las personas jóvenes, nativas digitales, accedan al mercado de trabajo y [crezcan profesionalmente](#)

actualidad la previsión de medidas y políticas que traten de garantizar que tales iniciativas vienen acompañadas de más bienestar, para toda la población en general (es la razón que da sentido al citado paradigma de la Industria 5.0) y para la población trabajadora en particular. Una vez más, si algo comparten todas estas iniciativas normativo-institucionales y de marcos estratégicos para la recuperación tras una pandemia que, además, la ha acelerado, es la omnipresente transformación digital.

Precisamente, la pandemia, además de pretender ser gobernada cada vez más mediante la tecnología (con sus ventajas e inconvenientes en términos de restricciones de las libertades individuales y derechos de autodeterminación personal, en favor de un reforzado interés colectivo o «bien común», una tensión tan actual como conflictiva –por ejemplo, debate sobre la vacunación obligatoria, los «pasaportes digitales COVID-19», etc.–), habría provocado una digitalización de sectores que hasta ahora no habían tenido la necesidad de aplicar las tecnologías a su actividad. Vacío que tiende a quedar cubierto por diversas empresas emergentes (efecto arrastre de empresas a potenciar por el nuevo ecosistema económico-financiero y normativo-institucional para *startups*). Al tiempo, revigora de igual manera la necesidad de políticas de mejora de la salud de las personas (cada vez más también del propio planeta), no solo pública, también laboral, en entornos sociales y laborales crecientemente digitalizados. Plenamente consciente de ello sería el [nuevo marco estratégico de seguridad y salud en el trabajo 2021-2027](#). De ahí que, en este escenario, dos de sus ejes prioritarios se vinculen de forma directa a promover políticas de gestión anticipada, sea de las crisis futuras en el ámbito sanitario, sea de los cambios en las transiciones ecológica y digital, enfatizando la gestión de datos.

Crucial este marco tanto para la estrategia estatal como para las autonómicas, que en este momento se están negociando, junto a la «modernización y simplificación de las normas de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo en el contexto de las transiciones ecológica y digital» (como el ecosistema para empresas emergentes), la atención a los riesgos psicosociales derivados de esta transición digital gana interés. La Comisión Europea, a través de este nuevo marco estratégico, asume que los datos ahora disponibles (entre ellos el crecimiento del teletrabajo –hasta alcanzar una media del 40 % en toda la UE en el cénit pandémico–) evidencian que se han creado «peligros para el bienestar psicosocial» cuya gestión eficaz «requiere un proceso con distintas fases que conlleve cambios en el entorno de trabajo». Y ello tanto para prevenir los trastornos o enfermedades mentales en el trabajo (lógica reactiva) como para promover el bienestar psicosocial, la buena salud mental de las personas (lógica proactiva).

La Comisión asume que se han creado «peligros para el bienestar psicosocial» cuya gestión eficaz «requiere cambios en el entorno de trabajo»

Justamente, en este ámbito propone iniciativas no legislativas a escala de la UE, aunque [sí las promueve a escala estatal](#). Gana valor, así, la faceta sociolaboral de la [nueva estrategia de salud mental 2022-2026](#). El acento en la mejora de los entornos laborales se hace

desde un triple enfoque: la reducción de los factores de riesgo que actúan como estresores (lógica preventiva), el desarrollo de los aspectos positivos y las cualidades y capacidades de las personas empleadas, que actúan como factores de protección (lógica promoción), gestionando los problemas de salud mental (psicosocial) al margen de su causa, interna y/o externa (lógica integral). De este modo, sea cual sea la entidad real del teletrabajo (**hoy apenas el 10 % en España** –quizás no vino para tanto quedarse como se auguraba–), en sí y en entornos híbridos, y siempre garantizando condiciones equitativas (frente a propuestas de reducir salarios a quien teletrabaje en las grandes tecnológicas, como Google, Facebook, Twitter o VMware, **si bien para ciudades muy caras de Estados Unidos, la STS 887/2021, de 14 de septiembre**, asegura igualdad y seguridad), su relieve normativo, convencional y socioeconómico es incuestionable.

8. De la ciberseguridad y el ciberempleo a la ciberpsicología aplicada al bienestar en los entornos de trabajo: ¿realidad virtual para mejorar (o difuminar) la realidad? En los horizontes no lejanos de futuro todo parece pasar, pues, desde la recuperación frente a la pandemia a la sostenibilidad de nuestro planeta, pasando por el bienestar social y de las personas («santo y seña» del nuevo paradigma de la Industria 5.0 frente al de la Industria 4.0), a través de la garantía y promoción de ecosistemas adecuados para optimizar las potencialidades (casi ilimitadas) de la innovación tecnológica.

En efecto, incluso hemos conocido recientemente que también la «casa de los sueños» de cada persona o unidad familiar pasaría por dar vida, mediante un nuevo yacimiento de emprendimiento y empleo, a las **nuevas utilidades de la «realidad virtual» en el sector inmobiliario**, transformando una casa en ruinas en otra (cuasi) ideal y a precio accesible, y sostenible. Los programas de televisión, que han proliferado con la pandemia, que «venden sueños» parecen actualizarse a través de las nuevas tecnologías. También en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, a través de la llamada «ciberpsicología aplicada» a la prevención de riesgos laborales (**rama de la psicología basada en un uso intensivo de la tecnología en la mejora del bienestar de las personas en el entorno de trabajo**), como **respecto de la red para las personas jóvenes**.

Dejamos aquí de lado, lógicamente, cuánto de ensoñación (o falsa ilusión) tienen **esos programas de televisión**. También cuánto de eternas promesas tiene el discurso de las virtudes digitales para crear emprendimientos y empleos propios del trabajo decente frente a la imagen de nuevas

Dejamos aquí de lado cuánto de eternas promesas tiene el discurso de las virtudes digitales para crear emprendimientos y empleos propios del trabajo decente. Y cuánto hay de incremento de la alta tensión (ansiedad y estrés). Ahora, interesa evidenciar que la gobernanza económica ha caído en la cuenta de que **no hay crecimiento sostenible sin progreso social** y pone en circulación un nuevo concepto-fórmula mágica, **Industria 5.0, para el noble fin de regresar las personas al centro. Veremos**

legiones de «precariado digital» (en plataformas digitales, «nómadas laborales» por necesidad –como [Nomadland](#) para una empleada de Amazon–). Tampoco cuánto hay de cambio climático en las enseñanzas de la nueva ola de tornados en Estados Unidos y de precariedad ligada, de nuevo, a la precariedad del comercio electrónico, [renaciendo en Amazon el Cuento de Navidad](#).

Ni siquiera profundizaremos en cuánto hay de incremento de la alta tensión (ansiedad y estrés) en esa digitalización. Ahora, lo que nos interesa evidenciar es que la propia gobernanza económica ha caído en la cuenta de que no hay crecimiento sostenible sin progreso social y pone en circulación un nuevo concepto-fórmula mágica, Industria 5.0, para que el noble fin de regresar las personas al centro de la innovación (tecnológica, económica y social) no sea un puro acto de fe ni una carta recurrente a los «Reyes Magos» (o a «Papá Noel»). Veremos.

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2022). «Industria 5.0», ecosistemas de empresas y calidad de entorno laboral: de la «ley de *riders*» a la «ley de nómadas digitales». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 466, 5-21.

La adecuación del derecho de opción en caso de despido improcedente a las normas supranacionales y constitucionales: apuntes para una reforma

Carolina Blasco Jover

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

Universidad de Alicante

carolina.blasco@ua.es | <https://orcid.org/0000-0002-4938-2762>

Extracto

El derecho de opción que posee, por regla general, el empresario cuando el despido es calificado por quien juzga como improcedente es una de las instituciones más asentadas del ordenamiento laboral y ha sido, en numerosas ocasiones, ratificado tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo. De hecho, su adecuación al marco constitucional, tras haber sido puesta en duda con ocasión de las reformas efectuadas por quien legisla en el año 2012, parece que no deba ser puesta en entredicho. Este estudio, sin embargo, tiene la intención de analizar los aspectos de su diseño que pueden contravenir tanto normas constitucionales (porque argumentos hay para rebatir la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto) como normas supranacionales, particularmente, el Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo y la Carta Social Europea. Cuestiones tales como si debe ser eliminado del ordenamiento el derecho de opción (apostando claramente por la readmisión en todo caso de la persona despedida), la limitación de los salarios de tramitación, la atribución del derecho de opción o la posibilidad de instaurar un régimen indemnizatorio abierto, no sujeto a una tarificación tasada, serán objeto de examen en las páginas que siguen, porque, estando como parece que estamos a las puertas de un nuevo Estatuto de los Trabajadores, tal vez sea hora ya de apostar por ciertas reformas a fin de recuperar el desequilibrio que se perdió tras una serie de continuas maniobras legislativas que terminaron por devaluar la posición de quien está empleado frente al despido.

Palabras clave: derecho de opción; improcedencia; readmisión; extinción; indemnización.

Fecha de entrada: 16-11-2021 / Fecha de aceptación: 29-11-2021

Cómo citar: Blasco Jover, Carolina. (2022). La adecuación del derecho de opción en caso de despido improcedente a las normas supranacionales y constitucionales: apuntes para una reforma. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 466, 23-50.



Adapting the right of option to supranational and constitutional rules in cases of unfair dismissals: notes in support of reform

Carolina Blasco Jover

Abstract

When a dismissal is ruled as inadmissible by a judge, the right of option that can generally be exercised by employers is among the most firmly established in Labour law. It has been ratified on numerous occasions by both the Constitutional Court and the Supreme Court. The issue was debated during the reforms carried out by the legislator in 2012, yet it would appear that its adaptation to the constitutional framework is now unquestionable. The present study, however, aims at analysing aspects of its design that may contravene both constitutional rules (one may indeed advance arguments that counter the Constitutional Court's doctrine in this regard) and supranational rules, the ILO Convention 158 and the European Social Charter in particular. In the pages below we examine questions such as: whether the right of option should be eliminated from the legal system (clearly aiming at the dismissed person's reinstatement in any case); the limitation of procedural compensation; the attribution of the right of option; or the possibility of establishing an open compensation regime, non-subjected to taxed rates. Indeed, a new Workers' Statute seems imminent, and this may therefore be the right time to engage in certain reforms. The objective would be to regain the balance that was lost following a series of continuous legislative manoeuvres which ultimately devalued the position of employees in the face of dismissals.

Keywords: right of option; inadmissibility; reinstatement; termination; compensation; unfair dismissal.

Citation: Blasco Jover, Carolina. (2022). Adapting the right of option to supranational and constitutional rules in cases of unfair dismissals: notes in support of reform. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 466, 23-50.



Sumario

1. Consideraciones previas
 2. La primera duda interpretativa: ¿cabe el derecho de opción en nuestro ordenamiento tal y como ahora está diseñado?
 - 2.1. El planteamiento de la cuestión desde la perspectiva supranacional
 - 2.2. El diseño del derecho de opción desde la perspectiva constitucional: puntos a tener en cuenta para una (contra) reforma laboral
 3. La cuantía indemnizatoria: ¿debe aplicarse rigurosamente el método de cálculo de la indemnización por despido improcedente contemplada en el artículo 56 del ET o cabe exigir una cuantía que compense globalmente por los daños ocasionados? El favor por los argumentos rupturistas con el *statu quo* establecido
 4. A modo de conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Consideraciones previas

Con ocasión del despido declarado judicialmente como improcedente, se concede, por regla general, al empresario la opción de escoger entre la readmisión de la persona trabajadora y la extinción indemnizada del contrato. En este sentido, los artículos 56 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y 110 de la LRJS delimitan un esquema que, básicamente y salvando algunas matizaciones –importantes– en cuanto al abono de los salarios de tramitación y de la cuantía indemnizatoria, se ha mantenido inalterado a lo largo de los años. De esta forma, el precepto estatutario dispone, de un lado, a quién le corresponde el ejercicio de la opción (al empresario o, en su caso, a la persona trabajadora que sea, a su vez, representante), el momento de hacer uso del mismo (en el plazo de 5 días desde la notificación de la sentencia y sin esperar a su firmeza) y lo que comporta escoger entre la readmisión (el abono de los salarios de tramitación) y la extinción indemnizada (el pago de un *quantum* tasado, equivalente a 33 días de salario por año de servicio hasta un máximo de 24 mensualidades). Finalmente, y como previsiones de cierre, se contempla tanto que la percepción de los salarios de tramitación procede siempre y en todo caso cuando la persona trabajadora despedida es representante de las personas trabajadoras, como que, en caso de no ejercitar la opción, esta se entiende efectuada por la readmisión, quedando descartado con ello a nivel legal el favor por la opción indemnizatoria, que solo se activa si quien es titular del derecho de opción así la escoge expresamente.

La norma procesal, por su parte, al contemplar la posibilidad de anticipar el ejercicio del derecho de opción, señala que ello debe realizarse «mediante expresa manifestación en tal sentido», lo que evidencia, claramente, que la persona titular del derecho ha de actuar de la forma más inequívoca, clara y concluyente posible. Ello, unido a lo anteriormente mencionado y a lo que dispone el número 3 del artículo 110 de la LRJS (opción ejercitada por escrito o en comparecencia), demuestra de manera ineludible la clara intención del legislador de rodear a este acto de una serie de formalidades del todo punto incontestables para dotarlo de la necesaria seguridad jurídica¹. Se contemplan también y en fin por la norma rituitaria dos previsiones que terminan de perfilar este esquema. De un lado, que, si no constase realizable la readmisión, podrá acordarse, a solicitud de la parte demandante, tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, quedando extinguida la relación laboral desde ese momento. De otro, que, cuando el despido fuese declarado improcedente por razones de forma y se hubiera optado por la readmisión, se le otorga la posibilidad al empresario de acometer un nuevo despido en el plazo de 7 días desde la notificación de la sentencia.

¹ Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 4 de febrero de 2020 (rec. 1788/2017).

Siendo el que antecede el marco general del que se parte, es evidente que el derecho de opción juega –siempre lo ha hecho– un importante papel en el ámbito de la extinción contractual cuando esta se califica a nivel judicial como improcedente. La continuidad o no de la prestación de servicios de la concreta persona despedida en estos casos queda en manos, por regla general, del empresario al que se le permite valorar, en función de diversas variables (y no solo económicas), si prescinde o no de ella y a la que habrá de abonársele, en todo caso y tanto en un supuesto como en otro, una determinada cuantía, bien en concepto de salarios de tramitación, bien en concepto de indemnización tasada por la improcedencia del despido.

Sucede, sin embargo, que este esquema que tan consolidado se encuentra en nuestro ordenamiento interno puede entrar en contradicción (habrá que ver si ello es así) con ciertas normas internacionales, en concreto, con la Carta Social Europea (CSE) y con el Convenio número 158 (C158) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y tal vez –como se planteará– con determinados preceptos constitucionales. Al respecto y en el momento actual, ya han surgido ciertas dudas a nivel doctrinal y judicial acerca de la conveniencia o no de implementar una indemnización complementaria o adicional a la tasada legalmente cuando esta no tenga, por su escasa cuantía, una finalidad «disuasoria». Pero, aun siendo este todavía un debate abierto y sobre el que la doctrina judicial todavía se pronuncia emitiendo interesantes fallos que vienen a arrojar un poco de luz al respecto, aparece a su lado otro sobre si lo más ajustado a las normas internacionales y europeas antes citadas sería desarticular el derecho de opción que se le confiere al empresario y proceder, siempre y en todo caso, en supuestos de despidos declarados improcedentes, a la readmisión de la persona trabajadora. Las páginas que siguen intentan delimitar los contornos de estos dos frentes abiertos en materia de despido improcedente para ofrecer, a continuación, respuestas que puedan apuntalar (o no) una remodelación del esquema tradicional de consecuencias que despliega este tipo de extinción contractual.

2. La primera duda interpretativa: ¿cabe el derecho de opción en nuestro ordenamiento tal y como ahora está diseñado?

2.1. El planteamiento de la cuestión desde la perspectiva supranacional

Para responder a la pregunta que antecede desde el punto de vista de las normas internacionales y europeas, es necesario tener presente, en primer lugar, lo que señala el artículo 10 del C158. De esta forma, dispone tal precepto que:

[...] si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y

si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada.

A su vez, el mandato reseñado, el octavo, determina que «el trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro».

Ciertamente, el precepto ordena una cuestión nuclear en materia de terminación injustificada del contrato, la reparación, de tal modo que la protección que la norma internacional dispensa frente al despido sin justa causa arrojara a la persona que así haya visto terminada su relación laboral un derecho a la readmisión o, en su caso, un derecho a ser indemnizada de forma «adecuada»². Ahora bien, esta «opción» entre la restitución *in natura* y la indemnización debe ser convenientemente matizada si la ponemos frente al espejo de la literalidad normativa. Y es que para el precepto internacional en absoluto parece que sean idénticas una y otra reparación. A la readmisión, si se lee el mandato en sentido positivo –no negativo, como está redactado–, se le otorga un carácter preferente, general si se quiere, ya que, si los sujetos a los que alude el artículo 8 del C158 estuvieran facultados para anular la terminación y ordenar o proponer la readmisión de la persona trabajadora, habrá que proceder a ella. En sentido contrario, esto es, cuando los órganos judiciales (o arbitrales) no estuvieran habilitados para acometer aquella actuación o la consideraran imposible, terciará el pago de la indemnización «adecuada u otra reparación que se considere apropiada». A la indemnización, pues, se la tiene por una solución subsidiaria que solo actuará en defecto de que determinados organismos no puedan imponer la readmisión o proponerla o por imposibilidad real de acometerla.

Visto, pues, el asunto desde esta perspectiva, se ha cuestionado desde ciertos posicionamientos³ la validez de la opción que se diseña en el artículo 56 del ET, ya que, aun pudiendo los órganos judiciales hacer una propuesta de readmisión, esta se acompaña, porque así ha sido la voluntad del legislador, de otra propuesta, de carácter alternativo y excluyente, por la indemnización, situándose a ambas, readmisión e indemnización, en un mismo plano de igualdad y confiriendo, además, al empresario, por regla general, la potestad de escoger la

² Ello en coherencia con todo el sistema de garantías establecido en el convenio para ofrecer la adecuada y pertinente protección a la persona trabajadora frente al despido sin justa causa. Con todo, conviene recordar que la norma internacional no solo busca proteger a la persona empleada injustificadamente despedida, sino también ofrecer, en un delicado equilibrio de intereses, un marco seguro de actuación a la parte empleadora cuando ha de tomar la decisión de rescindir el contrato.

³ Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) número 34 de Madrid 71/2020, de 21 de febrero.

solución que mejor le convenga según sus intereses. Entonces, si la readmisión, desde el punto de vista internacional, resulta ser la regla general y la indemnización la solución subsidiaria, y si solo determinados organismos pueden decidir sobre las mismas, parece, en línea de principio, que el planteamiento legislativo nacional colisionaría frontalmente con el mandato del artículo 10 del C158. Ahora bien, entender que ello pueda ser así arrostra evidentemente una notable consecuencia, a saber, que se resquebraje uno de los pilares básicos en los que se ha asentado durante años la configuración del despido improcedente en nuestro país y que permite apostar por cierta flexibilidad empresarial al tiempo que, en un delicado equilibrio, se tutela a la persona trabajadora despedida.

La interpretación, pues, que se haga de la norma internacional en este punto no es algo que se mueva en el plano teórico y quede en el terreno de lo abstracto. Antes al contrario, pues, ciertamente, puede tener sus hondas repercusiones prácticas. A mi modo de ver, de las dos formas que existen de abordar el problema, creo que la más adecuada desde el punto de vista jurídico es entender que ningún mandato internacional impide que exista un derecho de opción en nuestro ordenamiento interno cuando un despido ha sido calificado como improcedente. Otra cosa, ello no obstante, es que ese derecho de opción sea atribuido con carácter general al empresario o, al límite, que cuando se opte por la indemnización se excluyan los salarios de tramitación, devaluándose con ello la protección frente a este tipo de extinciones. Pero, mejor no adelantarse para exponer con mayor detalle las razones que me conducen a esta conclusión.

Como se ha explicado, de una interpretación literal y hecha en sentido positivo del precepto internacional parece derivar la conclusión de que se apuesta primeramente por la estabilidad en el empleo de la persona trabajadora, de que la primera alternativa ha de ser la readmisión, la restitución *in natura*, y de que quien debe arrogarse la facultad de decidir sobre ella son los órganos judiciales o, en su caso, arbitrales. Y únicamente en el caso de que estos no estuvieran facultados para ordenarla o proponerla o consideraran que fuera imposible, será cuando proceda decidir –siempre por parte de aquellos órganos– sobre la indemnización. Planteado en estos términos el asunto, tres serían las consecuencias que cabría extraer⁴. Primera, que ninguna opción puede existir entre readmisión y extinción indemnizada cuando se califica judicialmente a un despido como injustificado o improcedente, pues no cabe situarlas en idéntica posición. Segunda y como derivada lógica, que no cabe exclusión alguna de la readmisión en este tipo de despidos o ceses. Tercera, que, si existiera –como sucede en el caso español– un derecho a elegir entre las dos alternativas, no cabría atribuir la opción ni a empresario ni a trabajador, pues los únicos habilitados para ordenar la readmisión o, en su caso, para imponer la obligación indemnizatoria serían los tribunales nacionales.

⁴ Y que, de hecho, se han extraído por la resolución judicial citada en la nota anterior.

Mirada la cuestión desde este ángulo, ni que decir tiene que estos argumentos conducirían irremediabilmente a declarar la nulidad de lo dispuesto al respecto en el artículo 56 del ET en virtud de la aplicación del principio de jerarquía normativa de las normas internacionales derivado del artículo 96.1 de la Constitución española (CE)⁵. Ahora bien, como se ha dicho, el que antecede es un modo de interpretar el asunto. Otro, el que creo más correcto en términos jurídicos, pasa por entender que, aunque los tribunales nacionales españoles estén, ciertamente, facultados para realizar una «propuesta» de readmisión, ello no impide que alternativamente puedan dar la opción también por la extinción indemnizada del contrato, puesto que, de haberse querido por la norma internacional que la readmisión forzosa fuese la consecuencia primera y principal del despido sin justa causa, cabe pensar que así se hubiera señalado expresamente, máxime –si se tercia– cuando se tratase de despidos acometidos por causas prohibidas (art. 5 C158). Pero ello así no se contempla, puesto que, de la lectura atenta del artículo 12 del C158 (derechos del trabajador despedido), no cabe inferir –sino antes al contrario– que el modelo por el que apuesta el convenio sea el de la estabilidad real en el empleo con la readmisión de la persona trabajadora como bandera (Molina Navarrete, 2019, p. 152). Es más, ni siquiera aborda este planteamiento la –ya ratificada por España y, por lo tanto, plenamente vigente en nuestro país– CSE, puesto que en su artículo 24 tan solo dispone que:

[...] para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las partes se comprometen a reconocer: a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio; b) el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada.

Ciertamente, no es que pueda afirmarse que exista en este precepto un favor por la solución indemnizatoria cuando acontece un despido de tales características porque se habla de la posibilidad de «otra reparación adecuada», pudiéndose incluir, entre ellas, la opción por la restitución *in natura*. Así, de hecho, lo dictaminó el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), quien, en su decisión adoptada en septiembre de 2006, consideró que la readmisión puede incluirse «como uno de los modos de reparación de los que las jurisdicciones internas pueden disponer». No obstante, fijese en que a la readmisión se la tiene como un modo más de reparar el daño que ha sufrido la persona trabajadora despedida «sin razón válida», no, en modo alguno, el preferente.

⁵ Y en conexión con el artículo 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales, que dispone que «las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional».

Por lo tanto, y en consecuencia, una cosa es que exista en el artículo 10 del C158 cierta inclinación por la readmisión y otra bien distinta es derivar de ahí que no pueda ofrecerse, como hace el ordenamiento laboral español, una alternativa indemnizatoria. Si la restitución *in natura* no es en la norma internacional (ni en la europea) un efecto que proceda siempre y en todo caso cuando acontece un despido sin justa causa, nada parece impedir, al menos en este contexto, que en el marco legal nacional cuando de los despidos improcedentes se trata se haga una doble propuesta y que, en el caso de los despidos nulos, se mejore este extremo por la norma interna, apostando claramente y ya sí porque el juez/la jueza «ordene» la readmisión⁶.

¿Cuál sería entonces la aplicabilidad práctica en el panorama legislativo español del artículo 10 del C158? Desde luego creo que no puede ser utilizado para que los órganos judiciales nacionales puedan, *motu proprio*, arrogarse una facultad que el legislador no les ha concedido, retorciendo hasta el extremo los contornos normativos para amoldarlos a cierta interpretación pretendidamente *pro operario* del precepto⁷. Dejando esto claro, la opción pasaría por interpretar que el mandato internacional instaura la denominada reparación por equivalente. Es decir, como el juez/la jueza nacional sí que está facultado, y, además, «en virtud de la legislación», para anular la terminación y ordenar la readmisión de la persona trabajadora en el caso del despido nulo o para, en su caso, proponer la readmisión y anular así la terminación del contrato en caso de extinciones declaradas como improcedentes (aunque ello dependa de la decisión de un tercero), el artículo 10 del C158 recordaría que, cuando resulte imposible ordenar o proponer la readmisión, lo que procede es decretar el pago de la indemnización a la persona trabajadora por causa de la extinción de su contrato de trabajo. Obligación esta que, como se sabe, certeramente contemplan tanto el artículo 110.1 b) de la LRJS como el artículo 286 del mismo cuerpo legal.

Cuestión distinta es que, como antes se ha mencionado, la opción de escoger entre una alternativa (la readmisión) u otra (la extinción indemnizada) corresponda, por regla general, a la parte empleadora. Ciertamente, ello en nada parece contradecir a lo dispuesto en el artículo 10 del C158 de acuerdo con la interpretación que de este precepto se realiza. Aunque la propuesta de readmisión derive del órgano judicial y este, además, ofrezca como alternativa la respuesta indemnizatoria, la norma internacional no parece obstaculizar en modo alguno, a mi parecer, que se otorgue la facultad de decidir entre una y otra alternativa a cualquiera de las partes. Ofrecerla al empresario como hace el ordenamiento español es fruto, eso sí, de una política legislativa tendente a –como también anteriormente se ha comentado–

⁶ En este sentido, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid de 17 de marzo de 2021 (rec. 85/2021).

⁷ Y se utiliza el adverbio «pretendidamente» de forma consciente, porque cabría preguntarse qué ocurriría si la persona despedida no quiere ser readmitida. ¿Cabría aun así que se impusiera por el órgano judicial la readmisión de modo forzoso sin valorar todas las circunstancias, incluida esta? Parece que no a la vista de lo juzgado en la STS de 8 de julio de 2013 (rec. 1928/2011).

dotarlo de cierto margen de flexibilidad a fin de que decida qué es lo que mejor le conviene, porque lo contrario se entiende que podría provocar en la economía un desequilibrio no deseado y perjudicial. Esta perspectiva, además, se refuerza con la decisión, tomada en el marco de la gran reforma efectuada en el año 2012⁸, de limitar el abono de los salarios de tramitación solamente a cuando se opte por la readmisión⁹. La eliminación de esta cuantía económica cuando se opta por la extinción indemnizada en verdad hay que entenderla desde el punto de vista de un contexto marcado por una profunda crisis económica, pero ocurre, sin embargo, que sus efectos son altamente perniciosos: si es la parte empresarial la que elige y si una opción, la extinción indemnizada, le puede salir más «barata» –permítase la expresión– que optar por la otra¹⁰, es fácil entender, con la norma en la mano y reabriendo cierto «viejo» debate, que se esté desincentivando que se tome la decisión de retomar la prestación de servicios (en el mismo sentido, Ginès i Fabrellas, 2013, p. 9). Y este planteamiento (al empresario se le permite elegir y, además, se le incentiva a escoger una alternativa que le puede resultar más rentable en términos económicos) quizá no sea el que mejor encaje con ciertas previsiones constitucionales, en especial (pero no únicamente), con el mandato contenido en el artículo 35.1 de la CE.

2.2. El diseño del derecho de opción desde la perspectiva constitucional: puntos a tener en cuenta para una (contra) reforma laboral

Como se conoce, es doctrina constitucional perfectamente asentada que el derecho al trabajo supone el reconocimiento a nivel constitucional del principio de estabilidad en el puesto de trabajo y la interdicción del despido *ad nutum*, así como de la existencia de una reacción adecuada contra tal despido o cese, cuya configuración, en la definición de sus técnicas y alcance, se deja en manos del legislador¹¹. Y si ello es así, si existe tal favor al máximo nivel por la conservación del empleo de la persona trabajadora, pudiera pensarse que ni cabe opción alguna, ni que esta, de existir, se otorgue al empresario, ni que, desde luego, se incentive de la manera que sea la salida indemnizatoria. A mi modo de ver, no

⁸ Artículo 18 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

⁹ Actualmente, sin embargo, también se ha reconocido, aunque en sede judicial, que procede el abono de los salarios de tramitación cuando queda acreditada la imposibilidad de la readmisión en el acto de juicio y la persona trabajadora solicita expresamente la extinción de la relación laboral, y ello a pesar de que los artículos 110.1 b) y 286 de la LRJS guardan silencio al respecto. Por todas, SSTs de 17 de febrero de 2021 (rec. 1727/2018) y 12 de febrero de 2020 (rec. 2988/2017).

¹⁰ A estos efectos, debe recordarse, además, la rebaja del coste indemnizatorio que también se acomete en el marco de esa reforma estructural del año 2012, pasándose de 45 días por año de servicio con el límite de 42 mensualidades a 33 días por año de servicio con el límite de 24 mensualidades.

¹¹ Por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional (STC) 192/2003, de 27 de octubre, 20/1994, de 27 de enero, y 22/1981, de 2 de julio.

obstante, y respecto del primer problema (la existencia en sí del derecho de opción), no creo que pueda afirmarse que atente contra el artículo 35.1 de la CE una norma que permita escoger, ante un despido improcedente, entre el cese en el trabajo con derecho al abono de un monto indemnizatorio y la continuidad de la prestación de servicios, cuando esta debiera ser la solución primordial. Y no lo considero de tal modo porque el derecho al trabajo no es absoluto ni incondicionado, sino que, como es conocido, puede quedar sujeto a limitaciones justificadas en atención a la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionales dignos de tutela, entre otros y por lo que aquí interesa, el fomento de una política de pleno empleo¹². No puede desconocerse, de este modo, que con la opción legislativa tendente a instaurar un derecho de opción en caso de despido declarado judicialmente como improcedente se consigue, al tiempo, proporcionar una oportunidad de trabajo a la población que se encuentra en desempleo. Incide, además, en esta idea el hecho de que, aunque se ofrezca la posibilidad de escoger, lo cierto es que la norma estatutaria no oculta el favor por la estabilidad en el empleo, ya que, en un delicado equilibrio de intereses en juego, ordena que, cuando la persona titular de la opción no escoja, debe procederse a la readmisión como reparación por el cese improcedente. Estas consideraciones permitirían, en fin, confirmar, desde mi punto de vista, que el derecho al trabajo reconocido en el artículo 35.1 de la CE no entra en absoluto en conflicto con la previsión legislativa que instaura el derecho de opción. La justificación de este resultaría ser legítima, en efecto; no obstruiría *per se* derecho alguno al trabajo y, desde luego, la medida vendría a ser proporcionada con respecto al fin perseguido, previéndose determinados mecanismos (la readmisión en caso de que no se optara) que contribuirían a mantener el equilibrio interno de la propia institución con respecto a otros bienes o derechos protegidos.

Esto dicho, que se abogue por considerar que el derecho de opción encaja en el marco constitucional, no quiere decir, ello no obstante, que se esté de acuerdo con que su titular sea, por regla general, el empresario. Se conoce, desde luego, que una de las limitaciones del mandato contenido en el artículo 35.1 de la CE puede venir de la mano de la libertad de empresa y del mandato a los poderes públicos de garantizar y proteger su ejercicio y de la defensa de la productividad¹³. Y si ello es así, es evidente que –de nuevo en el marco de ese frágil equilibrio al que antes se hacía referencia entre los diversos intereses en juego– las exigencias derivadas del artículo 38 de la CE pueden legitimar el reconocimiento legal en favor del empresario de determinadas facultades en el marco de la extinción del contrato de trabajo integradas en sus poderes de gestión de la empresa. Entre tales facultades, y dentro de su libertad de configuración, el legislador ha optado por atribuir a la parte empleadora el derecho de opción en caso de despido improcedente en un claro intento por tutelar aquella libertad, pero también por incentivar ese pleno empleo al que más arriba se ha aludido.

¹² STC 119/2014, de 16 de julio. También Auto del TC (ATC) 43/2014, de 10 de febrero, que, sin entrar a considerar el plano colectivo del derecho al trabajo, incardina el derecho de opción en el margen de configuración atribuido al legislador ex artículo 35.2 de la CE.

¹³ STC 118/2019, de 16 de octubre.

La idea es ofrecerle al empresario la posibilidad de reducir las incertidumbres propias de la contratación, pues ante un despido calificado como de improcedente se le concede, aun con todo, la posibilidad de valorar si le conviene –si todavía considera rentable en términos económicos, pero incluso también personales– seguir contando con la persona trabajadora a la que había cesado. Limitación, por lo demás, al derecho al trabajo y, en concreto, a la estabilidad en el empleo que resultaría proporcionada de nuevo en atención a ese favor por la readmisión que se despliega en la norma estatutaria en caso de que la persona titular de la opción no escoja entre una y otra alternativa que se le ofrece.

Planteado el asunto desde esta perspectiva, es evidente que ningún problema de constitucionalidad existiría al atribuirle el derecho de opción al empresario. Con todo, no cabe olvidar que este, en el marco de los despidos improcedentes, es parte incumplidora y que, paradójicamente, es a ella a la que se le ofrece la oportunidad de escoger lo que mejor le convenga. Si bien se piensa, no deja de ser un contrasentido que se le atribuya por vía legal a quien ha sido condenado por sentencia la posibilidad de escoger el alcance de su responsabilidad. Es esta una *rara avis* en el derecho de obligaciones y contratos con un basamento muy claro de corte liberal y que, como se ha explicado, podría encontrar acomodo constitucional de interpretar que el legislador en este contexto está habilitado para intentar encontrar un justo equilibrio entre los diversos intereses en juego. Pero quizá otro planteamiento es posible. Otro en el que la posición de desventaja de una de las partes no sea tan evidente ante –no se olvide– un despido sin causa. Porque si tanto el C158 como la CSE y el artículo 35.1 de la CE intentan tutelar a la parte más débil en la contratación frente a un cese injustificado, si esa es la filosofía última que impregna estas normas, tal vez la tan deseada armonía entre los derechos e intereses en conflicto pueda lograrse acometiendo una reforma estatutaria más decididamente *pro labore* que otorgue el poder de decisión no a la parte trabajadora en todo caso, sino a ambas partes en función de una variable en concreto, la dimensión de la empresa.

En efecto, ha de descartarse, a mi modo de ver, la primera opción (por cierto, avivada en los últimos tiempos por cierta corriente de pensamiento), porque de lo que se trata es de cohesionar el derecho al trabajo con la libertad de empresa. Ni una se entiende sin la otra, ni una debe de encontrarse en una posición de supremacía frente a la otra. Además, y aunque no sea un argumento netamente jurídico, abunda en esta idea el hecho de que apostar por esta solución en un momento económico tan sumamente delicado conduciría seguramente a una contracción de la economía y a provocar el efecto perverso de disminuir las contrataciones. Por ello, la propuesta que se realiza pasa por entender que el derecho de opción podría atribuirse bien al empresario bien a la parte trabajadora en función de las características de la empresa, esto es y ya por decirlo claramente, en función de si la organización tiene o no más de 50 personas trabajadoras en plantilla. Se trataría, como puede vislumbrarse, de extrapolar la filosofía que impregna otras normas estatutarias y establecer un régimen u otro en función de si la empresa tiene una mayor o menor dimensión. De esta forma, en las empresas de menos de 50 personas empleadas (las pymes, las que conforman la mayor parte del tejido productivo nacional y las que, en cierta forma, cuentan con un menor margen de maniobra), el derecho de opción se atribuiría a la parte empleadora, mientras que, en el

resto, la titular del derecho de opción sería la propia persona trabajadora¹⁴. En mi opinión, sería esta una mejor forma de tutelar y salvaguardar todos los intereses en juego; una forma que, además, podría seguir siendo proporcionada de acuerdo con el fin perseguido de continuar apostando por la readmisión en caso de que no se escogiera una u otra alternativa.

Pero aún existe, como ya se había adelantado, otro problema que convendría solventar, y más estando como estamos a las puertas de un nuevo (reformado) ET: la eliminación de los salarios de tramitación en caso de que el empresario opte por la extinción indemnizada. A mi modo de ver, queda devaluada y monetizada hasta el extremo la protección frente al despido con esta solución legislativa que es fruto de su tiempo, de una terrible crisis económica, solo superada por la actual, y que supuso tener que ofrecerle a la parte empresarial –que es quien, a la postre, crea empleo– ciertos incentivos para limar sus reticencias a la hora de contratar. Bien es verdad, no obstante, que la reforma legislativa en este extremo se declaró acorde con el marco constitucional a través del ATC 43/2014, de 10 de febrero¹⁵. A estos efectos y sin ánimo de entrar en detalle en el contenido de la mencionada resolución, el Alto Tribunal defendió que la supresión de los salarios de trámite en caso de que se optara por la indemnización era una medida que encontraba su correcta justificación en la exposición de motivos de la norma de reforma¹⁶ y que, a mayor abundamiento, ni entraba en contradicción con el artículo 35.1 de la CE ni con lo dispuesto en los artículos 14 y 24 de la CE.

De este modo y bajo el amparo «de la grave situación de crisis económica del país y de las altas tasas de desempleo» y la premisa de que «la reducción del coste del despido puede favorecer la creación de empleo y la aminoración de la segmentación del mercado de trabajo»¹⁷,

¹⁴ La alternativa, por cierto, aunque encajaría con el diseño de otras normas estatutarias, ya se contemplaba en el artículo 81, tercer párrafo, del Decreto de 26 de enero de 1944, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley de contrato de trabajo.

¹⁵ Auto que inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 3801/2013 planteada por el JS número 34 de Madrid en relación con diversos artículos del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero.

¹⁶ Que señalaba que:

[...] en caso de los despidos improcedentes en los que el empresario opte por la indemnización, el no abono de los salarios de tramitación se justifica en que el tiempo de duración del proceso judicial no parece un criterio adecuado para compensar el perjuicio que supone la pérdida del empleo, pudiendo, además, el trabajador acceder a la prestación de desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva. Por lo demás, los salarios de tramitación actúan en ocasiones como un incentivo para estrategias procesales dilatorias, con el añadido de que los mismos acaban convirtiéndose en un coste parcialmente socializado, dada la previsión de que el empresario podrá reclamar al Estado la parte de dichos salarios que exceda de 60 días.

¹⁷ Premisa o justificación que, como se apura en recordar el auto, fue ya admitida por el TC al resolver diversos recursos de amparo presentados en relación con una medida legislativa similar, introducida mediante Real Decreto-Ley 5/2002, en la que también el legislador decidió limitar el pago de salarios de tramitación a la opción por la readmisión y no extenderlo a la opción por la indemnización. Por entonces, el tribunal declaró la adecuación constitucional de esta previsión por no apreciar vulneración de los artículos 14 y 24.1 de la CE. Así, SSTC 84/2008, de 21 de julio, 122/2008, de 20 de octubre, 142/2008 y 143/2008, de 31 de octubre, y 85/2009, de 18 de febrero.

los principales puntos en los que se sustentaría la tesis de las magistradas y los magistrados consistirían, de una parte, en negar que la supresión de tal monto económico colisionase con las exigencias propias del derecho a la igualdad y a la no discriminación. Ello, por dos argumentos básicamente. Primero, porque readmisión y extinción indemnizada no han de entenderse en modo alguno como situaciones homogéneas a las que deba dárseles *per se* un mismo tratamiento jurídico. Son situaciones diferentes (en un caso la relación laboral se mantiene en vigor y en el otro queda definitivamente extinguida) a las que «el legislador ordinario puede legítimamente atribuir consecuencias jurídicas distintas» [en este caso, la eliminación del débito salarial que suponen los salarios de trámite] sin vulnerar por ello derecho fundamental a la igualdad alguno. Segundo, porque el reconocimiento de tal cuantía a las personas integrantes de la representación cualquiera que sea la opción que escojan es una diferencia de trato que se justifica en las singularidades de su régimen jurídico y de la protección reforzada que se les debe dispensar a causa de la función que desempeñan en el seno de la organización.

Por lo que atañe a una hipotética vulneración al derecho contemplado en el artículo 35.1 de la CE, también es rechazada de plano en tanto que la supresión de los salarios de trámite cuando se opta por la extinción «constituye una posibilidad constitucionalmente legítima que queda dentro del margen de configuración atribuido al legislador *ex art. 35.2 CE*». Se defiende, además, que el efecto incentivador de la extinción como consecuencia de exigir salarios de tramitación en la reincorporación y no en la indemnización en ningún caso constituye «consecuencia necesaria, ya que en ningún momento queda impedida la posibilidad de optar por la readmisión». Como tampoco, en fin, queda impedida la posibilidad de que el empresario valore, a la hora de efectuar la opción, otros aspectos muy diversos:

[...] sin que el coste de los salarios de tramitación en la readmisión –cuyo alcance, además, queda limitado *ex art. 57 ET*– sea el único factor a considerar ni conduzca automáticamente a decantarse por el pago de la indemnización, cuya cuantía, calculada en atención al salario y antigüedad de cada trabajador, constituirá otro de los posibles elementos a tener en cuenta en la decisión de cada caso concreto.

Al hilo de esto y finalmente, se entiende que el hecho de que una opción pueda ser «más o menos atractiva en función de circunstancias diversas o el hecho de que en dicha elección pueda pesar más un tipo u otro de consideraciones son cuestiones todas ellas que afectan a la regulación material de los efectos del despido improcedente, pero que en nada limitan el alcance de su tutela judicial», por lo que ninguna vulneración del artículo 24 de la CE se produce. Se entiende, de esta forma, que el mandato constitucional no queda en entredicho, pues, en puridad, ningún impedimento existe en el texto del artículo 56 del ET para que la persona trabajadora «interponga la correspondiente acción de despido ante los tribunales y obtenga una sentencia en que se declaren las consecuencias previstas previamente por el legislador en función de la calificación de la extinción».

Para el tribunal, pues, la previsión normativa encontraba (encuentra) plenamente su encaje en el marco constitucional. Pero ¿y en el supranacional? La respuesta a esta cuestión

vino de la mano de un informe emitido por el Comité de la OIT en la 321.ª reunión celebrada el 13 de junio de 2014¹⁸. En él, el Comité recuerda, en primer lugar, que el artículo 10 del C158 (como el art. 24 CSE, debe añadirse) tan solo hace referencia al pago de una «indemnización adecuada» u «otra reparación que se considere apropiada», sin mencionar específicamente los salarios de tramitación. Sobre esa base, se entiende que, como la reforma legislativa no ha eliminado en sí el pago de una indemnización por la terminación de la relación de trabajo, no ha existido vulneración alguna del precepto internacional, por lo que para el Comité de Expertos de la OIT en este punto la supresión del abono de los salarios de trámite es perfectamente acorde con el marco internacional.

No parece, pues, desde estos planteamientos que pueda dudarse del encaje constitucional, internacional y europeo de una medida como es la supresión de los salarios de tramitación cuando se opta por la extinción indemnizada del vínculo contractual. Ahora bien, a mi modo de ver, puede razonablemente cuestionarse, como antes se ha adelantado, la concordancia de esta medida no ya con las normas supranacionales (si bien se mira, ninguna objeción cabe realizar al informe de la OIT), sino, más bien, con las constitucionales. Porque, al contrario de lo expuesto en el auto, existen sólidos argumentos, en mi opinión, como para reabrir o relanzar el debate y apostar por una reforma legislativa en este sentido. Veamos.

De modo indefectible, es fácil oponer, como hace el tribunal, a la tesis de la priorización, al menos en el plano legislativo, de una alternativa (la extinción indemnizada) frente a la otra (la readmisión), que ello es un acto meramente presuntivo, que el empresario mantiene aún intacto su derecho a optar por la readmisión y que, en realidad, lo que se hace por el legislador es, en el marco de sus facultades, ofrecer un trato diferente a dos realidades que no son en modo alguno semejantes, con lo que la previsión encajaría, a la postre, con las previsiones que derivan del mandato del artículo 14 de la CE. Es más, incluso es factible argumentar también que la medida no colisiona con una pretendida prohibición constitucional a la irregresividad de derechos, que no existe como tal en el texto constitucional (Sempere Navarro, 2012, p. 14). Pero, ello no obstante, aun pudiendo entenderse el esfuerzo argumentativo que sostiene este planteamiento¹⁹, de lo que creo que no cabe dudar es de que se desbordan los márgenes que impone el principio de igualdad y no discriminación cuando los salarios de trámite se abonan, sea cual sea la opción elegida, cuando la persona despedida es miembro de la representación de las personas trabajadoras.

Desde luego que puede sostenerse, como así se ha hecho, que ello deriva de la protección reforzada que debe dispensarse a tales personas habida cuenta del cometido que

¹⁸ Informe que viene a responder a la reclamación efectuada ante la OIT en mayo de 2012 por CC. OO. y UGT por posible incumplimiento de la reforma laboral al C158. https://www.ilo.org/gb/GBSessions/previous-sessions/GB321/ins/WCMS_247068/lang--es/index.htm.

¹⁹ Un planteamiento que conduce inexorablemente –debe insistirse– a la debilidad de un modelo de protección frente al despido ya devaluado de por sí con la rebaja del coste indemnizatorio.

desempeñan en la empresa. Pero, a mi modo de ver, este argumento decae de tener en consideración, primero, que tal posición privilegiada ya se sostiene confiriéndoles el derecho a elegir qué alternativa escoger (algo que a la persona trabajadora ordinaria le queda vedado por regla general habida cuenta de que su situación en la empresa no es ni mucho menos semejante a la de la persona integrante de la representación) y, segundo, que ninguna incidencia tiene en la elección que se plantee la persona representante que se abonen los salarios de trámite en tanto que los va a percibir en todo caso (del mismo parecer, Beltrán de Heredia Ruiz, 2013, p. 6). En mi opinión, pues, la solución a la que llega el TC no resulta ser tan acorde con las exigencias propias del principio de igualdad como en el auto se plantea. Si, según este principio, el tratamiento diferenciador es posible, pero siempre y cuando encuentre una justificación objetiva y razonable, no parece que esta pueda encontrarse cuando una prerrogativa como es el mantenimiento en todo caso de los salarios dejados de percibir no añade nada a la ya de por sí reforzada posición de las personas integrantes de la representación, que escogerán entre una u otra alternativa, no porque se les abone una determinada cuantía que siempre percibirán, sino más bien porque deseen o no permanecer en la empresa que los ha despedido de forma injustificada.

Desde este punto de vista, entonces, la percepción por las personas representantes de los salarios de trámite en caso de que sean cesadas de forma improcedente puede cuanto menos cuestionarse. No parece acorde con el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación que unas determinadas personas –ya protegidas por el sistema– disfruten de tal prerrogativa cuando no existe justificación alguna, desde estos planteamientos, para negársela a otras, las personas empleadas en la empresa que no ostentan la condición de miembros de la representación, cuando el mismo, idéntico, perjuicio se les causa (la pérdida del salario desde la fecha de efectos del despido). Se aboga, por ello, porque una futura reforma estatutaria se replantee la legitimidad constitucional de una medida como la supresión de los salarios de trámite en caso de que se opte por la extinción indemnizada en los supuestos de despidos improcedentes y su mantenimiento cuando la persona despedida es miembro de la representación. El argumento de la amplia facultad con la que cuenta el legislador para moldear el diseño de la institución del despido debe, en mi opinión, decaer cuando parece que el mandato de igualdad no puede excepcionarse legítima y justificadamente en estos supuestos.

Ahora bien, no solo este motivo cuestiona el pretendido engarce constitucional de una medida como es la limitación de los salarios de tramitación en los supuestos de despidos improcedentes. A mi modo de ver, pueden esgrimirse otros dos más, relacionados, también, con el principio de igualdad. De un lado y como se ha visto, el auto se ampara en el artículo 14 de la CE para concluir que la eliminación para la opción indemnizatoria del débito salarial que deberían representar este tipo de salarios es perfectamente legítima en tanto que puede y debe darse un trato desigual a dos realidades jurídicas (readmisión y extinción indemnizada) cuyos efectos son completamente diferentes. Con este argumento podría estarse, en línea de principio, de acuerdo si no fuera porque, a fin de cuentas, no desaparece en los supuestos de opción por la extinción la *ratio legis* o el fundamento esencial que

justifica la existencia de la obligación de satisfacer los salarios de tramitación. Es decir, el cese injustificado en el trabajo se ha producido y ello es anterior a que al empresario se le otorgue la capacidad de elección. Este hecho, *per se*, ya debería ser suficiente como para que la parte empleadora incurriera en la responsabilidad de abonar, en todo caso, unos salarios que, por su conducta, la persona despedida no ha llegado a percibir. Pero, ligando ahora ya sí la cuestión al ámbito constitucional, aún hay más, porque deslizar el argumento del trato desigual justificado supone, en mi opinión, quedarse en la superficie del problema al no tenerse en absoluto en cuenta que tal medida provoca un efecto perverso totalmente indeseable desde el punto de vista de la igualdad y no discriminación: se distingue, sin razón aparente alguna, entre dos categorías de personas, las que tendrán, tras el proceso, un sostén económico gracias al percibo de los salarios de trámite y las que no lo tendrán y habrán sufrido un desgaste monetario que, posiblemente, ni podrán ver compensado con la exigua cuantía que les corresponda por desempleo, si es que logran acceder a la prestación²⁰. Es decir, la limitación de los salarios de trámite no solo atraviesa, en mi opinión, el derecho constitucional contemplado en el artículo 14 de la CE por el hecho de diferenciar, ya se ha visto, injustificadamente entre la situación en la que queda la persona integrante de la representación que es despedida y en la que queda quien no ostenta tal condición, sino también porque tiene el potencial para excluir de la protección y sin causa aparente alguna a determinados colectivos que, debido a su precaria situación, pueden quedar al margen de la prestación por desempleo (o, de percibirla, lo hacen en una cuantía mínima).

Pero aún restaría otro argumento que aportar para incidir en la afectación negativa que la limitación de los salarios de trámite tiene sobre el derecho a la igualdad contemplado en el artículo 14 de la CE, pero, esta vez, interpretado de acuerdo con lo que dispone el artículo 9.2 de la CE. Ciertamente es que este último precepto en absoluto incorpora un derecho subjetivo a un trato diferente y más favorable, pero, no obstante, sí lo permite. Pues bien, si constitucionalmente el legislador queda habilitado para establecer cierta diferenciación compensatoria para equilibrar las disparidades de hecho y si entre el empresario y la persona trabajadora existe –no hace falta decirlo– una evidente desigualdad originaria que encuentra su fundamento tanto en la distinta condición económica de ambos como en su respectiva posición en la relación jurídica que los vincula, habrá que pensar que se ajustan a la Constitución y, no se olvide, a la finalidad tuitiva o compensadora del ordenamiento laboral en garantía de la promoción de una igualdad real, medidas como la percepción de unos salarios que se han dejado injustamente de percibir desde el momento en que se ha acometido el despido calificado como de improcedente. El carácter compensador o igualador de las normas laborales, derivado del artículo 9.2 de la CE y leído este en combinación con el artículo 14 de la CE, exige ofrecer a la persona trabajadora, parte débil en la contratación, una tutela material, sustantiva y procesal, que la proteja frente a ciertas actuaciones abusivas o ilícitas procedentes de quien ostenta la posición de ventaja social y económica en la relación

²⁰ Hecho en el que incide el voto particular al auto emitido por el magistrado Valdés Dal-Ré, aunque ligando el problema a la vulneración del artículo 24.1 de la CE.

laboral; tutela que se resquebraja de adoptar el legislador medidas como la supresión del débito salarial cuando el empresario opta por la extinción indemnizada al ponerse trabas al contrapeso que, frente al poder empresarial injustificadamente utilizado, debería ser la percepción de la retribución perdida –permítase la expresión– desde la fecha de efectos del despido, durante la tramitación del procedimiento judicial y hasta que se dicte la sentencia que declara la improcedencia del despido.

La disonancia del diseño del derecho de opción con el marco constitucional que deriva de las exigencias propias del derecho a la igualdad y no discriminación creo que es evidente. Desde la perspectiva, pues, de los planteamientos que anteceden, puede concluirse sin mayores ambages que la limitación de los salarios de trámite debe revertirse más tarde o más temprano por el legislador estatutario, quien habrá de decidir si los retoma habida cuenta del trato desigual e injustificado que la medida dispensa a unas personas trabajadoras frente a otras y a estas frente a su empresario o si los mantiene tal cual, ya están a fin –creo que puede decirse claramente– de seguir apostando por un modelo de mercado corte liberal en el que el empresariado disfrute de ciertas ventajas que lo incentiven, aunque ello parezca paradójico, a contratar.

3. La cuantía indemnizatoria: ¿debe aplicarse rigurosamente el método de cálculo de la indemnización por despido improcedente contemplada en el artículo 56 del ET o cabe exigir una cuantía que compense globalmente por los daños ocasionados? El favor por los argumentos rupturistas con el *statu quo* establecido

Otro de los frentes abiertos que tiene la regulación actual del derecho de opción en caso de despido improcedente es, como se adelantó en la parte introductoria de este trabajo, si cabe exigir una indemnización adicional a la tasada legalmente cuando esta no tenga, por su escasa cuantía, una finalidad «disuasoria», y ello con base, de nuevo, en lo dispuesto en el artículo 10 del C158 y en el artículo 24 de la CSE. Ambos preceptos, si se recuerda, aluden a que la indemnización por despido «injustificado» o «sin razón válida» debe ser «adecuada». Nada, ciertamente, se señala en las normas sobre lo que deba ser esa indemnización adecuada; ello no obstante y a causa, especialmente, de la pandemia provocada por la COVID-19, se han ido sucediendo pronunciamientos judiciales²¹ que han terminado por concluir que el principio de integridad o adecuación indemnizatoria que exigen las normas supranacionales resultaría vulnerado si la cuantía resultante del cálculo tasado que prevé el artículo 56 del ET tuviera un escaso efecto disuasorio para el empresario

²¹ Entre otras, SSJS número 34 de Madrid 71/2020, de 21 de febrero, y número 26 de Barcelona 170/2020, de 31 de julio.

y si, además, quedaran sin resarcir los daños que el despido injustificado o improcedente le hubiera podido provocar a la persona trabajadora en su esfera personal y patrimonial. La «infracompensación» –al decir de estas resoluciones– estimularía el incremento de los despidos o ceses de carácter especulativo, pues, al límite, ningún esfuerzo financiero se le requeriría a la empresa para reparar la extinción injustificada efectuada. Todo ello, en fin, ha permitido a los órganos jurisdiccionales de instancia someter al control de convencionalidad lo dispuesto en el artículo 56 del ET sobre la indemnización tasada, decidir que el precepto estatutario no lo supera cuando la cuantía resultante del cálculo es de bajo importe (lo que sucede con frecuencia –debe añadirse– cuando la persona despedida tiene poca antigüedad en la empresa), dejar sin aplicación, por ende, el régimen ordinario y fijar una indemnización que, según su criterio, es lo verdaderamente disuasoria para la empresa y que compensa suficientemente a la persona empleada cesada, por incluir daños materiales o emergentes, lucro cesante y daños morales, por la pérdida de su ocupación.

Ciertamente y aunque aún está por ver qué pueda decir al respecto el TS, el debate está sobre la mesa. Por lo pronto, ya existen resoluciones de segunda instancia que niegan²² o, en su caso, matizan lo resuelto en la primera. Entre estas últimas²³, resulta ser paradigmática la STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2021 (rec. 1811/2021), pues admite el abono de una indemnización complementaria a la legal tasada para que el *quantum* que percibe la persona trabajadora sea adecuado siempre que concurren tres circunstancias. En primer lugar, que exista «una notoria y evidente insuficiencia de la indemnización por resultar la misma manifiestamente exigua». En segundo lugar, que «sea clara y evidente la existencia de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato». Y, en tercer lugar, que «en el *petitum* de la demanda del trabajador despedido se concreten los daños y perjuicios que necesitan de compensación y la prueba contradictoria de su *quantum*». Solo cuando los tres elementos concurren podrá excepcionarse legítimamente el régimen ordinario que prevé el artículo 56 del ET.

Ahora bien, si las resoluciones de instancia son objeto de crítica por la arbitrariedad en la que puede incurrirse por parte del juzgador (¿qué es lo disuasorio o adecuado y qué no lo es?), algo similar ocurre con los tres requisitos que, de manera cumulativa, se imponen para que pueda fijarse una indemnización adicional de carácter compensatorio. Así, por lo que atañe a la «notoria y evidente insuficiencia de la indemnización por resultar la misma manifiestamente exigua», habrá ocasiones en que ello sea efectivamente «manifiesto», evidente, pero en otras no tanto. ¿Qué hacer en esas ocasiones? ¿Cómo medir la suficiencia o no de la indemnización tasada? Porque esta, al haber sido diseñada conforme a los parámetros de salario y tiempo de prestación de servicios, no será la misma para aquellas

²² Por ejemplo, SSTSJ de Madrid de 1 y 18 de marzo de 2021 (recs. 596/2020 y 136/2021, respectivamente).

²³ Por citar algunas, SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de 1 de marzo de 2021 (rec. 103/2021), Cataluña de 23 de abril de 2021 (rec. 5233/2020) y de 20 de mayo de 2021 (rec. 5234/2020), y Navarra de 24 de junio de 2021 (rec. 198/2021).

personas cesadas que hayan permanecido un breve espacio de tiempo empleadas (incluso, puede que a tiempo parcial) que para aquellas otras cuya vida laboral en la empresa haya resultado ser más dilatada y estable. Como tampoco lo será para aquellas personas que perciban un salario superior respecto de otras que perciban, por las circunstancias que fueran, una cuantía salarial más baja. Con ello se quiere decir, en fin, que arduo puede ser el problema de delimitar, en ciertas ocasiones, cuándo la indemnización legal resulta ser insuficiente, habida cuenta de las múltiples variables que pueden incidir sobre ella. Quizá un modo de solucionar el problema pueda ser el de comparar la cuantía indemnizatoria cuestionada con la que percibiría, de ser cesada, una persona trabajadora de la misma empresa y centro de trabajo con el mismo tipo de contrato, que realice un trabajo idéntico o similar y cuya vida laboral se extienda en el tiempo de forma aproximada a la de la persona despedida. Pero, con todo, no sería la solución óptima en tanto que habría que tener en cuenta que sobre aquella pueden concurrir determinadas circunstancias (mayor o menor facilidad para acceder al mercado de trabajo por razones de edad, sexo o, incluso, estado familiar, si se piensa en el caso de la persona cabeza de familia de un hogar monoparental) que podrían hacerla, a ojos del juzgador y si se permite la expresión, merecedora de un mayor *quantum* indemnizatorio.

El segundo de los requisitos, por su parte, consiste en que, en el despido, el empresario debe haber incurrido, de forma «clara y evidente», en una «ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho». Solo estos casos habilitarían al juzgador a reconocer una hipotética indemnización compensatoria que excepcionaría el régimen ordinario previsto en el artículo 56 del ET. Ahora bien, la cuestión es determinar cuándo se apreciaría esa ilegalidad, ese fraude de ley o el abuso de derecho. ¿Bastaría con la inexistencia de causa? ¿Con acometer el despido sin el más mínimo respecto a las exigencias formales? Porque tales son los motivos que conducen a la declaración de improcedencia del despido y creo que, sin mayores inconvenientes, se pueden reconducir al concepto de ilegalidad, esto es, de contravención con las normas que regulan el despido. Al límite y siempre según las circunstancias que se aprecien, la falta de causa incluso podría acabar siendo calificada como un supuesto de abuso de derecho o de fraude de ley, técnicas contempladas en los artículos 7.2 y 6.4 del Código Civil, respectivamente, y que, en todo caso, necesitan someterse a la más estricta comprobación de los elementos que se exigen para su constatación.

Finalmente, obsérvese con atención el último de los requisitos enunciados, puesto que, de consolidarse, implicará que la persona cesada habrá de demostrar, también, la concurrencia o relevancia de los daños y perjuicios aducidos en la demanda, lo que supondrá listar tales incidencias y evidenciarlas en juicio, y siempre más allá de los perjuicios que la pérdida del puesto de trabajo haya supuesto en tanto que los mismos ya estarían cubiertos, evidentemente, por la indemnización legal²⁴. En caso contrario, el juzgador no podrá apreciar que se está ante una situación o «escenario» excepcional que justifique que se tenga que fijar,

²⁴ STS de 20 de septiembre de 2007 (rec. 3326/2006).

por mandato del artículo 10 del C158 y artículo 24 de la CSE, una indemnización superior más adecuada que la fijada en el artículo 56 del ET.

Son muchos, pues, los interrogantes que derivan de los requisitos exigidos jurisprudencialmente para que se pueda reconocer una indemnización compensatoria adicional y muchos los inconvenientes procesales en los que se puede colocar a la persona cesada. Tal vez, para ello, mejor haber zanjado la cuestión aplicando, sin más, la legalidad vigente y sin posibilidad de régimen excepcional alguno. Ahora bien, dicho esto, creo que el planteamiento del debate es más que oportuno, porque obedece a una carencia normativa o regulatoria que ciertamente se ha detectado y que pone en jaque la idea misma de asegurar una protección eficaz contra el despido. A esta carencia se le puede hacer frente, ya se ha visto, con argumentos rupturistas con el régimen del despido que instaura el ET o, por el contrario, con argumentos continuistas, aunque preñados de las convenientes matizaciones. Tal es el dilema que actualmente se encuentra en sede judicial y que será interesante comprobar cómo va evolucionando.

Aportando mi opinión al respecto, son dos los interrogantes que creo han de responderse. De un lado, si ese débito indemnizatorio «adecuado» ex artículo 10 del C158 y artículo 24 de la CSE puede ser predeterminado por el legislador o si, por el contrario, debe fijarse para cada caso concreto por el órgano judicial. De otro, si la indemnización que resulta de un sistema de cálculo tasado es o no adecuada. Por lo pronto, ya se ha visto que se legitima desde el TC a quien legisla –y solo a este órgano– para perfilar los contornos de la institución en el amplio margen con el que cuenta dentro del marco constitucional. Y en el uso de esa facultad, se ha optado, en las sucesivas versiones del artículo 56 del ET, por instaurar un sistema de cálculo tasado sustentado en dos variables muy concretas y objetivas (tiempo de prestación de servicios y salario) que, además, se encuentra topado en determinadas cuantías máximas para evitar que el despido de las personas empleadas que mayor tiempo hayan permanecido en la empresa no le suponga a esta un esfuerzo económico ímprobo que termine, al límite, por descapitalizarla. En el marco, pues, que ofrece la norma constitucional, quien legisla puede perfectamente predeterminar el *quantum* indemnizatorio, diseñando una tarificación tasada a través de dos parámetros del todo punto constatables que ofrece –o esa es la idea– la necesaria seguridad jurídica a las partes²⁵.

Ahora bien, ello no responde a la pregunta de si esa indemnización fijada por el legislador y tasada y topada conforme a unos determinados parámetros objetivos resulta ser o no «adecuada» desde el punto de vista internacional y europeo. Veamos, según la RAE,

²⁵ Más allá de lo dicho, no cabe olvidar que existe la posibilidad, también creada por la norma ordinaria, de abonar a la persona trabajadora una indemnización complementaria en el caso de que concurren determinadas circunstancias, bien las previstas en el artículo 183 de la LRJS (lesión de derechos fundamentales), bien las previstas en el artículo 281.2 b) de la LRJS (incidente de no readmisión), siendo esta última cuantía también tasada (15 días de salario, con el tope de 12 mensualidades).

algo «adecuado» es algo «apropiado para alguien o para algo», significando «apropiado» que es «ajustado y conforme a las condiciones o a las necesidades de alguien o de algo». Pues bien, con base en ello, puede plantearse la siguiente pregunta: ¿es adecuado, es decir, ajustado a las necesidades de la persona trabajadora injustamente despedida, que se la repare únicamente por la pérdida de su empleo sin tener en cuenta o dejando de lado otros posibles perjuicios (daños morales, lucro cesante, daño emergente) que ese cese le haya podido acarrear? Parece que no. Parece que la predeterminación de la cuantía por parte de quien legisla, aunque tiene sus ventajas por la uniformidad de criterio que despliega, ocasiona, evidentemente, que queden sin reparar determinados daños producidos en la esfera personal y patrimonial de la persona trabajadora, daños que solo el juzgador está en posición de valorar. Es este el que, habida cuenta de su proximidad a los hechos, a las partes litigantes y a las pruebas, estaría capacitado, efectivamente, para tener en cuenta otras variables, como la posición personal en la que queda la persona despedida, que compensaran a esta por la globalidad de los perjuicios derivados de una decisión totalmente injustificada y no solo por la pérdida de su empleo.

Vista la cuestión desde este ángulo, ningún tope legal fijado por quien legisla habría de limitar el poder del órgano judicial en la cuantificación de los daños que irroga una decisión de cese improcedente. Para ser adecuada, ajustada, proporcionada, la indemnización a abonar habría de ser cuantificada no con base en unos parámetros predeterminados, sino con base en todas las circunstancias que puedan acontecer en el supuesto de hecho (en el mismo sentido, Baylos Grau, 2021, p. 11). Solo –entendiendo– realizando una valoración en global, en conjunto, de todas ellas podría alcanzarse ese ideal de «indemnización adecuada» que prevén tanto el C158 como la CSE. Refuerza este planteamiento, además, el hecho de que el CEDS, máximo órgano de garantía del cumplimiento de la CSE, haya dictado una resolución en fecha 11 de febrero de 2020²⁶ en la que expresamente entiende como contraria a la normativa europea una previsión que fije un importe indemnizatorio máximo como reacción frente al despido improcedente o injustificado. Si se recuerda, en el contexto del ordenamiento laboral italiano, se denunciaba la vulneración del artículo 24 de la CSE por cuanto el órgano legislativo había previsto un mecanismo de cálculo de la indemnización por despido injustificado basado en unos toques máximos absolutamente desvinculados del perjuicio real sufrido. El Comité admitió a trámite la reclamación y determinó, en líneas generales, que:

[...] ni las vías jurídicas alternativas que ofrecen al trabajador víctima de despido ilegal una posibilidad de reparación más allá del límite establecido por la ley vigente, ni el mecanismo de conciliación, tal como se prevén por las disposiciones litigiosas, permiten en todos los casos de despido sin motivo válido obtener una reparación adecuada, proporcional al perjuicio sufrido y susceptible de disuadir para recurrir a los despidos ilegales.

²⁶ Decisión del CEDS sobre resolución de la reclamación colectiva número 158/2017 (Confederazione Generale Italiana del Lavoro c. Italia).

Se añade, además, que:

[...] cualquier tope o límite que pueda tener el efecto de que las indemnizaciones otorgadas no estén en relación con el perjuicio sufrido y no sean suficientemente disuasorias es, en principio, contrario a la Carta, como lo ha declarado también, en cierta medida, la Corte Constitución italiana en su Sentencia n.º 194/2018. En caso de tope de las indemnizaciones otorgadas como compensación por el perjuicio material, la víctima debe poder pedir reparación por el perjuicio moral sufrido a través de otras vías jurídicas y las jurisdicciones competentes para otorgar una indemnización por el perjuicio material y moral sufrido deben pronunciarse en un plazo razonable.

Ciertamente, la resolución se emitió en el contexto de un ordenamiento laboral muy específico y distinto al español, el italiano, pero, perfectamente, puede extrapolarse al nuestro. Y no solo porque el artículo 56 del ET plantea una situación comparable a la italiana, sino porque, además, tras la ratificación de la CSE y de su protocolo de reclamaciones colectivas, puede decirse que el papel del Comité se ha revalorizado con mucho en nuestro país (Molina Navarrete, 2021, p. 217). Si aún con anterioridad a este momento podían albergarse dudas al respecto²⁷, creo que ahora, en buena lid, ya no caben. Las resoluciones del Comité no son o no deben ser consideradas como algo accesorio o como algo con un valor puramente didáctico (Jimena Quesada, 2021, p. 211). Por imperativo constitucional y dado el carácter de interpretación auténtica de las decisiones que adopta este órgano sobre la CSE²⁸, nuestros sistemas legal y jurisdiccional habrían de tenerlas en cuenta y someterse a ellas de modo inexcusable (Salcedo Beltrán, 2021, p. 82), como así se hace con las sentencias que emanan del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Jimena Quesada, 2015, p. 104). El valor vinculante, pues, de las interpretaciones y resoluciones que dicte el Comité para delimitar el contenido de los preceptos de la CSE no debe ser, en la actualidad,

²⁷ Así, pueden citarse, entre otras, como resoluciones que niegan la eficacia vinculante de la interpretación realizada por el Comité, las SSTSJ de Cataluña de 31 de enero de 2020 (rec. 5840/2019) y Madrid de 15 de octubre de 2020 (rec. 283/2020) y 3 de noviembre de 2020 (rec. 587/2020).

²⁸ Señala la STC 292/2000, de 30 de noviembre, que:

[...] tanto los tratados y acuerdos internacionales, como el derecho comunitario derivado pueden constituir valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce, valor que se atribuye con fundamento en el art. 10.2 CE, a cuyo tenor, y según hemos destacado en otros pronunciamientos, las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE); interpretación que no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales (STC 116/2006, de 24 de abril [...]; o STC 198/2012, de 6 de noviembre [...]).

puesto en duda, y ello con independencia de que tengan como destinatario a nuestro país o a otro u otros distintos (Salcedo Beltrán, 2021, p. 80)²⁹.

Los compromisos internacionales y europeos, en definitiva, no solo permiten, sino que obligan a una revisión del sistema de tarificación tasado de la indemnización por despido improcedente, puesto que, con su aplicación, no se reparan en su totalidad los daños generados por una decisión injustificada del empresario y, además, termina por crear dos tipos de personas empleadas, las que trabajan en sectores precarizados, de alta temporalidad y rotación (fuertemente feminizados, por otra parte) y el resto. No cabe aducir muchos argumentos para constatar que el diseño legal castiga irremediabilmente a quienes están empleados/as en los primeros y no en los segundos, es decir, en aquellos sectores o actividades en los que no es infrecuente gozar de un tiempo de permanencia mayor en la empresa, los salarios son más altos o se trabaja en mayor medida a tiempo completo (Baylos Grau, 2021, p. 13). Por lo tanto, la conclusión, visto el asunto desde esta perspectiva, se muestra sencilla: o bien se modifica o deroga la norma interna o, si ello no se lleva a cabo, se permite a los órganos judiciales, en aplicación del control de convencionalidad, que, responsablemente, den un paso al frente, dejen de aplicar el método de cálculo previsto en el artículo 56 del ET en lo que respecta a la indemnización y cuantifiquen esta conforme a todas las variables que, según las circunstancias del caso, se puedan presentar (tarea en la que habrían de sujetarse, eso sí, al rigor jurídico y no a la arbitrariedad irreflexiva o anudada a parámetros puramente ideológicos). El terreno, desde luego, es resbaladizo (Beltrán de Heredia Ruiz, 2021) por el abandono de la seguridad que ofrece la indemnización tasada, pero es el coste por hacer frente a unos mandatos supranacionales, que, no se olvide, se han asumido voluntariamente.

A nadie se le puede escapar, sin embargo, que tener en cuenta otras circunstancias puede acarrear, como antes se ha dicho, para la persona trabajadora despedida la tarea de demostrar los perjuicios ocasionados y su relación con la decisión de cese tomada por el empresario, algo que, en ocasiones, podría resultar tremendamente dificultoso. Pero, con todo, no creo que la existencia de inconvenientes probatorios deba ser el argumento de fuerza que quepa oponer a la necesidad de observar los mandatos supranacionales. El empeño probatorio de la persona despedida habrá de ser, en su caso, debidamente complementado por la valoración e interpretación que de los hechos efectúe el juzgador, y ello sobre la base de criterios de equidad, de razonabilidad, no desde luego –y debe insistirse– desde la arbitrariedad, que no cabe, en modo alguno, prejuzgar. La decisión, pues, del órgano judicial habrá de contener una referencia objetivada del motivo (o motivos) por el que se concede una determinada cuantía económica y no otra, sin posibilidad

²⁹ Entre las sentencias de los órganos judiciales españoles que resuelven el supuesto planteado conforme a las decisiones o interpretaciones que de ciertos preceptos de la CSE realiza el Comité por cuestiones originadas en otros Estados, se encuentran las SSTSJ de Cataluña de 11 de noviembre de 2019 (rec. 3647/2019) y 19 de octubre de 2020 (rec. 44/2020).

de esgrimir únicamente, como así ha hecho alguna que otra resolución³⁰, razones de oportunidad (Molina Navarrete, 2020, p. 205).

Tras todo lo explicado, creo que también resulta respondido el segundo interrogante planteado, esto es, si la cuantía resultante de una indemnización tasada puede considerarse adecuada. La respuesta, siempre teniendo en cuenta el escenario que plantea el artículo 56 del ET, no puede ser otra que negativa. El *quantum* indemnizatorio que resulta de aplicar las reglas y los topes del precepto estatutario no puede considerarse adecuado ya no solo porque no repare la globalidad de los daños ocasionados por un cese injustificado, sino también porque no se ajusta el método de cálculo a los parámetros que fija el artículo 12 del C158. Y es que, en efecto, conforme a este precepto, las indemnizaciones por extinción injustificada han de establecerse «en función, entre otros, del tiempo de servicios y del monto del salario», por lo que la fijación de indemnizaciones en función de esos dos exclusivos criterios, con olvido del inciso «entre otros» como hace la norma interna, vulnera, claramente, en mi opinión, el tenor literal del precepto internacional. A mayor abundamiento, la rebaja del coste indemnizatorio efectuada en el marco de la reforma laboral del año 2012, aunque declarada acorde con el marco constitucional³¹, en absoluto contribuye a considerar como «adecuada» la indemnización que se perciba, en tanto que, en buena lógica, abaratar el incumplimiento en modo alguno puede considerarse como una medida que esté en sintonía con lo que se exige por las normas internacionales y europeas³². Por lo demás, no está de más reparar en que el carácter abierto, indeterminado, de la indemnización por cese improcedente, ajustado o proporcionado al daño causado entendido este en su globalidad, tendría la virtud de lanzar un determinado mensaje a la parte empresarial, pues, dicho en términos positivos, se incentivaría al empleador a tomar todas las medidas necesarias a la hora de despedir, lo que tendría su traducción, a la postre, en un mayor cumplimiento de las normas y reglas laborales³³.

Como puede constatarse, en fin, el posicionamiento que se sigue desde estas páginas es muy claro por opuesto a los posicionamientos más tradicionales; con todo, creo que no me equivoco al asegurar que no tiene visos de prosperar, primero, por su principal desventaja, la inseguridad jurídica que ofrece, en especial, al empresario, que no podría, de antemano, conocer el precio del despido que acomete, esto es, lo que le va a costar deshacerse de

³⁰ SJS número 26 de Barcelona 170/2020, de 31 de julio.

³¹ De nuevo, ATC 43/2014, de 12 de febrero, y, de nuevo, utilización del argumento de la potestad de quien legisla para establecer unas u otras cuantías a fin de compaginar todos los intereses en juego.

³² De hecho, el informe «Estadísticas de empleo y su coste. Datos 2015-2018», elaborado por el Ministerio de Trabajo, corrobora, por su parte, que la indemnización media por despido ha ido descendiendo de una forma muy progresiva, hasta tal punto que en 2018 llegó a 9.306 euros (frente a los 10.045 € de 2015). Y ello especialmente en tres sectores muy precarizados, comercio, hostelería y construcción.

³³ La adecuación de la indemnización por despido improcedente también se ha vinculado a un efecto disuasorio que pueda prevenir la toma de estas decisiones por parte del empresario. Así, decisión del CEDS de 8 de septiembre de 2016.

la persona empleada por la vía del cese improcedente, y, segundo, porque no parece que exista una voluntad ni política ni de los agentes sociales por modificar el *statu quo* establecido. Ni siquiera se reclama por las principales organizaciones sindicales del país retomar la indemnización anterior de 45 días de salario, aunque se estén dando pasos para derogar otros aspectos, quizá no tan lesivos o trascendentes, de la reforma laboral efectuada en el año 2012. Por ello, me aventuro a decir que lo que ocurrirá es que se mantendrá el sistema rígido de tarificación del coste del despido tal y como actualmente se encuentra, porque se garantiza con él el deseado ajuste empresarial en especial en épocas como la actual de crisis económica, excepcionándolo, si acaso, en determinadas y muy contadas ocasiones, en las que sí se aprecie, sin temor alguno a equivocación, la escasez en la cuantía percibida.

4. A modo de conclusiones

Con todas las cautelas con las que hay que plantear siempre los cambios, creo que existen, como se ha visto, aspectos del diseño del derecho de opción que pueden ser objeto de revisión para intentar mejorar la protección frente al despido, ya devaluada de por sí tras las sucesivas reformas que ha padecido el artículo 56 del ET. La vuelta de los salarios de trámite en toda su amplitud, esto es, también cuando se opte por la extinción indemnizada, es algo que no debería, hoy en día, cuestionarse, dado que existen sólidos argumentos, como se ha visto, para oponerse a la doctrina que, en su momento, emitió el TC a fin de convalidar una reforma laboral vista por algunas instituciones, organismos o personas como necesaria para contrarrestar los efectos de una profunda crisis económica. De igual modo, existe, en mi opinión, margen constitucional suficiente para plantear que el derecho de opción pueda ser ejercitado también por la persona despedida. ¿En qué circunstancias? Desde estas páginas, se ha aventurado una solución, tan legítima como otras que puedan pensarse; pero una solución, al fin y al cabo, que no alteraría ese delicado equilibrio al que tantas veces se ha hecho referencia entre la libertad de empresa y el derecho al trabajo.

Más problemático puede ser apostar por un modelo de estabilidad real en el empleo como regla frente al despido improcedente. Cierto es que se parte de una decisión ilícita del empresario y a este, en buena lógica, no se le debería permitir escoger cuál deba ser el alcance de su propia responsabilidad. Ello no obstante, ni desde la perspectiva constitucional ni desde la supranacional pueden ofrecerse argumentos sólidos como para sustentar esta opción revisionista. Dicho esto, sin embargo, la convergencia de las normas internacionales (C158) con las europeas (CSE) sí que debe conducir al legislador a plantearse seriamente la eliminación del sistema de tarificación tasado que contempla el artículo 56 del ET. Además de distinguir (¿injustamente?) entre dos categorías de personas trabajadoras, lo cierto es que puede mostrarse rotundamente ineficaz para reparar los daños que ocasiona el despido improcedente (más allá de los perjuicios que ocasiona la pérdida del empleo) y, además, para disuadir al empresario de acometer este tipo de ceses, ya que, en el momento de tomar la decisión extintiva, acudirá más a la lógica del coste/oportunidad que a la reflexión y a la cautela.

Quizá sea un cambio, este último, que encuentre muchas reticencias a nivel político y empresarial, porque no se quiera mutar, de la noche a la mañana, un *statu quo* muy asentado en la tradición histórica laboralista y que permite realizar mejor los ajustes en la organización empresarial. Tal vez por ello, resulta difícil imaginar que pueda ponerse sobre la mesa, porque, de hacerse, requeriría de un cambio ideológico y cultural muy profundo y para el que, seguramente, no existe la debida preparación. Ahora bien, el problema es que no es esta una reforma que pueda quedarse en el debate del contexto académico. Los mandatos internacionales y europeos, en este sentido, exigirían, en la práctica, la adaptación legislativa del ordenamiento laboral a los requerimientos supranacionales o, si no fuera el caso, la adaptación judicial. Y, en este caso, no se trata, si se permite la expresión, de realizar un llamamiento a los órganos judiciales para actuar en rebeldía y desde la más absoluta arbitrariedad (preñada o no de tintes ideológicos), sino, más bien, para actuar desde el sentido de la responsabilidad y equidad y, en todo momento, en coherencia con lo que exigen los mandatos internacionales habida cuenta de lo que implica ejercer el control de convencionalidad de las normas. La inseguridad jurídica sería un problema, desde luego, pero todo cambio requiere de un inicio que, en mayor o en menor medida, puede ser traumático. Tal vez, en un contexto como el actual donde se suceden de manera rápida y progresiva los cambios en el escenario laboral, pues cambiante es también la sociedad en la que han de aplicarse estas normas, sea hora ya de acometer una reforma en profundidad de la institución del despido que se ajuste a una concepción de la persona que trabaja no como una mercancía, sino como un valor a considerar.

Referencias bibliográficas

- Baylos Grau, Antonio. (2021). Despido injustificado e indemnización: marco regulador deficiente y reforma necesaria. *Revista de Derecho Social*, 93, 7-16.
- Beltrán de Heredia Ruiz, Ignacio. (2013). Los salarios de tramitación tras la Ley 3/2012: inconsistencia dogmática, posible inconstitucionalidad y omisiones relevantes. *Relaciones Laborales*, 7, 1-13.
- Beltrán de Heredia Ruiz, Ignacio. (16 de septiembre de 2021). Compensación complementaria a la legal tasada por despido improcedente: importante acotación del TSJ de Cataluña para su reconocimiento. *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*. <https://ignasibeltran.com/2021/09/16/compensacion-complementaria-a-la-legal-tasada-por-despido-improcedente-importante-acotacion-del-tsj-de-cataluna-para-su-reconocimiento/>.
- Ginès i Fabrellas, Anna. (2013). La regulación de la indemnización por despido improcedente y salarios de tramitación en la Ley 3/2012: ¿por qué abaratar el incumplimiento? En *Las reformas del derecho al*

trabajo en el contexto de la crisis económica. *La reforma laboral de 2012* (pp. 1-18). Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

- Jimena Quesada, Luis. (2015). El Comité Europeo de Derechos Sociales: sinergias e impacto en el sistema internacional de derechos humanos y en los ordenamientos nacionales. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 25, 99-127.
- Jimena Quesada, Luis. (2021). Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales-2020. *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*, 11(2), 163-241. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.6056>.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2019). Actualidades y críticas del Convenio OIT n.º 158 en los derechos europeos: ¿el renacer del sentido del límite jurídico a la libertad (de empresa) en favor de la seguridad (en el empleo)? *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 7, 125-180.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2020). *La indemnización disuasoria por despido arbitrario, entre ortos (auroras) y ocasos (crepúsculos): ¿justicia resarcitoria o «justicia del cadí»?* *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 185-208.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). La función disuasoria de la indemnización por despido arbitrario: contenido esencial «olvidado» del derecho al trabajo. *Revista de Derecho Social*, 93, 199-217.
- Salcedo Beltrán, Carmen. (2021). *El Comité Europeo de Derechos Sociales: legis interpretatio legis vim obtinet en su máxima esencia y resistencia.* *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 460, 73-127.
- Sempere Navarro, Antonio Vicente. (2012). La eliminación de los salarios de tramitación y su ajuste constitucional (2002 y 2012). *Aranzadi Doctrinal*, 2, 1-14.

Cooperativas de trabajo asociado y cesiones ilegales del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores en los sectores cárnico y del transporte terrestre de mercancías. Estudio jurisprudencial

Erik Monreal Bringsvaerd

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universitat de les Illes Balears

erikmonreal@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-7317-9393>

Este trabajo ha sido finalista 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

Estudio jurisprudencial y judicial centrado en la participación como contratistas de las cooperativas de trabajo asociado en los sectores cárnico y del transporte terrestre de mercancías. En ambos sectores pueden estar produciéndose irregularidades, aparentemente cesiones ilegales, que, sin embargo, constituyen más bien prácticas abusivas que friccionan con el principio de voluntariedad que rige en el acceso al empleo en estas empresas de la economía social. La conclusión es que nuestros tribunales encuentran muchas dificultades, sustantivas y procesales, para dar una respuesta satisfactoria a las reclamaciones de los socios y de las socias que prestan servicios en estas sociedades con el trasfondo del reconocimiento de relación laboral con la empresa comitente.

Palabras clave: cooperativas de trabajo asociado; cesiones ilegales; falsos autónomos; abuso de derecho; principio de voluntariedad.

Fecha de entrada: 04-05-2021 / Fecha de aceptación: 10-09-2021 / Fecha de revisión: 09-12-2021

Cómo citar: Monreal Bringsvaerd, Erik. (2022). Cooperativas de trabajo asociado y cesiones ilegales del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores en los sectores cárnico y del transporte terrestre de mercancías. Estudio jurisprudencial. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 466, 51-92.



Worker cooperatives and illegal cessions of article 43 of the Workers' Statute in the sectors of the meat and land transport of goods. Jurisprudential study

Erik Monreal Bringsvaerd

Abstract

Jurisprudential and judicial study focused on the participation as contractors of worker cooperatives in the meat and land transport of goods sectors. Irregularities may be occurring in both sectors, apparently illegal cessions of workers, which, however, constitute rather abusive practices that conflict with the principle of voluntariness that governs access to employment in these social economy companies. The conclusion is that our courts find many difficulties, substantive and procedural, to give a satisfactory answer to the claims of the worker partners with the background of the recognition of the labor relationship with the client company.

Keywords: worker cooperatives; illegal cessions of workers; false self-employment; abuse of law; principle of voluntariness.

Citation: Monreal Bringsvaerd, Erik. (2022). Worker cooperatives and illegal cessions of article 43 of the Workers' Statute in the sectors of the meat and land transport of goods. Jurisprudential study. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 466, 51-92.

Sumario

1. Consideraciones generales
2. Contratas fraudulentas con cooperativas de trabajo asociado: un problema de falsos autónomos, no de cesión ilegal
3. Problemática procesal de las demandas de socias y socios trabajadores. La adecuación a la demanda de la doctrina judicial
 - 3.1. Demandas en pleitos instados por socias y socios trabajadores. La STS de 17 de diciembre de 2001 como referente
 - 3.1.1. La alegación de cesión ilegal como cuestión procesal interna
 - 3.1.2. La modificación judicial de la base de la demanda
 - 3.2. Demandas en procedimientos impulsados por la Administración laboral
 - 3.2.1. Condenas por cesión ilegal en supuestos de cooperativas ficticias
 - 3.2.2. La inviabilidad de declarar la existencia de relación laboral de socias y socios trabajadores con su propia cooperativa
4. Contratas con cooperativas cárnicas de trabajo asociado
 - 4.1. STS de 17 de diciembre de 2001. La presunción de legalidad de la contrata con la cooperativa
 - 4.2. La contratación con cooperativas cárnicas como práctica común en el sector. Irrelevancia del criterio de la autonomía técnica de la contrata para identificar una cesión ilegal
 - 4.3. Criterios referidos a la realidad empresarial de la cooperativa y a la justificación técnica de la contrata
 - 4.4. Criterio referido a la aportación empresarial de los medios de producción
 - 4.5. Criterio referido al ejercicio de los poderes inherentes a la condición de empresario
 - 4.6. La coacción a la socia o socio trabajador como determinante del reconocimiento de relación laboral con la empresa comitente
 - 4.7. Valoración crítica
5. Contratas con cooperativas de transportes terrestres de mercancías
 - 5.1. Las cooperativas en la Ley de ordenación del transporte terrestre
 - 5.2. Las cooperativas en la Ley del contrato de transporte terrestre de mercancías
 - 5.3. Cooperativas de servicios de transporte
 - 5.4. Cooperativas de trabajo asociado de transporte
 - 5.5. Afinidades entre cooperativas de servicios de transporte y cooperativas de trabajo asociado de transporte. Problemas aplicativos en la práctica judicial



- 5.6. Las fuentes reguladoras de las cooperativas de trabajo asociado de transporte de mercancías por carretera según la STS de 18 de mayo de 2018
- 5.7. La ausencia de valoración de las connotaciones del contrato de transporte como contrato de resultado en la STS de 18 de mayo de 2018
- 5.8. La aplicación de la competencia del orden jurisdiccional social por inaplicación del artículo 1.3 g) del ET en la STS de 18 de mayo de 2018
- 5.9. La indebida asimilación por parte de la STS de 18 de mayo de 2018 de las cooperativas de trabajo asociado de transporte a las cooperativas de servicios de transporte
- 5.10. La existencia de incumplimientos normativos referidos al principio de voluntariedad, insuficientemente valorados por la STS de 18 de mayo de 2018 y por nuestra doctrina judicial, como trasfondo de la declaración de existencia de relación laboral entre socia o socio trabajador transportista y empresa cargadora

6. Epílogo sobre el caso Servicarne

Referencias bibliográficas

1. Consideraciones generales

Se ha escrito mucho sobre las cooperativas de trabajo asociado debido a las especiales características del vínculo jurídico de las socias y los socios que prestan servicios en estas sociedades, es decir, de sus socias o socios trabajadores. Según el artículo 80.1 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas (LC), es un vínculo societario, pero la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 8 de mayo de 2019 (rec. 42/2018) dice que este vínculo tiene componente laboral y que estas personas disfrutaban del derecho fundamental de libertad sindical. En la jurisprudencia, sin embargo, anidan no pocas contradicciones –en la STS de 23 de octubre de 2009 (rec. 822/2009), por ejemplo, se explica que esta relación es societaria, porque los anticipos que mensualmente perciben las socias y los socios por la prestación de sus servicios no son salario–.

Una elocuente muestra de estas contradicciones la proporcionan las SSTS de 17 de diciembre de 2001 (rec. 244/2001) y 18 de mayo de 2018 (rec. 3513/2016), punto y contrapunto de la farragosa doctrina judicial que existe sobre las cooperativas de trabajo asociado como contratistas –empresas que pueden elegir el régimen de cotización a la Seguridad Social de sus socias y socios (el régimen general de la Seguridad Social [RGSS] o el régimen especial de trabajadoras y trabajadores autónomos [RETA], art. 14 Ley general de la Seguridad Social) y que concurren a las contrataciones sin convenio colectivo aplicable–. La primera sentencia versa sobre Servicarne, una cooperativa cárnica de trabajo asociado, y la segunda sobre Unidriver, una cooperativa de trabajo asociado de transporte terrestre de mercancías. En el caso Servicarne, el TS dijo que las cooperativas de trabajo asociado no pueden practicar cesiones ilegales, porque socias y socios son sus propios empresarios y, en palabras del ponente de dicha sentencia, «nadie se cede a sí mismo» (Martínez Garrido, 2002, p. 237). En el caso Unidriver, el TS dijo que estas empresas sí que pueden practicar cesiones ilegales.

Las cooperativas cárnicas y las de transporte terrestre de mercancías están en el centro del debate político-jurídico. Se las acusa de practicar cesiones ilegales y a las últimas también de eludir la obligación legal de contratar y facturar los servicios de transporte en nombre del titular de la tarjeta de transporte, extremo sobre el que se volverá. Este estudio se centra en las cesiones ilegales mediante cooperativas de trabajo asociado y su actualidad queda de manifiesto a la luz de la descalificación de Servicarne. De hecho, pende ante la Audiencia Nacional (AN) el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta cooperativa contra la resolución de descalificación adoptada por el Ministerio de Trabajo con fecha 30 de abril de 2019; resolución, por lo demás, que no es ejecutiva –así lo señala el Auto de la AN de 12 de septiembre de 2019 (rec. 356/2019), que rechaza la petición de Servicarne de suspensión cautelar– hasta que no recaiga sentencia firme.

Es difícil entender aquellas dos sentencias del TS al margen del contexto que representa la abundante doctrina judicial sobre contrataciones con cooperativas cárnicas y de transportes. Tras el correspondiente rastreo, clasificando las sentencias obtenidas por ámbitos de la contratación, el resultado es que, además de los mataderos, los transportes de mercancías y un heterogéneo conjunto de actividades donde lo que prevalece, por así decirlo, es el trabajo manual, las cooperativas de trabajo asociado también aparecen en las concesiones administrativas para trabajos de calle de nuestras dos ciudades autónomas, especialmente Melilla –la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Andalucía de 8 de noviembre de 2007 (rec. 2873/2006) resuelve sobre un acta de infracción por cesión ilegal practicada desde una cooperativa a dicha ciudad autónoma y relaciona hasta catorce cooperativas–. Motivos de extensión impiden un análisis integral y por eso este se centra en los sectores cárnicos y del transporte, que aglutinan, además, el grueso de las sentencias.

2. Contratas fraudulentas con cooperativas de trabajo asociado: un problema de falsos autónomos, no de cesión ilegal

El vaporoso vínculo jurídico de las personas que prestan servicios como socias en estas sociedades complica enfocar jurídicamente las contrataciones con cooperativas de trabajo asociado. Algo que no está claro ni en el Plan director por un trabajo digno del Ministerio de Trabajo (2018-2020), ni en los Planes estratégicos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) para los periodos 2018-2020 y 2021-2023. Documentos que apuntan a las empresas multiservicios como protagonistas del fraude en las contrataciones, mientras que a las cooperativas se las nombra en los apartados dedicados a la lucha contra los falsos autónomos, llegando la ITSS a decir en el primero de sus planes, por remisión a su Criterio operativo 96/2015, sobre cesión ilegal en el ámbito de empresas de servicios, que la participación de estas empresas como contratistas no es problemática con la STS de 17 de diciembre de 2001 en la mano. Pese a todo, la ITSS levanta actas por cesiones desde cooperativas; muchas demandas se interponen por las socias y los socios de estas sociedades denunciando cesión ilegal; y además los tribunales las tramitan sin cuestionar su fundamento.

El planteamiento del TS en 2001 y 2018 puede ser integrado, porque, como señala López Gandía (2006), tanto el sistema de indicios del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET) como el artículo 43 del ET conducen a la identificación del empresario real de las socias y los socios trabajadores subcontratados. Dado que estas personas son sus propios empresarios –la cooperativa de trabajo asociado «constituye la antítesis del fenómeno de la ajenidad» (Valdés Dal-Ré, 1975, p. 272)–, las falsas contrataciones con cooperativas de trabajo asociado son, a mi juicio, más un problema de falsos autónomos que de cesión ilegal del artículo 43 del ET. Estas sociedades, no obstante, son empresas, con particularidades, pero empresas, al fin y al cabo; por eso, cuando estas empresas hacen de contratistas, el

intérprete, a efectos de valorar la posible existencia de relación laboral entre sus socias y socios trabajadores y la empresa comitente, puede utilizar de forma análoga –art. 4.1 Código Civil (CC)– los criterios del artículo 43 del ET para distinguir una contrata de una cesión ilegal.

La anterior idea podría explicar esta aparente intercambiabilidad de la base jurídica –art. 1.1 ET o art. 43 ET– de las demandas que interponen las socias y los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado contratistas reclamando la condición de trabajadoras o trabajadores por cuenta ajena de la empresa principal. Como también, seguramente, explica esta percepción el que, siguiendo a Moreno González-Aller (2008), cuando un despido se produce mientras subsiste una cesión es posible accionar frente al despido alegando la ilegalidad de la cesión sin caer en acumulación indebida de acciones –una «cuestión prejudicial de la acción principal de despido», según la STSJ de Galicia de 5 de noviembre de 2019 (rec. 3149/2019)–. Proximidad de soluciones, con todo, que no implica intercambiabilidad de base jurídica. Y si esto no se tiene claro, es cuando surgen problemas, muy graves, sustantivos y procesales, que no pueden pasar desapercibidos y que, por ejemplo, pueden suponer, y es el caso de la reciente STSJ de Galicia de 15 de enero de 2021 (rec. 1177/2020), que el tribunal de suplicación anule la sentencia de instancia, por generar indefensión, vulnerando el artículo 24 de la Constitución española (CE), entre otros motivos porque falta base para poder invocar el artículo 43 del ET.

3. Problemática procesal de las demandas de socias y socios trabajadores. La adecuación a la demanda de la doctrina judicial

La exigencia de congruencia obliga a ofrecer una respuesta judicial acorde con la demanda. En el caso de las contratas con cooperativas, tratándose de un supuesto que, en el fondo, siempre es el mismo –carácter fraudulento de la contrata y relación laboral entre sus socias y socios trabajadores y la empresa comitente–, las soluciones judiciales no son acordes, lo que provoca inseguridad jurídica.

3.1. Demandas en pleitos instados por socias y socios trabajadores. La STS de 17 de diciembre de 2001 como referente

La STSJ de Cataluña de 14 de enero de 2016 (rec. 6036/2015), como otras en la misma línea¹, es importante porque aplica la STS de 17 de diciembre de 2001, al estimar que constituye

¹ Por ejemplo, SSTSJ del País Vasco de 28 de octubre de 2014 (rec. 1764/2014); Galicia de 13 de enero de 2017 (rec. 3068/2016); o Andalucía de 19 de junio de 2019 (rec. 385/2019).

un «*pronunciament cassacional de referència*», y rechaza que una cooperativa de trabajo asociado pueda practicar cesiones, expresando que, si el socio o socia no prueba que ha desarrollado su prestación dentro del ámbito organizativo y productivo de la empresa comitente –art. 1.1 ET–, no es posible acceder al reconocimiento de la relación laboral con esta empresa.

3.1.1. La alegación de cesión ilegal como cuestión procesal interna

Algunas de estas sentencias aprecian que, en las reclamaciones de esta naturaleza, alegar infracción del artículo 43 del ET es un asunto menor si se alega infracción del artículo 1.1 del ET. La STSJ de Cataluña de 25 de marzo de 2019 (rec. 155/2019), por ejemplo, estima que «si no hay siquiera relación laboral entre las partes, en menor medida se puede hablar de cesión ilegal del demandante». De hecho, según la STSJ de Andalucía de 31 de enero de 2002 (rec. 1782/2001), cuando en una reclamación por despido se incluye como cuestión interna la declaración de existencia de cesión ilegal, utilizar el artículo 43 del ET supondría hacer una aplicación indebida de esta norma, porque obligaría a reconocer el derecho de opción «a adquirir la condición de fijos en la empresa cedente o cesionaria a elección del trabajador» –*vid.*, también, SSTSJ de Andalucía de 19 de abril de 2002 (recs. 1674, 1784 y 1792/2001)–. Enseguida se vuelve sobre la inviabilidad de plantear una condena a la cooperativa de trabajo asociado en estos términos, tal y como, por lo demás, resuelve el supuesto de la STSJ de Andalucía de 26 de marzo de 2002 (rec. 2164/2003), entendiendo que no se infringe el artículo 43 del ET «al no haber condenado solidariamente con la ciudad autónoma de Melilla a la cooperativa de trabajo asociado demandada».

El colofón de esta doctrina es que el juzgado puede resolver exclusivamente ex artículo 1.1 del ET, sin que la ausencia de pronunciamiento sobre el artículo 43 del ET conduzca a la declaración de su aplicación indebida y a la consiguiente nulidad de la sentencia, por generar indefensión. Expresando esta idea de otra forma, plantear que además del fraude en la contrata con la cooperativa existe una cesión ilegal es algo «irrelevante», según la STSJ de Aragón de 13 de diciembre de 2001 (rec. 1050/2001). Esta tesis judicial, correcta, es compatible con reconocer que en estos pleitos hay que llamar a la cooperativa, para «evitar que se pudiese declarar que la relación procesal estaba irregularmente constituida»². Y, en este sentido, ante la ausencia de llamamiento a la cooperativa, las SSTSJ de Andalucía de 22 de febrero de 2002 (recs. 2150 y 2216/2001) apreciaron la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y acordaron la nulidad de actuaciones.

El planteamiento de que una falsa contrata con una cooperativa constituye un problema de falsos autónomos, sin embargo, es cuestionado por las SSTSJ de Andalucía

² *Vid.* SSTSJ de Andalucía de 23 de noviembre de 2001 (recs. 1786, 1787 y 1789/2001), 30 de noviembre de 2001 (rec. 1788/2001), 18 de enero de 2002 (rec. 1785/2001), 15 de febrero de 2002 (rec. 16/2002), 19 de abril de 2002 (rec. 28/2002).

de 7 de junio y 8 de noviembre de 2017 (recs. 681 y 1611/2017). Si en anteriores pleitos este tribunal decía que para destapar una falsa contrata con una cooperativa hay que reclamar por despido, ahora dice que: «Realmente lo que se está alegando [...] es que [...] habría existido una cesión ilegal». Incluso, el tribunal se toma la licencia de advertir que, aunque tiene que desestimar la demanda por despido –porque no se consigue probar que se hubiera producido una comunicación verbal por parte de la ciudad autónoma de Melilla en referencia a la finalización de la contrata–, «si no ha habido un despido [...] la reclamación judicial del trabajador no podrá prosperar, sin perjuicio de que en un procedimiento ordinario pueda plantearse y analizarse si efectivamente ha existido o no una cesión ilegal de trabajadores».

La perplejidad que provocan estas dos sentencias, sobre todo la de fecha 8 de noviembre de 2017, sube de grado una vez que se constata que la anterior STSJ de Andalucía de 13 de septiembre de 2017 (rec. 1047/2017), que versa sobre el mismo supuesto, concluyó que no había relación laboral de los socios trabajadores con la empresa comitente.

3.1.2. La modificación judicial de la base de la demanda

Difícilmente comprensible es la STSJ de Cataluña de 30 de noviembre de 2017 (rec. 4423/201) cuando convalida la modificación de la base de la demanda que hizo el juez de instancia, desechando la solicitud de reconocimiento de relación laboral y afirmando en cambio la existencia de cesión³. Dado que condena por cesión, hay doctrina científica (Beltrán de Heredia, 2018; Cruz Villalón y Cialti, 2018) que se ha fijado en esta sentencia como referente judicial de un cambio de criterio con respecto a la STS de 17 de diciembre de 2001. Pero nada más lejos de la realidad. Por el contrario, entiendo que, en el fondo, esta resolución hace buena la tesis de la STS de 17 de diciembre de 2001.

La sentencia catalana admite que el asunto puede reconducirse, sin pedirlo la demandada, hacia la cesión ilegal; y dice también que, siendo una cooperativa, tendría que aplicar la STS de 17 de diciembre de 2001. Por eso, el tribunal replantea la cuestión atendiendo a que la demandante no era socia de Servicarne, sino trabajadora no socia. Y ello, según el tribunal, permite aplicar el artículo 43 del ET –«nos hallamos [...] ante una cesión ilegal de trabajadores en el concreto caso de la demandante, al no venir amparada su prestación laboral en la empresa arrendataria del servicio por la condición de cooperativista de la

³ El supuesto nace de una reclamación planteada contra Servicarne sobre accidente de trabajo, lo que pone sobre la mesa un caso no de cesión ilegal, sino de declaración de existencia de relación laboral. Así se tramitó la demanda en instancia y con este fundamento –art. 1.1 ET– llegó a suplicación. El tribunal catalán, sin embargo, modifica el planteamiento procesal, declara que ha existido cesión y que el accidente sufrido es de trabajo, aplica el artículo 43 del ET y hace responsables solidarias a las mutuas de las dos empresas.

misma»-. Planteamiento muy difícil de digerir. La misma prestación de servicios no puede ser y no ser al mismo tiempo una cesión ilegal. La clave para destapar estos fraudes no radica en la naturaleza del contrato del sujeto, sino en atender al empresario real. La STSJ de Cataluña de 2 de marzo de 2010 (rec. 6436/2008) así lo entendió cuando dijo que no había cesión ilegal y que la conclusión habría sido la misma de tratarse de una relación laboral. Lo importante era que no concurrían los requisitos de una cesión ilegal. La STSJ de Cataluña de 30 de noviembre de 2017 no sirve como referente de un cambio de rumbo, sino, en su caso, para lo contrario. Que el tribunal catalán tenga que recurrir –erróneamente– al argumento de la naturaleza laboral del vínculo del sujeto con la cooperativa solo puede interpretarse como indicativo de que el vínculo societario es incompatible con la existencia de una cesión ilegal, en el sentido técnico jurídico del artículo 43 del ET.

Por otra parte, la citada sentencia catalana dijo, de forma criticable, que el cambio de la base de la demanda no generó incongruencia porque «el *modus operandi* utilizado tiene encaje en las previsiones del artículo 43 del ET». Y algo similar sucede con la STSJ de Galicia de 5 de noviembre de 2019 (rec. 3149/2019). Hay doctrina (Rojo Torrecilla, 2020) que considera que esta sentencia matiza la STS de 17 de diciembre de 2001, porque ya no es necesario efectuar una prueba rigurosa del fraude. Sin embargo, esta sentencia gallega tiene que sortear gravísimos problemas aplicativos y de calificación jurídica para concluir que existe cesión. La demanda solo reclama por despido, pero en instancia se modifican sus términos, según la empresa comitente recurrente provocando indefensión, cuando se declara que existe cesión ilegal, argumentando que «ni la cesión ilegal de mano de obra ni la vulneración de la garantía de indemnidad son cuestiones ajenas al contenido de la demanda». Para más inri, no se condena a la cooperativa Servicarne, porque el recurso lo interpone Suavi. Y aquí, el tribunal pasa por alto que el fundamento de derecho segundo de su sentencia deja constancia de que, en suplicación, Suavi fundamenta la pretensión anulatoria de la sentencia de instancia en que «apreció una causa –cesión ilegal de trabajadores– no invocada en demanda, con la consiguiente modificación de esta y su respectiva indefensión». Esta sentencia, cuya tesis ha reiterado el mismo tribunal⁴, es contradictoria con otras, como la STSJ de Andalucía de 30 de abril de 2003 (rec. 351/2003), que, en el marco de un proceso por despido donde finalmente se acaba declarando que existe cesión ilegal, proceden a reparar «la incongruencia omisiva que se observa en la sentencia de instancia cuando guarda un absoluto silencio en lo que concierne a la intervención de la sociedad cooperativa»⁵.

⁴ Vid. SSTSJ de Galicia de 12 y 25 de noviembre y 19 de diciembre de 2019 (recs. 3149, 3192, 3797 y 3787/2019) y 30 de abril de 2020 (rec. 21/2020).

⁵ El tribunal expone que «procede extender solidariamente la responsabilidad laboral a la citada sociedad cooperativa en constitución en la cualidad de empresa contratista».

3.2. Demandas en procedimientos impulsados por la Administración laboral

La participación de las cooperativas como contratistas origina también pleitos por levantamiento de actas por cesión ilegal y/o de liquidación de cuotas⁶. Incluso pleitos a instancia de la empresa comitente, porque la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) ha dado de alta en el RGSS a las socias y los socios trabajadores por considerar que son personas trabajadoras por cuenta ajena de la misma –STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 8 de marzo de 2017 (rec. 994/2015)–.

3.2.1. Condenas por cesión ilegal en supuestos de cooperativas ficticias

La STSJ de Andalucía de 8 de noviembre de 2007 (rec. 2873/2006) es relativa a una sociedad anónima totalmente participada por el Gobierno ceutí mediante la que esa ciudad autónoma recibe mano de obra subcontratada desde catorce cooperativas constituidas a iniciativa de esa sociedad. La ITSS acciona frente a la ciudad autónoma por cesión ilegal, no frente a las cooperativas. Actuación correcta, ya que la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (LISOS) no contempla esta infracción cooperativa –art. 38 LISOS– y el principio de legalidad hace que en materia sancionadora no sea posible imponer sanciones por aplicación analógica de las normas.

El Gobierno ceutí alegó que a las cooperativas no se les aplica el artículo 43 del ET y el tribunal andaluz explicó que: «Son distintas las figuras del contrato de trabajo simulado y la del empresario aparente o formal». En este caso, con todo, el planteamiento de la cesión podría tener sentido, porque la mediación de la sociedad instrumental del Gobierno ceutí origina una relación triangular donde el trasiego de mano de obra –desde la cooperativa a la sociedad y desde esta a la Administración ceutí– encaja mejor en los moldes del artículo 43 del ET.

Este planteamiento de la existencia de cesión tiene también sentido en la STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de enero de 2014 (rec. 1007/2013). Un caso de cooperativa inexistente,

⁶ Vid. SSTSJ de Cataluña de 25 de julio de 2001 (rec. 1875/2001); Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 2 de junio y 29 de noviembre de 2001 (recs. 2996 y 3189/1996); Comunidad Valenciana de 2 de abril de 2004 (rec. 3889/2003); Andalucía de 8 de noviembre de 2007 (rec. 2873/2006); Castilla-La Mancha de 20 de diciembre de 2010 y 11 de noviembre de 2011 (recs. 1384/2010 y 1130/2011); Cataluña de 26 de enero de 2011 (rec. 6948/2009); Castilla-La Mancha de 17 de enero de 2014 (rec. 1007/2013); Navarra de 5 de junio de 2015 (rec. 532/2014); Castilla y León de 20 de septiembre de 2017 (rec. 712/2017); Cataluña de 1 de octubre de 2018 (rec. 2617/2018).

que esconde una auténtica cesión entre dos empresarios individuales⁷, y que incluye como particularidad que, aunque no se llamó a juicio a la cooperativa –porque no existía–, no se apreció constitución irregular de la relación procesal, porque «ya en sede administrativa, se consideró la citada como una mera pantalla formal de actuación del Sr. Álvaro, auténtico titular de las relaciones jurídico-materiales, y por ello también procesales».

3.2.2. La inviabilidad de declarar la existencia de relación laboral de socias y socios trabajadores con su propia cooperativa

En pleitos originados en actas de infracción por falta de afiliación y por reclamación de cuotas, lo apropiado es reclamar ex artículo 1.1 del ET –por ejemplo, STSJ de Cataluña de 25 de julio de 2001 (rec. 1875/2001)–. La Administración busca hacer aflorar la relación laboral entre las socias y los socios y la empresa comitente, asunto, según la STSJ de Navarra de 5 de junio de 2015 (rec. 532/2014), «de una complejidad que supera lo normal». Extrema complejidad, en efecto, como el supuesto resuelto por la STSJ de Castilla y León de 20 de septiembre de 2017 (rec. 712/2017). El tribunal no se plantea que exista cesión desde la cooperativa a una empresa comitente; se plantea que el contrato celebrado entre la empresa comitente y la cooperativa de trabajo asociado contratista es fraudulento, y encubre un contrato de trabajo de las socias y los socios trabajadores con su propia cooperativa, porque la cooperativa no respeta sus derechos políticos y de participación establecidos en la legislación cooperativa.

Este planteamiento tiene que adoptarlo el tribunal porque la ITSS reclamaba la existencia de relación laboral entre las socias y los socios trabajadores y su propia cooperativa. Pero el planteamiento no es adecuado. El caso es muy sospechoso debido a su configuración triangular. Dos empresas formalizan un contrato de suministro, que no es una contrata, y la empresa suministrada formaliza una contrata con una cooperativa. Un jefe de equipo de la cooperativa cárnica contacta con trabajadores de la empresa suministradora de la empresa comitente de la cooperativa, indicándoles que si quieren seguir trabajando deben ingresar como socios en la cooperativa. La cooperativa es contratada por la empresa suministrada para realizar actividades que materialmente se corresponden con la actividad de la empresa suministradora.

⁷ La cooperativa aparenta desarrollar su actividad en el sector agrario, pero no la constituyen trabajadores, sino un empresario individual que figura dado de alta en el RETA en la actividad de la construcción. Esta persona firma en nombre de la cooperativa un contrato de prestación de servicios de recogida de melones con otro empresario individual titular de una explotación agrícola. El carácter ficticio de la cooperativa –al comitente se le impone una sanción menor que al contratista, quien se lucra con la cesión– queda de manifiesto en los hechos probados que maneja el tribunal, referidos a que desde años antes del levantamiento del acta la cooperativa figuraba dada de baja en la base de datos de la TGSS.

Cuando el ingreso en una cooperativa no se produce voluntariamente, el camino para llegar a la declaración de relación laboral se allana mucho, aspecto que luego se retoma. En este caso, la cooperativa se constituyó para desviar a sus socios hasta la empresa suministradora de la empresa comitente de la cooperativa. Lo que podía haber es un fraude que consiste en no aplicar el artículo 1.1 del ET a la relación entre la suministradora y los socios subcontratados, no entre estos y su propia cooperativa. Si se dice que hay un contrato de sociedad fraudulento, entonces hay que admitir que hay otro contrato cuya aplicación se ha querido evitar. Lo difícil es entender –como sin embargo entendió la ITSS– que el contrato que se quería evitar es uno de trabajo entre los socios y su propia cooperativa. La contratación por cuenta ajena en estas empresas está legalmente restringida –art. 80.7 LC– y, además, con De Nieves Nieto (2005, p. 78), constituye un estadio previo al proceso legal de societización de este personal –art. 80.8 LC–. Por estos motivos, declarar que existe relación laboral entre estas personas y su propia cooperativa no es técnicamente afortunado, porque la solución se distancia de la ley.

Cuando hay irregularidades en contratos con cooperativas hay que reclamar la existencia de relación laboral entre las socias y los socios y la empresa comitente. Algo que dejan muy claro las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 18 de enero de 2007 (recs. 1532/2005 y 420/2006). En ese caso, la TGSS cursó el alta en el RGSS de las socias y los socios trabajadores de Servicarne como trabajadoras y trabajadores por cuenta ajena de dicha cooperativa. Las dos sentencias resuelven la impugnación de estas altas y las dos dicen que el proceder del inspector, reclamando las cuotas a Servicarne, constituye una «incongruencia esencial» y que la TGSS «concluye de forma ilógica un alta del socio en su propia cooperativa en vez de en el Grupo Sada».

4. Contratas con cooperativas cárnicas de trabajo asociado

En este sector y otros conexos, las cooperativas de trabajo asociado están en el punto de mira. Las relaciones entre el sindicalismo y el movimiento cooperativo nunca han sido fáciles (López Gandía, 2006) y los actuales convenios colectivos estatales de cárnicas y de mataderos oficializan la falta de entendimiento⁸.

⁸ El convenio de la industria cárnica incluye el compromiso de no utilizar cooperativas de trabajo asociado, mientras que el de mataderos opta por la «enigmática previsión» –STS de 21 de enero de 2020 (rec. 159/2018)– de acordar en términos porcentuales una reducción progresiva del recurso a las cooperativas. Los sindicatos pueden tener sus razones para incluir semejantes declaraciones. Las cooperativas también para defender su papel como contratistas. Y las asociaciones empresariales pueden sentirse cómodas con declaraciones convencionales que adolecen, según la STS de 21 de enero de 2020, del punto flaco de su falta de coercibilidad.

4.1. STS de 17 de diciembre de 2001. La presunción de legalidad de la contrata con la cooperativa

El análisis de estas sentencias puede comenzar con las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 14 de julio⁹ y 21 de septiembre de 2000 (recs. 516/2000 y 1011/2001). Ambas adoptan un planteamiento de acercamiento a la contrata con la cooperativa de trabajo asociado desde la sospecha, aludiendo a estas empresas como una figura susceptible de ser utilizada «para finalidad claramente distinta de la querida por la ley que las regula». Planteamiento, no obstante, rebatido por la STS de 17 de diciembre de 2001, que casa la STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de septiembre de 2000 en línea aperturista, favorable a la presunción de validez de estas contratas. Línea aperturista que siguen prácticamente al pie las SSTSJ de Cataluña de 14 de junio de 2013 (rec. 1251/2013), de 10 de febrero de 2015 (rec. 5637/2014) y la ya citada de 14 de enero de 2016 –que, ya se ha dicho, alude a la STS de 17 de diciembre de 2001 como pronunciamiento casacional de referencia–. La STSJ del País Vasco de 29 de abril de 2020 (rec. 378/2020) es también muy expresiva cuando establece que Servicarne no es una entidad ficticia; que no aplica la STS de 18 de mayo de 2018, porque «el supuesto de hecho enjuiciado por el Tribunal Supremo es bien distinto del que ahora se analiza»; y cuando afirma finalmente, respecto de Servicarne, que «sin que el hecho de haber sido descalificada en abril de 2019 pueda tenerse en cuenta, pues se trata de resolución administrativa impugnada y no firme».

El siguiente análisis pretende esclarecer cómo aplica la STS de 17 de diciembre de 2001 los criterios interpretativos del artículo 43.2 del ET. El análisis será complementado con los aspectos más destacables de la doctrina judicial sobre contratas con cooperativas cárnicas elaborada durante todos estos años, prestando atención a los criterios referidos a la autonomía técnica de la contrata¹⁰ y al ejercicio de los poderes empresariales, mediatos e inmediatos, tal y como estos poderes se conciben en las SSTSJ de Galicia de 19 de junio de 2006, de 4 de febrero de 2016 y de 18 de noviembre de 2019 (recs. 2329/2006, 5102/2015 y 3019/2019).

⁹ Esta sentencia apreció que la contrata era fraudulenta y fue confirmada por la STS de 12 de junio de 2001 (rec. 3749/2000), que no pudo, sin embargo, entrar en el fondo del asunto por inexistencia de contradicción.

¹⁰ En nuestra doctrina científica –Beltrán de Heredia, 2017– y también en la judicial –STSJ de Cataluña de 8 de febrero de 2019 (rec. 6061/2018)–, circula la idea de que el artículo 43.2 del ET está incompleto, porque falta el criterio de la autonomía técnica de la contrata. La descentralización no podría quedar imbricada en el núcleo esencial del objeto social de la empresa principal –según Falguera Baró, 2015, p. 93–, sino que tendría que proyectarse sobre una actividad específica, diferenciable de la propia actividad de la empresa principal –ahora con López Gandía, 2006–.

4.2. La contratación con cooperativas cárnicas como práctica común en el sector. Irrelevancia del criterio de la autonomía técnica de la contrata para identificar una cesión ilegal

El TS y nuestra doctrina judicial señalaron hace tiempo que la prevención con que los convenios de cárnicas y de mataderos miran a las cooperativas indica que su funcionamiento como contratistas «es común en el sector» –*vid.* STS de 17 de diciembre de 2001; SSTSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 29 de noviembre de 2001 (rec. 3189/1996); o País Vasco de 28 de octubre de 2014 (rec. 1764/2014)–. Y la restricción en términos porcentuales del recurso a las cooperativas en el convenio de mataderos «garantiza la persistencia» de estas empresas –*vid.* Sentencia de la AN de 7 de noviembre de 2001 (procedimiento en primera instancia 2/2001)–.

Así que, bien mirado, reconocer en la negociación colectiva que las cooperativas cárnicas tienen un espacio natural como contratistas en el sector implica, en la práctica, cuestionar que una contrata es fraudulenta cuando su objeto es desarrollar actividades correspondientes al núcleo del objeto social de la empresa comitente. La STSJ de Cataluña de 14 de noviembre de 2014 (rec. 5444/2014) es muy clara cuando apunta que encaja dentro de la ley que la contrata «se realice respecto de la actividad principal de la empresa contratista, y no solo respecto de actividades secundarias o complementarias». Es decir, la propia negociación colectiva del sector, también nuestros tribunales respecto de todas las contrataciones en general –*vid.*, por ejemplo, SSTSJ de Andalucía de 25 de octubre de 2018 (rec. 563/2018)¹¹; o Canarias de 5 de noviembre de 2019 (rec. 281/2019)¹²–, ponen contra las cuerdas al criterio de la autonomía técnica de la contrata para destapar cesiones ilegales.

Con el artículo 42 del ET en la mano, ninguna contrata tendría autonomía técnica¹³. Por eso, decir que una contrata no tiene autonomía técnica significa decir que la contrata es

¹¹ Según la cual una contratación administrativa puede esconder una cesión ilegal no porque un indicio de cesión sea que no existe «justificación o autonomía técnica del contrato administrativo, ni autonomía de su objeto», algo de imposible verificación *a priori*, sino porque lo que hay son indicios de que no existe dicha autonomía técnica. Indicios representados porque la empresa contratista no aporta «medios de producción propios» y «no ejerce el poder de dirección».

¹² Aquí, el tribunal canario sospecha que la justificación técnica de la contrata es dudosa, es decir, que la contrata es fraudulenta, y corrobora su impresión tras aplicar los criterios del artículo 43.2 del ET.

¹³ De acuerdo con este precepto y su interpretación jurisprudencial –*vid.* STS de 23 de enero de 2020 (rec. 2332/2017)–, si la actividad subcontratada es inherente al ciclo productivo de la empresa principal, habrá responsabilidad solidaria, mientras que si la actividad subcontratada es complementaria de la principal, habrá contrata, pero no habrá responsabilidad solidaria. Pero, en todo caso, lo que existe en una contrata es una subcontratación de parte del ciclo productivo –consustancial o complementario– de la empresa comitente.

irregular –por controvertido que sea, una actividad consistente en envasar la masa de pan que elabora la empresa principal puede constituir el objeto de una contrata¹⁴; todo está en función de cómo se ejecute dicha actividad¹⁵–. Este elemento de la falta de autonomía técnica, por tanto, no constituye un indicio de fraude, sino que es el resultado de la constatación de un fraude.

4.3. Criterios referidos a la realidad empresarial de la cooperativa y a la justificación técnica de la contrata

La STS de 17 de diciembre de 2001 considera que Servicarne «es desde luego una empresa real, con más de dos mil socios, de los que solo una mínima parte prestan sus servicios en la empresa comitente», y que en el caso resuelto existía justificación técnica de la contrata, porque Servicarne y la empresa principal «concertaron un contrato en virtud del cual esta última asumía la realización material de todos los procesos necesarios para la obtención del objeto social de aquella». El TS desautoriza, así, lo que al respecto dijeron las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 14 de julio y 21 de septiembre de 2000, que entendieron que el tráfico prohibido de mano de obra «puede perfectamente ocurrir entre empresas con una estructura propia y plenamente vigente». Todas las sentencias manejadas, por lo demás, versan sobre cooperativas materialmente existentes, con muchas socias y socios y que a menudo funcionan como contratistas con más de una empresa comitente.

¹⁴ La STSJ de Cataluña de 1 de marzo de 2017 (rec. 7166/2016) no utiliza el concepto autonomía técnica, pero hay autoras (Esteve Segarra, 2019, p. 3) que entienden que razona en esta clave cuando explica que la actividad de elaborar masa de pan para su venta congelada incluye el envasado del producto y que no es posible diferenciar ambas actividades, porque para distribuir la pasta que se suministra congelada hay que envasarla, etiquetarla y prepararla. Se declaró que hubo cesión y el mismo supuesto de la contrata de envasado se reprodujo entre las mismas empresas en la STSJ de Cataluña de 21 de enero de 2020 (rec. 5477/2019). Ambas empresas idearon un sistema para pulir organizativamente los flecos sueltos de la anterior –falsa– contrata. No lo consiguieron, argumentando el tribunal que:

[...] por mucho que el juzgado razone que dicha actividad se puede separar una de la otra, o que las dos gocen de la autonomía técnica [...] si en su día esta sala ya estableció que así era, que el envasado no era una actividad autónoma, ahora no podemos alterar lo que en su día se decidió.

¹⁵ A la luz de las dos sentencias catalanas citadas en la nota anterior, una actividad –envasado de masa– que se entiende consustancial al ciclo productivo de la empresa cliente puede, en los términos del artículo 42 del ET, constituir el objeto de una contrata lícita en la que, además –si se entiende que esa actividad es consustancial, no complementaria–, cabría exigir responsabilidades solidarias. Al mismo tiempo, sin embargo, esa misma actividad encajaría en el artículo 43.2 del ET, porque está imbricada con el objeto social de la empresa principal y, por tanto, no tiene autonomía técnica. Algo inexplicable. Si se examinan con detenimiento ambas sentencias se puede comprobar que el tribunal concluye que hay cesión ilegal, porque los datos objetivos existentes evidenciaban que la empresa multiservicios solo aportaba mano de obra.

4.4. Criterio referido a la aportación empresarial de los medios de producción

La STS de 17 de diciembre de 2001 apunta que la cooperativa contratista tiene organización propia, que pone dicha organización a disposición de su comitente, que tiene arrendado un local en sus instalaciones y que: «El utillaje es de Sada con excepción de las herramientas propias de los socios».

Esta sentencia contextualiza la aplicación de este criterio explicando que, en empresas de actividad simple, la actuación de la contratista «queda reducida a mínimas aportaciones [...] de la máxima simpleza». Importante remarcar que el TS está aquí en línea con la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción (LRSSC) –susceptible de ser utilizada para aplicar los criterios del art. 43.2 ET por analogía a las contrataciones con cooperativas¹⁶–, de la que se infiere que puede haber contrataciones lícitas pese a que la aportación de la contratista consista fundamentalmente en mano de obra –art. 5.2 f) LRSSC¹⁷–. Dado, en efecto, que en la construcción hay muchas fases cuya ejecución requiere exclusivamente trabajo manual, la LRSSC viene a inaplicar el criterio del artículo 43.2 del ET referido a que hay cesión cuando la contrata tiene por objeto una mera puesta a disposición de mano de obra. Las cooperativas cárnicas de trabajo asociado aportan fundamentalmente el trabajo manual de sus socias y socios matarifes; sin embargo, no por ello, dadas las características consustanciales a esta actividad y análogamente a lo que sucede en la construcción, hay que entender que la contrata encubre una cesión ilegal, incluso aunque la actividad de matarife se desarrolle con material de la empresa cliente, análogamente a lo que sucede con las contrataciones en el sector de la construcción –art. 5.2 f) *in fine* LRSSC¹⁸–.

4.5. Criterio referido al ejercicio de los poderes inherentes a la condición de empresario

El TS, también la STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 29 de noviembre de 2001 (rec. 3189/1996), sabe que toda contrata implica «la facultad civil del

¹⁶ De hecho, esta misma ley es utilizada en esta clave en la ya citada STS de 21 de enero de 2020 cuando dice que la negociación colectiva no puede restringir la posibilidad de externalizar el ciclo productivo mediante cooperativas.

¹⁷ Establece dicho precepto que la subcontratación en este sector no es posible si se pretende llevar a cabo por subcontratistas «cuya organización productiva puesta en uso en la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra». La existencia de esta limitación constituye un reconocimiento implícito de que puede haber contratistas que solo aportan mano de obra y, en su caso, herramientas manuales, motorizadas o no. Otra cosa es lo que dice la ley, referido a que estos contratistas no pueden subcontratar.

¹⁸ Según este precepto, cabe admitir que la contratista no solo aporte mera mano de obra, sino que las personas trabajadoras subcontratadas utilicen equipos de trabajo de otras empresas.

empresario principal de controlar la prestación del contratista» (Montoya Melgar, 2004, p. 138). Eso hace normal que las jefas y los jefes de equipo de la cooperativa cárnica que dirigen a socias y socios trabajadores en las instalaciones de la empresa principal reciban directrices de los mandos de esta última empresa¹⁹, es decir, que marquen a socias y socios trabajadores «las pautas a seguir en atención a la producción requerida por la empresa principal» –SSTSJ de Aragón de 16 de abril y 22 de junio de 2021 (recs. 201 y 361/2021)–.

En este sentido, la STSJ de Cataluña de 11 de noviembre de 2019 (rec. 3639/2019) recurrió la STSJ de Cataluña de 31 de octubre de 2001 (rec. 4654/2001) para fundamentar que la contrata con la cooperativa cárnica es lícita –lo mismo que hace la STSJ de Cataluña de 24 de marzo de 2021 (rec. 4979/2020)–. Esta sentencia de 2019 aparece cuando ya se había dictado la STS de 18 de mayo de 2018, reforzando, por tanto, la abundante doctrina judicial²⁰ que establece que la presencia de jefes y jefas de equipo de la cooperativa en las salas de despiece de la comitente indica que aquella ejerce de empresario. Así, la STSJ de Galicia de 10 de marzo de 2017 (rec. 3317/2016) –y otras²¹– es clara cuando explica que hay que prestar atención «a la actuación empresarial a través del ejercicio de los poderes empresariales inmediatos –organización del trabajo en la rutina diaria– y mediatos –actuaciones empresariales ejercitables con carácter más espaciado–». La subordinación técnica de los jefes y jefas de equipo respecto de los mandos de la empresa principal²², que «en modo alguno supone demostración decisiva de la existencia de una cesión ilegal» –*vid.* SSTSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 29 de noviembre de 2001 (rec. 3189/1996) y (Sala de lo Social) de 18 de diciembre de 2017 (rec. 6023/2017)–, puede –hay quien no lo entiende así (Beltrán de Heredia, 2017)– afectar a la esfera inmediata del poder de dirección de la cooperativa, no al poder de dirección mediato²³, sin caer en el ámbito de la cesión ilegal²⁴.

¹⁹ La STS de 17 de diciembre de 2001 rectifica el planteamiento de suplicación. Cuando el TS dice que no han quedado precisadas las funciones de los jefes de equipo de Servicarne, lo que hace es decir con otras palabras que el tribunal de suplicación no puede deducir, sin más, que estas personas son meras transmisoras de órdenes técnicas de la empresa principal. Juicio de valor del tribunal de suplicación que necesita el aval de los hechos probados, lo que no era el caso.

²⁰ *Vid.* SSTSJ de Castilla-La Mancha de 20 de julio de 2006 (rec. 494/2005); Cataluña de 14 de junio de 2013 (rec. 1251/2013); País Vasco de 28 de octubre de 2014 (rec. 1764/2014); Cataluña de 14 de noviembre de 2014 (rec. 5444/2014); Castilla y León de 10 de diciembre de 2015 (rec. 1952/2015); o Galicia de 13 de enero de 2017 (rec. 3068/2016).

²¹ *Vid.* SSTSJ de Galicia de 26 de enero de 2018 (rec. 4648/2017); Cataluña de 1 de octubre de 2018 (rec. 2617/2018).

²² O «subordinación a las órdenes del empresario principal en el aspecto técnico, o un poder de verificación o control por parte de la empresa contratante», según la STSJ de Galicia de 4 de febrero de 2016 (rec. 5102/2015).

²³ En cuyo caso sí que habría que hablar de contrata fraudulenta, como en el supuesto resuelto en la STSJ de Castilla y León de 21 de diciembre de 2001 (rec. 729/2001).

²⁴ Dice el tribunal gallego que la contrata era lícita, porque, por una parte, «[c]on relación a la gestión empresarial mediata –o poder empresarial de carácter mediato, que comprende los poderes disciplinarios, u

Según la STSJ de Cataluña de 30 de mayo de 2019 (rec. 721/2019), incluso es posible pactar con la cooperativa cárnica que la empresa comitente fije y controle el horario²⁵. Sentencia importante, por dos razones. De una parte, porque sentencias posteriores, como la STSJ de Cataluña de 20 de diciembre de 2019 (rec. 4118/2019), dicen lo mismo. De otra, porque el tribunal catalán tiene en cuenta la STS de 18 de mayo de 2018, pero decide dar valor a la STS de 17 de diciembre de 2001. Lo mismo que hace la posterior STSJ de Cataluña de 28 de julio de 2020 (rec. 1834/2020) o la ya citada STSJ del País Vasco de 29 de abril de 2020. Y hacen bien estas sentencias, porque, como se verá, las reflexiones de la STS de 18 de mayo de 2018 referidas a la carencia por parte de la cooperativa de transportes de estructura material u organizativa, entre otros argumentos, están desviadas del grupo normativo que hay que considerar para proporcionar una respuesta al problema de las contrataciones con cooperativas en los transportes.

4.6. La coacción a la socia o socio trabajador como determinante del reconocimiento de relación laboral con la empresa comitente

Presionar a una persona para que constituya una cooperativa que haga de contratista, o para que solicite su ingreso en la misma, conduce directamente al reconocimiento de relación laboral con la empresa comitente. Con toda claridad, la STSJ de Galicia de 13 de enero de 2017, ya citada, expresó que el fraude de ley que hay destapar para poder declarar que existe una relación laboral entre las socias y los socios trabajadores y la empresa comitente exigiría aportar pruebas «de que la actora fuera obligada a solicitar su alta como socia Servicarne SCCL y a darse de alta como trabajadora autónoma para continuar prestando servicios».

Pues bien, la posterior STSJ de Cataluña de 26 de julio de 2019 (rec. 2179/2019) resuelve un caso de esta naturaleza. El tribunal catalán tiene en cuenta que apenas mes y medio

otros aspectos como el abono del salario o la concesión de las vacaciones– [...] esa gestión se mantiene exclusivamente en manos de Servicarne». Por otra parte, en relación con la gestión inmediata, «es decir aquellas potestades empresariales necesarias para la gestión diaria o inmediata del negocio, tales como la determinación del horario diario o semanal, la emisión de órdenes o instrucciones, e incluso la vigilancia y control del trabajador para verificar el cumplimiento de sus obligaciones laborales», Servicarne tenía una organización «que le permite realizar con una plena efectividad la referida gestión empresarial inmediata».

²⁵ El tribunal catalán señala que:

Por lo que respecta al horario, era marcado por Frigorífics Costa Brava, SA, al corresponderle el control de higiene de todo el personal que accede a las zonas de producción, dado que en el contrato de arrendamiento de servicios suscrito con Frigorífics Costa Brava se había pactado que a esta entidad le correspondía la supervisión de la calidad del servicio prestado.

atrás había resuelto un caso similar declarando que la contrata con la cooperativa cárnica era legal –STSJ de Cataluña de 30 de mayo de 2019, ya citada–. Por eso, el tribunal se afana ahora en el «análisis de las circunstancias fácticas concurrentes en el supuesto que nos ocupa», expresando que «la entidad Roler España, SLU, ha contratado en su plantilla a trabajadores/as que anteriormente ostentaban la condición de socios/as de la cooperativa Trabajadores Asociados de la Industria Cárnica [...] tratándose de quienes depusieron como testigos». No lo explicita, pero el tribunal es muy consciente del contexto particular de este caso; de ahí, su fallo estimatorio del fraude²⁶. La coacción invalida el consentimiento para contratar y aboca a la nulidad del contrato societario.

La STSJ del País Vasco de 28 de febrero de 2012 (rec. 308/2012) va en la misma línea. Una empresa indica a su propio personal que debe darse de alta en la cooperativa TAIC «bajo amenaza de ser despedido». Aunque tampoco lo explicita en su sentencia, para el tribunal, la existencia de la coacción que supone amenazar a una persona con su despido si no dimite y se da de alta en la cooperativa es una circunstancia que desvirtúa el que el poder de dirección inmediato se desarrolle regularmente²⁷. Algo muy similar, con la misma cooperativa cárnica, sucede en la STSJ de Aragón de 30 de noviembre de 2020 (rec. 555/2020)²⁸. O también en la más reciente STSJ de Castilla y León de 15 de septiembre de 2021 (rec. 447/2021), que no valora suficientemente el hecho de que los sujetos afectados se adhirieron a la cooperativa:

²⁶ Si una empresa comitente coacciona a una socia o un socio trabajador subcontratado para que no declare en juicio es porque no le interesa que estas personas expliquen al tribunal que la contrata era un fraude. Así se entiende que el tribunal diga que:

[...] no ha resultado acreditada la existencia de estructura organizativa por parte de la cooperativa codemandada. Así, ni se ha acreditado que determinadas personas dirigieran la actividad de los/as actores/as en la empresa Roler España, SLU, ni los sistemas de organización, supervisión de trabajadores/as, directrices, o modos de producción,

o que diga que:

Si bien el recurso formulado por la entidad Roler España alude, de forma genérica, a que la cooperativa codemandada cuenta con infraestructura, medios y personal necesario, detentando el poder directivo y de organización, y asumiendo los riesgos de la actividad, así como a la existencia de uniformes diferenciados y medios manuales propios, no dejan de ser alegaciones sin soporte en el relato fáctico de la sentencia de instancia.

²⁷ Según el tribunal: «La única excepción al sometimiento del ámbito organizativo de Gurokela eran las órdenes del jefe de equipo, pero ello no era sino una mera dirección de mínimo nivel tendente a ordenar el trabajo del conjunto de cooperativistas».

²⁸ En los hechos probados que maneja el tribunal maño figura que:

Si una persona estaba interesada en trabajar en Rivasam, acudía a las instalaciones del Polígono El Campillo y allí se le indicaba que para ello tenía que darse de alta como autónomo. En estos casos, TAIC entregaba al interesado los documentos para ser dado de alta en la cooperativa como socio, con suscripción y entrega de estatutos, y se le gestionaba el alta en el RETA. En estas condiciones, el interesado ya podía empezar a prestar sus servicios en Rivasam.

[...] en virtud del interés que tenían en trabajar y tras haber tenido conocimiento de que se buscaba mano de obra en las instalaciones de Mataso en Soria. Al informarse de las condiciones laborales, se les indicaba que debían asociarse a la cooperativa Clavial.

Por otra parte, entre el 5 de noviembre de 2019 y el 27 de julio de 2020, el TSJ de Galicia ha dictado seis sentencias que declaran que la contrata cárnica es fraudulenta²⁹. La primera, STSJ de Galicia de 5 de noviembre de 2019, valora que «para poder trabajar en las empresas principales, las personas interesadas eran remitidas por estas entidades a la cooperativa». Según se deduce de esta sentencia, que una contrata con una cooperativa cárnica encaje en el artículo 42 del ET tiene el riesgo de que, si la cooperativa se implanta en un sector y ámbito territorial determinados, se puede poner a las personas demandantes de empleo en dicho ámbito en la tesitura de tener que solicitar el ingreso como socias en la cooperativa. Además de una conducta abusiva –art. 7.2 CC–, esto constituye una violación del derecho al trabajo –art. 35.1 CE– y también del principio legal de afiliación voluntaria de la Alianza Cooperativa Internacional, con eficacia jurídica real –art. 1.1 LC–. Violentar este principio legal, por consiguiente, supone un paso definitivo hacia el reconocimiento de relación laboral de la socia o socio trabajador con la empresa comitente. Si, en efecto, se acredita que el consentimiento para formalizar el contrato societario no ha sido prestado de forma libre, sino inducido por la comitente o por la cooperativa, se produce una vulneración del artículo 1.1 de la LC y hay que hablar de contrato societario radicalmente nulo –art. 1.261 CC–.

En la STSJ de Galicia de 12 de noviembre de 2019, el tribunal se aparta de sus Sentencias de 26 de enero de 2018 (rec. 4648/2017) y de 13 y 23 de enero y 10 de marzo de 2017 (reces. 3068, 3070 y 3317/2016) –que declararon que la contrata era legal– aduciendo que «nos encontramos ante circunstancias fácticas diferentes». Aunque el tribunal no señala en qué cambian las circunstancias, el dato es que aquí hay coacción para solicitar el ingreso en la cooperativa; el tribunal recoge este dato al narrar los hechos probados, pero no lo valora en los fundamentos³⁰. Las posteriores SSTSJ de Galicia de 25 de noviembre y 12 de diciembre de 2019 son técnicamente más correctas, porque valoran que hay coacción en los fundamentos de derecho³¹. Pero no sucede lo mismo con la Sentencia de 30 de abril de 2020. Lo que hace aquí el tribunal es declarar que hay fraude, pero instalado en el apriorismo de que «Servicarne SC es una simulación». Probablemente ayudase al tribunal a utilizar semejante apriorismo el que todas sus anteriores sentencias hubiesen concluido

²⁹ *Vid.* SSTSJ de Galicia de 5, 12 y 25 de noviembre de 2019 (reces. 3149, 3192 y 3797/2019), de 19 de diciembre de 2019 (rec. 3787/2019) y de 30 de abril y 27 de julio de 2020 (reces. 21 y 1728/2020).

³⁰ Y eso que el tribunal apunta en los fundamentos de derecho que valora expresamente «no solo la prueba documental sino también la testifical».

³¹ Puede leerse en la sentencia que «Matadero Suavi les indicaba a todos los trabajadores que prestaban servicios en la misma que "debían de ponerse en contacto con Servicarne para integrarse en ella y darse de alta en el RETA, como condición imprescindible para trabajar en Suavi"».

en este sentido de *Servicarne* como simulación. Pero si estas sentencias contienen el fallo que contienen, es porque concurría el elemento invalidante que supone la coacción, como sucede con la última sentencia de esta lista, la STSJ de Galicia de 27 de julio de 2020 (rec. 1728/2020)³². Si este hecho determinante de la coacción no concurre, aquel apriorismo judicial se antoja un ejercicio de discrecionalidad.

4.7. Valoración crítica

Hay quien entiende (López Gandía, 2006) que las jefas y los jefes de equipo de las cooperativas cárnicas no pueden ser «meros transmisores de órdenes técnicas de la empresa principal» y que la STS de 17 de diciembre de 2001 «no entra a considerar si se trata de un mero ejercicio formal del poder de dirección». Sin embargo, pedirle al tribunal que considere si el ejercicio del poder directivo de estas personas es formal o material es pedirle que supla la actividad probatoria de quien reclama la existencia de relación laboral entre las socias y los socios trabajadores subcontratados y la empresa comitente. Cuando los tribunales declaran que la contrata es legal es porque no se ha podido dar un significado concreto al hecho de que la jefa o jefe de equipo sea un mero transmisor de órdenes técnicas, pues precisamente en eso consisten las funciones de esta figura, no pudiendo tampoco descifrar ante el tribunal la relevancia de tener que organizar todo un entramado fáctico de naturaleza interempresarial para conseguir desviar la atención de una contrata supuestamente fraudulenta.

Cuando nuestros tribunales declaran que la contrata cárnica es fraudulenta, no es porque se caiga en el ámbito del prestamismo prohibido, sino porque en el proceso ha quedado acreditado que se ha producido el incumplimiento normativo que supone vulnerar el principio de la legislación cooperativa de afiliación voluntaria. Lo que pasa es que este motivo tan específico que conduce al reconocimiento de relación laboral entre la socia o el socio trabajador y la empresa comitente normalmente brilla por su ausencia en las resoluciones de nuestros tribunales; solo es posible extraerlo realizando, como explica Sala Franco (1977, p. 55), una «interpretación sociológica de la jurisprudencia». Probablemente, ayudaría a resolver a nuestros tribunales un planteamiento de las correspondientes demandas en solicitud de reconocimiento de relación laboral de las socias y/o los socios trabajadores con la empresa comitente alegando, no cesión ilegal, sino vulneración del citado principio legal –art. 1.1 LC–.

Falguera Baró (2015, pp. 92-93), crítico con la STS de 17 de diciembre de 2001 —«No comparto la lógica de dicho pronunciamiento»—, considera que el problema de las contratas con cooperativas cárnicas radica en que su finalidad es que la comitente sustituya plantilla por trabajadoras y trabajadores autónomos, manteniendo incólume su modelo organizativo. Explica

³² En los hechos probados que maneja el tribunal vuelve a figurar que «*Servicarne* accedía a cursar el alta como socios de quienes [...] pretendían trabajar en empresas como *Suavi*, la cual les remitía, previamente a tales efectos, a la cooperativa».

dicho autor que los elementos diferenciadores entre los artículos 42 y 43 del ET pueden darse en el caso de las contratas con cooperativas, porque «no tiene sentido alguno que –al margen de la existencia de un contrato laboral– pueda concurrir esta segunda figura cuando la contratista es una sociedad mercantil ordinaria y no si se trata de una cooperativa de autónomos». Sin embargo, el sector cárnico es intensivo en mano de obra. Y, no siendo necesaria una aportación de medios especialmente significativa y siendo normal que el sacrificio y despiece de los animales se lleve a cabo en las instalaciones de la empresa comitente, la simplicidad de esta actividad no puede llevar a considerar que únicamente se puede realizar en el marco del trabajo por cuenta ajena. La distancia, en fin, entre la crítica doctrinal y el ejercicio de la función jurisdiccional es muy evidente en este caso de las cooperativas cárnicas contratistas³³.

5. Contratas con cooperativas de transportes terrestres de mercancías

Las cooperativas de transporte de mercancías por carretera están dando lugar a una profusa y confusa doctrina judicial que necesita clarificar sus referentes normativos. Este sector está regulado por el derecho público –legislación estatal de los transportes– y por el derecho privado –contrato de transporte–. Cuando en el contrato de transporte interviene una cooperativa, aparece la legislación sobre cooperativas –estatal y autonómica– y normas sociales conexas. El resultado es que cada vez que nuestros tribunales tienen que resolver problemas sobre cesión ilegal de transportistas tienen muchas dificultades para conceptuar adecuadamente a la cooperativa, lo que conduce a soluciones técnicamente poco afortunadas.

5.1. Las cooperativas en la Ley de ordenación del transporte terrestre

El ordenamiento público de los transportes terrestres lo representa la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres (LOTT), y el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, que aprueba el Reglamento de la Ley de ordenación de los transportes terrestres (ROTT). Por otro lado, las cooperativas pueden desarrollar cualquier actividad económica lícita –art. 1.2 LC– y, en este sentido, la alusión expresa a esta figura, el «núcleo central del cooperativismo de transportes» (Mundo Guinot, 2013, p. 28), en la exposición de

³³ El citado autor no comparte la lógica de la STS de 17 de diciembre de 2001. Sin embargo, este autor, en su condición de magistrado, firma como ponente la ya citada STSJ de Cataluña de 14 de enero de 2016, una de las pocas técnicamente correctas de toda esta maraña judicial y la que mejor pone de manifiesto que la tesis que hay que aplicar cuando se enjuicia la regularidad de una contrata cárnica con una cooperativa de trabajo asociado es la tesis de la STS de 17 de diciembre de 2001, que ese mismo autor había criticado algo antes de firmar como ponente esta sentencia, que califica a la STS de 17 de diciembre de 2001 como pronunciamiento casacional de referencia.

motivos de la LOTT tiene una significación muy especial en el específico ámbito del transporte de mercancías por carretera.

Tanto antes como después de su reforma mediante la Ley 9/2013, la LOTT y el ROTT exigen, entre otros requisitos, obtener «la autorización que habilite» para la realización de actividades de transporte público de mercancías –art. 42.1. 1.º LOTT–, es decir, la tarjeta de transporte. El artículo 43 de la LOTT aclara que cualquier persona jurídica cuyo objeto social indique que se dedica a la actividad del transporte y tenga ánimo de lucro, incluidas, por tanto, las cooperativas –entidades con ánimo de lucro (Trujillo Díez, 2000, p. 183)–, puede ser titular de una tarjeta. De hecho, la propia LOTT exime a las cooperativas de servicios de transporte de ser titulares de autorización de operador de transporte para comercializar los servicios de sus socias y socios, dato indicativo de que esta ley las considera como entidades con ánimo de lucro (Mundo Guinot, 2011, p. 35). Y con carácter particular, procede señalar, porque tiene relación con la exclusión de la legislación laboral del artículo 1.3 g) del ET, que la tarjeta de transporte no se exige para vehículos cuya masa máxima autorizada sea inferior a 2 toneladas –art. 33.2 d) ROTT–.

Para obtener una tarjeta para vehículos de más de 3,5 toneladas, por otra parte, la persona solicitante, entre otros requisitos, debe disponer de uno o más vehículos en propiedad, arrendamiento financiero o arrendamiento ordinario –art. 54.2. 1.º LOTT– y de capital y reservas por un importe mínimo de 9.000 euros, si utiliza un solo vehículo –art. 46 b) LOTT–. Estos requisitos acercan al colectivo de socios de una cooperativa de transporte más a la figura del trabajo autónomo que a la del trabajo por cuenta ajena. De hecho, la legislación anterior a 2013 corroboraba esta impresión cuando establecía que para ser socio o socia de una cooperativa de trabajo asociado de transporte había que transmitir la tarjeta a la cooperativa o, en su caso, renunciar a ella –viejo art. 52.1 ROTT–.

5.2. Las cooperativas en la Ley del contrato de transporte terrestre de mercancías

El contrato de transporte terrestre de mercancías, regulado por la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías (LCTTM), articula la contratación de servicios de transporte entre las empresas porteadoras y las empresas usuarias del servicio de transporte, las cargadoras.

El contrato de trabajo equivale a deuda de actividad y el de transporte a deuda de resultado³⁴. Diferencia radical que condujo en 1994 a excluir del ET a los transportistas titulares

³⁴ Un voto particular formulado a la STSJ de Navarra de 5 de junio de 2015 (rec. 532/2014), que apreció cesión ilegal de transportistas desde una cooperativa de trabajo asociado, explica muy bien las características de este contrato cuando dice que «desde el derecho romano se consideró un contrato de obra

de la tarjeta de transporte y del vehículo, o con poder de disposición directo sobre el mismo. Posteriormente, la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA) incidió en la condición profesional de este colectivo mediante determinadas especialidades aplicables a la figura del TRADE (trabajador autónomo económicamente dependiente) transportista –disp. adic. undécima LETA– y mediante la exclusión de su ámbito subjetivo de los profesionales que ejercen su profesión conjuntamente con otros en régimen societario –art. 11.3 LETA–.

5.3. Cooperativas de servicios de transporte

Las cooperativas de transportistas –art. 100 LC–, o cooperativas de servicios de transporte, son empresas de servicios de transporte cuyos socios y/o socias son empresarios transportistas. Estas cooperativas no necesitan tarjeta para comercializar los transportes de sus socios y socias, quienes son titulares de su propia tarjeta –art. 119.1 c) LOTT–. Esto significa que estas cooperativas no son transportistas en sentido estricto, sino agencias intermediarias de los servicios de transporte de sus socios y socias (Puetz, 2019, p. 2) que desarrollan, en los términos del artículo 1.1. 3.º de la LOTT, actividades «auxiliares y complementarias del transporte», eliminando el coste de la comisión de la figura del intermediario (García Cachafeiro, 2006, p. 426).

Las cooperativas de servicios de transporte tienen que comercializar en nombre propio los servicios de transporte de sus socias y socios –art. 119.3 LOTT–. La contratación del servicio que comercializa la cooperativa no la pueden efectuar los transportistas en su nombre. Este principio de la contratación en nombre propio, reconocido en el artículo 22.1 de la LOTT desde 2013 y en el artículo 5 de la LCTTM desde 2009, determina que entre los socios y socias cooperativistas transportistas y el cliente o cargador no exista vínculo jurídico y que, conceptualmente, no pueda apreciarse la condición de TRADE del socio o socia transportista³⁵. Estas cooperativas, en fin, como empresarios que son, pueden organizar con plena autonomía la contratación como porteadores de los servicios de transporte de sus socias y socios, quienes no pueden facturar al cargador, porque debe hacerlo la cooperativa de servicios de transporte –art. 22.1 LOTT–.

y no de servicios» debido a «riesgos propios del ejercicio de esta clase de actividad, y a la dificultad de controlar la actividad, que no se realiza en un local y tiempo determinado, que permita actualizar la dependencia, propia de una prestación de servicios». El citado voto destaca «que en el transporte la titularidad de los medios de producción no es decisiva para delimitar entre el contrato de obra o el de servicios, pues lo más significativo es que se quiere el resultado y no la actividad».

³⁵ En su caso, esta posibilidad podría plantearse en el marco de las actividades con terceros no socios que el artículo 100.2 de la LC dice que estas cooperativas de servicios de transporte pueden desarrollar, siempre que una norma específica así lo autorice. Normativa específica que habría que encontrar en el artículo 5.3.1.º de la LCTTM, también en los artículos 10.1 y 15.2 de la LC, y que impone considerar que, si los estatutos de la cooperativa de servicios de transporte no lo autorizan (Mundo Guinot, 2011, p. 114), el socio o socia transportista de una cooperativa de servicios no puede contratar a su nombre.

5.4. Cooperativas de trabajo asociado de transporte

Cualquier empresa, incluidas las cooperativas de trabajo asociado, puede solicitar y obtener, si cumple los requisitos, una tarjeta de transporte –art. 43.1 LOTT–. El ya citado artículo 5 de la LCTTM da reconocimiento legal expreso a las cooperativas de trabajo asociado de transporte –empresas gestoras de las tarjetas que utilizan sus socias y socios, según la STSJ de Castilla y León de 5 de julio de 2016 (rec. 338/2016)–, estableciendo, por un lado, que estas cooperativas tienen que contratar en nombre propio los servicios de transporte y, por otro lado, que sus socias y socios trabajadores tienen que contratar los transportes que ejecutan materialmente en nombre de la cooperativa a la que pertenecen.

Un adecuado enfoque de las cuestiones litigiosas que se suscitan entre las socias y los socios trabajadores y las cooperativas de trabajo asociado de transporte obliga a valorar que un transportista individual con vehículo propio o arrendado de más de 2 toneladas –y, por consiguiente, con tarjeta de transporte– está fuera del ET y del ámbito competencial de la jurisdicción social –art. 1.3 g) ET–. Estas personas, sin embargo, pueden integrarse en una cooperativa de trabajo asociado de transportes cediendo su tarjeta a la cooperativa, en cuyo caso la socia o el socio trabajador pasaría a estar dentro del ámbito competencial de la jurisdicción social –art. 87 LC y art. 2 c) Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS)–. Dentro de la jurisdicción social, el problema deberá ser resuelto manejando los parámetros legales aplicables, sin poder utilizar el dato de que la titularidad de la tarjeta corresponde a la cooperativa para otros efectos distintos –como erróneamente hizo la STSJ de Cataluña de 24 de mayo de 2016 (rec. 1933/2016)³⁶– de los propios de ser condición indispensable para que la persona pueda integrarse como socia o socio trabajador transportista.

Para centrar el asunto de la delimitación competencial entre órdenes jurisdiccionales, es necesario señalar que el principio de contratación en nombre propio, introducido en el artículo 22 de la LOTT en la reforma de 2013, obedeció a la intención de erradicar la mala

³⁶ El tribunal resuelve una demanda sobre reclamación de cantidad. El socio puso su vehículo a nombre de la cooperativa titular de la tarjeta. En instancia se desestimó la excepción de incompetencia de la jurisdicción social opuesta por la cooperativa –que alegaba que el socio era propietario del vehículo y eso hacía que el orden social no fuera competente– y se condenó a la cooperativa. En suplicación, la cooperativa denunció que se habían vulnerado los artículos 1.1, 1.2 y 1.3 g) del ET, porque entre el socio y la cooperativa no existe relación laboral y «no corresponde el conocimiento de la controversia a la jurisdicción social». El error al formular el recurso es grave, porque la competencia de la jurisdicción social es plena –art. 87 LC–. De hecho, los estatutos de muchas cooperativas de trabajo asociado de transporte contemplan que los aspirantes a socios pongan sus vehículos a nombre de la cooperativa, como aportación no dineraria susceptible de valoración económica, según Mundo Guinot (2011, p. 172). La titularidad dominical del vehículo es un dato intrascendente al efecto que pretende la cooperativa. Pero lo grave del caso es que el tribunal catalán confirma la sentencia de instancia manteniéndose en la línea del recurso de la cooperativa, sin advertir que el orden social sí es competente.

praxis consistente en facturar los servicios de transporte en nombre del socio o socia de la cooperativa de trabajo asociado, no de la cooperativa titular de la tarjeta; mala praxis (en contra, Alguacil *et al.*, 2013, p. 13) que permitía a los transportistas con vehículo, pero sin tarjeta, sortear la LOTT para seguir funcionando como unidades de explotación autónomas, centro de imputación fiscal y de actividad independiente. Desde esa reforma, esta práctica origina una infracción muy grave –art. 140.4 LOTT–, habiendo quien señala (Fajardo, 2019, p. 23) que «parece haberse erradicado». Conviene tener esto muy presente, porque muchas sentencias aplican la legislación anterior a 2013 y, por tanto, las reclamaciones por cesión ilegal de socios y/o socias transportistas se mueven en este espinoso terreno de trabajadoras y trabajadores autónomos transportistas sin tarjeta que constituyen una cooperativa de trabajo asociado con tarjeta que hace las veces de cooperativa de servicios de transporte prestados por verdaderos empresarios transportistas.

5.5. Afinidades entre cooperativas de servicios de transporte y cooperativas de trabajo asociado de transporte. Problemas aplicativos en la práctica judicial

Lo que complica las reclamaciones por cesión ilegal de socios y socias transportistas son las similitudes entre las cooperativas de trabajo asociado de transporte y las cooperativas de servicios de transporte. Como se ha señalado (Alguacil *et al.*, 2013, p. 17), ambas se dedican al transporte de mercancías por carretera. La cooperativa de servicios de transporte atiende a necesidades de demanda de sus socias y socios, pero también a necesidades de producción, porque comercializa en el mercado los servicios de transporte que prestan sus socias y socios (Mundo Guinot, 2011, pp. 115 y 127).

La reforma de 2013 acrecentó estas similitudes, y las consiguientes dificultades de calificación (Mundo Guinot, 2014, pp. 100 y 102). Por una parte, años después se suprimió el precepto reglamentario que establecía que las cooperativas de servicios de transporte no pueden ser titulares de la tarjeta. Por otra, también desapareció el requisito de que el socio o socia de la cooperativa de trabajo asociado de transporte no puede ser titular de la tarjeta (Puetz, 2019, p. 8). La desaparición de estas prohibiciones abre la puerta al modelo de las cooperativas mixtas, o integrales, de transportes, avanzado por la legislación autonómica (García Cachafeiro, 2006, p. 423), que obliga a representarse el supuesto de una misma cooperativa que es titular de la tarjeta y contrata en su nombre los transportes que ejecutan sus socias y socios trabajadores y al mismo tiempo hace, sin necesidad de tarjeta, de agencia de comercialización de los servicios de transporte de sus socias y socios transportistas, titulares de su propia tarjeta. Como se explica en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 29 de abril de 2021 (rec. 1816/2020), la cooperativa de transporte mixta «podrá incluir socios exclusivamente de servicio y otros que, no disponiendo de título de transportista, puedan ejercer la actividad con vehículos propios de la cooperativa o aportados por el socio».

Que una inadecuada diferenciación entre cooperativa de servicios de transporte y cooperativa de trabajo asociado de transporte plantea graves problemas que no son de laboratorio lo demuestran distintas sentencias. Explican bien este aspecto las SSTSJ de Asturias de 9 de enero de 2009 (recs. 1392 y 1559/2008) o la de Cataluña de 16 de noviembre de 2004 (rec. 5376/2004), a tenor de las cuales las reclamaciones de cantidad de las socias y los socios transportistas de las cooperativas de servicios de transporte «quedan fuera de la competencia del orden jurisdiccional social». Las cosas, sin embargo, puede ser más complicadas y la STSJ del País Vasco de 18 de junio de 2008 (rec. 1166/2008) da buena cuenta de ello cuando plantea la circunstancia, «más jurídica que fáctica, de no ser el trabajador socio de trabajo propio de una cooperativa de trabajo asociado sino más bien un transportista trabajador y socio». De hecho, el tribunal vasco revocó la sentencia de instancia y declaró la incompetencia de la jurisdicción social por entender, pese a lo que decían los estatutos de la cooperativa, que la misma era una cooperativa de servicios de transporte y el socio un socio transportista, no un socio trabajador.

El análisis que ahora se inicia de la jurisprudencia y doctrina judicial existente en materia de contrataciones con cooperativas de trabajo asociado de transportes adopta el referente de la STS de 18 de mayo de 2018. Son diversos los extremos remarcables de toda la doctrina judicial existente al respecto y sobre todos estos extremos razona, de una forma u otra, el TS en la citada sentencia.

5.6. Las fuentes reguladoras de las cooperativas de trabajo asociado de transporte de mercancías por carretera según la STS de 18 de mayo de 2018

La STS de 18 de mayo de 2018 dedica sus cinco primeros fundamentos a presentar la cuestión, a justificar la existencia de contradicción, a centrarla jurídicamente ex artículo 1.3 g) del ET y a cuestionar la STS de 17 de diciembre de 2001. Llegado el momento de resolver –fundamento sexto–, el TS comienza remitiéndose a la LC, no a la ley autonómica que resultaba aplicable, y avanza ideas muy indicativas del sentido de su fallo. Así, por ejemplo, cuando manifiesta que las peculiaridades de las cooperativas «no permiten llegar al punto de que pueda valer la mera y simple constitución puramente formal de una cooperativa de esta naturaleza para dar visos de legalidad a cualquier fórmula de relación con terceras empresas».

El TS afirma que las cooperativas de trabajo asociado de transporte «pueden ser titulares de las autorizaciones administrativas de transporte a que se refiere el art. 1.3 g) ET, tal y como así lo establece el Real Decreto 1211/1990», y cita los artículos 41.5 y 42.1 a) del ROTT. Estos preceptos estuvieron formalmente vigentes hasta el Real Decreto 70/2019, pero la norma legal de cobertura –viejo art. 60.2 LOTT– estaba materialmente derogada desde 2013. La norma de cobertura era –es– el artículo 22 de la LOTT. Que esta sentencia

se construya no desde la LOTT sino desde el ROTT y sobre la base del artículo 42.1 a) del ROTT, formalmente derogado desde 2013, dice poco acerca de su rigor técnico y conlleva hurtar al debate elementos interpretativos importantes, tal y como se verá.

5.7. La ausencia de valoración de las connotaciones del contrato de transporte como contrato de resultado en la STS de 18 de mayo de 2018

Con su forma de razonar, el TS evita tener que valorar las alternativas que la LOTT atribuye a las cooperativas para efectuar transportes de mercancías por carretera. También se ahorra valorar las implicaciones de la naturaleza del contrato de transporte como contrato de resultado desde el punto de vista del ejercicio de las facultades directivas empresariales. Valoración esencial. Y es que, por contraste con la STS de 18 de mayo de 2018, las posteriores SSTSJ de Cataluña de 25 de marzo de 2019 (rec. 155/2019) o Andalucía de 15 de enero de 2020 (rec. 3351/2018) ponen bien de manifiesto que las socias y los socios trabajadores transportistas de las cooperativas de trabajo asociado pueden prestar sus servicios de transporte para una empresa principal y que, pese a ello, no es fácil apreciar la existencia de una relación laboral.

La idea anterior la expresa bien la STS de Madrid de 26 de enero de 2015 (rec. 982/2014) cuando señala que:

[...] resulta irrelevante que el supervisor de la demandada confeccionase la ruta del demandante o que las entregas se hubieran de realizar en una franja horaria que es lógicamente la de apertura del comercio, o que el demandante debiera colocar la mercancía conforme al deseo del cliente, elementos que no necesariamente implicarían una dependencia laboral, pues también en el contrato de transporte resulta factible el establecer o pactar unas líneas generales respecto a las entregas.

La misma idea la explica con otras palabras la STSJ de Galicia de 18 de febrero de 2021 (rec. 4219/2020) cuando expone que:

[...] la clave en la que se sustenta la exclusión del ámbito laboral de una actividad que en definitiva se realiza dentro del ámbito de organización y dirección de un empresario, con sometimiento a las órdenes e instrucciones impartidas por el mismo, y que reuniría en abstracto todos los elementos que caracterizarían el contrato de trabajo en aplicación de lo dispuesto en el art. 1.1 ET [...] no es otra que la importancia económica que en sí misma tiene la conjunta concurrencia de esos dos requisitos objetivos a los que se refiere el art. 1.3 g) ET, la titularidad de la autorización administrativa de transporte y la propiedad o poder de disposición sobre el vehículo.

En este sentido, y a mayor abundamiento, conviene tener presente que, en los transportes, los criterios del artículo 11 de la LETA para evitar que la figura del TRADE encubra una contratación por cuenta ajena, muy similares a los del artículo 43 del ET, no resultan aplicables. De acuerdo con la disposición adicional undécima de la LETA, efectivamente, el TRADE transportista titular de la tarjeta sigue siendo TRADE, sin irse al mundo del trabajo subordinado, aunque realice el transporte confundido con el personal por cuenta ajena de su cliente; aunque no disponga de infraestructura ni de material; y aunque desarrolle su actividad sin criterios organizativos propios, recibiendo no solo indicaciones técnicas, sino auténticas órdenes e instrucciones. Desafortunadamente, pocos tribunales tienen en cuenta esta importante pauta interpretativa para resolver problemas sobre cesiones de socias y socios trabajadores transportistas.

La STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de julio de 2016 (rec. 1602/2016) sí que aplica bien la pauta anterior. Explica el tribunal valenciano que el cargador puede concretar los transportes, los viajes y la carga y descarga, porque eso es una prerrogativa del contrato de transporte –señala el tribunal que «si el objeto del contrato de arrendamiento no era otro que prestar los servicios de transporte que Linser indicaba, no alcanzamos a entender cómo pudiera llevarse aquel a término si la propia empresa para la que se prestaba el servicio no estipulaba los puntos de entrega y recogida y sus fechas»–. Esta sentencia tiene, sin embargo, dos problemas. Uno, que la tesis de la ausencia de dependencia constituye un mero *obiter dicta*, por cuanto la solución, errónea, que dio el tribunal valenciano fue desestimar la reclamación del socio aplicando nefastamente la exclusión de laboralidad –art. 1.3 g) ET–. Otro, que la sentencia fue casada por la STS de 18 de mayo de 2018, desautorizando así la tesis, correcta, de la ausencia de dependencia laboral en el contrato de transporte.

El error que comete la STS de 18 de mayo de 2018 desautorizando esta tesis no es pequeño. El TS dice que la cooperativa de trabajo asociado es ficticia por los motivos que se exponen a continuación, con su correspondiente crítica: 1.º Porque la cooperativa se limita a aportar la tarjeta. Sin embargo, esta es la función que la legislación del transporte atribuye a las cooperativas de trabajo asociado. 2.º Porque la empresa cargadora es la propietaria de los vehículos, que alquila a la cooperativa. Sin embargo, la LOTT contempla este contrato de arrendamiento de vehículos –art. 133 LOTT– y también que el poder de disposición del titular de la tarjeta sobre el vehículo sea en concepto de arrendamiento –art. 54.2 LOTT–. 3.º Porque la cargadora dispone de la clientela, organiza el trabajo, las rutas, la gestión de cada encargo y trata con los conductores sin intermediación de la cooperativa. Sin embargo, la figura legal del «transporte continuado» –art. 8.1 LCTTM– posibilita que haya exclusividad en la prestación de los servicios para un solo cargador, siendo asimismo posible pactar el número, frecuencia, características y destino de los envíos –art. 8.2 LCTTM– o el lugar y fecha de recepción o entrega –art. 10.1 d) y e) LCTTM–. Con estos datos legales como referente, además de la disposición adicional undécima de la LETA, tiene poco sentido decir que el socio o socia transportista de una cooperativa de trabajo asociado de transportes no puede hacer, porque encubre una relación laboral, en una contrata de transportes aquello que sí puede hacer un TRADE transportista individual.

5.8. La aplicación de la competencia del orden jurisdiccional social por inaplicación del artículo 1.3 g) del ET en la STS de 18 de mayo de 2018

La ya citada STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de julio de 2016 aplicó el artículo 1.3 g) del ET a la relación entre la empresa cargadora y los socios trabajadores transportistas de la cooperativa y concluyó que el orden social era incompetente. El tribunal valenciano entendió que «existe un primer dato a tomar en consideración para excluir el componente laboral de la relación que unía a las partes: la necesidad de autorización administrativa», señalando también que:

El hecho de que la autorización administrativa no pertenezca al aquí demandante no obsta la aplicación del art. 1.3 g) ET, desde el momento en que aquella pertenece a la cooperativa a cuyo ámbito de actuación se sujetó el actor.

Este enfoque del tribunal valenciano no es adecuado. En primer lugar, porque el artículo 1.3 g) del ET atiende al plano de la figura del transportista individual, no al de la figura del transportista organizado de forma colectiva mediante una cooperativa de trabajo asociado titular de la tarjeta de transporte. En segundo lugar, porque –ya se ha dicho– los artículos 87.1 de la LC y 2 c) de la LRJS atribuyen, de forma expresa, a la jurisdicción social competencia para conocer de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre las cooperativas de trabajo asociado y sus socias y/o socios exclusivamente por la prestación de sus servicios. De hecho, de no existir esta atribución competencial, las reclamaciones de las socias y los socios trabajadores de las cooperativas cárnicas de trabajo asociado contratistas contra las empresas comitentes no podrían tramitarse en el orden social. Lo lamentable es que esta pauta, incorrecta, está muy asentada³⁷. Y para muestra de lo desafortunado de este proceder judicial, el botón que supone la reciente STSJ de Cataluña de 7 de junio de 2021 (rec. 771/2021), donde el tribunal, por un lado, dice que el sujeto es socio trabajador de una cooperativa de trabajo asociado de transporte y, por otro lado, concluye que el orden social no tiene competencia para resolver, confirmando la sentencia de instancia, que dejó imprejudgada la acción por acoger la correspondiente excepción.

Que el artículo 1.3 g) del ET no puede manejarse para excluir la competencia de la jurisdicción social cuando una socia o socio trabajador de una cooperativa de trabajo asociado

³⁷ Vid. SSTSJ de Cataluña de 18 de enero, 16 de septiembre de 2002 y 8 de enero de 2003 (recs. 5213/2001 y 3938 y 1997/2002); Navarra de 9 de octubre de 2003 (rec. 126/2003); Comunidad Valenciana de 15 de enero de 2013 (rec. 3075/2012); Cataluña de 18 de febrero de 2014 (rec. 5464/2013); Madrid de 26 de enero de 2015 (rec. 982/2014); Cataluña de 11 de junio de 2015 (rec. 2115/2015); Navarra de 13 de febrero de 2020 (rec. 28/2020).

de transporte presenta una reclamación de esta naturaleza lo reconoce la STSJ de Navarra de 5 de junio de 2015 (rec. 532/2014), aportada de contraste en el recurso que resuelve la STS de 18 de mayo de 2018, explicando al respecto que aquel precepto legal no resulta aplicable porque las socias y los socios trabajadores no son titulares de la tarjeta y no ostentan poder de disposición sobre el vehículo.

Una explicación a esta errónea tesis de aplicar el artículo 1.3 g) del ET a estas reclamaciones tiene que ver con que, hasta que el principio de contratación en nombre propio no se introdujo en la LCTTM en 2009, las socias y los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado titulares de la tarjeta suscribían contratos de colaboración con las empresas cargadoras y contrataban y facturaban en nombre propio, no en nombre de la cooperativa de trabajo asociado; desde 2009, y es el caso, por ejemplo, de la STSJ de Cataluña de 18 de febrero de 2014 (rec. 5464/2013), estos contratos de colaboración empezaron a suscribirse entre las socias y los socios trabajadores y su propia cooperativa, práctica a la que se le quiere poner coto con la reforma de la LOTT en 2013. Dado que esta –incorrecta– contratación en nombre propio colocaba a socias y socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado de transporte en situación de verdaderos empresarios autónomos transportistas, parecería razonable aplicarles el artículo 1.3 g) del ET a sus reclamaciones contra la empresa cargadora³⁸.

Esta construcción judicial tiene carencias. La formalización de un contrato de colaboración entre una socia o socio trabajador y su cooperativa para vehicular la aportación social que constituye la prestación de su esfuerzo personal y directo –art. 80.1 LC– pasa por alto que el único título jurídico que articula esta aportación social es el contrato societario. Por otro lado, aplicar el artículo 1.3 g) del ET a la relación entre el socio o socia y la empresa cargadora no tiene el mismo sentido que antes de 2009, porque desde ese año el contrato de colaboración lo formaliza la socia o el socio trabajador con su propia cooperativa, no con la empresa cargadora.

³⁸ En la citada STSJ de Cataluña de 18 de febrero de 2014, el socio trabajador suscribe entre 2010 y 2011 varios contratos de colaboración con su cooperativa. El tribunal, como en sentencias anteriores, aplica el artículo 1.3 g) del ET, porque el socio «es contratado por las cooperativas de las que es socio mediante un contrato de colaboración, ostentando aquel la condición de trabajador autónomo, de alta en el régimen de Seguridad Social y de alta en licencia fiscal como transportista». Alta en licencia fiscal que posibilita que sus ingresos tributen por módulos. En el año 2011, cuando se originan los hechos que dan lugar a esta sentencia, no se había incorporado en la LOTT el precepto que desde 2013 tipifica como infracción muy grave la contratación y facturación en nombre propio de la prestación de servicios de transporte tanto a terceros como a la persona jurídica de la que el transportista forma parte. En aquel momento, solo estaba vigente el precepto que tipificaba como infracción muy grave la realización del servicio de transporte incumpliendo la obligación del titular de la tarjeta de asumir la posición de porteador –art. 140.17.2.º LOTT vieja–. Por tanto, era técnicamente factible formalizar estos contratos de colaboración entre el socio o socia y la cooperativa u otras fórmulas similares, como también sucede en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de enero de 2013.

El problema de la construcción judicial anterior, además de sus carencias, es que hay sentencias que aplican la LOTT posterior a 2013, pero siguen resolviendo con base en el artículo 1.3 g) del ET, existiendo, no obstante, la diferencia, radical, de que ahora la contratación de los servicios de transporte es efectuada, correctamente, por las socias y los socios trabajadores en nombre de la cooperativa de trabajo asociado a la que pertenecen. De hecho, sentencias como la STSJ de Navarra de 13 de febrero de 2020 (rec. 28/2020), dictada en el marco de una reclamación de cantidad de un socio trabajador dirigida a su propia cooperativa, aplican el artículo 1.3 g) y excluyen la competencia del orden social «en cuanto no consta en las actuaciones elemento alguno del que pueda derivarse las notas de laboralidad conforme al artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, más concretamente del elemento de subordinación». Se trata, como se viene diciendo, de un error muy grave, porque la relación contractual entre la socia o el socio trabajador y su cooperativa es societaria –art. 80.1 LC– y, además, la competencia del orden social no es dudosa, ex artículos 87.1 de la LC y 2 c) de la LRJS.

Especialmente grave es la STSJ de Cataluña de 11 de junio de 2015 (rec. 2115/2015), en cuanto que seguir la estela de las sentencias catalanas previas y aplicar el artículo 1.3 g) del ET para declarar la incompetencia del orden social implicó no valorar en ese caso la existencia de auténticos incumplimientos normativos –la cargadora arrienda a la cooperativa la tarjeta de transporte³⁹– que podrían haber llevado a declarar que entre el socio y la cargadora sí que existía relación laboral⁴⁰.

La STS de 18 de mayo de 2018 revocó la STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de julio de 2016, pero pasó de puntillas sobre el asunto de la –no– aplicación del artículo 1.3 g) del ET a este tipo de reclamaciones. El TS hizo un planteamiento expositivo e histórico de esta norma y desplazó el debate directamente hacia la naturaleza de la contrata. Ello desautoriza implícitamente la tesis de la aplicación del artículo 1.3 g) del ET y conlleva asumir, correctamente, la competencia del orden social. Sin embargo, con el desplazamiento del debate hacia el lado del carácter regular o irregular de la contrata, el TS ha perdido una excelente oportunidad de zanjar este asunto de la competencia jurisdiccional estableciendo que la jurisdicción social siempre es competente para resolver estas reclamaciones de socias y/o socios trabajadores transportistas de cooperativas de trabajo asociado de transporte y

³⁹ Tanto antes de la reforma de la LOTT en 2013 –art. 52.1 c) LOTT– como después –art. 49.1 LOTT–, la tarjeta siempre ha sido intransferible como regla general y desde luego la posibilidad de que la cargadora ceda su tarjeta a la cooperativa de trabajo asociado nunca ha estado contemplada entre las excepciones. Ceder la tarjeta, además, constituye una infracción administrativa muy grave –art. 140.4 LOTT–.

⁴⁰ Si, además de arrendar el vehículo, la cargadora también cede la tarjeta a la cooperativa de trabajo asociado, algo sancionado como falta administrativa muy grave, hay motivos sobrados para entender que la empresa cargadora es la titular de los vehículos, también de la tarjeta, y, por tanto, las personas que realizan los transportes no están en el ámbito de la exclusión de laboralidad del artículo 1.3 g) del ET, sino todo lo contrario, porque son trabajadores o trabajadoras por cuenta ajena de la empresa cargadora.

que el artículo 1.3 g) del ET no se aplica porque la titularidad de la tarjeta no corresponde al socio o socia, sino a la cooperativa de trabajo asociado.

5.9. La indebida asimilación por parte de la STS de 18 de mayo de 2018 de las cooperativas de trabajo asociado de transporte a las cooperativas de servicios de transporte

La STS de 18 de mayo de 2018 cae en un error conceptual cuando dice que la finalidad de toda cooperativa de trabajo asociado es:

[...] proveer estructuras organizativas, materiales, financieras, de gestión, o de cualquier otra clase, que permitan y faciliten la más eficaz prestación del trabajo autónomo a través de la puesta en común del esfuerzo personal y directo de los socios trabajadores que la integran.

La finalidad de una cooperativa de trabajo asociado no es esa, sino proporcionar a sus socios y socias puestos de trabajo (Ortiz Lallana, 1989, p. 14) –art. 80.1 LC–. No es proveer estructuras que faciliten la prestación de trabajo, sino facilitar el trabajo mismo. Una socia o socio trabajador no realiza «trabajo autónomo», como dice el TS, sino trabajo por cuenta propia dependiente, porque tiene que coordinar su prestación con la de los demás socios trabajadores (Mercader Uguina, 2015, p. 21). Así que cuando el TS habla de proveer estructuras organizativas, materiales, financieras, de gestión, o de cualquier otra clase, que permitan y faciliten la más eficaz prestación del trabajo autónomo, lo que dice es que una cooperativa de trabajo asociado de transportes cumple la misma finalidad que una cooperativa de servicios de transportes.

La STS de 18 de mayo de 2018 pide a la cooperativa de trabajo asociado de transportes que acredite que desempeña una actividad dirigida a la:

[...] efectiva creación y organización de mecanismos de actuación interna y de relación con los clientes de los que se desprenda la prestación de servicios de cualquier tipo a sus asociados, generando y fomentando fórmulas de gestión empresarial, ya sea en el ámbito puramente material, de asesoramiento, de reducción de costes, de captación de clientes, o cualquier otro que incida en el mejor desarrollo de la prestación de servicios de sus asociados.

Definitivamente, aquí incurre el TS en el error de pedir a una cooperativa de trabajo asociado de transporte que funcione como una cooperativa de servicios de transporte. Una cooperativa de trabajo asociado no presta servicios a sus socias y socios. Estas personas no son empresarios autónomos, ni se asocian para procurarse servicios que ellas mismas,

titulares de su propia explotación, no pueden procurarse en el mercado. Más bien, las socias y los socios trabajadores son personas que no tienen trabajo y se asocian para procurarse en común un trabajo como medio fundamental de vida a través de la cooperativa de trabajo asociado que ellas mismas constituyen.

La STS de 18 de mayo de 2018 dice que el artículo 100 de la LC contempla la existencia de cooperativas de servicios de transporte, pero no dedica más interés a este aspecto que el de remitirse a una norma reglamentaria materialmente derogada desde 2013 –pero formalmente en vigor hasta 2019– que establecía que las cooperativas de trabajo asociado de transporte tienen que ser titulares de la tarjeta. El TS manifiesta que, por un lado, hay que examinar cómo utilizan estas cooperativas la tarjeta en beneficio de sus socias y socios y, por otro lado, atender al dato de la propiedad o poder de disposición del vehículo. Enfoque que conduce al TS a manifestar que la cooperativa de trabajo asociado:

[...] no sería entonces una entidad ficticia en abuso de la forma societaria si dispone de infraestructura empresarial propia de cualquier índole para dar servicio a sus socios: material, organizativa, personal, financiera, clientelar, o de otro tipo relevante a estos efectos.

Nuevamente, por tanto, y así lo ha señalado la doctrina científica (Fajardo, 2019, p. 23), cae el TS en la disfunción de afirmar que una cooperativa de trabajo asociado de transporte presta a sus socias y socios servicios –algo que se reitera en la STSJ de Cataluña de 9 de julio de 2021 (rec. 1433/2021)–, cuando su finalidad no es esa, sino proporcionar a estas personas la posibilidad de trabajar en el sector utilizando la tarjeta de la que ella es titular.

5.10. La existencia de incumplimientos normativos referidos al principio de voluntariedad, insuficientemente valorados por la STS de 18 de mayo de 2018 y por nuestra doctrina judicial, como trasfondo de la declaración de existencia de relación laboral entre socia o socio trabajador transportista y empresa cargadora

En ocasiones, nuestros tribunales resuelven aplicando mal el artículo 1.3 g) del ET, pero llegan a una solución materialmente correcta. Esto pasa porque existen conductas fraudulentas, abusivas, o auténticos incumplimientos normativos que no se detectan bien y por eso se llega a la conclusión que se llega, aplicando erróneamente el artículo 1.3 g) del ET, tal y como se expone a continuación.

Las SSTSJ del País Vasco de 18 de enero y 22 de febrero de 2011 (recs. 2708 y 2916/2010), por ejemplo, hacen justicia material al reconocer la condición del socio trabajador como trabajador por cuenta ajena de la empresa cargadora, porque existe una

cláusula de novación contractual no consentida que implica para un trabajador transportista pasar, sin saberlo, a ser socio trabajador de una cooperativa de trabajo asociado de transporte⁴¹; sin embargo, yerra el tribunal vasco cuando afirma que existe relación laboral con base en que el artículo 1.3 g) del ET no resulta aplicable a la relación entre el socio y la empresa cargadora, sin percatarse de que la jurisdicción social es competente ex artículos 87 de la LC y 2 c) de la LRJS.

También hace justicia material la STSJ de Madrid de 26 de enero de 2015 (rec. 982/2014) cuando desestima la reclamación de un socio trabajador transportista contra la empresa cargadora por despido improcedente. En este caso, un transportista autónomo individual titular del vehículo y de la tarjeta solicita su alta en el RETA y el mismo día firma con la cargadora un contrato de transporte, girando facturas incluyendo el IVA. Pasado un tiempo, mientras dicho contrato estaba vigente, el transportista aporta su vehículo y la tarjeta a una cooperativa de trabajo asociado, pero no comunica dicha circunstancia a la cargadora del contrato de transporte original. La relación contractual entre el transportista y la cargadora finaliza cuando esta rescinde el contrato de transporte. El transportista recurre alegando que se ha producido un despido improcedente y que la jurisdicción social es competente, porque es un socio trabajador. Aquí es adecuado manejar el artículo 1.3 g) del ET, porque la figura de la cooperativa es ajena a la relación contractual establecida desde tiempo atrás entre el transportista y la cargadora, quien ni siquiera conocía que el sujeto pasó a ser socio de una cooperativa que devino titular del vehículo y de la tarjeta. En todo caso, sin embargo, el tribunal madrileño hubiera podido hacer pedagogía y explicitar que este proceder del transportista no solo reforzaba la falta de jurisdicción del orden social, sino que la confirmaba. Efectivamente, desde el año 2013, si el socio o socia transportista contrata en nombre propio o bien es porque es un socio o socia de una cooperativa de servicios de transporte que cuenta con la correspondiente autorización de la cooperativa, o bien, de ser una socia o un socio trabajador de una cooperativa de trabajo asociado de transporte, estaría cometiendo la infracción administrativa del artículo 140.2 de la LOTT.

⁴¹ El tribunal señala que en el contrato de arrendamiento de vehículo sin conductor que suscriben la cargadora y la cooperativa porteadora que, a su vez, subarrienda el vehículo al socio trabajador transportista «figura una específica cláusula de dependencia» en virtud de la cual la cargadora acuerda con la cooperativa subrogar al socio «en todas las obligaciones que derivan de este contrato de trabajo». A tenor de esta cláusula, no es difícil formarse una impresión de lo que pudo suceder. Ni más ni menos que una extinción unilateral de un contrato de trabajo a instancias del empresario, fuera de todo cauce legal, y una coetánea adscripción formal de la persona en cuestión, transportista por cuenta ajena de la cargadora, a una cooperativa de trabajo asociado. Cuando el tribunal dice que esta persona adquiere la condición de usuario-transportista del vehículo arrendado por la cargadora a la cooperativa, lo que está diciendo es que ese contrato de arrendamiento de vehículo sirvió para extinguir el contrato de trabajo que unía a esa persona con la empresa y para enviarle al mundo del trabajo asociado de las cooperativas.

La ya citada STSJ de Navarra de 5 de junio de 2015 explica bien que el artículo 1.3 g) del ET no puede aplicarse para excluir la competencia del orden jurisdiccional social en las reclamaciones de las socias y los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado ocasionadas por la prestación de sus servicios. Sin embargo, esta sentencia navarra llega mal, merecidamente, pero mal, al reconocimiento de la existencia de relación laboral del socio trabajador con la empresa cargadora. Lo hace aplicando literalmente las dos sentencias vascas citadas más arriba –aunque los supuestos de hecho no coinciden⁴²– y por eso esta sentencia se acompaña del ya referido voto particular que explica, muy adecuadamente, las características del contrato de transporte y sus diferencias con el de trabajo.

Como sucede en las contrataciones con cooperativas cárnicas de trabajo asociado, el verdadero fundamento de esta sentencia navarra no aparece en sus fundamentos de derecho, solo es posible encontrarlo en los hechos probados, que indican que la cargadora y algunas de sus cooperativas contratistas se mueven en los límites de la legalidad⁴³ y, sobre todo, que la condición del demandante como socio trabajador transportista de la cooperativa fue establecida a instancia de la propia empresa cargadora⁴⁴.

⁴² Como se ha visto, las sentencias vascas condenan merecidamente por cesión ilegal, pero mediante razonamientos inadecuados que no toman en cuenta que existía un incumplimiento normativo –novación contractual no consentida– que abocaba a ese fallo.

⁴³ Entre los hechos probados de esta sentencia figura que:

[...] el Juzgado de lo Mercantil [...] acordó la extinción de la cooperativa Transzaragoza Soc. Coop, la cual está en concurso de acreedores [...]. En asamblea general extraordinaria de Transzaragoza Soc. Coop [...] se había informado a los socios de la situación creada a raíz de que la inspección de la Agencia Tributaria abriera actuaciones derivadas del sistema de facturación entre la cooperativa y los socios con IVA en vez de «liquidación nómina».

También figura que:

Constan diversas multas del Gobierno Vasco a D. Clemente, por «realizar transporte de mercancías careciendo de autorización de transporte de vehículo pesado» al no reconocer el organismo sancionador valor a las autorizaciones vinculadas a «vehículo arrendado por la empresa cooperativa que le había subrogado en dicho contrato (al socio conductor) y cedido la autorización de transporte» y considerando que tal práctica constituye infracción en materia de transporte.

⁴⁴ El hecho probado noveno.2 de la sentencia de instancia, que transcribe el tribunal navarro en la suya, expresa que:

De la actuación inspectora con los trabajadores afectados se desprende que la forma de «entrar» en la cooperativa fue a través de SLG Transimaz. A tal efecto, al solicitar trabajo se les indicaba que debían ser autónomos haciéndose socios de la cooperativa. La mayoría de ellos firmaron la documentación de ingreso en la cooperativa en las instalaciones de SLG Transimaz.

El tribunal navarro toma en cuenta este hecho, pero no formula razonamiento alguno que visibilice que considera esta manifestación de fraude, o abuso de derecho, que representa tener acreditado que al sujeto en cuestión se le indica que para poder trabajar como transportista tiene que solicitar empleo en la cooperativa.

La cita a esta sentencia del tribunal navarro sirve para comprender la STS de 18 de mayo de 2018, porque sucede exactamente lo mismo –la incorporación como socio trabajador de la cooperativa se produce por indicación de la empresa cargadora⁴⁵–. El TS llega mal a su solución. Decir que Unidriver es una cooperativa de trabajo asociado de transporte ficticia porque:

[...] su intervención se limita solamente a aportar la titularidad de la tarjeta de transporte y formalizar un contrato de arrendamiento de servicios con una empresa del mismo sector que es la propietaria de los vehículos, y es esta empresa la que dispone de los clientes, la que organiza el trabajo, las rutas y todo lo relativo a la gestión de cada uno de los encargos, hasta el punto de que trata directamente con los conductores sin la intermediación de la cooperativa,

supone pasar por alto lo que dice la LOTT acerca de la tarjeta y el poder de disposición sobre el vehículo, lo que dice la LCTTM acerca de la titularidad de la tarjeta por parte de las cooperativas de trabajo asociado y también lo que dice la LETA acerca de TRADE transportista individual. Sin embargo, pese a llegar mal a la solución, la solución que ofrece el TS es materialmente correcta, porque había fraude de ley, más bien abuso de derecho, y el socio tenía derecho a integrarse como trabajador por cuenta ajena de la empresa cargadora. El TS dice que hay fraude⁴⁶, pero no razona su fallo desde el flanco del principio legal de afiliación voluntaria y abierta –art. 1 LC–.

Desafortunadamente, hay sentencias, como la STSJ de Madrid de 3 de junio de 2020 (rec. 530/2020), que aplican la STS de 18 de mayo de 2018 y llegan a la declaración de cesión ilegal sin haber constancia del citado incumplimiento normativo –aunque en esta sentencia sí figura el dato de que los conductores de la cooperativa antes habían sido empleados por cuenta ajena de la empresa cargadora– e incluso llegando a afirmar que «la cooperativa es titular de las tarjetas de transporte y de los vehículos y, ciertamente, presenta algunos rasgos propios de una cooperativa», aspecto que pone de manifiesto que se declara que existe cesión ilegal pese a no haber constancia expresa de irregularidades en la constitución y/o funcionamiento de la cooperativa.

⁴⁵ Cuatro meses después de haberse integrado como socio trabajador en una primera cooperativa porteadora de Linser, el sujeto recibe la indicación del jefe de tráfico de Linser de «que se pusiera en contacto» con Unidriver. El socio se da de alta como socio en Unidriver y a partir de ese momento comienza a funcionar de la misma forma que lo hacía con la cooperativa anterior.

⁴⁶ En uno de los párrafos finales del punto 2 del fundamento tercero de su sentencia, el TS expresa que concurre la contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste porque:

La vinculación entre la empresa de transporte propietaria de los camiones y la cooperativa es idéntica en ambas situaciones, hasta el punto que es aquella la que indica a los conductores que deben causar alta como socios en la cooperativa a la que los remite.

6. Epílogo sobre el caso Servicarne

Si hubiera que hacer un pronóstico acerca de cómo se sustanciará la impugnación de la descalificación gubernativa de Servicarne, me atrevería a decir que a esta cooperativa no se la puede sancionar por cometer cesiones ilegales, porque esta infracción administrativa de las sociedades cooperativas no está contemplada en la LISOS.

Utilizando análogamente el artículo 43 del ET y normativa conexas, especialmente la LRSSC, resulta asimismo muy difícil acreditar que la actuación de Servicarne como contratista cárnica se limita, mediante un contrato de empresa fraudulento, a la mera puesta a disposición de mano de obra a sus empresas comitentes, encubriendo dicho negocio jurídico una relación laboral del artículo 1.1 del ET entre estas empresas y las socias y los socios trabajadores de la citada cooperativa. A Servicarne, en su caso, se la podría sancionar por abusar de su posición dominante en el mercado de matarifes, por obligar/inducir, bien ella o bien sus empresas comitentes, a las personas demandantes de empleo a asociarse a la cooperativa, pero no, se insiste, por cometer cesiones ilegales. Por eso creo que la descalificación del ministerio está mal planteada.

Inadecuado planteamiento, a mayor abundamiento, que tampoco, a mi juicio, puede encontrar apoyo en la STS de 18 de mayo de 2018. Esta sentencia no alcanza a ver que lo producido entre la cooperativa de trabajo asociado de transportes y la empresa cargadora es una vulneración del principio de voluntariedad que rige en el acceso al empleo en las cooperativas, asimilando, además, incorrectamente en este ámbito de los transportes de mercancía por carretera el régimen jurídico de las cooperativas de trabajo asociado al de las cooperativas de servicios.

El contraste entre las recientes SSTSJ de Galicia, sede de A Coruña, ambas de la sección 1.ª, de fecha 29 de marzo de 2021 (rec. 2758/2020) y 27 de julio de 2021 (rec. 4655/2020) pone muy bien de manifiesto lo que se está expresando. Ambas sentencias versan sobre procedimientos instados por la TGSS reclamando cuotas de Seguridad Social a la empresa comitente de Servicarne, Grupo Coren, en el primer caso, y Grupo Sada, en el segundo, como consecuencia de apreciar el carácter fraudulento del contrato de empresa celebrado por cada empresa con Servicarne.

Aunque, en su primera sentencia, el tribunal gallego ha dicho que la contrata de Servicarne con Unimiño, la empresa principal del Grupo Coren, es una contrata regular, en el segundo caso, sin embargo, el mismo tribunal ha dicho que la contrata de Servicarne con Sada Castilla Galicia encubre una relación laboral con las socias y los socios trabajadores de Servicarne. Y al respecto, no resulta una simpleza afirmar que, en el fondo, más allá de los esfuerzos del tribunal por razonar por qué en la contrata con Unimiño existe ejercicio efectivo del poder de dirección empresarial a través de los jefes de equipo

de Servicarne mientras que los jefes de equipo de Servicarne son meros transmisores de órdenes de Sada Castilla Galicia, el hecho determinante, en ambos casos, para llegar a la solución alcanzada por el tribunal gallego radica en el principio de voluntariedad –art. 1.1 LC–.

En la sentencia Sada Castilla Galicia, el tribunal gallego concluye que la contrata es irregular atendiendo de forma prevalente a que en instancia se había considerado que:

[...] los socios cuando se dan de alta en la sociedad, en realidad no querían hacerlo, que lo único que querían era trabajo, y que lo hacían porque esta era la única opción de entrar a trabajar en el centro de trabajo de la empresa Sada.

El tribunal interpreta la sentencia de instancia en el sentido de que «la realidad es que acuden los socios a pedir trabajo y se les deriva a esta opción, aceptando la inclusión». Por contra, en la sentencia Unimiño, el tribunal rechaza modificar un hecho probado en instancia tendente a acreditar un *modus operandi* según el cual quien realmente elige al personal de Servicarne es Unimiño, y concluye que la contrata es regular atendiendo a que:

Para incorporarse a Servicarne es necesario formular una solicitud a la cooperativa [y a que] Servicarne tiene un local alquilado en las dependencias del Grupo Coren [...] ocupándose dicho departamento de toda la tramitación administrativa de los trabajos de Servicarne en el Grupo Coren, lo que determina, entre otras cosas, que las demandas de trabajo se dirijan a estas dependencias, y no al Grupo Coren para enviarlas luego a Servicarne.

Referencias bibliográficas

- Alguacil Marí, María Pilar; López Gandía, Juan y Alfonso Mellado, Carlos Luis. (2013). Informe sobre la oportunidad de la proyectada modificación de la Ley de ordenación del transporte terrestre, en relación con los efectos que la misma implicaría para las cooperativas de transporte. *Revista Vasca de Economía Social*, 9, 9-30.
- Beltrán de Heredia, Ignasi. (16 de enero de 2017). Cesión ilegal (y carga de la prueba) y autonomía técnica de la contrata. *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*. <https://ignasibeltran.com/2017/01/16/cesion-ilegal-y-carga-de-la-prueba-y-autonomia-tecnica-de-la-contrata/>.
- Beltrán de Heredia, Ignasi. (23 de enero de 2018). Cooperativas de trabajo asociado (del sector cárnico) y cesión ilegal de trabajadores. *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*. <https://ignasibeltran.com/2018/01/23/cooperativas-de-trabajo-asociado-del-sector-carnico-y-cesion-ilegal-de-trabajadores/>.
- Cruz Villalón, Jesús y Cialti, Pierre-Henri. (2018). Empresario. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 212, 1-23 (versión digital).
- Esteve Segarra, Amparo. (2019). La actuación de la Inspección de Trabajo frente a la precariedad laboral en empresas multiservicios. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 221, 1-29 (versión digital).
- Fajardo, Gemma. (2019). Las cooperativas de transporte, socios colaboradores y falsas cooperativas. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [4.ª] núm. 2263/2018, de 18 de mayo. *Revista de Derecho Mercantil*, 313, 1-25 (versión digital).
- Falguera Baró, Miguel Ángel. (2015). *La externalización y sus límites. Reflexiones sobre la doctrina judicial y el marco normativo. Propuestas de regulación*. Bomarzo.
- García Cachafeiro, Fernando. (2006). Las cooperativas de transportistas. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, 10, 419-429.
- López Gandía, Juan. (2006). *Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del derecho del trabajo*. Tirant lo Blanch.
- Martínez Garrido, Luis Ramón. (2002). Contratas, cesión ilegal de trabajadores y cooperativas de trabajo asociado. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 38, 229-240.
- Mercader Uguina, Jesús Rafael. (2015). Contrato de trabajo y contrato de sociedad: una larga historia de encuentros y desencuentros. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 172, 1-26 (versión digital).
- Montoya Melgar, Alfredo. (2004). El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 48, 135-145.
- Moreno González-Aller, Ignacio. (2008). Cuestiones candentes sobre la cesión ilegal de trabajadores. *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, 1(20), 1-19 (versión digital).
- Mundo Guinot, Marta Endeu. (2011). *Naturaleza, régimen jurídico y actividades de las sociedades cooperativas de transporte de mercancías por carretera*. (Tesis doctoral). <https://www.tdx.cat/handle/10803/48512#page=1>.
- Mundo Guinot, Marta Endeu. (2013). *Las sociedades cooperativas de transporte: régimen jurídico y aspectos controvertidos*. Marcial Pons.

- Mundo Guinot, Marta Endeu. (2014). Las sociedades cooperativas de transporte tras la reforma de la normativa de ordenación de los transportes terrestres. *Revista de Derecho del Transporte*, 13, 93-122.
- Nieves Nieto, Nuria de. (2005). *Cooperativas de trabajo asociado: aspectos jurídico-laborales*. Consejo Económico y Social.
- Ortiz Lallana, María del Carmen. (1989). *La prestación laboral de los socios en las cooperativas de trabajo asociado*. Bosch.
- Puetz, Achim. (2019). Cooperativas de transporte. En Trinidad Vázquez Ruano (Coord.^a) y Juan Ignacio Peinado Gracia (Dir.), *Tratado de derecho de cooperativas* (2.^a ed., pp. 1-24 –versión digital–). Tirant lo Blanch.
- Rojó Torrecilla, Eduardo. (12 de enero de 2020). Falsos cooperativistas en la industria cárnica. Notas a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 5 de noviembre de 2019, y recordatorio de conflictos anteriores. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. *El Blog de Eduardo Rojo*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/01/falsos-cooperativistas-en-la-industria.html>.
- Sala Franco, Tomás. (1977). El realismo jurídico en la investigación del derecho del trabajo. En *El derecho del trabajo ante el cambio social y político. I Coloquio sobre Relaciones Laborales*. Universidad de Zaragoza.
- Trujillo Díez, Iván Jesús. (2000). *Cooperativas de consumo y cooperativas de producción*. Aranzadi.
- Valdés Dal-Ré, Fernando. (1975). *Las cooperativas de producción (un estudio sobre el trabajo asociado)*. Montecorvo.

Nuevas obligaciones para la igualdad retributiva en la empresa

Mercedes López Balaguer

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

Mercedes.Lopez@uv.es | <https://orcid.org/0000-0003-2770-5070>

Este trabajo ha sido finalista 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 presente trabajo analiza desde una perspectiva práctica las novedades que en materia de igualdad retributiva se han incorporado a nuestro ordenamiento a la luz de las directrices de la Unión Europea. Se trata de un conjunto de obligaciones que la empresa debe cumplir con la finalidad de aportar datos transparentes en materia retributiva y, a partir de los mismos, adoptar las decisiones que se consideren necesarias para superar de una vez por todas la brecha retributiva. Los instrumentos que deberán emplearse para alcanzar este objetivo van a ser esenciales en el día a día de las empresas. Y, en las páginas que siguen, van a ser analizados teniendo en cuenta que nos encontramos ante herramientas que, aunque no serán siempre sencillas de implementar, resultan imprescindibles para conseguir que la retribución igual del trabajo de igual valor sea una realidad. Así, se analizará la obligación de aplicar en la empresa sistemas de valoración objetiva de puestos de trabajo; la obligación de elaborar anualmente un registro retributivo; la exigencia de analizar ese registro mediante una auditoría retributiva; y, en fin, la responsabilidad que cabe exigir a las empresas si estas obligaciones se incumplen.

Palabras clave: igualdad retributiva; transparencia; registro retributivo; auditoría retributiva.

Fecha de entrada: 04-05-2021 / Fecha de aceptación: 10-09-2021 / Fecha de revisión: 12-11-2021

Cómo citar: López Balaguer, Mercedes. (2022). Nuevas obligaciones para la igualdad retributiva en la empresa. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 466, 93-128.



New obligations for equal pay in the company

Mercedes López Balaguer

Abstract

This paper analyzes from a practical perspective the novelties that have been incorporated into our regulation in terms of equal pay in the light of the guidelines of the European Union. It is a set of obligations that the company must comply with in order to provide transparent data on remuneration matters and, based on them, adopt the decisions deemed necessary to overcome the remuneration gap once and for all. The instruments that must be used to achieve this objective are going to be essential in the day-to-day activities of companies. And, in the pages that follow, they will be analyzed taking into account that we are faced with tools that, although they will not always be easy to implement, are essential to ensure that equal pay for work of equal value is a reality. Thus, the obligation to apply objective job evaluation systems in the company will be analyzed; the obligation to prepare a remuneration register annually; the requirement to analyze this record by means of a remuneration audit; and, finally, the responsibility that can be demanded of companies if these obligations are breached.

Keywords: equal pay; transparent data; remuneration register; remuneration audit.

Citation: López Balaguer, Mercedes. (2022). New obligations for equal pay in the company. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 466, 93-128.

Sumario

1. Preliminar: «La persistente aplicación fallida del derecho fundamental a la igualdad de retribución»
 2. La igualdad retributiva en el RDL 6/2019 y su desarrollo reglamentario: la transparencia como elemento clave de la nueva regulación
 3. Las nuevas obligaciones empresariales en materia de igualdad retributiva: fase de comprobación
 - 3.1. La identificación de los trabajos de igual valor: la implementación de sistemas de valoración objetiva
 - 3.2. El registro retributivo
 - 3.3. El registro retributivo de las empresas con auditoría retributiva
 4. Las nuevas obligaciones empresariales en materia de igualdad retributiva: fase de análisis de los datos
 - 4.1. La auditoría retributiva: concepto y ámbito subjetivo de la obligación
 - 4.2. La auditoría retributiva: el procedimiento de diagnóstico retributivo
 5. Las nuevas obligaciones empresariales en materia de igualdad retributiva: fase de ejecución de medidas en clave de igualdad retributiva
 6. A modo de conclusión
- Referencias bibliográficas

Nota: este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto I+D+i «Retos investigación» 2018, «Análisis jurídico y sociológico de las brechas de género en las transiciones trabajo-jubilación-trabajo: factores de la desigualdad y propuestas normativas» (RTI2018-095888-B-I00).

1. Preliminar: «La persistente aplicación fallida del derecho fundamental a la igualdad de retribución»

El título de este epígrafe no es mío. La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su efectivo cumplimiento (PDIR 2021)¹ contiene esta referencia cuando detalla sus objetivos; y, la verdad, me ha parecido tan contundente que he decidido utilizarla para presentar este trabajo. Sin duda, algo falla desde hace años, porque, tanto a nivel transnacional como nacional, la normativa impone el principio de igualdad retributiva por razón de sexo y prohíbe la discriminación retributiva por este motivo tanto si es de carácter directo como si es indirecta.

En efecto, sabemos que el principio de igualdad de retribución se estableció a nivel de la Unión Europea (UE) en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957 (Tratado CEE, art. 119; posteriormente, art. 141 Tratado de la Comunidad Europea y, actualmente, art. 157 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), lo que demuestra su naturaleza de valor fundamental de la Unión. Además, la exigencia de garantizar esta igualdad de retribución se desarrolla en el derecho derivado por la Directiva 2006/54/CE, complementada por la Recomendación 2014/124/UE de la Comisión, de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia².

En nuestro país, como es de sobra conocido, además del derecho de igualdad y la prohibición de discriminación de los artículos 14 y 35 de la Constitución española (CE), el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores (ET) recoge el principio de igual remuneración por un trabajo de igual valor y en 2002 es modificado para incorporar la referencia a la discriminación directa e indirecta por todos los conceptos retributivos (Pérez del Río, 2006, p. 92).

Pues bien, si vamos a las cifras, lo que nos dicen es que se constata en el mercado de trabajo a nivel de la UE la «persistente aplicación fallida» de todas estas normas. Y se constata porque, después de tantos años, la brecha salarial de género en la UE sigue situándose en torno al 16 % y la brecha salarial total de género es del 39,6 %³. No es difícil,

¹ Bruselas, 4.3.2021 COM (2021) 93 final 2021/0050 (COD).

² DO L 69 de 8.3.2014, p. 112.

³ https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights_equalpay_day_factsheets_2018_country_files_spain_es.pdf. La brecha salarial de género es la diferencia en el salario bruto medio por hora que ganan los hombres y las mujeres en la economía. La brecha salarial

por lo tanto, alcanzar la conclusión de la que partimos: está claro que algo no funciona en la normativa aplicable en materia de igualdad retributiva y no discriminación y la realidad es que la brecha empobrece a las mujeres durante su vida laboral y después de la misma⁴.

No voy a detenerme en este trabajo en un estudio de la evolución del principio de igualdad retributiva ni a nivel comunitario ni a nivel nacional, porque son numerosas y brillantes las aportaciones en esta línea (por todas, Ballester Pastor, 2017). La finalidad del mismo será mirar al futuro, y para ello quiero analizar el alcance de la reforma del derecho de igualdad retributiva por razón de sexo fruto del Real Decreto-Ley (RDL) 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, que ha sido objeto de desarrollo reglamentario con la aprobación del Real Decreto (RD) 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, que entró en vigor el pasado 14 de abril de 2021. En esta línea de futuro, revisaremos también la recientemente aprobada PDIR 2021, porque, aunque se trata de una propuesta, creo que puede ser interesante comprobar en nuestro caso hasta qué punto la regulación actual está en línea con la nueva regulación que se prepara a nivel comunitario.

Así pues, pasamos a estudiar con enfoque práctico el alcance de la reforma de 2019 en materia de igualdad retributiva analizando, en primer lugar, el principio de transparencia como criterio rector de la misma. En segundo lugar, las nuevas obligaciones en materia de igualdad que pasan, de una parte, por la obtención de datos sobre el valor de los puestos de trabajo y las retribuciones en la empresa; de otra, por el estudio analítico de los datos obtenidos; y, finalmente, a la luz de ese análisis, por la implementación de un plan de acción para que la igualdad retributiva sea una realidad.

2. La igualdad retributiva en el RDL 6/2019 y su desarrollo reglamentario: la transparencia como elemento clave de la nueva regulación

El RDL 6/2019 apuesta en materia de igualdad retributiva por seguir la Recomendación de la Comisión de 7 de marzo de 2014 –y esto, desde luego, no ha ocurrido en otros Estados

de género en España es del 14,2 %. La brecha salarial media de género en la UE es del 16,2 %. La brecha salarial total de género es la diferencia entre los ingresos anuales medios de las mujeres y de los hombres. Tiene en cuenta tres tipos de desventajas a las que se enfrentan las mujeres: un menor salario por hora, menos horas de trabajo remunerado y unas tasas de empleo inferiores (por ejemplo, cuando interrumpen su carrera para cuidar de menores o de familiares). La brecha salarial total de género en España es del 35,7 %. La brecha salarial media total de género en la UE es del 39,6 %.

⁴ La brecha retributiva repercute a largo plazo en la calidad de vida de las mujeres, aumenta su riesgo de exposición a la pobreza y perpetúa la brecha de las pensiones, que es en la UE del 33 %. <https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/DDN-20200207-1>.

miembros⁵-. Es más, el legislador español apuesta por mejorar algunas de las medidas que la recomendación incorpora, haciendo extensivo el principio de transparencia y las obligaciones que el mismo comporta a más empresas, eliminando o reduciendo el requisito relativo a la plantilla.

Concretamente, en materia de igualdad retributiva, las modificaciones normativas se centran en nuestro país en la reforma del artículo 28 del ET, del artículo 22.3 del ET, del artículo 64.3 y 6 del ET y del artículo 9.3 del ET. Y la razón de ser de las modificaciones no es otra que la necesidad de incorporar medidas que permitan conocer cuál es en las empresas la realidad de la diferencia retributiva entre hombres y mujeres, esto es, si pueden ser discriminatorias o si generan diferencias basadas en sesgos o roles de género.

Lo cierto es que en general resulta muy difícil, si no imposible, corregir un problema que no queda identificado con claridad y precisión. Y esto es precisamente lo que ocurre en relación con la brecha retributiva. Se trata, es de sobra conocido, de un problema complejo, porque es el resultado de la concurrencia de diferentes causas –la discriminación retributiva *stricto sensu*, la segregación horizontal y vertical, el doble rol trabajo-cuidado atribuido tradicionalmente a las mujeres, la infravaloración del trabajo femenino, etc.–⁶, lo que dificulta la articulación de procedimientos eficientes no ya para su solución, sino incluso para su detección, y, en consecuencia, requiere de un enfoque polifacético como el que se está adoptando en el ámbito de la UE y en el de nuestro país en los últimos tiempos⁷.

Se ha considerado que la razón –o, al menos, una de las razones– por la que nos encontramos frente a un problema de difícil identificación no es otra que la falta de datos reales provocada por la falta de transparencia en las empresas en esta materia. En este sentido, en el informe de la Comisión de 2013 sobre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE⁸ se

⁵ Vid. en relación con esta cuestión el Informe sobre la aplicación de la Recomendación de la Comisión sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre mujeres y hombres a través de la transparencia [Bruselas, 20.11.2017 COM (2017) 671 final].

⁶ En relación con las causas de la brecha retributiva puede consultarse el informe *Magnitude and impact factors of the gender pay gap in EU countries* en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/aa27ac5b-fc83-11e5-b713-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-194234364>.

⁷ De hecho, la PDIR 2021 forma parte de ese enfoque polifacético que incluye, entre otras medidas, la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo; y, las iniciativas sectoriales para luchar contra los estereotipos y mejorar el equilibrio de género como la que representa la propuesta de Directiva relativa a la mejora del equilibrio de género en los consejos de administración de las grandes empresas cotizadas de la UE.

⁸ Informe sobre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) [SWD (2013) 512 final. Bruselas, 6.12.2013 COM (2013) 861 final].

concluyó que la aplicación práctica de las cláusulas relativas a la igualdad de retribución en los Estados miembros era uno de los aspectos más problemáticos y se señalaban como principales obstáculos para la aplicación efectiva del principio de igualdad de retribución: la falta de transparencia en los sistemas de remuneración; la falta de seguridad jurídica en relación con el concepto de trabajo de igual valor, ya sea porque este concepto no está definido o por la ausencia de criterios de evaluación claros para comparar diferentes puestos de trabajo; y los obstáculos procesales.

Por ello, la transparencia retributiva resulta una herramienta clave para detectar y demostrar posibles discriminaciones, porque aporta la radiografía de la empresa que sirve para poder llegar a un diagnóstico preciso y fiable sobre sesgos de género en los sistemas retributivos y sobre la valoración desigual y discriminatoria del trabajo de las mujeres con respecto al de los hombres. En este sentido, es muy importante destacar, tal y como lo hace la PDIR 2021 al delimitar sus objetivos, que «ese sesgo es, a menudo, inconsciente». Así pues, la transparencia retributiva puede contribuir «a concienciar a los empleadores y ayudarles a detectar diferencias de retribución por razón de género que son discriminatorias, que no responden a factores discrecionales válidos y que con frecuencia no son deliberadas»⁹.

Lo cierto es que es triste, pero es así. Y lo es, básicamente, porque siempre ha sido así. Como se ha señalado:

[...] aunque la participación de las mujeres en la fuerza de trabajo se ha generalizado, la tozudez de los datos estadísticos pone de manifiesto que nuestro actual modelo de relaciones laborales dista mucho de ser equitativo, desde el punto de vista de sexo y de género (Garrigues Jiménez, 2019, p. 1).

La verdad es que la discriminación retributiva es una realidad, pero, en muchos casos, ni siquiera se tiene la percepción de que una determinada cláusula convencional o una determinada práctica empresarial la provocan; y no solo por parte de la empresa, sino también de la representación legal de las personas trabajadoras (RLPT) y de las propias mujeres que la sufren, porque, en consideración que suscribo:

⁹ Es más, incluso más allá de este efecto, la radiografía de la empresa en materia de igualdad retributiva sirve, según la PDIR 2021:

[...] para favorecer un cambio en las actitudes hacia la remuneración de las mujeres al aumentar la sensibilización al respecto y generar un estimulante debate sobre los motivos de las diferencias retributivas estructurales de género. Más allá de conducir al mero cumplimiento del principio de igualdad de retribución, esta iniciativa puede ser también un motor desencadenante de la revisión de las políticas de igualdad de género en general al nivel de las empresas, y promover una cooperación más estrecha entre empleadores y representantes del personal.

[...] cuando estamos ante una discriminación de carácter social que ha adquirido una dimensión colectiva y que hace referencia a una situación generalizada, producto de prejuicios o de estereotipos, tristemente se interioriza, se normaliza y las mismas personas discriminadas no perciben que lo están siendo (Aragón Gómez y Nieto Rojas, 2021, p. 154).

Se puede afirmar, pues, que la información es la solución. Y a esa información solo podemos llegar a través del estudio de los datos, que necesariamente se han de aportar tal y como son, es decir, de forma transparente, superando la opacidad en que en muchas ocasiones se incurre por lo que a la política retributiva de la empresa se refiere. En este sentido, en la Recomendación de 2014, que, según se ha dicho, «atinaba perfectamente» en la forma de acometer la discriminación retributiva (Ballester Pastor, 2017, p. 80), se incluyen medidas específicas para ayudar a los Estados miembros a diseñar una regulación interna para mejorar la transparencia retributiva que incluya específicamente el derecho de las personas a solicitar información sobre los niveles retributivos, la obligación de las empresas de emitir informes en esta materia, la obligación de las empresas de hacer auditorías retributivas y la inclusión de la igualdad de retribución en la negociación colectiva.

En España, la nueva regulación del principio de igualdad retributiva pretende incorporar en las empresas este conjunto de obligaciones que implican la necesidad de acreditar todos los datos que se manejan para configurar la retribución de las personas trabajadoras. Cumplida esa obligación de acreditar los datos, su análisis será la segunda de las exigencias que deba asumirse y, tras ese análisis y dependiendo de los resultados que el mismo arroje, la tercera de las obligaciones se concretará en pasar a la acción, esto es, adoptar las medidas concretas necesarias para que la igualdad retributiva sea una realidad en la empresa. A mi modo de ver, si tuviéramos que sintetizar las nuevas obligaciones en materia de igualdad retributiva, podríamos decir que la empresa –y, como veremos, en cierta medida también la RLPT– debe seguir un proceso que se articula en tres fases:

- Comprobación.
- Análisis.
- Adopción de medidas.

En la fase de comprobación, la obligación de la empresa se centra en recopilar datos tanto a través del sistema de valoración de puestos como, de manera correlativa, con el registro de las retribuciones. Por una parte, se debe comprobar el valor de los puestos de trabajo a través de un sistema de valoración que cumpla con los criterios de adecuación, objetividad y totalidad. Y, por otra parte, se debe elaborar un registro retributivo anual en el que se detalle el conjunto de percepciones salariales y extrasalariales desagregadas por sexo. En la segunda fase, la empresa debe analizar los datos obtenidos. Esta obligación de análisis es, a mi juicio, la más importante, porque implicará sacar conclusiones sobre el nivel de cumplimiento del principio de igualdad retributiva. Y, en la fase final, a partir de las conclusiones

obtenidas tras el análisis, la empresa debe pasar a la acción para, por una parte, confirmar y continuar con todas las medidas que se ajustan al principio de igualdad retributiva y, por otra, adoptar en su caso las medidas necesarias para corregir las disfuncionalidades detectadas en valoración de puestos y, correlativamente, en percepciones retributivas. Veamos pues seguidamente cómo la nueva normativa configura el conjunto de obligaciones que las empresas deben asumir para cumplir con la exigencia de la transparencia retributiva.

3. Las nuevas obligaciones empresariales en materia de igualdad retributiva: fase de comprobación

3.1. La identificación de los trabajos de igual valor: la implementación de sistemas de valoración objetiva

La valoración objetiva de los puestos de trabajo de la empresa es, probablemente, la medida más importante que debe cumplirse en materia de igualdad retributiva. Y es así a mi entender por dos motivos. En primer lugar, porque resulta evidente que, para que pueda cumplirse el principio fundamental «a trabajos de igual valor, igual retribución», una condición ineludible es que el valor del trabajo se haya calculado de antemano¹⁰. Y, consecuencia de ello, en segundo lugar, porque resulta imposible el cumplimiento de las otras obligaciones hoy exigibles en relación con el registro y la auditoría retributiva sin la previa aplicación del procedimiento de valoración objetiva de los puestos de trabajo.

Lo anterior, además de ser una obviedad, no es ninguna novedad, ya que, tanto a nivel comunitario como nacional, se ha reconocido que los sistemas de valoración objetiva de puestos son una herramienta esencial para acabar con la discriminación retributiva¹¹. La

¹⁰ En este sentido, como ya señaló el Tribunal Constitucional (TC) en 1991 en la paradigmática Sentencia 145/1991, de 1 de julio:

El principio constitucional de no discriminación en materia salarial abarca así también a todos aquellos supuestos en los que se produzca una desigual valoración de trabajos no estrictamente iguales, pero equivalentes o de igual valor desde el punto de vista de la naturaleza y condiciones de prestación, en cuya desigual valoración sea el elemento determinante el sexo o factores vinculados al mismo, excluye que la valoración de forma diferente del trabajo realizado tenga lugar por criterios vinculados al sexo de los trabajadores, y en particular a la condición de mujer, por reflejar infravaloraciones sociales o económicas del trabajo femenino.

¹¹ Según señalaba ya en 2007 la Comisión Europea, una de las causas que de manera más clara serviría para explicar la discriminación retributiva era:

[...] la valoración inadecuada de los puestos de trabajo en la empresa, a partir de la cual, nos encontramos ante una situación en la que la persistencia de la diferencia de retribución refleja también una menor valoración sistemática de las profesiones y los cargos mayoritariamente femeninos respecto a los mayoritariamente masculinos, sin que ello obedezca necesariamente a

Recomendación de 2014 incluye en este punto la previsión de que los Estados miembros precisen en su legislación el concepto de trabajo de igual valor, considerando que «el valor del trabajo deberá evaluarse y compararse utilizando criterios objetivos tales como los requisitos educativos, profesionales y de formación, la cualificación, el esfuerzo y la responsabilidad, los trabajos realizados y la naturaleza de las tareas en cuestión»¹².

Pues bien, en España, en línea con la recomendación, el paso definitivo para exigir el uso de estas herramientas en las empresas lo ha dado el RDL 6/2019 con la reforma del artículo 28 del ET, desarrollada por el RD 902/2020. El artículo 28 del ET establece que un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes.

criterios objetivos [Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, 18 de julio de 2007, de la Comisión «Actuar sobre la diferencia de retribución entre hombres y mujeres» COM (2007) 424].

Por otra parte, el Parlamento Europeo adoptó el 18 de noviembre de 2008 y el 24 de mayo de 2012 dos resoluciones sobre la igualdad de retribución entre hombres y mujeres con recomendaciones sobre cómo aplicar mejor el principio de igualdad de remuneración y en ellas se incluye la recomendación de introducir medidas de transparencia retributiva y sistemas de evaluación y clasificación de empleos no discriminatorios con respecto al sexo (DO C 16 E de 22.1.2010).

¹² En esta materia, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es extensa.

Sintéticamente cabe señalar la Sentencia de 30 de marzo de 2000, asunto C-236/98, Jåmo, que concluyó que el artículo 119 del Tratado de la Comunidad Europea sienta el principio según el cual un mismo trabajo o un trabajo al que se atribuya igual valor debe ser retribuido de la misma manera, con independencia de que lo realice un hombre o una mujer; la Sentencia de 8 de abril de 1976, asunto C-43/75, Defrenne II, que concluyó que este principio constituye una expresión específica del principio general de igualdad que exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables, a menos que este trato esté objetivamente justificado, forma parte de los fundamentos de la Comunidad; la Sentencia de 17 de mayo de 1990, asunto C-262/88, Barber, que interpretó que la directiva tiene la finalidad esencial de facilitar la aplicación concreta del principio de igualdad de retribución que figura en el artículo 119 del Tratado de la Comunidad Europea; la Sentencia de 11 de mayo de 1999, asunto C-309/97, Angestelltenbetriebstrat der Wiener Gebietskrankenkasse, que concluyó que, para apreciar si unas personas trabajadoras realizan un mismo trabajo o un trabajo al que se puede atribuir un mismo valor, debe comprobarse si, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que dichas personas trabajadoras se encuentran en una situación comparable; las Sentencias de 27 de marzo de 1980, asunto C-129/79, Macarthy, y de 17 de junio de 1998, asunto C-243/95, Hill y Stapleton, que puntualizaron que la única justificación admisible de la diferencia de retribución será la basada en razones objetivas, ajenas a toda discriminación por razón de sexo; y, en fin, la Sentencia de 13 de mayo de 1986, asunto C-170/84, Bilka, que señaló que, además, el motivo invocado por la empresa para explicar la desigualdad debe responder a una efectiva necesidad de esta y ser idóneo para alcanzar el objetivo que la misma persigue y ser necesario a tal fin.

El artículo 4 del RD 902/2020, que desarrolla esta previsión legal, viene a señalar que la obligación de cumplir con el principio fundamental «vincula a todas las empresas, independientemente del número de personas trabajadoras y a todos los convenios y acuerdos colectivos». Y, tras esta precisa delimitación de su ámbito de aplicación, el precepto pasa a concretar de manera pormenorizada y exhaustiva el alcance del concepto «trabajos de igual valor» del artículo 28 del ET.

De este modo, a mi juicio, no cabe duda de que el legislador quiere dejar claro que la medida referida a la implementación de sistemas de valoración objetiva de puestos alcanza no solo a las empresas que tengan la obligación de negociar planes de igualdad en función del número de personas trabajadoras, sino a todas las empresas. Por ello, aunque podría plantearse alguna duda sobre el alcance de la obligación si tenemos en cuenta lo previsto en los artículos 7 y 8 del RD 902/2020 sobre la implementación de estos sistemas solo para las empresas que elaboren plan de igualdad, creo que de la claridad del artículo 4 del RD 902/2020 y de su interpretación acorde al principio general de transparencia retributiva que desarrolla el artículo 3 del RD 902/2020 cabe deducir que la aplicación de estos sistemas debe llevarse a cabo en todas las empresas.

Cuestión distinta es la relativa al procedimiento a seguir para aplicar estos sistemas en la empresa, porque el RD 902/2020 ha previsto dos procedimientos (García Campá, 2021, p. 100) que pueden ser complementarios o no según las circunstancias específicas que concurren en cada empresa respecto del sistema de clasificación profesional aplicable. Por una parte, la norma reglamentaria hace alusión a un procedimiento directo, mediante la aplicación de un sistema de valoración de puestos en la empresa. Y, por otra, de modo indirecto, se establece que la valoración objetiva de puestos puede aplicarse a través del sistema de clasificación profesional previsto en el convenio colectivo. En este sentido, descendiendo al terreno práctico, hemos de señalar que la aplicación de estos sistemas de valoración objetiva de puestos en las empresas no debe ser considerada solo una obligación individual de la empresa, sino que también el convenio colectivo se convierte en una herramienta para conseguir la transparencia retributiva, porque el artículo 3 del RD 902/2020 impone a empresas y convenios colectivos el deber de integrar y aplicar ese principio fundamental. Así, la nueva norma reglamentaria asume algo que la doctrina científica había afirmado de manera unánime al entender que «la negociación colectiva se configura como una herramienta esencial para reducir la brecha salarial facilitando la erradicación de la discriminación retributiva» (Casas Baamonde *et al.*, 2015, p. 8).

De acuerdo con lo previsto en el artículo 9 del RD 902/2020, los convenios colectivos serán esa herramienta esencial, y con ello cabe apuntar que la RLPT junto con el banco patronal asumen en el marco de la negociación colectiva la obligación de asegurar que los sistemas de clasificación profesional de los convenios colectivos incluyan todos los factores y condiciones concurrentes en cada uno de los grupos y niveles profesionales y respeten los principios esenciales que desarrolla el artículo 4.4 de esta norma reglamentaria. Se trata, por tanto, de una obligación que implica el compromiso de patronal y sindicatos en

la erradicación de la brecha retributiva y que impone una revisión de la dinámica de negociación de convenios que va a suponer un importante esfuerzo a la hora de reconfigurar los sistemas de clasificación profesional (Sáez Lara, 2020, p. 11).

Lo cierto es que la adaptación de estos sistemas debería haber sido una realidad desde la aprobación del RDL 6/2019, dado que la reforma del artículo 22.3 del ET ya vino a exigir, según se ha dicho, de forma «intencionadamente incomprensible» (Ballester Pastor, 2019, p. 212), que la definición de los grupos profesionales se ajustase a criterios y sistemas que, basados en un análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones, tuviesen como objeto garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres. Y específicamente se exige en aquel precepto que estos criterios y sistemas cumplan con lo previsto en el artículo 28.1 del ET en relación con la igualdad de valor de los puestos de trabajo. En este sentido, cabe entender que la reforma de 2019 promueve que la negociación ofrezca a la empresa una clasificación que facilite la eliminación de las situaciones de discriminación salarial, «superando criterios de por sí ya discriminatorios a la hora de decidir el encuadramiento de las personas trabajadoras» (Blázquez Agudo, 2019, p. 7). Por ello, creo que no cabe duda de que es absolutamente necesaria la implicación de empresas y RLPT en todo este proceso de implementación de medidas eficientes para alcanzar la igualdad retributiva y eliminar la discriminación¹³, aunque ciertamente se ha de reconocer que se enfrentan a una tarea considerada «muy compleja» (Sáez Lara, 2020, p. 11).

En efecto, tal y como es sabido, existen diferentes métodos para la valoración de los puestos –puntos por factor, jerarquización, grados, Hay, Guideline... (Mababu Mukier, 2011)–, pero, en términos generales, como señala la Organización Internacional del Trabajo (OIT):

[...] el objetivo de todo método de evaluación de los empleos es determinar, por medio de criterios comunes, las características de los empleos de una empresa para establecer su valor relativo y; en el contexto de la igualdad de remuneración, permite comprobar de manera más precisa que los empleos con predominio de mujeres y los empleos con predominio de hombres de igual valor reciben la misma remuneración¹⁴.

¹³ En esta línea es importante tener en cuenta que el artículo 4.4 de la PDIR 2021 específicamente señala que la evaluación para determinar si las personas trabajadoras realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor no se limitará a las situaciones en las que las personas trabajadoras trabajen para la misma empresa, sino que podrá ampliarse a esa fuente única. Con ello, el legislador comunitario prevé que, para determinar si unas personas trabajadoras se encuentran en una situación comparable, la comparación no debe limitarse necesariamente a las situaciones en las que hombres y mujeres trabajen para una misma empresa, sino que esa comparación también debe hacerse cuando no sea así, siempre que las condiciones retributivas puedan atribuirse a una única fuente que las haya establecido (por ejemplo, disposiciones legales, convenios colectivos laborales en materia de retribución aplicables a varias empresas o condiciones de empleo establecidas de forma centralizada para más de una empresa dentro de una sociedad *holding* o conglomerado).

¹⁴ OIT, Informe mundial sobre salarios 2019. <https://www.ilo.org/global/research/global-reports/global-wage-report/2018/lang--es/index.htm>.

En nuestro país, desde hace años, la herramienta disponible para las empresas es la de valoración de puntos por factor¹⁵; y, de hecho, tal y como veremos más adelante, es precisamente a la que se alude en el artículo 8.1 a) del RD 902/2020 para el diagnóstico retributivo que forma parte de la auditoría retributiva. En todo caso, como también veremos seguidamente, según lo establecido en la disposición final primera del RD 902/2020, se aprobará en un plazo de 6 meses un procedimiento para la valoración de puestos. En fin, asumiendo desde luego que la norma reglamentaria en relación con lo previsto en el artículo 22.3 del ET impone la revisión de los sistemas de clasificación profesional con perspectiva de género aplicando estos sistemas, lo que seguro será necesario es que tanto empresas como RLPT adquieran competencias para cumplir con esta misión que se les encomienda y que no es nada sencilla.

En todo caso, a mi entender, la referencia reglamentaria a las dos posibilidades de implementar sistemas de valoración objetiva de puestos no incurre en duplicidad alguna, porque, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.3 del RD 902/2020, entre los instrumentos configurados para aplicar el principio de transparencia retributiva se encuentra el sistema de valoración de puestos de trabajo de la clasificación profesional contenida en la empresa y en el convenio colectivo que fuera de aplicación.

Así pues, en la práctica, nos podemos encontrar ante diferentes escenarios a la hora de asumir en la empresa la obligación de valorar objetivamente los puestos:

- En el supuesto de que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9 del RD 902/2020, en el convenio de ámbito supraempresarial aplicable se haya actualizado con perspectiva de género el sistema de clasificación profesional en clave de valoración de puestos, la empresa cuyo sistema interno de clasificación no presente peculiaridad alguna respecto del previsto en el convenio podrá acreditar el cumplimiento de la obligación remitiéndose al sistema del convenio y podrá elaborar el registro retributivo y, en su caso, la auditoría retributiva, a partir de ese sistema de clasificación profesional.
- Si el convenio aplicable es el convenio de empresa, en este ámbito propio, empresa y RLPT podrán, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9 del RD 902/2020, revisar el sistema de clasificación profesional con perspectiva de género para su reconfiguración como sistema de valoración de puestos de trabajo.
- En aquellos supuestos en los que el sistema de clasificación profesional del convenio no se haya actualizado con perspectiva de género o en los de empresas con sistemas de clasificación que presenten alguna peculiaridad respecto del convencional, será preceptivo utilizar el procedimiento directo de evaluación de puestos que deberá ajustarse a lo previsto en el artículo 4.4 del RD 902/2020.

¹⁵ <https://www.igualdadenlaempresa.es/asesoramiento/herramientas-igualdad/home.htm>.

Conforme a este último precepto, el sistema de valoración objetiva de puestos deberá cumplir con tres criterios esenciales: adecuación, totalidad y objetividad. En primer lugar, la adecuación implica que solo son factores relevantes en la valoración los relacionados con la actividad y que efectivamente concurren en la misma. La totalidad, en segundo lugar, implica tener en cuenta todas las condiciones que singularizan el puesto de trabajo. Finalmente, la objetividad implica que deben identificarse de manera clara y precisa los factores que se tienen en cuenta para fijar la retribución.

Siguiendo siempre estos tres criterios, a la hora de realizar el análisis del valor de los puestos en la empresa, deberá tenerse en cuenta que la equivalencia en valor de los puestos de trabajo no iguales va a depender, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.2 del RD 902/2020 en relación con el artículo 28.1 del ET, de:

- a) La naturaleza de las funciones o tareas tanto en atención a lo establecido en la ley o en el convenio colectivo como en atención al contenido efectivo de la actividad desempeñada.
- b) Las condiciones educativas que se correspondan con cualificaciones regladas y guarden relación con el desarrollo de la actividad.
- c) Las condiciones profesionales y de formación que puedan servir para acreditar la cualificación de la persona trabajadora, incluyendo la experiencia o la formación no reglada, siempre que tenga conexión con el desarrollo de la actividad.
- d) Aquellas condiciones laborales y aquellos factores estrictamente relacionados con el desempeño diferentes de los anteriores que sean relevantes en la actividad.

En este sentido, a mi juicio, es especialmente interesante el apartado 3 del artículo 4 del RD 902/2020, porque, a modo de lista abierta no exhaustiva, recoge un conjunto de factores y condiciones del trabajo femenino que han sido objeto a lo largo de los años de olvido, desprecio o invisibilidad: la penosidad y dificultad, las posturas forzadas, los movimientos repetitivos, la destreza, la minuciosidad, el aislamiento, la responsabilidad tanto económica como relacionada con el bienestar de las personas, la polivalencia o definición extensa de obligaciones, las habilidades sociales, las habilidades de cuidado y atención a las personas, la capacidad de resolución de conflictos y la capacidad de organización.

Se trata de factores presentes en puestos de trabajo desempeñados normalmente por mujeres que no han sido valorados en absoluto o han sido infravalorados en convenios colectivos, acuerdos de empresa, pactos individuales, etc. Y esa falta de valoración de los mismos ha servido para consolidar la brecha retributiva con la que la nueva regulación quiere acabar. Tal y como se ha puesto de manifiesto:

[...] quizá por razones de inercia negocial, por prejuicios o por ignorancia de los factores de desempeño más feminizados, los sistemas de clasificación profesional

se articulan sobre factores propios de las actividades masculinizadas, por lo que su aplicación termina por resultar excluyente de cualquier factor no específico de estas (Garrigues Jiménez, 2019, p. 12).

De este modo, como se ha concluido en consideración que comparto, «la revalorización de los trabajos propios de mujeres también podría suponer, en ocasiones, el ajuste de aquellos trabajos propios de hombres que estén sobrevalorados, por lo que es aconsejable la vía de la negociación colectiva» (Sáez Lara, 2020, p. 11)¹⁶.

El procedimiento a utilizar para llevar a cabo esa evaluación de los puestos de trabajo deberá ser aprobado, como decíamos antes, en un plazo de 6 meses, esto es, hasta el 14 de octubre de 2021, de acuerdo con lo establecido por la disposición final primera del RD 902/2020. Este plazo debe considerarse quizás excesivo, dado que son «nada menos que 2 años y 7 meses después de que entrara en vigor la exigencia de aplicar estos criterios en la valoración de puestos, en la redacción dada al art. 22.3 ET por el RD Ley 6/2019» (Aragón Gómez y Nieto Rojas, 2021, p. 145). En todo caso, dado que como hemos visto no estamos ante una materia desconocida hasta ahora, sino, al contrario, estudiada ya con profundidad, las empresas pueden acceder desde hace muchos años a diferentes sistemas de valoración para cumplir con la obligación de evaluar los puestos.

En definitiva, los sistemas de valoración de puestos implementados directamente en la empresa o bien aplicados de modo indirecto a través del sistema de clasificación profesional previsto en el convenio aplicable reconfigurado con perspectiva de género van a ser la primera herramienta útil para que ese paso inicial de acceso a la empresa que supone el encuadramiento profesional –y retributivo– de las personas trabajadoras se lleve a cabo mediante la asignación de un determinado grupo y nivel profesional que cuenta con un valor predeterminado de forma adecuada, objetiva y total y con base única y exclusivamente en el trabajo prestado, sus requerimientos de cualificación y sus específicas condiciones de desempeño¹⁷.

¹⁶ En punto a la infravaloración del trabajo femenino es especialmente significativo que en el Documento de trabajo de evaluación del impacto que acompaña la PDIR 2021 [SWD (2021) 41 final] se indica que la estadística relativa a diferencias entre retribuciones de hombres y mujeres en el mismo sector pone en tela de juicio la idea de que las mujeres «tienen preferencia por ocupaciones con salarios más bajos» y, en cambio, plantea que estas se ven limitadas a prestar servicios en ocupaciones infravaloradas.

¹⁷ En esta línea, la PDIR 2021, en su artículo 4, también impone a los Estados miembros la obligación de adoptarlos para asegurar que se establecen herramientas o metodologías para evaluar y comparar el valor del trabajo con arreglo a los criterios neutros con respecto al género. Esas herramientas deben permitir evaluar, por lo que respecta al valor del trabajo, si las personas trabajadoras se encuentran en una situación comparable, a partir de criterios objetivos que incluirán requisitos educativos, profesionales y de formación, la cualificación, el esfuerzo y la responsabilidad, el trabajo realizado y la naturaleza de las tareas desempeñadas.

3.2. El registro retributivo

La segunda de las obligaciones que debe asumir la empresa en el nuevo marco regulador del derecho de igualdad retributiva se concreta en la exigencia de llevar un registro retributivo y también se incorpora a nuestro ordenamiento en 2019 con la reforma del artículo 28 del ET. En su apartado 2, este precepto impone la obligación de llevar un registro con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor, reconociendo además el derecho de las personas trabajadoras a acceder, a través de la RLPT en la empresa, al registro de su empresa.

Esta exigencia, como hemos dicho antes, se recoge también expresamente en la Recomendación de 2014, si bien es cierto que limitada a las empresas de más de 50 personas trabajadoras¹⁸. El legislador español mejora así en su norma interna esta obligación por lo que al derecho de las personas trabajadoras a la información se refiere¹⁹. Y, de este modo, la obligación del registro se impone «con carácter preceptivo a todas las empresas al margen de su tamaño» (Blázquez Agudo, 2019, p. 6; Sáez Lara, 2020, p. 10).

Lo cierto es que la forma de cumplir con esta obligación legal planteaba ciertos interrogantes sin solución en la dicción literal del artículo 28 del ET tras la reforma. De hecho, abiertamente se consideró que la regulación legal era «claramente insuficiente», apuntándose la necesidad de un desarrollo reglamentario (Ballester Pastor, 2019, p. 210). Pues bien, el RD 902/2020 ha venido a despejar algunos –que no todos– de esos interrogantes en su capítulo III:

a) En primer lugar, el artículo 5 del RD 902/2020 determina que el registro retributivo deberá incluir los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de la plantilla al completo –incluido personal directivo y altos cargos– desagregados por sexo y distribuidos de acuerdo con el artículo 28.2 del ET –esto es, por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor–.

¹⁸ En la Recomendación 4 se señala que los Estados miembros deben establecer medidas que garanticen que las personas empleadoras de empresas u organizaciones con al menos 50 trabajadores/as informen periódicamente a las personas trabajadoras, a la RLPT y a los interlocutores sociales de la remuneración media por categoría de persona trabajadora o puesto, desglosada por sexos.

¹⁹ Así lo ha señalado la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 26 de mayo de 2021 (rec. 189/2019), en la que se afirma que el sistema español mejora lo establecido en la Recomendación de la Comisión, de 7 de marzo de 2014, y que combina varias de las opciones establecidas en dicho texto: así, el sistema español de registro retributivo permite el acceso de la RLPT a la información retributiva desglosada y promediada en todas las empresas, y no solo en aquellas con al menos 50 personas trabajadoras como establece la recomendación.

Sobre estos valores, la empresa deberá calcular, desglosadas por sexo, además de la media aritmética, la mediana de lo realmente percibido por cada uno de estos conceptos en cada grupo profesional, categoría profesional, nivel, puesto o cualquier otro sistema de clasificación aplicable. En este sentido, a mi modo de ver, no cabe duda de que el reglamento ha querido adaptar el desglose profesional a la situación real de cada empresa, es decir, aunque es sabido que las categorías deberían haber desaparecido de los sistemas de clasificación profesional tras la reforma de 2012, lo cierto es que siguen presentes en muchos convenios. Si así fuese, el desglose de datos retributivos del registro deberá adaptarse a la realidad del sistema de encuadramiento profesional que se siga en la empresa y esto parece, a mi juicio, lo más adecuado para proceder de la manera más eficiente posible desde la perspectiva de la igualdad retributiva, teniendo en cuenta la realidad de nuestro marco convencional. Con ello además queda claro que «el desglose profesional no queda en manos de la libre elección de la empresa» (Aragón Gómez y Nieto Rojas, 2021, p. 157) y se destierra la idea de que el artículo 28 del ET legitimaba cualquier opción empresarial para la elaboración del registro, «lo que presumiblemente conllevaba que se considerasen como trabajos de igual valor a efectos del registro salarial aquellos más favorables a la empresa» (Ballester Pastor, 2019, p. 210). En todo caso, sí debemos puntualizar que, como veremos en el siguiente epígrafe, las empresas que tengan obligación de hacer auditoría retributiva deberán, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 del RD 902/2020, reflejar en su registro, además, las medias aritméticas y las medianas de las agrupaciones de los trabajos de igual valor en la empresa, conforme a los resultados de procedimiento directo o indirecto de valoración de puestos de trabajo, aunque estos pertenezcan a diferentes apartados de la clasificación profesional.

Además de lo anterior, la información deberá desagregarse en atención a la naturaleza de la retribución, incluyendo salario base, cada uno de los complementos salariales y cada una de las percepciones extrasalariales, es decir, especificando de modo diferenciado cada percepción. No es posible pues presentar los datos agrupados por bloques «porque no cabe duda de que cuanto mayor detalle se ofrezca más sencillo resultará establecer comparaciones, identificar las causas de la brecha y poder proponer medidas correctivas que la solucionen» (Aragón Gómez y Nieto Rojas, 2021, p. 156; García Campá, 2021, p. 96).

Con ello queda claro que, sea cual fuere la herramienta que se escoja en la empresa para elaborar el registro, esta deberá servir para clasificar la información de los diferentes conceptos retributivos fijos o variables que se abonan en la empresa en dinero o en especie en cada grupo profesional, subgrupo o categoría. En relación con las herramientas a utilizar, la norma reglamentaria no exige o impone, obviamente, ninguna. No obstante, en su artículo 5.5, establece que el documento en el que conste el registro «podrá» tener el formato establecido en las páginas web oficiales del Ministerio de Trabajo y Economía Social y del Ministerio de Igualdad. Ese documento ya existe y es accesible para las empresas²⁰,

²⁰ Se publicó el 15 de abril de 2021 en la página web del Ministerio de Igualdad la herramienta de registro retributivo adaptada al RD 902/2020 negociada con sindicatos y patronal. Puede consultarse en <https://www.igualdadenlaempresa.es/asesoramiento/herramientas-igualdad/home.htm>.

pero, en todo caso, creo que cabe criticar que su publicación se produjese el día después de la entrada en vigor del RD 902/2020 (recordemos que era el 14 de abril), porque, desde luego, en la práctica, no es un instrumento sencillo de utilizar; y, al menos en teoría, el 14 de abril, las empresas debían contar ya con el registro retributivo en el que constasen todos los datos presentados de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 del RD 902/2020. De este modo, creo que debe considerarse perfectamente válido el registro que, en su caso, hubiesen elaborado las empresas con sus propias herramientas, cumpliendo los plazos y cumpliendo con los términos exigidos en el reglamento.

En fin, tal y como hemos visto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 del RD 902/2020, queda claro que el registro deberá presentarse diferenciando:

- Salario base.
- Complementos salariales (antigüedad, productividad, nocturnidad, turnicidad, comisiones de ventas, bonus...).
- Complementos extrasalariales (desplazamiento, transporte, dietas, quebranto de moneda...).

Todos estos conceptos retributivos deberán presentarse de acuerdo con las retribuciones efectivas abonadas en la empresa. Es más, según la herramienta oficial, los datos a registrar han de coincidir con los importes efectivos abonados a las personas trabajadoras, para cada una de sus «situaciones contractuales» y sus promedios y medianas deben estar desglosados por sexo, por categorías, grupos profesionales, niveles, puestos o cualquier otro sistema de clasificación que sea utilizado en la empresa.

De este modo, el registro ofrecerá datos reales en materia retributiva en relación con toda la plantilla de la empresa del último año –contratos en vigor y contratos extinguidos dentro de ese periodo–, teniendo en cuenta las peculiaridades que puedan acaecer y de las que deberá quedar constancia registral: cambios de puesto de trabajo, modalidad contractual (indefinida o temporal), tipo de jornada (parcial o a tiempo completo), reducción de la misma por motivos de cuidado de hijos/as o familiares, antigüedad, nivel de formación, retribución, etc.

Es importante que las empresas tengan esto en cuenta, porque el hecho de que concurran diferencias en las condiciones que pueden justificar las distintas retribuciones no siempre implicará que la diferencia sea ajena a los sesgos o roles de género. Y, para detectar la brecha retributiva, es determinante que estos emerjan a través de los datos reales –reducciones de jornada por cuidado, excedencias, contratos a tiempo parcial, falta de disponibilidad para viajar...–. De este modo, estoy totalmente de acuerdo con la precisión que la doctrina (Aragón Gómez y Nieto Rojas, 2021, p. 157) ha hecho en relación con la necesidad de visualizar el sesgo de género en estos casos, en el entendido de que:

[...] la comparación por parámetros reales, sin correcciones, puede arrojar información muy valiosa sobre el impacto que tiene en la práctica trabajar a tiempo parcial o con una reducción de jornada o, dicho en otros términos, cuál es la consecuencia de asumir las tareas de cuidado y tener una menor disponibilidad horaria.

En este sentido, a mi modo de ver, ello debe hacerse constar igualmente en el registro; y, de hecho, creo que, tal y como veremos más adelante, la empresa deberá en estos casos acordar la correspondiente acción de corrección o ajuste en la auditoría retributiva.

En todo caso, ha de matizarse que la herramienta oficial también ha incluido una aplicación –voluntaria– para hallar lo que denomina «importes equiparados», que proporciona un dato adicional de comparabilidad. Con ella, se procede a anualizar la retribución en los supuestos de contratación temporal o a completar al 100 % la retribución en los supuestos de reducción de jornada o de contratos a tiempo parcial, debiendo dejar al margen de la equiparación las cantidades que, en cualquier caso, se abonen íntegras (plus transporte, mejoras...).

Por otra parte, es especialmente interesante que no sea solo obligatorio el cálculo de la media aritmética, sino también de la mediana, lo que, según se ha considerado, cabe en una interpretación extensiva que puede hacerse de la noción de valores medios del artículo 28.2 del ET y «elimina la posibilidad de norma *ultra vires*» (García Campá, 2021, p. 97). Y es que, como es sabido, la media aritmética o promedio representa el reparto equitativo, el equilibrio, la equidad –esto es, el valor que tendrían los datos si todos ellos fueran iguales, o el valor que correspondería a cada uno de los datos de la distribución si su suma total se repartiera por igual–. Sin embargo, la mediana es el valor que ocupa la posición central, es decir, el valor que está justo en el medio de un conjunto de datos ordenado de menor a mayor o de mayor a menor. Por ello, es importante que deba incluirse la mediana, porque «la media es un valor especialmente sensible a valores extremos y puede ofrecer un resultado distorsionado» (Aragón Gómez y Nieto Rojas, 2021, p. 157).

En fin, la obligación de elaborar el registro retributivo corresponde a la empresa y no estamos ante una materia que deba ser objeto de negociación con la RLPT, ya que, por una parte, el artículo 5.6 del RD 902/2020 reconoce a esta un derecho de consulta que deberá cumplir la empresa con una antelación de al menos 10 días, con carácter previo a la elaboración del registro, ya sea el ordinario anual, ya sea el que deba realizar en supuestos de modificación sustancial de las condiciones retributivas en la empresa. Y, por otra parte, respecto de las empresas que cuenten con plan de igualdad, los datos del registro retributivo se configuran como fuente de información que la empresa debe aportar para elaborar el diagnóstico previo del mismo (art. 46.2 Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres –LOIEMH–).

b) En segundo lugar, en relación con el acceso al registro, hay que señalar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 5.3 del RD 902/2020, la RLPT tiene derecho a conocer el contenido íntegro del mismo. En estos casos, las personas trabajadoras podrán acceder al registro a través de la representación legal. Pero, si en la empresa no existe RLPT,

la información que se facilitará individualmente a las personas trabajadoras no serán los datos promediados respecto a las cuantías efectivas de las retribuciones que constan en el registro, sino únicamente las diferencias porcentuales que existieran en las retribuciones promediadas de hombres y mujeres, que también deberán estar desagregadas en atención a la naturaleza de la retribución y el sistema de clasificación aplicable.

Lo cierto es que en este punto la regulación española vigente no se ajusta de hecho ni a las previsiones de la recomendación (Ballester Pastor, 2019, p. 209) ni, desde luego, al amplio alcance de la obligación de información que contempla la PDIR 2021. Por una parte, la recomendación viene a exhortar a los Estados miembros a adoptar medidas adecuadas y proporcionadas para garantizar directamente que las personas empleadas puedan solicitar información sobre todo el contenido del registro (los componentes variables o complementarios además del sueldo base fijo, tales como los pagos en especie y la participación en los beneficios). En la PDIR 2021, el artículo 7 reconoce a todas las personas trabajadoras el derecho a recibir información sobre su nivel retributivo y sobre los niveles retributivos medios, desglosados por sexos, para las categorías que realicen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor, con la finalidad de que puedan, en su caso, detectar la discriminación retributiva²¹.

En relación con el acceso al registro de la RLPT y de las personas trabajadoras a través de esta, cabe plantear una duda relativa al derecho de protección de datos. Se trata del supuesto –que en España puede acaecer de manera frecuente dado el número de pequeñas y medianas empresas– de que solo forme parte de un determinado grupo profesional una persona trabajadora (hombre o mujer) o dos personas (hombre y mujer). En este caso, la

²¹ Por otra parte, la PDIR va mucho más allá en el tema de la información y, en su artículo 8.3, viene a exigir a las empresas con un mínimo de 250 personas trabajadoras la publicación en su web de los datos de brecha retributiva entre todas las trabajadoras y los trabajadores en componentes complementarios o variables; la brecha retributiva mediana entre todas las trabajadoras y los trabajadores; la brecha retributiva mediana entre todas las trabajadoras y los trabajadores en componentes complementarios o variables; la proporción de trabajadoras y de trabajadores que reciben componentes complementarios o variables; y la proporción de trabajadoras y de trabajadores en cada cuartil de la banda retributiva. Además, en el ámbito interno de las empresas, todas las personas trabajadoras y su representación legal deberán ser informadas sobre la brecha retributiva entre las trabajadoras y los trabajadores, por categorías, desglosadas por sueldo base ordinario y por componentes complementarios o variables. La razón de ser de la obligación de información global tan amplia que recoge la PDIR 2021 no es otra que la de crear conciencia entre las empresas, porque permite cierta comparación entre personas empleadoras, lo que crea incentivos para que estas eviten posibles brechas retributivas, estimula el debate en torno a la igualdad retributiva y mueve a la acción. Sin embargo, la información relativa a la brecha retributiva entre las trabajadoras y los trabajadores desagregada por categorías y desglosada por sueldo base ordinario y por componentes complementarios o variables se limita exclusivamente al ámbito de la empresa, porque se basa en una combinación y en una ponderación de criterios que son pertinentes únicamente con carácter interno. En este sentido, se especifica que las diferencias de retribución por categorías no son comparables entre personas empleadoras, razón por la cual esta información no debe hacerse pública. No obstante, en este ámbito interno, como hemos visto, la información debe facilitarse no solo a la RLPT, sino también a las personas trabajadoras.

información del registro no quedará anonimizada por el desglose por sexo, por lo que, en aras del derecho a la protección de datos personales, que son aquellos a través de los cuales puede identificarse a la persona física (art. 4 Reglamento general de protección de datos), se ha sugerido que no se incluya esta información en el registro (García Campá, 2021, p. 99).

A mi modo de ver, podría en este caso la empresa incluir la información en un registro completo que debería archivar para, en su caso, mostrar a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) o de un órgano judicial en el marco del proceso correspondiente. Por otro lado, debería eliminar los datos de cantidades del contenido íntegro del registro al que accede la RLPT, manteniendo solo la referencia al porcentaje de diferencia y haciendo constar la razón de la eliminación de las cuantías en el grupo profesional de que se trate. De este modo, entiendo que se podría dar cumplimiento a la obligación de transparencia retributiva sin afectar al derecho fundamental de la persona trabajadora a la protección de datos. Además, el hecho de que en un determinado puesto solo haya un hombre trabajador podría implicar en su caso la adopción, en el marco de la auditoría retributiva, de una acción positiva a futuro para seleccionar mujeres en nuevos procesos de selección en igualdad de condiciones entre candidaturas. Y, por otro lado, si solo hay dos personas trabajadoras –hombre y mujer–, el que se tenga constancia del porcentaje de la diferencia podría servir para iniciar acciones por parte de la mujer trabajadora en el supuesto de que esta considerase a partir de ese dato que podría concurrir discriminación retributiva.

c) El registro retributivo deberá elaborarse con carácter anual como regla general conforme a la previsión del artículo 5.4 del RD 902/2020 que viene a establecer este parámetro temporal al que no hace alusión el artículo 28.2 del ET.

Según se ha interpretado, puede considerarse que este precepto no establece que el registro retributivo deba elaborarse solo una vez al año con los datos retributivos del año natural anterior, sino que los datos del registro comprenderán los 12 meses inmediatamente anteriores con respecto al momento del año en que la empresa debe satisfacer el derecho de información de la RLPT (art. 64.3 ET) y, cuando no exista representación legal y alguna persona trabajadora solicite su acceso, el periodo temporal de referencia será el del año natural previo al momento de satisfacer su derecho de acceso (García Campá, 2021, p. 97).

A mi entender, en cambio, esta obligación implica como pauta general que cada año natural –del 1 de enero al 31 de diciembre– la empresa deberá actualizar el registro con los datos del anterior. Es más, creo que la nueva herramienta oficial de elaboración del registro deja claro que así es. No obstante, si en un sector de actividad concreta –educación, turismo...– la naturaleza de la misma implica que las fechas del año laboral no se ajustan exactamente a las del año natural, podría ser admisible, a mi juicio, que el registro se adaptase a ese periodo anual –por ejemplo, en educación del 1 de septiembre al 31 de agosto de cada año; o, en turismo, del 1 de junio al 31 de mayo–.

Lo cierto es que el reglamento de desarrollo debería haber concretado mejor las cuestiones relativas al procedimiento de elaboración del registro, porque, salvo esta referencia a su

carácter anual, nada más se especifica. Se puede plantear, por ejemplo, la duda de cuál es el plazo para la elaboración del registro, esto es, finalizado el año natural –o el que debe entenderse aplicable en función de la actividad– en qué periodo de tiempo deberá prepararse y elaborarse el registro, dado que se trata de una obligación cuyo cumplimiento implica cierta dedicación y que no es inmediato. Nada se dice sobre ello en el RD 902/2020, pero ciertamente deberá asumirse que las empresas necesitan un cierto margen temporal –podría, por ejemplo, regularse un margen trimestral para su elaboración, debiendo presentar el registro dentro del primer trimestre del año siguiente al analizado–.

En todo caso, los cambios en las condiciones retributivas que puedan acaecer dentro de este periodo implicarán la obligación de revisión y actualización del registro en el momento en que se produzcan. De este modo, ante cualquier modificación sustancial que pueda tener repercusión en los datos del registro, la empresa deberá revisarlo, previa consulta con una antelación de 10 días con la RLPT²².

d) El registro retributivo en definitiva será la radiografía de las condiciones retributivas de los trabajadores y las trabajadoras de la empresa, y por ello resulta muy criticable que el legislador no haya tipificado de manera específica la infracción derivada del incumplimiento de la obligación de elaborarlo. No obstante, no creo que quepa duda, tal y como se ha sostenido (Sáez Lara, 2020, p. 12), de que la ausencia del mismo se puede considerar infracción grave, de acuerdo con amplia fórmula del artículo 7.13 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (LISOS), dado que, sin duda, implicaría dejar de cumplir con una medida de igualdad prevista en el ET.

Por otra parte, dado que el registro servirá para comprobar si existen en la empresa diferencias retributivas por razón de sexo, el artículo 10 del RD 902/2020 establece que la información retributiva que ofrezca podrá servir para llevar a cabo las acciones administrativas y judiciales, individuales y colectivas oportunas, de acuerdo con lo previsto en la LISOS, incluida, en su caso, la aplicación de las sanciones que pudieran corresponder por concurrencia de discriminación –art. 8.12 LISOS–, así como, en su caso, el procedimiento de oficio establecido en el artículo 148 c) de la Ley reguladora de la jurisdicción social. De hecho, si la discriminación retributiva por razón de sexo queda probada, el artículo 9.3 del ET reconoce a la persona trabajadora el derecho a la retribución correspondiente al trabajo igual o de igual valor. En este sentido, aunque ciertamente el precepto estatutario podría

²² En la herramienta oficial se indica que a la hora de determinar qué alteraciones tienen carácter sustancial se puede atender a aspectos cuantitativos y cualitativos de la alteración: cambios que afecten a toda la plantilla o que tengan carácter colectivo o cambios que afecten a la política retributiva de la empresa (revisión salarial convencional, activación de la cláusula de garantía salarial, nuevo texto convencional, inaplicación o descuelgue del salario convencional, modificación sustancial de condiciones de trabajo colectivas, alteraciones sustanciales de la plantilla por subrogación empresarial, reestructuraciones y sucesiones; o alteraciones sustanciales que afecten a la clasificación profesional por modificación del convenio colectivo, por modificaciones derivadas de una valoración de los puestos de trabajo).

haber sido redactado con mayor precisión (Ballester Pastor, 2019, p. 212; Sáez Lara, 2020, p. 5), no cabe duda de que se reconoce el derecho a la diferencia que se haya acreditado en perjuicio de la trabajadora.

3.3. El registro retributivo de las empresas con auditoría retributiva

El artículo 7.1 del RD 902/2020 impone a las empresas que elaboren plan de igualdad la obligación de incluir en el mismo una auditoría retributiva que deberá elaborarse en los términos que vamos a analizar en el epígrafe siguiente. No obstante, para estas empresas, la obligación de auditar el registro no es la única peculiaridad, sino que la elaboración misma del registro presenta dos particularidades específicas que detalla el artículo 6 del RD 902/2020:

- En primer lugar, deberá reflejar las medias aritméticas y las medianas de las agrupaciones de los trabajos de igual valor en la empresa, de acuerdo con el resultado que ofrezca el procedimiento de valoración de puestos de trabajo, aunque estos pertenezcan a diferentes apartados de la clasificación profesional, desglosados por sexo y desagregados por conceptos retributivos.
- Y, en segundo lugar, deberá incluir, en su caso, la justificación objetiva de la diferencia cuando la media aritmética o la mediana de las retribuciones totales en la empresa de las personas trabajadoras de un sexo sea superior a las del otro en, al menos, un 25 %.

En relación con la primera de las exigencias del registro, las empresas deberán incluir obligatoriamente un parámetro de comparación diferente al del sistema de clasificación profesional utilizado en las mismas. Ese parámetro será el de los trabajos de igual valor que además está expresamente incluido entre los que detalla el artículo 28.2 del ET, tal y como hemos visto antes. Con ello se pretende obtener un dato en el registro que va más allá de la clasificación por los grupos profesionales y que implica haber cumplido previamente con la obligación de implementar un sistema de valoración objetiva de puestos o, en su caso, contar con un convenio colectivo en el que el sistema de clasificación profesional se ajuste a lo previsto en el artículo 9 del RD 902/2020. Ese dato será determinante para el cumplimiento de la obligación de auditoría retributiva que deben asumir estas empresas e implicará agrupar los trabajos de igual valor, aunque pertenezcan a diferentes grupos profesionales, para comprobar el cumplimiento del principio de igualdad retributiva para trabajos del mismo valor. Así, la herramienta oficial incluye esta opción de agrupación de los puestos de igual valor a fin de establecer este parámetro comparativo.

En relación con la segunda de las obligaciones, el artículo 6 b) del RD 902/2020 exige a las empresas que justifiquen la diferencia retributiva en aquellos casos en los que la media

aritmética o la mediana de las retribuciones totales en la empresa de las personas trabajadoras de un sexo sea superior a las del otro en, al menos, un 25 %. Si acudimos al artículo 28.3 del ET encontramos que, tras la reforma de 2019, se impone a las empresas con plantilla de al menos 50 personas trabajadoras la obligación de justificar las diferencias iguales o superiores al 25 % del promedio de las retribuciones de las personas de un sexo frente a las de otro tomando el conjunto de la masa salarial o la media de las percepciones satisfechas.

La intención tanto de la norma legal como de la reglamentaria es la misma: configurar una presunción de indicio de discriminación cuando la diferencia porcentual global entre la retribución de hombres y mujeres se sitúe en 25 o lo supere. Ahora bien, lo cierto es que, como ha puesto de manifiesto la doctrina, no ha sido muy claro el legislador a la hora de delimitar el alcance de la presunción, lo que resulta muy criticable dada su trascendencia. Ni siquiera de manera precisa se indica en ninguna de las normas que se trata de una presunción *iuris tantum* de existencia de una discriminación retributiva (Ballester Pastor, 2019, p. 211; García Campá, 2021, p. 93).

A mi entender, es evidente que lo es, pero debería haberse configurado como tal en aras de la seguridad jurídica. Por otra parte, si ponemos en relación la dicción literal de ambos preceptos, es evidente que los parámetros de comparación no coinciden exactamente. La diferencia del 25 % queda referida en el artículo 28.3 del ET al promedio de las retribuciones tomando el conjunto de la masa salarial o a la media de las percepciones satisfechas. Sin embargo, en el artículo 6 b) del RD 902/2020, la diferencia del 25 % se configura con base en la media aritmética o la mediana de las retribuciones totales en la empresa. De hecho, como se ha dicho, ni siquiera resulta ajustada la doble referencia del artículo 28.3 del ET a la masa salarial y la media de las percepciones satisfechas, porque, en este último caso, dado que se trata de los promedios recogidos en el registro podría pensarse que serían los valores salariales medios distribuidos por grupos profesionales categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor. Por lo que este 25 %, solo en el segundo caso, sería un indicador de discriminación salarial entre hombres y mujeres, pero, como se ha dicho, un 25 % de diferencia salarial sería un indicador altísimo, por lo que parece que el legislador se estaría refiriendo solo a una diferencia entre masa salarial desagregada por sexo (Sáez Lara, 2020, p. 15). No obstante, hay que apuntar que sí se detecta una coincidencia en el parámetro comparativo legal y reglamentario y no es otra que la referencia al carácter global de la retribución, esto es, a la falta de desglose de los conceptos retributivos salariales y extrasalariales desagregados por grupos profesionales.

La dificultad para interpretar esta presunción y la generalidad de su planteamiento ha llevado a entender que:

[...] puede no resultar efectiva porque las justificaciones serán también generales, por lo que hubiera sido mucho más adecuado si se hubiera referido también a las diferencias en las percepciones dentro de grupos profesionales o de otros niveles inferiores en la clasificación profesional (Ballester Pastor, 2019, p. 211).

A mi modo de ver, coincidiendo en la crítica a la falta de precisión de la presunción, cabe considerar también que la referencia legal y reglamentaria a este indicio de discriminación puede tener el efecto de crear una conclusión algo distorsionada en la empresa respecto de las diferencias que no alcancen ese porcentaje, esto es, podría pensarse que, si la diferencia queda por debajo de esa cifra, no es necesario acreditar una justificación en ningún caso, porque no se entiende que existe discriminación retributiva. Esto evidentemente no es así²³. En este sentido, creo que, tal y como se ha interpretado (Sáez Lara, 2020, p. 16):

[...] debe entenderse que la previsión que analizamos debe permitir llegar a una doble conclusión, por una parte, asumir que cualquier discriminación retributiva detectada en el registro entre trabajadores y trabajadoras en trabajos iguales o de igual valor debe ser corregida por la empresa; y, por otra parte, cuando, aun no existiendo esas discriminaciones, el registro detecte diferencias absolutas por sexo superiores a un 25 % será preciso aportar la justificación exigida por el art. 28.3 ET.

Justificación que, tal y como sabemos, deberá ser objetiva y únicamente podrá estar basada en el diferente valor del trabajo prestado (en extenso, Sáez Lara, 2020, pp. 16-26).

4. Las nuevas obligaciones empresariales en materia de igualdad retributiva: fase de análisis de los datos

4.1. La auditoría retributiva: concepto y ámbito subjetivo de la obligación

Cumplida la obligación de comprobación en los términos que hemos analizado, los artículos 7 y 8 del RD 902/2020, tal y como hemos visto, vienen a incorporar una obligación más a las empresas que elaboren plan de igualdad: la obligación de auditar el registro, esto es, estudiar y valorar los datos que este arroja. Se trata evidentemente de una obligación que va más allá de la recopilación de las cifras y que tiene por finalidad analizar los datos para averiguar si en la empresa se incurre en discriminación retributiva, es decir, si en la empresa existe brecha retributiva y no solo esto, sino que debe servir para identificar ante qué tipo de brecha nos encontramos, dado que no debemos olvidar que esta «también obedece a factores sociales, estereotipos y roles de género que exigen medidas específicas para su erradicación» (Sáez Lara, 2020, p. 13).

²³ Es más, el artículo 9 de la PDIR 2021 señala que la empresa deberá justificar mediante factores objetivos y neutros con respecto al género cualquier diferencia de retribución, incluidas las diferencias inferiores al 5 %, en cualquier categoría de personas trabajadoras.

La auditoría retributiva solo es exigible, como acabamos de decir, a las empresas que elaboren plan de igualdad. Por lo tanto, no solo deberán hacer la auditoría las empresas con obligación de presentar el plan legalmente –por número de personas trabajadoras– o por imposición administrativa o judicial, sino también las empresas que voluntariamente decidan contar con plan de igualdad (Aragón Gómez y Nieto Rojas, 2021, p. 158). En consecuencia, hay que considerar que las empresas que no elaboren plan de igualdad quedan exentas de la obligación de realizar la auditoría retributiva. Por tanto, estas únicamente deberán cumplir con la elaboración de registro retributivo, pero no asumen el deber de analizar los datos que este aporta y, por lo tanto, de tomar las medidas que deriven de ese análisis. A mi modo de ver, es importante apuntar que el hecho de que la auditoría no sea obligatoria para estas empresas –que recordemos que son mayoría en nuestro país²⁴– no implica que el registro quede en una mera obligación documental que cumplir. Estas empresas deben tener en cuenta que el registro ofrece datos que pueden ser significativos desde la perspectiva de la discriminación retributiva *stricto sensu* o de la brecha basada en diferencias retributivas con sesgos de género. Si así ocurre, es evidente que el acceso de la RLPT al mismo o, en su caso, el de las personas trabajadoras –bien a través de la representación, bien directamente para conocer las diferencias porcentuales de las retribuciones promediadas entre hombres y mujeres y desagregadas por la naturaleza de la retribución y el sistema de clasificación– podrá implicar la denuncia ante la ITSS o la adopción de las acciones judiciales correspondientes. Por ello, si la empresa reacciona tras el estudio de los datos del registro, puede iniciar procesos de negociación colectiva con la RLPT para adoptar medidas que eviten, corrijan o prevengan las posibles disfuncionalidades halladas en materia de igualdad retributiva o, en su caso, procesos de negociación individual con las personas trabajadoras afectadas.

En todo caso, hay que tener en cuenta que la auditoría retributiva va a formar parte del plan de igualdad de la empresa ex artículo 46.2 de la LOIEMH. De hecho, en la exposición de motivos del RD 902/2020 se explica que la auditoría se regula como instrumento de transparencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 46.6 de la LOIEMH y, pese a ello, se entiende que, sin perjuicio de su ubicación, tanto material como instrumentalmente, la auditoría está concebida como un elemento nuclear en la consecución del objetivo de la igualdad retributiva entre mujeres y hombres a través del principio y el refuerzo de la transparencia. Por esta razón, se considera que el RD 902/2020 complementa la regulación contenida en el RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.

Así pues, la auditoría forma parte del diagnóstico previo del plan de igualdad que, como es sabido, ha sido considerado absolutamente esencial por el TS, en el entendido de que:

²⁴ Según el Instituto Nacional de Estadística en 2020 de 3.404.428 empresas constituidas en España: 1.912.010 no tenían ninguna persona asalariada y 1.466.049 tenían entre 1 y 49 personas trabajadoras.

[...] en la medida en que, siendo el plan de igualdad un instrumento específico en cada empresa para operar sobre la realidad de la misma, resulta absolutamente necesario –para que el plan acometa las necesidades reales que existan en cada empresa en orden a lograr la igualdad real y sustancial entre todos los trabajadores con independencia de su sexo– contar con una descripción real de la situación sobre la que deben operar las medidas concretas que el plan recoja a fin de establecer aquellas que se adecuen directamente a las necesidades de cada entorno laboral en orden a la consecución de la exigible igualdad. Por ello, en la mecánica de la ley constituye elemento imprescindible para la elaboración del plan contar con un diagnóstico de la situación lo más exacto posible a fin de lograr que las medidas contenidas en el plan sean las idóneas a los fines previstos (STS de 13 de septiembre de 2018, rec. 213/2018).

Ello implica, por una parte, que deberá negociarse con la RLPT. Por otra parte, que su vigencia no se equipara a la anual del registro, sino a la del propio plan de igualdad, salvo que se pacte una vigencia inferior (art. 7.2 RD 902/2020). Y, finalmente, que el incumplimiento de la obligación de realizar la auditoría retributiva implicará la comisión de la infracción tipificada como muy grave en el artículo 8.17 de la LISOS.

En relación con el carácter negociado de la auditoría, es importante que las empresas tengan en cuenta que no estamos ante una obligación que de forma unilateral deben asumir cumpliendo con el derecho de consulta de la representación, tal y como ocurre con el registro retributivo²⁵. En realidad, estamos ante una materia que debe ser objeto de negociación con la RLPT y, por lo tanto, ni es posible que la auditoría se elabore unilateralmente por parte de la empresa²⁶, ni es posible la negociación con una representación distinta a la legitimada, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 del RD 901/2020 para la negociación del plan de igualdad –esto es, ni con una «comisión de igualdad» creada con este fin²⁷; ni siquiera con una comisión *ad hoc* de las previstas para la adopción de medidas de flexibilidad interna²⁸–. La auditoría deberá negociarse pues, a nivel de empresa, con la representación

²⁵ En cambio, en el artículo 9 de la PDIR 2021 se establece que la evaluación retributiva conjunta debe ser efectuada por las empresas, en cooperación con la representación del personal. Pero se indica que, si en la organización no hay representantes oficiales del personal, la empresa deberá designar al menos a un trabajador o una trabajadora que desempeñe esa función.

²⁶ En este sentido, la STS de 13 de septiembre de 2018 (rec. 213/2018) afirma que la intervención de la RLPT en la elaboración del plan «constituye un derecho de negociación colectiva».

²⁷ En este sentido, la STS de 26 de enero de 2021 (rec. 50/2020) declaró la nulidad de un plan de igualdad negociado con una comisión de personas trabajadoras designada por la dirección de la empresa.

²⁸ En este sentido, la STS de 14 de febrero de 2017 (rec. 104/2016) precisó que:

[...] el plan de igualdad ha de contar con el acuerdo de la empresa y los representantes legales de los trabajadores, lo que no permite sustituir el mismo por un acuerdo entre la empresa y una comisión de trabajadores creada *ad hoc* para su negociación.

unitaria o sindical de la empresa –con preferencia de esta última (art. 5.2 RD 901/2020)–; a nivel grupo de empresas, con los sindicatos más representativos y simplemente representativos (art. 5.2 RD 901/2020 en relación con art. 87 ET); o, para las empresas sin representación, con la comisión negociadora sindical que deberá constituirse, según lo previsto en el artículo 5.3 del RD 901/2020.

De este modo, la representación de las personas trabajadoras deberá involucrarse en la misión de analizar el registro desde la perspectiva de alcanzar el objetivo que se pretende y que no es otro que el de asegurar el cumplimiento del principio de igualdad retributiva en la empresa con la adopción en su caso de las medidas necesarias para ello. No cabe duda de lo anterior si tenemos en cuenta que el artículo 7.1 del RD 902/2020 detalla que el objetivo de la auditoría es, por una parte, comprobar si el sistema retributivo de la empresa, de manera transversal y completa, cumple con la aplicación efectiva del principio de igualdad retributiva; y, por otra, definir las necesidades para evitar, corregir y prevenir los obstáculos y dificultades existentes o que pudieran producirse en aras a garantizar la igualdad retributiva. Es más, el procedimiento a seguir en la elaboración de la auditoría que desarrolla el artículo 8 del RD 902/2020, y que analizaremos seguidamente, también lo confirma.

En segundo lugar, el periodo de vigencia de la auditoría, según dispone el artículo 7.2 del RD 902/2020, será igual al de la vigencia del plan de igualdad del que forma parte, salvo que se determine otra inferior. De este modo, la auditoría podrá tener –y, normalmente, así será– una vigencia superior a la del registro, que podrá ser idéntica o menor a la del plan de igualdad de que forma parte, según decidan las partes negociadoras. A mi juicio, no es incoherente que el registro deba elaborarse anualmente y la auditoría se mantenga en vigor más tiempo por dos motivos básicamente. Por un lado, porque la revisión anual del registro puede tener la utilidad práctica de comprobar si las medidas adoptadas en la auditoría se están cumpliendo. Y, por otro, porque, aunque la vigencia de la auditoría sea superior, el procedimiento de seguimiento e implementación la convierte en una herramienta dinámica que, a la luz de los datos renovados anualmente en el registro, puede resultar muy efectiva para valorar los resultados obtenidos y corregir o redefinir las medidas de acción.

Por último, si la empresa no elabora la auditoría o no aplica las medidas que la misma contiene, incurrirá en infracción muy grave, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8.17 de la LISOS. Ello será así porque, dado que la auditoría forma parte del plan de igualdad, es obvio que la responsabilidad respecto de aquella se equipara a la exigible en relación con este. En todo caso, lo que sí debe tener en cuenta la empresa es que el plazo para preparar la auditoría deberá ser también coincidente con el previsto para negociar el plan de igualdad –plazo máximo de 1 año a contar desde el día siguiente a la fecha en que finalice el plazo previsto para iniciar el procedimiento de negociación (3 meses desde la constitución de la comisión negociadora)–, esto es, se ajustará a lo establecido en el artículo 4 del RD 901/2020.

4.2. La auditoría retributiva: el procedimiento de diagnóstico retributivo

El artículo 8 del RD 902/2020 detalla el procedimiento a seguir en las empresas para realizar la auditoría retributiva y lo hace delimitando de manera precisa dos obligaciones que la empresa deberá cumplir a la hora de negociarla con la RLPT. Por una parte, la realización del diagnóstico de la situación retributiva en la empresa y, por otra, el establecimiento de un plan de actuación para la corrección de las desigualdades retributivas. La disposición adicional tercera del RD 902/2020 establece que el Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, en colaboración con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, elaborará una guía técnica con indicaciones para la realización de auditorías retributivas con perspectiva de género. En todo caso, hasta que se pueda contar con esta guía, las empresas deben iniciar los procesos de negociación de las auditorías, lo que implica pasar a la fase del análisis que se concreta en la obligación de diagnóstico y, tras esta, a la de ejecución de las medidas que deberán adoptarse para corregir, en su caso, las causas de la brecha retributiva detectada.

Comenzando por el diagnóstico retributivo, lo primero que se ha de señalar es que requiere que la empresa cumpla, a su vez, con dos obligaciones de distinto alcance. En primer lugar, tal y como hemos señalado ya anteriormente, la evaluación de los puestos de trabajo teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 4 del RD 902/2020. Y, en segundo lugar, la comprobación de la relevancia de otros factores desencadenantes de las diferencias retributivas entre hombres y mujeres.

En relación con la implementación en la empresa de un sistema de valoración objetiva de puestos de trabajo, me remito a lo señalado anteriormente, recordando que la clave del mismo debe ser el cumplimiento de los principios de adecuación, totalidad y objetividad, y que el artículo 8.1 a) del RD 902/2020, además, alude ya al sistema de valoración de puntos por factor al que también se ha hecho ya alusión unas líneas más arriba al analizar esta cuestión.

Por otra parte, la segunda de las obligaciones que implica la realización del diagnóstico puede ser, a mi entender, la más reveladora desde la perspectiva de la brecha retributiva total. Y es que creo que es importante destacar que la previsión del artículo 8.1 a) 2.º del RD 902/2020 exige en la auditoría un análisis que va, como he señalado antes, más allá de la detección de la discriminación retributiva *stricto sensu* para alcanzar la brecha que viene provocada por los tradicionales sesgos y roles de género que tan difíciles son de superar. A modo de factores a tener en cuenta, pero como lista abierta o ejemplificativa, el precepto reglamentario alude:

- Al diseño o uso de las medidas de conciliación y corresponsabilidad en la empresa.
- A las dificultades que las personas trabajadoras pudieran encontrar en su promoción profesional o económica derivadas de otros factores como las actuaciones empresariales discrecionales en materia de movilidad o las exigencias de disponibilidad no justificadas.

Con ello, la norma impone en las empresas la obligación de valorar sus dinámicas internas que muchas veces, como decíamos al principio, de forma no consciente, implican la perpetuación de los roles y la consolidación de las diferencias retributivas con sesgo de género. Esas dinámicas pueden ser las relativas a la gestión del tiempo de trabajo, a la movilidad, a las exigencias de presencialidad, a las exigencias de disponibilidad, etc., que en muchas ocasiones provocan diferencias retributivas y segregación horizontal y vertical que deben abordarse y superarse en las empresas.

Por ello, desde mi punto de vista, es importante que en esta fase de diagnóstico de la situación retributiva que arroja el registro se haya especificado que se atienda a los datos que tradicionalmente han hecho que las diferencias retributivas entre hombres y mujeres se hayan consolidado y asumido. De alguna manera, el diagnóstico retributivo debe servir en la auditoría retributiva para lo mismo que el diagnóstico previo sirve en general al plan de igualdad. En este sentido, tal y como se ha dicho, «el diagnóstico es determinante y no puede considerarse un mero trámite» (Fabregat Monfort, 2018, p. 19; Grau Pineda, 2020, p. 15); y, tal y como hemos visto antes, el carácter esencial del mismo ha sido también reconocido ya por el TS.

Pues bien, en la auditoría no es diferente el papel del diagnóstico retributivo, porque las empresas, a través del mismo, deben conocer la realidad de la brecha en su ámbito interno, comprobando si se abona por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución (satisfecha directa o indirectamente, cualquiera que sea la naturaleza de esta, salarial o extrasalarial) y si las condiciones retributivas se configuran a partir de criterios claros, transparentes y desde parámetros neutros sin sesgo de género.

De este modo, situándonos en un plano práctico a la luz de casos reales que han llegado al ámbito judicial, podemos señalar que el diagnóstico que forma parte de la auditoría retributiva debe servir en las empresas para detectar, por ejemplo:

- Si se accede a la política de incentivos y pluses a través de criterios objetivos (valoración del desempeño) o intervienen otros de carácter subjetivo (negociación individual) o vinculados a situaciones contractuales (antigüedad, nivel jerárquico...) de la que puedan quedar excluidas mayor número de trabajadoras²⁹.

²⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Canarias de 2 de noviembre de 2017 (rec. 461/2017): «plus de productividad» regulado de forma opaca sin que consten las concretas razones por las que se asignan unas u otras cuantías a determinada categoría profesional, ni cuáles han sido las fórmulas de cálculo del plus; STSJ de Castilla y León de 19 de junio de 2013 (rec. 909/2013): «complemento personal» que se fija por la empresa según criterios variables y desconocidos, que no constan, pero cuyo resultado es que se produzca una notoria desproporción entre el importe de dicho complemento percibido en promedio por los hombres respecto del percibido por las mujeres e incluso entre el número de hombres y de mujeres que lo perciben; STSJ del País Vasco de 30 de junio de 2008 (rec. 834/2007): «plus voluntario»; STSJ de Canarias de 17 de marzo de 2020 (rec. 1082/2019): «complemento no previsto en el convenio colectivo que se fija por la empresa con base en criterios subjetivos, variables y desconocidos y que es abonado con notoria desproporción a trabajadores y trabajadoras».

- Si, dado que el registro refleja las medias de las agrupaciones de trabajos de igual valor, la naturaleza de las funciones o las tareas efectivamente encomendadas en grupos profesionales distintos, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad son equivalentes y estamos ante trabajos de igual valor³⁰.
- Si en la configuración de la retribución vinculada a la consecución de objetivos el tratamiento de las ausencias por nacimiento se regula con perspectiva de género en clave de corresponsabilidad³¹.
- Si el sistema de promoción que implica el incremento de la retribución se asienta sobre principios transparentes y neutros³².

³⁰ STSJ del País Vasco de 11 de mayo de 2004 (rec. 288/2004):

La apreciación de divergencias funcionales entre los puestos de trabajo de cada una de las secciones no prejuzga en absoluto la razón por la que unas tareas –las desempeñadas predominantemente por los hombres– tengan que ser más valoradas que otras –las desempeñadas predominantemente por mujeres– (STC 58/1994). Si bajo una diversa adscripción del personal a secciones con tareas diferentes se está enmascarando una discriminación, la diferencia salarial resultante deberá considerarse contraria al art. 14.1 CE. Todo lo cual exige como presupuesto una valoración de los criterios de evaluación del trabajo. Será preciso comprobar si se ha dado más valor a unas actividades que a otras y si se ha recurrido a factores discriminatorios, utilizando de forma injustificada, como patrón de medida, cualidades predominantemente predicables de un sexo, o, por el contrario, elementos comunes.

³¹ STS de 23 de septiembre de 2020 (rec. 70/2019):

Si la retribución variable y su aplicación se ve afectada, en mayor o menor medida, por las ausencias derivadas del permiso de paternidad implica un claro desincentivo para el disfrute, total o parcial, del permiso de paternidad, lo que a la postre perpetúa la posición de la mujer como única responsable de las tareas domésticas y del cuidado y atención de los hijos, lo cual es, una clara discriminación por razón de sexo ya que el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres comprende, claramente, la consecución de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos.

³² STS de 18 de julio de 2011 (rec. 133/2010):

A la vista de la anterior doctrina no puede estimarse que el sistema de promoción profesional que nos ocupa sea neutro porque, aunque tenga apariencia de tal, produce resultados discriminatorios sin justificación objetiva. Los datos numéricos son siempre fríos y admiten varias lecturas, pero, si se controvierte la promoción profesional, la cuestión no está en examinar el ascenso a categoría ordinaria, como la de profesional, sino el pase a la categoría de coordinador y a la de mando. Es en el ascenso a estas categorías donde se produce una desproporción adversa para las mujeres, porque esos puestos son ocupados, principalmente, por los hombres en porcentajes muy superiores a los cubiertos por mujeres, dado el número de personas de uno y otro sexo que emplea la empresa. Estos resultados se ven favorecidos por el sistema de selección: el ascenso a técnicos y mandos es por libre designación y el pase a coordinador es el resultado de la evaluación continuada del superior inmediato. Así mismo, facilita estos resultados desproporcionados el secretismo y la falta de publicidad con la que los ascensos se llevan a cabo, sin que las plazas se oferten, ni sean conocidas por los sindicatos o por los trabajadores cuya asistencia a los cursos de formación depende del poder discrecional de la empresa.

- Si el abono de determinados complementos implica el cómputo de periodos de jornadas productivas con impacto adverso sobre los periodos de descanso por maternidad exclusivos de la madre³³.
- Si la falta de abono del plus de peligrosidad a un grupo profesional feminizado –94 % trabajadoras– puede constituir una discriminación indirecta³⁴.
- Si en la empresa se abonan de manera discrecional complementos de diferente cuantía a grupos o categorías diferentes pero que están ocupados mayoritariamente por hombres o mujeres³⁵.
- Si se abona un complemento específico en cuantía menor para categorías profesionales integradas únicamente por mujeres³⁶.
- Si en la empresa se abona un plus únicamente a los trabajadores y no a las trabajadoras que efectuaban el mismo cometido con base en la subrogación³⁷.

³³ STS de 27 de mayo de 2015 (rec. 103/2014):

[...] el argumento de que el criterio de cómputo de las jornadas productivas se aplica por igual a hombres y mujeres sin intención discriminatoria alguna, en palabras de la sentencia recurrida, que hacemos nuestras «cae por su propio peso, ya que está claro que son exclusivamente estas últimas quienes tendrán opción a disfrutar el descanso de 6 semanas posteriores al parto».

³⁴ STSJ de Canarias de 22 de octubre de 2021 (rec. 431/2021), que ha considerado ajustado a derecho que no se abone el plus de peligrosidad a un grupo feminizado –94 % trabajadoras– con base en una argumentación procesal rigorista sin realizar una interpretación normativa con perspectiva de género tal y como impone la LOIEMH –art. 4– y exigen tanto el TS (STS de 29 de enero de 2020, rec. 3097/2017) como el TC (STC 70/2020); recomendando encarecidamente la lectura del extenso y fundamentado voto particular de esta sentencia).

³⁵ STS de 14 de mayo de 2014 (rec. 2328/2013):

Y aunque precisamente, por esa liberalidad, el empresario privado no está obligado a otorgar un trato igual o uniforme a todos sus trabajadores, pudiendo establecer aquellas diferencias que le parezcan más convenientes en orden a sus propios intereses empresariales, lo que no puede hacer, sin demostrar que exista para ello una causa objetiva y razonable que lo justifique, es asignar unas cantidades significativamente inferiores en los departamentos integrados exclusivamente por mujeres (10,37 € mensuales por persona en el de «pisos») respecto a las que otorga en los departamentos muy mayoritariamente ocupados por hombres (118,42 y 168,19 €/mes en «cocina» y «bares», respectivamente).

³⁶ STSJ de Andalucía de 14 de noviembre de 2019 (rec. 964/2019); STSJ del País Vasco de 30 de abril de 2019 (rec. 638/2019):

[...] la coexistencia de dos categorías distintas en el mismo nivel salarial con distintos salarios es una práctica aparentemente neutra que constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, ya que el más desfavorecido está integrado mayoritariamente por mujeres y el otro totalmente por hombres.

³⁷ STSJ de Extremadura de 28 de octubre de 2020 (rec. 322/2020); STSJ de Canarias de 20 de enero de 2020 (rec. 882/2019): «la mera existencia de sucesión empresarial no puede considerarse una justificación objetiva, suficiente y proporcionada para la notable diferencia retributiva entre hombres y mujeres».

- El análisis del modo en que afectan a las personas con responsabilidades de cuidado las prerrogativas empresariales, como pueden ser los cambios de funciones, distribución irregular de la jornada, cambios de centro sin cambio de residencia, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, traslados, desplazamientos...

En fin, a partir de estos y otros datos que arroje el diagnóstico, igualmente importante será que la lectura de los mismos en clave de igualdad retributiva lleve a las empresas a adoptar las medidas de acción y corrección correspondientes en la última fase del proceso de reconocimiento y aplicación del derecho fundamental que nos ocupa.

5. Las nuevas obligaciones empresariales en materia de igualdad retributiva: fase de ejecución de medidas en clave de igualdad retributiva

Conocido el panorama empresarial en relación con el cumplimiento del principio de igualdad retributiva, la última de las obligaciones que debe cumplir la empresa pasa por la adopción de las medidas necesarias para asegurar que no exista discriminación retributiva por razón de sexo en su plantilla y por la superación de las diferencias retributivas con sesgo de género, esto es, implica la puesta en marcha de un plan para que la brecha retributiva desaparezca sea cual fuere su alcance.

El artículo 8.1 b) del RD 902/2020 detalla cómo deberá proceder la empresa para el establecimiento del plan de acción que deba adoptarse con el objetivo de corregir las desigualdades retributivas detectadas. Este procedimiento pasa por cumplir con varias exigencias:

- Determinación de objetivo.
- Fijación de actuaciones concretas.
- Establecimiento de un cronograma.
- Concreción de la persona o personas encargadas de su implantación y seguimiento.

Me parece especialmente interesante que la norma reglamentaria haya concretado de manera tan completa la fase de ejecución de medidas, porque, obviamente, es esta una fase determinante desde el punto de vista del cumplimiento del principio de igualdad retributiva. En efecto, dado que nos encontramos ante una materia que forma parte del plan de igualdad, se puede considerar que la norma viene a imponer a la comisión negociadora la obligación de concretar un específico plan de igualdad retributiva dentro del plan de igualdad general, dado que el esquema del plan de actuación que ha de acompañar a la

auditoría se configura tal y como se hace con las medidas de acción que conforman el plan de igualdad en el resto de materias (proceso de selección y contratación, formación, promoción, ejercicio corresponsable de derechos de conciliación...).

Al igual que hemos hecho respecto del diagnóstico, quizá la mejor manera de entender la función de la adopción de medidas en la auditoría desde una perspectiva práctica puede ser la de poner algún ejemplo de posibles acciones a emprender en función de los datos obtenidos en el registro retributivo:

- Si con el análisis del registro se detecta que los complementos retributivos provocan diferencias entre trabajadores y trabajadoras y estas no son fáciles de explicar porque aquellos están configurados de manera poco transparente, la medida que deberá adoptarse será la revisión del contenido de esos conceptos que deberán clarificarse para ajustarse de manera objetiva a algún aspecto concreto de la condición de trabajo que se retribuye.
- Si el análisis del registro arroja el dato de que la diferencia de retribución viene provocada por las reducciones de jornada vinculadas al cuidado, podrá adoptarse alguna medida que sirva para potenciar que los hombres accedan también a estas medidas de conciliación en clave de corresponsabilidad, o alguna medida para intentar ofrecer alternativas que no impliquen reducción retributiva para las trabajadoras como las adaptaciones de jornada, la opción del trabajo a distancia, etc.
- Si el análisis del registro arroja el dato de que la diferencia de retribución viene provocada por la compensación de condiciones vinculadas a la mayor movilidad, disponibilidad, etc., podrá adoptarse alguna medida que sirva para revisar si objetivamente el trabajo requiere de estas condiciones o si es posible que, recurriendo a los avances tecnológicos y digitales, pueda prescindirse de la presencialidad eliminando esa diferencia retributiva.
- Si el análisis del registro arroja el dato de que la diferencia de la retribución trae su causa en la aplicación de un sistema de promoción basado en criterios oscuros y complejos, la medida a adoptar deberá pasar por la clarificación de estos criterios que deberán ser neutros. Y, además, podrá, en su caso, adoptarse alguna medida de acción positiva para superar la segregación vertical.

6. A modo de conclusión

Retomando la idea preliminar con la que comencé, es cierto que el principio de igualdad retributiva como derecho fundamental de las personas trabajadoras prohíbe desde hace muchos años la retribución desigual para trabajos de igual valor. No obstante, es igualmente cierto que

la discriminación retributiva por razón de sexo sigue siendo una realidad en el siglo XXI. En el año 1991, la emblemática STC 141/1991, de 1 de julio, concedía el amparo por discriminación retributiva a «las limpiadoras» frente a «los peones». En el año 2018, el TSJ de Andalucía³⁸ ha tenido que dictar una sentencia en la que condena a la empresa por discriminación retributiva de «las limpiadoras» frente a «los peones». La persistencia de la brecha se evidencia en dos sentencias dictadas con 27 años de diferencia. No cabe duda de que la brecha persiste porque persisten las inercias, la infravaloración, la invisibilidad, los roles, la discrecionalidad..., pero, quizá, sobre todo, porque persiste la opacidad.

La reforma de 2019 y su desarrollo reglamentario, atendiendo las directrices de la UE, tienen como objetivo que esto deje de ser así en nuestro país –y en Europa la PDIR 2021 apuesta por la transparencia y la información para superar la aplicación fallida del derecho fundamental a la igualdad retributiva–. Aunque es pronto evidentemente para poder aportar datos, lo cierto es que algo sí se está moviendo, porque las empresas están ya preocupadas y ocupadas en las nuevas obligaciones que deben cumplir –no hay más que ver la cantidad de cursos, seminarios, herramientas, etc. que en los últimos tiempos se están ofertando en esta materia–. Habrá que comprobar, pues, si las nuevas normas en materia de igualdad retributiva nos permitirán a corto o medio plazo hablar de una vez por todas en pasado de la discriminación retributiva por razón de sexo.

En todo caso, antes de acabar, una cita –que siempre me ha parecido muy conmovedora– de la antigua Sentencia de 1 de febrero de 1988 de la Magistratura de Trabajo número 3 de Madrid, que reconoció en primera instancia la discriminación retributiva de las limpiadoras del Gregorio Marañón:

Queda acreditada la discriminación existente, a igualdad de trabajo igualdad de remuneración, la discriminación es doble, no solamente a las actoras se les da menos cantidad de dinero que a los peones, sino que además se denomina el trabajo que realizan de otra forma. Hay pues una doble discriminación, discriminación económica y discriminación de denominación de categoría. Ciertamente que las diferencias económicas se han ido aminorando, pero, incomprensiblemente, todavía existen. Y no es cuestión de cuantía de diferencia salarial ya que una sola peseta de menor remuneración entrañaría la discriminación por razón de sexo, prohibida por el art. 14 de la Constitución, y declarada nula y sin efecto por el art. 17 del Estatuto de los Trabajadores.

Pues eso...

³⁸ STSJ de Andalucía de 11 de octubre de 2018 (rec. 1119/2018).

Referencias bibliográficas

- Aragón Gómez, Cristina y Nieto Rojas, Patricia. (2021). *Planes de igualdad en las empresas. Procedimiento de elaboración e implantación*. Wolters-Kluwer.
- Ballester Pastor, María Amparo. (2017). *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*. Tirant lo Blanch.
- Ballester Pastor, María Amparo. (2019). La transparencia para la igualdad retributiva entre mujeres y hombres en la Recomendación de la Comisión Europea de 7 de marzo de 2014 y en el RDL 6/2019, de 1 de marzo: mucho ruido y pocas nueces. *Gaceta Sindical. Reflexión y Debate*, 33, 199-214.
- Blázquez Agudo, Eva María. (2019). El registro salarial: una simple obligación con una gran implicación. *FEMERIS. Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 4(3), 5-10. <https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4925>.
- Casas Baamonde, María Emilia; Quintanilla Navarro, Beatriz; Menéndez Calvo, Remedios y Serrano García, Juana María. (2015). *Propuesta de herramientas convencionales para combatir la brecha salarial por razón de sexo*. Comisión Ejecutiva Confederada de UGT.
- Fabregat Monfort, Gemma. (2018). La negociación colectiva de los planes de igualdad, algunas reflexiones a propósito de su eficacia. *Boletín Igualdad en la Empresa*, 47, 18-22.
- García Campá, Santiago. (2021). *El registro salarial o retributivo*. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 455, 79-115.
- Garrigues Jiménez, Amparo. (2019). Las nuevas relaciones de trabajo: una perspectiva de género. *Revista de Treball, Economia i Societat*, 92, 1-25.
- Grau Pineda, Carmen. (2020). Los enemigos que amenazan la efectividad real de los planes de igualdad. *FEMERIS. Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 5(2), 8-32. <https://doi.org/10.20318/femeris.2020.5382>.
- Mababu Mukiur, Richard. (2011). *Sistemas de valoración de puestos de trabajo*. CEF.
- Pérez del Río, Teresa. (2006). *Igualdad y género en el empleo*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- Sáez Lara, Carmen. (2020). Registro salarial e igualdad retributiva entre mujeres y hombres tras el RDL 6/2019: una primera aproximación. *Revista Derecho Social y Empresa*, 12. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7329641&orden=0&info=link>.

El derecho a la desconexión digital y las políticas de responsabilidad social empresarial: nuevos horizontes para la innovación en las relaciones laborales

Diego Megino Fernández

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Burgos*

dmegino@ubu.es | <https://orcid.org/0000-0002-1844-3737>

Extracto

La digitalización de las relaciones laborales (en términos sobre todo de una significativa extensión de las tecnologías de la información y la comunicación) supone una de las cuestiones que más atención despierta en la actualidad. Entre otras razones, ello es así por las potenciales consecuencias negativas anudadas a la prevalencia tecnológica (de muy diversa índole y en ámbitos tan dispares como la conciliación, la prevención frente a los riesgos profesionales o la salud individual). Para conjugar los intereses contrapuestos en presencia (de las organizaciones productivas y de las personas trabajadoras) deviene precisa una actitud flexible e innovadora, donde ha de adquirir un mayor protagonismo el desarrollo por las empresas de actuaciones de responsabilidad social que propicien y fomenten la desconexión digital de su plantilla. Precisamente, el objetivo principal pretendido con este estudio es el de intentar ofrecer, desde un enfoque eminentemente práctico, una descripción detallada e ilustrativa sobre el modo en el que, hoy por hoy y en España, las políticas de responsabilidad social empresarial están afrontando la cuestión, lo cual a su vez servirá para reflexionar acerca del papel principal que pueden representar para mejorar la calidad de vida de las personas trabajadoras.

Palabras clave: desconexión digital; responsabilidad social empresarial; calidad de vida.

Fecha de entrada: 11-10-2021 / Fecha de aceptación: 14-11-2021

Cómo citar: Megino Fernández, Diego. (2022). El derecho a la desconexión digital y las políticas de responsabilidad social empresarial: nuevos horizontes para la innovación en las relaciones laborales. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 466, 129-161.



The right to digital disconnection and corporate social responsibility policies: new horizons for innovation in labour relations

Diego Megino Fernández

Abstract

Today, the digitization of labour relations (especially due to the significant spread of information and communication technologies) is one of the most prominent issues. Among other reasons, due to the potential negative consequences linked to the prevalence of technology and the lack of digital disconnection (in areas as diverse as work-life balance, prevention against professional risks or individual health). To combine the opposed interests (of productive organizations and workers), a flexible and innovative attitude becomes necessary, so the development of corporate social responsibility (CSR) actions will be essential. Precisely, this study offers a practical, detailed and illustrative description of how, today and in Spain, CSR policies are facing the issue (the labour right to digital disconnection). Also, this will serve to reflect about the main role that those can play to improve workers' quality of life.

Keywords: digital disconnection; corporate social responsibility; quality of life.

Citation: Megino Fernández, Diego. (2022). The right to digital disconnection and corporate social responsibility policies: new horizons for innovation in labour relations. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 466, 129-161.



Sumario

1. Introducción
 2. Principales rasgos definitorios del derecho
 3. La desconexión digital en las políticas de RSE: inventario y perspectivas
 4. Una sucinta reflexión final
- Referencias bibliográficas

Nota: el presente estudio se inscribe en el marco de los trabajos y resultados del grupo de investigación reconocido por la Universidad de Valencia Desc-Labor (Desconexión digital en el trabajo), ref. GIUV2020-473 (<https://www.desclabor.com>).

1. Introducción

Sin duda, uno de los rasgos más distintivos de la sociedad contemporánea viene dado por la «interconectividad digital» (Trujillo Pons, 2020a, p. 41). Sea desde un dispositivo móvil o fijo, prácticamente cualquier persona accede varias veces al día, de forma consciente y voluntaria, al correo electrónico, la mensajería instantánea, las redes sociales..., lo cual se traduce en una disponibilidad persistente y extenuante (sobre todo mentalmente), en pos de, por ejemplo, lograr la mayor inmediatez posible en las interacciones.

Dicho fenómeno se ha trasladado sin apenas solución de continuidad al mundo laboral, ámbito donde las herramientas y medios digitales llevan ya tiempo percutiendo, hasta prácticamente conducir a «un escenario de no retorno» (Cardona Rubert, 2020, p. 120). Al fin y al cabo, las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) se han asentado como elementos esenciales en buena parte de los cometidos profesionales, de manera tal que, hoy por hoy, cuesta concebir un desempeño profesional que no lleve asociado el uso de ordenadores, tabletas o teléfonos móviles. Ello sin olvidar que cada vez más empresas desarrollan sus actividades, íntegra o preponderantemente, en entornos cibernéticos.

Dentro del contexto delineado, la clásica y extendida cultura del «presentismo» está quedando obsoleta, al desvanecerse los «rígidos parámetros» (Morato García, 2020, p. 4) de lugar y tiempo de trabajo en favor de una superior capacidad de autoorganización del personal. Esta circunstancia, sobre el papel positiva, lleva también aparejada una potencial y potente amenaza: el riesgo latente de una «nociva "naturalización"» (Fernández Avilés, 2018, p. 7) de la disponibilidad plena y de las prolongaciones no reconocidas de jornada, fruto de una «sensación engañosa de "libertad en la gestión del propio tiempo de trabajo"» (Cairós Barreto, 2021, p. 2), donde se confunden «flexibilidad en la prestación de servicios [...] con relajación absoluta de los límites existentes en materia [de] tiempo de trabajo, salud laboral, conciliación de intereses laborales y familiares, etc.» (Barrios Baudor, 2020, p. 128).

Es evidente que los lindes entre las vidas personal y profesional se han vuelto más etéreos y volátiles a causa del uso masivo de los recursos digitales. Con relativa frecuencia, la primera de ellas se ve deteriorada por un torrente «de información no deseada, de llamadas intempestivas, de sobrecarga de trabajo, de confusión, de nuevas adicciones y de controles no autorizados» (Vallecillo Gámez, 2017, p. 172). Con otras palabras, la frontera entre los tiempos de trabajo y de ocio y descanso se antoja cada vez más fina, «porosa e insegura» (Mella Méndez, 2016, p. 32). Como consecuencia, la jornada laboral termina «resultando elástica y ocupando, virtualmente, todo el día (y acaso la noche) del trabajador» (Tascón López, 2018, p. 46), forzado a experimentar un estado de persistente «dispersión

temporal» (Martínez Yáñez, 2018, p. 413) y a permanecer «en modo *always on*» (Triclin, 2016, p. 320) o «*readily accessible*» (Ortiz López y Otero Aparicio, 2020, p. 26). De todas maneras, no cabe sino compartir que los problemas y los desafíos a encarar no surgen de la implementación de las tecnologías, sino del «acceso, conectividad y comunicación ininterrumpida que pueden ofrecer [...] por tanto, [...] [de su] inadecuada gestión y uso» (González Cobaleda, 2016, p. 267).

A la vista de estos mimbres, no es de extrañar que la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD)¹, incluyera en su denominación y contenido un espacio reservado para la «garantía de los derechos digitales» (título X), entre ellos (art. 88), el de «la desconexión digital en el ámbito laboral», regulación básica y casi exclusiva de la prerrogativa en el plano normativo. A este respecto, la justificación ofrecida por el legislador en el preámbulo de la norma resulta elocuente, toda vez que revela su deseo de elevar en un futuro a rango constitucional una serie de garantías «digitales», para así dotarlas de una tutela reforzada frente a las probables amenazas vinculadas a los avances técnicos. Sin embargo, a tenor de la disposición final primera del texto legal, resulta indudable la actual naturaleza ordinaria del derecho laboral a la desconexión digital, sin perjuicio, no obstante, de su estrecha relación con otros de superior rango (intimidad, dignidad, privacidad...).

De manera similar, también cabría preguntarse si la garantía analizada es realmente nueva, autónoma y dispar a otras ya consolidadas, de modo que su propia existencia dependiera de una «expresa positivización» (Altés Tárrega y Yagüe Blanco, 2020, p. 64), o si, en cambio, con ella solo se está intentando arbitrar un refuerzo circunstancial. Sin necesidad de entrar en los intensos debates doctrinales surgidos al calor de este dilema, parece razonable sostener que la ausencia de una regulación privativa en modo alguno significaba que la prerrogativa estuviese desprovista de respaldo normativo o de que las empresas pudieran obviar la responsabilidad de asegurar su efectividad, pues «toda legislación sobre [...] [el particular] no deja de ser una especificación o concreción respecto de la del tiempo de trabajo/tiempo de descanso, careciendo, así, de autonomía *per se*» (Cremades Chueca, 2020, p. 121). En definitiva, la garantía ya obraba, regía gracias a otras vías y resultaba de plena aplicación antes incluso de la pátina de modernidad con la que, siquiera terminológicamente hablando, el legislador orgánico ha querido asociarla con esa sociedad contemporánea «hiperconectada» [...] «hiperinformada» [...] [e] «hipervisualizada» (Del Rey Guanter, 2017, p. 2), que ha experimentado sin apenas inmutarse la desvalorización del parámetro tiempo en favor de otros más enfocados hacia la productividad dentro del mercado laboral.

Pese a todo, una cosa no quita la otra. Aun cuando su previsión pueda parecer «redundante» (Reche Tello, 2019, p. 37), ya que «siempre ha existido el derecho a no estar disponible fuera del tiempo de trabajo» (Trujillo Pons, 2021, p. 13), reconocerlo en su vertiente

¹ BOE número 294, de 6 de diciembre.

digital como una singular encarnación, con tintes tecnológicos, del proverbial descanso no deviene «superfluo, [...] [pues] el permanente estado de conectividad laboral [...] hace necesaria una cierta intervención normativa para ordenar algunos aspectos» (Purcalla Bonilla, 2020, p. 122). Por consiguiente, su explicitación opera como garantía en favor del personal, en cierta medida desamparado ante el imparables ritmo de la digitalización.

Como otras voces autorizadas han manifestado, lo anterior supone una «victoria en modo alguno desdeñable» (Grau Pineda y Montesdeoca Suárez, 2020, p. 405), al implicar un «primer paso encaminado a regular el mundo de los derechos digitales» (Torres García, 2020, p. 254), a pesar de que aún precise «desarrollar todo el potencial que encierra» (Martínez Yáñez, 2021, p. 22). Al final, ante un problema acuciante se está ofreciendo una respuesta específica desde una triple perspectiva:

[...] social, por cuanto protege la tutela física y moral del trabajador, jurídica, al imponer límites a la duración del trabajo [...] [y] económica, en cuanto la duración del trabajo excesivo puede repercutir sobre los costos de producción y beneficios de la empresa (Pérez Campos, 2019, p. 109).

Esta es la línea argumentativa que parece seguir la Carta de Derechos Digitales recientemente presentada por el Gobierno de España (2021, p. 5), donde con nitidez consta que:

[...] no se trata necesariamente de descubrir derechos digitales pretendiendo que sean algo distinto de los derechos fundamentales [o no] ya reconocidos o de que las nuevas tecnologías y el ecosistema digital se erijan por definición en fuente de nuevos derechos [...]. Sin embargo, el desarrollo y progresiva generalización de estas tecnologías y de los espacios digitales de comunicación e interrelación que ellas abren dan lugar a nuevos escenarios, contextos y conflictos que deben resolverse mediante la adaptación de los derechos y la interpretación sistemática del ordenamiento.

Sea como fuere, la sumariadad o parcialidad de las cláusulas normativas que en la actualidad plasman el derecho laboral a la desconexión digital provoca que «su contenido resulte poco garantista» (Toscani Giménez, 2020, p. 294), ya que deja un amplísimo margen de maniobra para la actuación unilateral por parte de las empresas, el cual, si no es adecuadamente encauzado, está llamado a afectar «la salud física y mental y el equilibrio entre la vida laboral y la vida privada de los trabajadores» (Cairós Barreto, 2021, p. 3). A solventarlo, de manera ordenada, complementaria y natural, pueden y deben contribuir, desde sus respectivos ámbitos, la negociación colectiva, las políticas y protocolos internos a nivel organizacional y, en especial (por cuanto ahora más interesa), las acciones complementarias de responsabilidad social empresarial (RSE). El reto precisamente radica ahí, en ser capaces de aprovechar el potencial ofrecido por cada uno de estos tres canales para lograr una materialización integral, más rica y efectiva de cuanto rodea a la prerrogativa.

2. Principales rasgos definitorios del derecho

A pesar de que intencionadamente se pretende huir de un análisis exegético de su regulación básica, sí parece pertinente iniciar este epígrafe descriptivo perfilando con gruesos trazos el semblante que la normativa vigente² brinda respecto de la garantía. De este modo:

- Si bien procede no perder de vista que admite cierto grado de modulación en función de las circunstancias, hay que hablar de un derecho laboral aplicable a todos los empleados y empleadas, a quienes se pretende asegurar que, una vez concluida la correspondiente jornada laboral, no experimentarán injerencias de índole profesional y, por consiguiente, serán respetados sus descansos, vacaciones, permisos, intimidad personal y familiar...
- Como es lógico, lo anterior acarrea un correlativo deber para la empresa (aunque esto solo conste de manera expresa en la normativa rectora del trabajo a distancia), apremiada por esta razón a, *verbi gratia*, ingeniárselas para restringir un uso invasivo de los medios tecnológicos de comunicación y de trabajo durante los periodos de reposo y esparcimiento de sus recursos humanos.
- Las eventualidades que rodeen la práctica del derecho (de «modalidades de ejercicio» habla la norma) se ajustarán a lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación o, ya en su defecto ya como complemento, en el acuerdo específico a alcanzar entre la empresa y la representación de las personas trabajadoras.
- Con independencia de cuál de las alternativas precedentes entre en escena, la empresa, concediendo al menos previa audiencia a la representación del personal, elaborará una política interna en la materia, donde, si es menester, brindará una especial atención a quienes ocupen puestos directivos o presten sus servicios a distancia o en régimen de teletrabajo. En ella, como mínimo reflejará las, reiteradas, «modalidades de ejercicio del derecho» (a articular en función de aspectos tales como la naturaleza y objeto de cada respectiva relación laboral, lo que pueda haberse previsto en convenio o acuerdo, etc.), así como las acciones de formación y de sensibilización sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas y la prevención del riesgo de fatiga informática.

Como complemento al esquema precedente, antes de pasar al bloque más analítico de este estudio parece buen momento para ofrecer una semblanza más reflexiva del derecho a partir de una serie de rasgos esenciales a él asociados (con superior detalle, Megino Fernández y Lanzadera Arencibia, 2020, pp. 66 y ss.):

² Esencialmente, lo dispuesto en los artículos 88 y 91 de la LOPDGDD, 20 bis del Estatuto de los Trabajadores (RDleg. 2/2015, de 23 de octubre –BOE núm. 255, de 24 de octubre–) y 18 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (BOE núm. 164, de 10 de julio).

A) En primer lugar, procede resaltar la ausencia de un concepto jurídico para la prerrogativa. Fruto de dicha omisión, la noción ha de construirse sobre el objeto que ampara, a saber, asegurar que fuera del tiempo de trabajo establecido (por ley, convenio o acuerdo individual o colectivo de otra naturaleza) se respetan los descansos, los permisos, las vacaciones o los periodos de suspensión de la relación laboral (por baja médica, por excedencia, etc.) de la persona empleada, quien durante tales márgenes ni podrá ser requerida (correlativo y natural deber de abstención del empleador) ni quedará obligada (facultad que le es atribuida) a conectarse o acceder a medios o dispositivos digitales (o no) como el correo electrónico, la mensajería instantánea, las redes sociales, el teléfono, etc.

Ciertamente, la omisión del legislador se antoja deliberada. Siendo consciente de las dificultades que entrañaba el intento de ofrecer un concepto unívoco y absoluto, capaz de adaptarse a la heterogeneidad de circunstancias propias de cada sector, actividad o nivel profesional, se decantó por facilitar, y aquí radica el error, una mera declaración programática, una regulación de «principios» limitada a expresar un puro «desiderátum» (Goñi Sein, 2021, p. 49) colmado de «vanguardismo cosmético» (Aleman Páez, 2020, p. 43). Este proceder ha terminado dando pie a una laguna legal evidente, agravada además por la inexistencia de referencias o pautas inequívocas acerca de determinados aspectos nucleares (mínimos de obligado respeto, posibles excepciones, etc.).

Desde una óptica más positiva, cuanto precede permite también concluir que se trata de un derecho abstracto y abierto. La primera cualidad apuntada subyace en el hecho de que la norma tan solo delimita el ámbito donde puede tener alguna virtualidad o eficacia («fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido»), pero no los medios o instrumentos concretos a evitar. Sin embargo, es lógico concluir que estos últimos abarcarán cualquier herramienta o dispositivo de comunicación o de trabajo puesto a disposición de la persona o, incluso, propiedad de esta, que facilite la interacción o la conectividad (como un teléfono, un ordenador, una tableta, etc.). Por su parte, la segunda implica que, al menos en principio, cualquier conducta con encaje en el enunciado normativo activará la garantía.

B) Dejando a un lado el destacado papel que, siquiera para «atemperar esta anómala [...] construcción» normativa (Altés Tárrega y Yagüe Blanco, 2020, p. 73), pueden llegar a representar la interlocución social (negociación colectiva, con independencia de su ámbito) y la representación del personal (hipotéticos acuerdos consensuados con la empresa), está claro que los dos actores protagonistas son sus sujetos «pasivos» y «activos» (Torres García, 2020, pp. 246 y 247).

En cuanto a los primeros, la garantía resulta predicable respecto de todos los empleados y empleadas, públicos o privados, sin importar a tales efectos factores como, por ejemplo, posibles márgenes de flexibilidad en la ordenación de la jornada laboral o que los servicios se presten a distancia o en régimen de teletrabajo. En definitiva, con carácter general, la prerrogativa entra en juego sin verse afectada por ningún tipo de restricción limitativa, salvedad hecha de las hipotéticas y razonables modulaciones derivadas de

ciertas condiciones objetivas o subjetivas (como el sector de actividad, el nivel dentro de la escala jerárquica de la organización productiva o las propias características del puesto de trabajo) y de las, asimismo importantes, excepciones provocadas por la concurrencia de motivos justificados y excepcionales, pese a todo en modo alguno reconducibles a «situaciones del día a día que podrían resolverse con una adecuada organización de los recursos personales y materiales» o a «necesidades productivas habituales» (Sánchez Trigueros y Folgoso Olmo, 2021, pp. 49 y 50).

Obviamente, se trata de un derecho irrenunciable que, por ejemplo, no admite su sustitución por una gratificación económica (sin perjuicio de la consideración como laboral y, por lo tanto, remunerable o compensable mediante descansos, del tiempo invertido en prestar servicios fuera de la correspondiente jornada; o de la capacidad con que cuentan las partes contractuales de establecer un régimen pactado de disponibilidad no abusiva). Más dudas surgen al tratar de concluir si su ejercicio es, siquiera relativamente, disponible para su titular, ya que, siempre y cuando ello no suponga contravenir normas de derecho necesario o alterar los términos o las condiciones acordadas o establecidas al respecto, su voluntad puede dejar sin efecto la garantía (si de un modo consciente y libre subsana, legítima o no reacciona frente a la conducta de intromisión padecida).

Por otra parte, es evidente que atañe a quien emplea la correlativa responsabilidad de «tutelar al trabajador, desconectándolo» (Lantarón Barquín, 2019, p. 5). Y lo tiene que hacer en una doble vertiente. En primer lugar, negativa, al implicar para la empresa un deber general de abstención consistente en evitar cualquier tipo de comunicación profesional, directa o indirecta (a través de otros compañeros o de terceros), con la persona, sin importar a tales efectos su finalidad (ni siquiera deviene exigible un componente intencional) o el medio utilizado (a pesar de que la garantía se circunscribe, en su denominación y espíritu, a los de naturaleza digital, esto no es óbice para extenderla a otros diferentes, como los analógicos). Y, en segundo término, positiva, que se traduce, principal pero no exclusivamente, en la elaboración de una política interna al respecto y en la implantación de las medidas (técnicas, organizativas, formativas...) necesarias según la situación.

Para terminar con este rasgo, dada su eficacia *erga omnes*, deviene incuestionable que la garantía resultará eficaz y oponible no solo frente a la entidad empleadora, sino también frente a compañeros u otros sujetos relacionados con la organización productiva, como proveedores o clientela. Eso sí, en la medida en que el nexo contractual vincula a la persona trabajadora con la empresa, siempre recaerá sobre la segunda la responsabilidad de adoptar las medidas precisas para evitar ese tipo de intromisiones procedentes de terceros.

C) Dada su transversalidad, el de la desconexión digital constituye un derecho que entronca fácilmente con otras facetas propias o con predicamento en el marco de las relaciones laborales. Ahí está, por ejemplo, la obligación de registrar la jornada, incluyendo los momentos concretos de inicio y finalización, sin perjuicio de un posible grado de ductilidad horaria y sin importar a tales efectos el lugar donde se realice la prestación de servicios.

Pero, sin duda, de la configuración legal de la garantía se extrae que son tres los aspectos más estrecha e inmediatamente vinculados con el derecho laboral a la desconexión digital: el de la conciliación de las vidas personal, familiar y profesional (piedra angular en la enunciación de la norma); el de la seguridad y la salud en los entornos productivos (con una especial atención al descanso y a la prevención del riesgo de fatiga informática); y, por último y cuando se produzca, el de la prestación de servicios a distancia o en régimen de teletrabajo. Así se extrae de los tres apartados que conforman el artículo 88 de la LOPDGDD.

Comenzando por la primera de las tres facetas enunciadas, de la norma orgánica se infiere sin dificultad que en este contexto el adecuado equilibrio entre las diferentes esferas en juego actúa a la vez como aspiración natural y como meta inexorable. Desde dicha visión, la desconexión digital «no deja de ser la reinterpretación de una de las primeras reivindicaciones laborales, que en su evolución conecta con un derecho fundamental propio de los nuevos tiempos, el derecho a conciliar la vida personal y familiar con la vida profesional» (Reche Tello, 2019, p. 34). A este respecto, «la transformación imparable de la sociedad, y junto con ella, del mundo laboral, [...] nos obliga a ir más allá de dicho concepto para afrontar los nuevos desafíos relacionados con el factor tecnológico» (Ushakova, 2016, p. 2). No en vano, la exorbitante conectividad de estos tiempos provoca una progresiva y cada vez más extendida invasión de la parcela privada por cuestiones de índole profesional (que pasan a adueñarse de un espacio impropio), lo cual, particularmente en el marco del teletrabajo, a su vez «aumenta la ambigüedad de roles familiares y laborales, [...] [así como] el conflicto trabajo-familia» (ESE-Business School, 2020, p. 3).

Lejos se está de querer lanzar un discurso pesimista o admonitorio sobre el particular. Al fin y al cabo, las TIC pueden contribuir decisivamente a la hora de facilitar una mayor y mejor armonía entre los distintos intereses o compromisos en presencia. Sin embargo, tampoco cabe negar la evidencia: no siempre es así, ya que una exagerada disponibilidad propiciada por un mal uso (y abuso) de aquellas termina obstaculizando (si no impidiendo) «el goce efectivo o pleno de otras facetas [...] [provocando] el conocido efecto *blurring*» (Fernández Avilés, 2018, pp. 5 y 6). Con otras palabras, «la era digital está haciendo que se difuminen las fronteras entre vida profesional y personal, asumidas por un entorno laboral permanentemente conectado» (Pérez Campos, 2019, p. 104), en el cual los tiempos laboral y personal se han diluido en una dinámica más flexible y donde «el trabajador puede verse obligado directa o indirectamente a permanecer en constante contacto con la empresa para la que desarrolla la actividad profesional (*always on*)» (Serrano Argüeso, 2019, p. 171), algo que, «especialmente las nuevas generaciones, los llamados "nativos tecnológicos", han normalizado» (Requena Montes, 2020, p. 542).

Ahora bien, si la necesidad de potenciar (este es el término exacto utilizado por el legislador) la conciliación «se lleva a extremos demasiado rígidos, paradójicamente puede cercenarla» (Tascón López, 2018, pp. 52 y 53). Parece incuestionable que, para propiciar una adecuada armonía entre las vidas personal, familiar y profesional, el derecho regulado en el artículo 88 de la LOPDGDD «no puede aplicarse imperativamente y de modo uniforme [...] para toda la plantilla, ya que se estaría atacando los intereses de algunos trabajadores que

demanden flexibilidad para poder realizar tareas en compatibilidad con sus circunstancias personales y familiares» (Reche Tello, 2019, p. 38). En definitiva, sería absurdo pretender una desconexión genérica o uniforme, «sin pautas ni estudios previos del sector o de los trabajos donde pueda o deba afectar» (Quílez Moreno, 2019, pp. 18 y 19), lo cual es tanto como afirmar que «en este ámbito no resulta útil un traje de talla única [...] [sino que corresponderá] diseñar trajes a medida para satisfacer el derecho atendiendo a la variedad de situaciones existentes» (Igartua Miró, 2019, p. 69).

Cambiando ya de tercio, otro ámbito en el que reparar es el relativo a los riesgos profesionales de enorme calado que el uso intensivo y extensivo de las herramientas digitales entraña, razón de peso suficiente para sostener que el «derecho a desconectar tecnológicamente [...] deba ser hilado con la materia de seguridad y salud laboral» (Trujillo Pons, 2020b, p. 133).

La conectividad, permanente o interrumpida (pero recurrente), cuanto menos está en disposición de constituir «un factor de deterioro [...] de los descansos [...] lo cual, como es evidente, impacta negativamente en la salud de los trabajadores» (Fernández Prol, 2021, pp. 153 y 154). Es más, aunque la normalidad y la naturalidad que envuelven su uso provocan que, desafortunadamente, muchas empresas y personas trabajadoras sigan sin ser realmente conscientes de ello, las TIC representan una seria fuente de amenazas de muy diverso pelaje. Así, junto con otros más típicos (por ejemplo, los relacionados con malas posturas corporales, el sedentarismo o la utilización de pantallas de visualización de datos, como dolores de espalda, cuello y articulaciones, problemas de peso, visión y audición, o alteraciones del sueño y cognitivas), hay que reparar (y concederles la relevancia que merecen, de manera que no sean minusvalorados) en ciertos riesgos profesionales de tipo psicosocial, muchos de los cuales se encuentran estrechamente vinculados con elementos tan habituales en los entornos productivos contemporáneos como los excesos de carga de trabajo, las extensas y frecuentes prolongaciones de jornada, la realización de actividades en horarios o momentos inusuales (por la noche, los fines de semana, durante las vacaciones...) o la ausencia de pausas suficientes. Baste a tales efectos con referir fenómenos como, en un listado susceptible de ampliación, el estrés laboral (o, más específicamente, el tecnoestrés), la sobrecarga informativa o mental, la tecnoadicción o «vampirismo adictivo», el *workalcoholism* (adicción al trabajo), la tecnofatiga (o *data-smog*), la tecnoansiedad, la tecnofobia o los *computer hassles* –problemas provocados por el uso de equipos o medios informáticos– (Cuatrecasas, 2021, p. 394; Fernández Prol, 2021, p. 154; Mella Méndez, 2016, p. 32; Morato García, 2020, p. 6; Torres García, 2020, p. 241; o Vallecillo Gámez, 2020, pp. 231 y 232); todos ellos capaces de propiciar «daños psíquicos o enfermedades mentales y depresivas» (Quílez Moreno, 2018, p. 312), «fatiga crónica» (Trujillo Pons, 2021, p. 10), «agotamiento emocional, falta de motivación, disminución del rendimiento, insomnio, alteraciones fisiológicas (digestivas, endocrinas, respiratorias, cardiovasculares), cefaleas, depresión, irritabilidad» (Martín Muñoz, 2021, p. 4), o, incluso, «infartos o derrames cerebrales mortales» (Purcalla Bonilla, 2020, p. 115). Esto en el estricto plano individual, pues también el familiar puede resentirse como consecuencia de que la persona al final traslade su estado anímico o su trabajo al hogar, germen para potenciales conflictos de cierta intensidad.

Y aunque lo normal será que resulten insuficientes, de modo tal que otras medidas suplementarias habrán de ser arbitradas en orden a proporcionar el mayor nivel de protección factible, de ahí derivan las previsiones (arts. 88.3 LOPDGDD y 18.2 Ley 10/2021, de 9 de julio) en torno a la obligación empresarial de, mediando como mínimo previa audiencia con la representación del personal, elaborar una política interna donde, entre otras cuestiones, se aborden y reflejen las acciones de formación y sensibilización necesarias sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas, de cara a evitar (o, cuanto menos, prevenir) el riesgo psicosocial de fatiga informática. Dicho sea de paso, se trata de la primera previsión legal expresa y específica a este respecto, aun cuando aparezca «de forma desdibujada y con poca precisión técnica» (González Labrada, 2019, p. 104), al limitarse la norma a proporcionar una sucinta mención de la amenaza, sin acompañarla de una referencia más acabada acerca de las posibles causas.

Sea como fuere, corresponde no perder de vista que «los efectos de la hiperconexión son diferentes en función del tipo de trabajador y de la naturaleza del puesto que ocupa» (Pérez Campos, 2019, p. 107). Por dicho motivo, procederá valorar de manera individualizada «el tipo de exposición (teniendo en cuenta la formación, frecuencia o tiempo de uso) y variables psicosociales como la autoeficacia percibida hacia la tecnología» (Ortiz López y Otero Aparicio, 2020, p. 25). Con todo, siempre devendrá imprescindible delimitar de forma adecuada los espacios temporales entre el trabajo efectivo y el descanso, especialmente en el marco de la prestación de servicios a distancia (incluido, por consiguiente, el teletrabajo), donde los riesgos y las consecuencias apuntadas presentan una superior capacidad de causar daños, en términos similares a lo que sucede cuando no es modélica la manera en que «se gestiona y organiza el uso de las nuevas tecnologías dentro de la empresa» (González Cobaleda, 2015, p. 27).

Dado que «el papel del derecho consiste en proteger al trabajador, incluso a su pesar» (Ushakova, 2016, p. 12), esos peligros de acentuada naturaleza psicosocial asociados al uso de las tecnologías digitales también deberán reflejarse en las estrategias y en los planes preventivos de las empresas, e integrarse en el conjunto de fases de la actividad productiva y en los distintos niveles profesionales existentes. Esto conduce a tener que demandar de quien emplea no solo que respete el derecho de sus recursos humanos a la desconexión digital, sino también que despliegue una completa y efectiva actuación al respecto desde la amplia óptica de la seguridad y la salud laborales. De este modo, al evaluar los riesgos profesionales, generales de la empresa o específicos de cada puesto o cometido, será menester analizar el potencial grado de afectación asociado al posible uso de las TIC. Acto seguido, en el plan de prevención se habrá de articular el conjunto de decisiones precisas, de medios o de resultado, para hacer frente a los riesgos detectados imposibles de eliminar.

Ítem más, tampoco aquí la actuación de tutela a cargo de la patronal puede resultar meramente formal o testimonial, esto es, reducirse a, por ejemplo, autorizar la desconexión digital del trabajo una vez finalizada la correspondiente jornada laboral o a instaurar meras limitaciones a las comunicaciones. En cambio, deberá adoptar y combinar un conjunto de medidas

concretas, suficientes y adecuadas a las circunstancias en presencia y al fin perseguido, como, entre otras alternativas, desarrollar intervenciones «de vigilancia, supervisión, seguimiento y control» (Ruiz González, 2020, pp. 264 y 265), revisar de manera realista «las cargas de trabajo procurando su ajuste a la jornada pactada» (Fernández Prol, 2021, p. 165) o, por no seguir:

[...] llevar a cabo acciones formativas y de sensibilización sobre el uso razonable de los dispositivos, impartir formación específica sobre gestión del tiempo y del cambio tecnológico, planificar el trabajo a realizar, establecer prioridades de actuación en caso de recibir tareas inesperadas, implantar medidas automáticas, tales como el bloqueo de recepción o envío de correos electrónicos durante una franja horaria determinada (Sánchez Trigueros y Folgoso Olmo, 2021, pp. 56 y 57).

Todo cuanto precede sin perjuicio de otras intervenciones de corte más instrumental, pero también provechosas, como incorporar la política interna sobre desconexión digital dentro del plan de prevención de riesgos laborales; redactar, contando para ello con la colaboración de los responsables de la seguridad y la salud en la empresa, «manuales y modalidades de ejercicio» del derecho (Quílez Moreno, 2019, p. 17); fomentar la «participación de los trabajadores para que [...] [intervengan] en la introducción de las nuevas tecnologías para que la adaptación sea así y no al revés (que los trabajadores se amolden a las TIC)» (Trujillo Pons, 2021, p. 5); prever «procedimientos de actuación [...] ante problemas técnicos (llamar al servicio técnico, asistencia remota...) [...] que generen desasosiego o incertidumbre en los trabajadores» (García Coca, 2020, p. 3); etc.

A pesar de lo expuesto, es importante no demonizar las herramientas digitales, ya que, por sí mismas, son inocuas, «neutras e imparciales» (Ortiz López y Otero Aparicio, 2020, p. 24). En realidad, la condición de potencial fuente generadora de riesgos profesionales debe recaer sobre el inadecuado uso que de ellas se haga. De ahí que el reto inicial a encarar consista en ser capaces de «abordar las dimensiones psicosociales de la salud ocupacional desde un enfoque educativo» (Lerouge, 2019, p. 84).

Para terminar y en tercer lugar, resta reparar en las fórmulas de prestación de servicios a distancia y, sobre todo, en su peculiar género del teletrabajo, modalidades favorecidas por «el auge y aumento de los avances en las tecnologías de la comunicación [que] ha facilitado esta mayor libertad de movimiento para los trabajadores» (Cuatrecasas, 2021, p. 51).

Recuperando ideas ya expresadas, la LOPDGDD (art. 88.3) subraya, no sin intención, la necesidad de preservar la desconexión digital «en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado»; marcos donde, dada la especial situación a ellos aparejada, prácticamente resultará imprescindible establecer un régimen o modelo particularizado para el disfrute del derecho, que bien podría regularse conjuntamente con el sistema de control horario aplicable, «armazón sobre el que la norma española construye [parte] de las garantías [...] que amparan estas prestaciones» de servicios (Cairós Barreto, 2021, p. 14).

Singularmente, el teletrabajo encierra un notable riesgo encubierto, consistente en que el elevado y, en cierta medida, ilimitado grado de autogestión temporal que puede llegar a posibilitar termine por hacer caer a la persona empleada en «la trampa de la libertad para "autoexplotarse"» (Fernández Avilés, 2018, p. 15), «en su propia forma de esclavitud» (Tascón López, 2018, p. 54). Tal es así que su extensión intempestiva y generalizada con la emergencia sanitaria provocada por la COVID-19, la cual ha venido acompañada de «una situación con una carga emocional de incertidumbre y miedo a perder el trabajo [por la] que los trabajadores han llevado la responsabilidad profesional al extremo» (Sol, 2021), ha servido tanto para evidenciar la ausencia de una regulación legal adecuada como, todavía más importante a los efectos que aquí interesan, «para poner de relieve que el derecho a la desconexión [...] [según está] configurado, no resulta plenamente compatible con el teletrabajo» (Pérez Campos, 2021, p. 501).

La amenaza latente *supra* apuntada justifica y aviva la importancia que reviste la responsabilidad empresarial de no relegar al ostracismo o hacer de peor condición a tan particulares contextos. En razón a lo expuesto y dado que los riesgos psicosociales se antojan más variados e intensos que en el trabajo presencial, en el entorno de la prestación de servicios a distancia o en régimen de teletrabajo la tutela de la seguridad y la salud laborales eleva su relieve y significación. Por dicho motivo, cuando sea menester, las empresas tendrán que contemplar esas situaciones en sus planes de prevención, definiendo para ellas, entre otros aspectos, las medidas concretas de protección, los equipos necesarios o la vigilancia de la salud a dispensar.

Por si alguna duda subsistiera a este respecto, el precepto número 15 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, deja bien a las claras que «las personas que trabajan a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con lo establecido en la [...] –LPRL–, y su normativa de desarrollo». Es más, según añade la norma acto seguido:

[...] la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva del trabajo a distancia deberán tener en cuenta los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, poniendo especial atención en los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos y de accesibilidad del entorno laboral efectivo. En particular, deberá tenerse en cuenta la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada (art. 16.1).

Y aunque, en un sentir generalizado entre la doctrina científica, deje «bastante que desear pues, salvo la loable concreción legal del derecho en un deber empresarial de no interferir en el tiempo de descanso de los teletrabajadores, nada nuevo aporta» en relación con la LOPDGDD (Montoya Medina, 2021, p. 13), ha de ser puesto en valor el artículo 18 de la norma, siquiera sea por la conciencia que, en su virtud, el legislador parece mostrar acerca del derecho laboral a la desconexión digital en el contexto del trabajo a distancia y, particularmente, del teletrabajo. Ciertamente es que dicho precepto adolece de defectos, como la, ya recurrente, ausencia de una definición o delimitación más exacta de la garantía (coherente, pese a todo, con

las remisiones directas hacia el art. 88 LOPDGDD y las reproducciones textuales de algunos pasajes de este último). No obstante, también presenta puntuales, aunque relativas, virtudes.

En este sentido y si bien era lógico llegar a tal conclusión de antemano, el segundo párrafo de su primer apartado deja claro que para asegurar el derecho a la desconexión digital quien emplea, fuera de la respectiva jornada laboral y de los límites o precauciones que al respecto se establezcan (por ley, convenio o acuerdo), tiene que «[limitar el] uso de medios tecnológicos de comunicación empresarial y [también] de trabajo». Cuestión distinta y abierta al debate es la de determinar si el mandato se dirige directa y exclusivamente a la empresa (deber de abstención privativo) o si, de manera refleja, en paralelo está imponiendo una responsabilidad verdadera a la persona trabajadora (evitar de igual modo esa utilización extemporánea, como receptora o emisora de las pertinentes comunicaciones, so pena de, en caso contrario, poder incurrir en un incumplimiento contractual).

Algo semejante puede decirse del último párrafo del apartado segundo, cuyo tenor literal, quizás más en la forma que en el fondo, arroja sustanciales diferencias respecto de la norma orgánica de referencia (de todos modos, nada parece obstar la extensión generalizada de aquellas más allá del circunscrito ámbito objetivo de la Ley 10/2021, de 9 de julio). En su virtud, se otorga a las instancias negociadoras (vía convenio o acuerdo colectivo) la potestad (como tal, discrecional) de fijar «los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso». De este modo, el legislador «abre a la negociación colectiva un aspecto que hasta ahora era facultativo para la empresa, [...] [de manera tal que] desde ahora tendrá que tratarse en [...] [ella] si una de las partes lo plantea» (Cuatrecasas, 2021, p. 318).

3. La desconexión digital en las políticas de RSE: inventario y perspectivas

Tras el apartado previo, de corte dogmático y reflexivo, es el momento de adoptar un enfoque más ilustrativo. De este modo, el presente epígrafe se centrará en examinar la materialización de la garantía objeto de estudio en el plano de las acciones voluntarias de RSE (a este respecto, véase también Megino Fernández, 2021).

De hecho, no sin ciertas matizaciones, cabría adjetivarlo como un nivel correlativo y complementario (o eso, se estima, sería lo ideal) a los de la negociación colectiva y las políticas internas (protocolos) a nivel organizacional, si bien esas condiciones no parece que se estén cumpliendo en la realidad, siendo por el contrario la tónica habitual la del continuismo, uniformidad y reiteración de contenidos entre los tres planos apuntados (con frecuencia, trasuntos unos de otros). En ello quizás tenga que ver la ausencia de un conjunto orientativo (de mínimos) sobre posibles medidas a articular en la práctica. El abanico de opciones

necesariamente debe ser amplio y abierto a la innovación, pues solo así se logrará una respuesta más ajustada y acorde a las características singulares de cada sector productivo, entidad, tipo de relación laboral y rasgos de esta, cometido ejecutado y tecnologías utilizadas para ello, circunstancias personales y familiares de quienes integren la plantilla, etc.

En este sentido, dentro del entorno laboral contemporáneo, la negociación colectiva, en un sentido amplio del término, ha adquirido la condición de elemento vertebrador primordial. Dada su función natural, quienes participan en la interlocución social estarán en disposición de:

[...] establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con [...] la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral, así como [de] vehicular la participación de las personas trabajadoras en los procesos de transformación digital y en la determinación de las consecuencias laborales que la misma pueda implicar (Gobierno de España, 2021, p. 23).

En definitiva, en virtud de su innegable capacidad para contribuir a «afrentar no únicamente las condiciones de ejercicio de los derechos sociales en el escenario tecnológico que nos rodea, sino, en general, el amplio elenco de dificultades e interrogantes propios de un mundo laboral cambiante, aportando soluciones flexibles y consensuadas» (Morato García, 2020, p. 11), su protagonismo y hasta liderazgo, «si siempre deseables, parecen [ahora] indispensables» (Lantarón Barquín, 2019, p. 4).

Por eso, aunque al abordar la desconexión la LOPDGDD atribuye un rol relevante tanto a las políticas internas a nivel empresarial (sobre todo) como a los eventuales acuerdos particulares entre quien emplea y la representación del personal (en menor medida, pues aquella no expresa una directa, e ideal, complementariedad con la negociación colectiva, sino una suerte de subordinación –en defecto de– respecto de ella), el convenio está abocado a erigirse en el principal estandarte (incluso baluarte) en relación con las «modalidades de ejercicio» de la prerrogativa (art. 88.2) y el establecimiento de «garantías adicionales» para su salvaguarda (art. 91). Y esto por más que la letra de la norma orgánica (no tanto la de la Ley 10/2021, de 9 de julio) «por desgracia [...] [crea] una apariencia de que la negociación colectiva es solo una fuente accesoria y contingente del derecho a la desconexión» (Cardona Rubert, 2020, p. 125).

Con todo, es menester recalcar que la garantía, al constituir ya un derecho subjetivo perfecto, «no necesita de su reconocimiento convencional para desplegar efectos jurídicos [...] [si bien de cara] a su efectivo ejercicio [...] claro queda que la negociación colectiva, en sus muy distintas formas, está llamada a jugar un extraordinario papel» (Barrios Baudor, 2020, p. 110), en concreto, dotarla de contenido y establecer las condiciones específicas en las que ha de ejercerse.

Si se afanan en el empeño, las partes negociadoras serán capaces de «aportar medidas [precisas] que posibiliten la mejor adaptación de este derecho a las condiciones particulares»

(Sánchez Trigueros y Folgoso Olmo, 2021, p. 54). Por tal motivo, debe defenderse que esta ha de instituirse en vía prioritaria de regulación de la materia, pues las políticas internas, además de que con frecuencia se elaboran con una ínfima intervención de quienes prestan sus servicios en la organización productiva, llevan asimismo aparejado el riesgo de que la empresa haga un uso desequilibrado de la facultad privativa que ostenta (aun cuando aparezca condicionada por una previa consulta a la representación del personal).

Cabe decir a este respecto que antes de la LOPDGDD ya existieron algunas (escasas) experiencias negociadoras de aproximación a la garantía, procedentes principalmente de grandes firmas alemanas y francesas. Sin embargo, los textos que al final vieron la luz adolecieron de «emplear fórmulas reiterativas y lejanas en cuanto a instrumentos o herramientas de efectividad del derecho se refiere» (Martín Muñoz, 2021, p. 16). La situación no ha mejorado de forma significativa tras la entrada en vigor de la norma orgánica. Como es lógico, ha aumentado (y continuará haciéndolo) el número de textos que aluden a la cuestión [buena parte de ellos de ámbito empresarial y referidos a grandes corporaciones, en tanto que los sectoriales se están enfocando más hacia la «utilización e implicaciones de las tecnologías de la comunicación en el ámbito de las relaciones laborales» (Morato García, 2020, p. 13)]. Pero, pese a todo, la realidad continúa dibujando un paisaje yermo o, cuanto menos, deficitario.

Todavía hoy, muchos convenios prescinden de incluir la más mínima referencia sobre el particular. Sumado a lo anterior, entre los que sí albergan alguna previsión al respecto, demasiados se limitan a adoptar un enfoque elemental o genérico, plagado de más sombras que luces, de «fórmulas rituales y reiterativas» (Martín Muñoz, 2020, p. 342) y de continuas remisiones a un posterior desarrollo en códigos o protocolos. Es decir, se contentan con aludir a la garantía y poco más, en una muestra palmaria de que tan solo están siendo respetuosos con la ley «sobre el "papel" [...] y apenas sirven para interpretar y para tratar de cumplir con lo regulado en las normas existentes» (Trujillo Pons y Valero Moldes, 2020, p. 67). En su conjunto, dicha praxis constata un acercamiento «titubeante, temeroso, sumamente prudente» (Grau Pineda y Montesdeoca Suárez, 2020, p. 391), que «parece querer evitar [...] atajar el problema, y más bien convertir el derecho a la desconexión digital en una declaración programática para favorecer la imagen de la empresa» (Reche Tello, 2019, p. 39).

Ahondando en esta eventualidad, si el creciente número de textos que contemplen la garantía no va acompañado de una mejora radical en contenidos, que se traduzca en «un ejercicio más ambicioso de comprensión del problema y de búsqueda de soluciones» (Ruiz González, 2020, p. 243), a estructurar desde un enfoque proactivo y con visión futurista, es probable que la desconexión digital termine perpetuándose (o cronificándose) en el plano convencional «como derecho meramente cosmético, carente de garantías de efectividad para evitar el acuciante riesgo de invasión del tiempo extralaboral de las personas trabajadoras por el laboral a través del escurridizo y omnipresente cauce de las nuevas tecnologías» (Miñarro Yanini, 2019, p. 18).

Dejando a un lado cuanto precede, el artículo 88.3 de la LOPDGDD, siguiendo la senda marcada por el modelo francés de referencia, alude también a la obligación empresarial de

elaborar, con la única (y discutible) exigencia de dar previa audiencia a la representación de la mano de obra, una política interna donde habrán de definirse, como mínimo, las modalidades de ejercicio del derecho laboral a la desconexión digital y las acciones de formación y sensibilización del personal sobre el uso razonable de las herramientas tecnológicas a fin de evitar el riesgo de fatiga informática.

Sin embargo, cabe apuntar que los dos modelos legales mencionados difieren en un aspecto crucial, con trascendentales implicaciones en la práctica. Así, mientras que el Código de Trabajo gallo impone a la empresa la responsabilidad de redactar el referido protocolo solo de no alcanzarse un acuerdo al respecto en el foro de las mesas del diálogo social, el legislador español, «quizás por falta de confianza en la actuación colectiva» (Altés Tárrega y Yagüe Blanco, 2020, p. 80), incurre en el peligro cierto de fiar «a la iniciativa empresarial el desarrollo concreto de este derecho sin [además] prever ningún tipo de garantías mínimas» (Torres García, 2020, p. 257). Eso sí, de existir ya una regulación convencional o un acuerdo previo de otra naturaleza, quien emplea habrá de respetarlo, por lo que mediante su política interna solo podrá reiterar, complementar o mejorar sus previsiones.

Paradójicamente, a pesar de los términos claros y categóricos del mandato incluido en la LOPDGDD, así como del mayor protagonismo que deviene prudente atribuir a las políticas internas, aún hoy múltiples empresas carecen del citado protocolo y, por consiguiente, están incurriendo en un incumplimiento flagrante y sistemático del ordenamiento jurídico (Trujillo Pons y Valero Moldes, 2020, pp. 72 a 74). Es más, asimismo existe una alta probabilidad de que los textos sí elaborados, debido a esa capacidad patronal unilateral y preponderante, al final constituyan fuentes menos garantistas, que «simplemente queden en una mera anécdota [...] [para] salir "bien parados" ante una eventual inspección laboral» (Zamora, 2019, p. 3). Estos y otros motivos justifican que la intervención activa (no solo pasiva o testimonial) de las personas trabajadoras o, mejor, de sus representantes «en la fase de discusión, debate y elaboración de los protocolos y códigos de comportamiento internos [...] resulte enteramente necesaria» (Morato García, 2020, p. 11).

Sin perjuicio de la última precisión realizada, es evidente que al articular sus políticas internas «las empresas pueden adoptar diversas estrategias, que implican diferentes grados de intervención» (Vidal López, 2020, p. 2). No obstante, ello en modo alguno significa que el documento a la postre elaborado deba «ser complejo o prever la totalidad de las situaciones que se puedan dar en la organización» (González Tapia, 2020, p. 2), lo cual podría actuar como un potente elemento disuasorio. Aun cuando esto no significa que la tarea vaya a resultar sencilla, bastará con que el contenido de sus previsiones sea suficiente, preciso, completo, efectivo y garantista, en el sentido de aportar «certidumbre al ejercicio del derecho» (Morato García, 2020, p. 21); algo que, siempre, habrá de juzgarse en función de las circunstancias particulares en presencia.

Sea como fuere, para lograr una mejor respuesta a los retos a encarar, se estima más que recomendable una intervención en cascada desde diferentes frentes. Así, una vez dispuestos por convenio unos mimbres básicos (pero sustanciosos) de obligado respeto, sería

el momento de completar o detallar su contenido mediante acuerdos específicos o políticas internas consensuadas para, acto seguido y por último, avanzar todavía más a través de las acciones voluntarias de RSE, que efectivamente innoven y fomenten entre el personal hábitos de vida saludables.

Eso sí, debe quedar muy claro que, para poder hablar de verdaderos avances en el plano de la RSE, sus materializaciones tienen que situarse al menos un peldaño por encima del marco normativo (legal y convencional) de referencia, al cual no sustituyen, sino que complementan y enriquecen. Para que así sea, cabe apuntar ahora que las organizaciones productivas han de superar el modelo actualmente predominante, donde el derecho a la desconexión digital suele limitarse bien a meras declaraciones de índole informativa, bien a plasmar el contenido de los protocolos internos o de los textos adoptados en el seno de la negociación colectiva.

A este respecto, día a día, las políticas de RSE han ido adquiriendo un mayor protagonismo dentro de las organizaciones productivas, para las que aquellas ya no suponen una moda o una tendencia, sino una nueva forma de gestión y de hacer negocios. En este sentido, la entidad que pretenda ser catalogada como «socialmente responsable» debe tener siempre presentes las tres dimensiones dentro de las cuales opera (su *triple bottom line*, en la denominación anglosajona), la económica, la medioambiental y, por cuanto aquí más interesa, la social, a las cuales ha de atender de forma conjunta y coordinada para, así, contribuir a «la consecución del desarrollo sostenible y la consiguiente generación de valor para todos los grupos de interés» (AECA, 2004, p. 20).

De manera específica, «si el término *empresarial* hace referencia al sujeto activo por excelencia de esa responsabilidad [...] lo *social* va a tener como uno de sus sujetos (pasivos) más importantes a los empleados de la empresa» (Del Rey Guanter, 2009, p. 146), respecto de quienes las actuaciones habrán de ir encaminadas a mejorar paulatinamente la calidad de sus condiciones laborales y de vida. En resumidas cuentas, dentro del actual contexto se espera que las compañías «asuman una serie de responsabilidades sociales, una de las cuales incluye cuidar y respetar a las personas que forman parte de sus organizaciones» (Cuatrecasas, 2021, p. 346).

Y aunque en España la cuestión quizás todavía se encuentra en fase de expansión, merece la pena subrayar que las grandes firmas llevan ya bastante tiempo sobresaliendo por sus «posiciones de liderazgo en muchos de los estándares internacionales de calidad y excelencia» (Olcese, 2013, p. 10). En cambio, no cabe afirmar lo mismo de las pequeñas y medianas empresas, preeminentes dentro del tejido productivo interno, las cuales suelen acreditar contribuciones mucho más modestas.

En otro orden de ideas, pero sin salir de la línea argumentativa hasta ahora desarrollada, en la actualidad «la mayoría de las empresas más exitosas utilizan la tecnología como factor inspirador de una nueva manera de imaginar, desde la relación con el cliente, hasta el diseño de productos y servicios» (Vacas Aguilar, 2018, p. 142). Ahora bien, al hacerlo

han de adoptar un «punto de vista amplio, social» (Deloitte, 2018, p. 13). Por dicho motivo y en concreto, dado que «el uso de las tecnologías de la información y de la comunicación contribuye a [...] [una] pérdida de sentido del trabajo» (Lerouge, 2019, p. 83), la respuesta a los retos que de ello derivan perfectamente puede canalizarse «mediante políticas de RSE avanzadas, que tengan en cuenta dentro de los procesos productivos de las empresas las consecuencias disruptivas sociales y éticas de las nuevas tecnologías» (Cuatrecasas, 2021, p. 354). A tal fin, «será necesario analizar los impactos del modelo [...] en todo el ciclo de vida del empleado y tomar medidas específicas para cada momento» (Sol, 2021).

A mayor abundamiento, resultaría ingenuo esperar que la desconexión digital se vaya a implementar de forma automática en las empresas. «Ninguna ley [por sí misma] cambia el estilo de liderazgo de una compañía» (Toscani Giménez, 2020, p. 288). Al contrario, el proceso requerirá una transformación «cultural y de la forma de trabajar basada en la consecución de objetivos y con un modelo de relaciones laborales diferentes» (Pérez Campos, 2019, pp. 110 y 111), donde prime especialmente la promoción entre el personal de hábitos saludables.

A la vista de lo que es tradición y de las coordenadas actuales dentro de las que se mueven las organizaciones productivas, no es de extrañar que los datos dibujen un escenario muy deficiente, puesto de relieve en varios análisis recientes:

- Transcurrido cerca de 1 año y medio desde la entrada en vigor de la LOPDGDD (diciembre de 2018), ya se advertía que:

[...] gran parte de las empresas del Ibex 35, a las que se les presuponen los más altos estándares en materia laboral, aún no cumplen con esta legislación [...] [sobre la desconexión digital, quedándose] en la mayoría de casos [...] en meros propósitos de trabajar en su implementación [...] [Y aunque casi todas sí] hacen alguna referencia a esta cuestión, [...] [en ello tiene mucho que ver] que las buenas prácticas de transparencia y buen gobierno corporativo les obligan a reportar en qué situación se encuentran (Cruz Peña, 2020).

- Algo más cercano en el tiempo, según el Top Employers HR Best Practice Survey, solo «un 56 % de las 103 compañías incluidas en el Top Employers de España [...] cuentan con buenas prácticas que impulsan la desconexión digital de su plantilla, [...] [si bien] representa un 23 % más que el año anterior» (Sol, 2021).
- Por último, la crisis sanitaria derivada de la COVID-19, que incrementó de manera inusitada el recurso al teletrabajo, ha empeorado el panorama de un modo sustancial. De esta forma, mientras que:

[...] en 2018, año de la entrada en vigor de la [...] [LOPDGDD], el 51 % de los trabajadores españoles contestaba llamadas o correos electrónicos fuera del horario laboral [...] [a pesar de] esta regulación, [...] el

porcentaje de trabajadores españoles que indica no desconectar digitalmente ha crecido en los últimos 2 años [...] [toda vez que, en la actualidad,] el 82 % de los trabajadores españoles responden llamadas o *emails* fuera del horario laboral, [siendo además 6 de cada 10 las empresas que reconocen] no llevar a cabo ninguna medida para fomentar la desconexión digital de sus empleados, más allá de puntuales acuerdos con los empleados y responsables (Infojobs, 2021).

¿Pueden las políticas de RSE contribuir a mejorar la situación? Indudablemente, sí. No obstante, la primera obligación de las organizaciones productivas es cumplir con las disposiciones legales y, en su caso, convencionales de aplicación. A partir de ahí, tal y como lleva tiempo sucediendo en otros ámbitos de las relaciones laborales, como la conciliación, la seguridad y la salud, la empleabilidad, etc., aquellas podrán ser enriquecidas de manera voluntaria, verdadera e innovadora por las empresas.

Pero, tras haber examinado una muestra representativa de documentos divulgados por diferentes firmas españolas [para lo cual fundamentalmente se ha analizado la información pública disponible en sus códigos éticos o de conducta, memorias o balances sociales e informes de sostenibilidad]³, resulta evidente que todavía resta un largo trecho por recorrer y un amplio margen de mejora. Hoy por hoy, las pretendidas acciones de RSE en el campo de la desconexión digital tienden a no ser tales y a situarse en las antípodas de lo que supondrían auténticos avances. Para ilustrarlo, sirva la siguiente clasificación de referencias localizadas.

En primer lugar, cabría tildar de superfluas y desprovistas de interés las meras (y habituales) alusiones de corte informativo acerca de que:

- La entidad carece de medidas específicas más allá de las establecidas en materia de conciliación o beneficios sociales⁴, o en los convenios colectivos o acuerdos alcanzados con la plantilla⁵.

³ Todos los documentos consultados han sido recuperados en los primeros días del mes de agosto de 2021 de las respectivas páginas web de las entidades seleccionadas: **Abengoa**, Acciona, Accenture, Acerinox, ACS, Aena, Amadeus, ArcelorMittal España, AXA, Banco Santander, Bankia, **Bankinter**, BBVA, Caixa-Bank, Cellnex, Cepsa, CIE Automotive, Colonial, **Consum**, Enagás, Ence, Endesa, FCC, Ferrovial, Iberdrola, Inditex, Indra, Mapfre, Mediaset, Meliá Hoteles, **Mercadona**, **Merlín Properties**, Naturgy, Orange, Pelayo, Red Eléctrica de España, Repsol, Santalucía, Siemens Gamesa, Técnicas Reunidas, Telefónica y Viscofan. En este sentido, la razón por la que algunas de las compañías son destacadas en negrita responde al hecho de no haber localizado ninguna referencia acerca de la desconexión digital en los correspondientes textos examinados.

⁴ Mediaset: Informe anual corporativo 2020, p. 130; o Técnicas Reunidas: Informe de gestión consolidado 2019, p. 155.

⁵ Acerinox: Informe anual integrado 2020, p. 110; Pelayo: Estado de información no financiera 2020, p. 41; o Viscofan: Informe anual 2020, p. 54.

- La empresa, en resumidas cuentas y sin superior detalle, «se compromete a respetar y hacer respetar el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral»⁶, siquiera sea porque consta en el convenio colectivo⁷ o en el plan de igualdad aplicable⁸.
- Existe un derecho –predicable también respecto de quienes deban «desarrollar de forma regular y [...] [oportunamente] autorizada su trabajo a distancia, incluyendo el realizado en su propio domicilio, o estén sometidos a una distribución del tiempo de trabajo especialmente flexible»⁹– a «no responder comunicaciones una vez finalizada la jornada laboral»¹⁰, como «*mails* o mensajes profesionales»¹¹, sin importar a tales efectos el «medio utilizado (correo electrónico, WhatsApp, teléfono, etc.)»¹².
- Se han elaborado [o se sigue trabajando en ello¹³] directrices¹⁴, protocolos o políticas internas¹⁵, o suscrito acuerdos laborales al respecto¹⁶; que precisamente

⁶ Acciona: Política de protección de datos personales y garantía de derechos digitales en Acciona, p. 3.

⁷ Acciona: Memoria de sostenibilidad 2020, p. 36; AXA: Informe de responsabilidad corporativa de AXA España y Estado de información no financiera de AXA Seguros Generales 2020, pp. 55 y 66; Bankia: Informe anual 2020, p. 70; CaixaBank: Informe de gestión consolidado 2020, p. 194; Cellnex: Informe de gestión consolidado 2020, p. 139; o Repsol: Informe de gestión integrado 2020, p. 92.

⁸ CaixaBank: Informe de gestión consolidado 2020, p. 181; Ence: Política de diversidad e igualdad de oportunidades, p. 4; o Inditex: Memoria anual 2020, p. 173.

⁹ FCC: Política de uso de medios tecnológicos, p. 18.

¹⁰ CaixaBank: Informe de gestión consolidado 2020, p. 197.

¹¹ Meliá Hoteles: Política de recursos humanos, p. 5.

¹² Enagás: Directrices corporativas sobre desconexión digital, p. 2.

¹³ Cepsa: Informe de gestión integrado 2020, p. 133; o Endesa: Estado de información no financiera y sostenibilidad 2020, p. 169.

¹⁴ Enagás: Directrices corporativas sobre desconexión digital; o Siemens Gamesa: Estado de información no financiera consolidado 2020, p. 57.

¹⁵ Accenture: Memoria anual de responsabilidad 2020. Accenture España, p. 96; AXA: Informe de responsabilidad corporativa de AXA España y Estado de información no financiera de AXA Seguros Generales 2020, pp. 55 y 66; CIE Automotive: Informe anual 2020, p. 58; Colonial: Informe anual integrado 2020, p. 212; Enagás: Informe anual 2020, pp. 54 y 58; FCC: Memoria de sostenibilidad 2020, p. 102; Ferrovial: Informe anual integrado 2020, p. 141; Inditex: Memoria anual 2020, p. 173; Indra: Informe de sostenibilidad 2020, p. 50; Mapfre: Informe integrado 2020, p. 101; o Meliá Hoteles: Informe de gestión y cuentas anuales consolidadas 2020, p. 131.

¹⁶ Acerinox: Informe anual integrado 2020, p. 110; Bankia: Informe anual 2020, p. 68; Cellnex: Informe de gestión consolidado 2020, p. 139; Mapfre: Informe integrado 2020, p. 100; Naturgy: Informe de sostenibilidad y Estado de información no financiera 2020, p. 191; Pelayo: Estado de información no financiera 2020, p. 41; Repsol: Informe de gestión integrado 2020, p. 92; o Telefónica: Informe de gestión consolidado 2020, p. 128.

devinieron urgentes como consecuencia de la apresurada implementación del teletrabajo provocada por la COVID-19¹⁷.

- Los objetivos básicos perseguidos con las acciones diseñadas son los de favorecer la igualdad y la conciliación¹⁸, o «avanzar en el campo preventivo y abordar nuevas medidas que reduzcan o mitiguen posibles casos de estrés o fatiga informática»¹⁹. No en vano, la desconexión constituye un «elemento fundamental para lograr una mejor ordenación del tiempo de trabajo en aras del respeto de la vida privada y familiar y, en definitiva, de la calidad de vida y salud de los trabajadores»²⁰. De ahí la apuesta por fomentar dentro de la organización «el uso racional y responsable de las tecnologías de la información»²¹.
- Pese a todo, cabrán injerencias profesionales fuera de la jornada laboral de concurrir, sin mayores explicaciones, «situaciones de justificada necesidad»²², «supuestos de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, como, por ejemplo, urgencias temporales que necesiten de una respuesta inmediata [...] [o de estar ante] personas cuyas funciones requieran un régimen especial de disponibilidad»²³.
- En fin, como es evidente, el ejercicio del derecho no acarreará «medidas sancionadoras, ni tampoco podrá influir de manera negativa en los procesos de promoción, evaluación y valoración» del personal²⁴.

En segundo término, aunque se continuaría estando lejos de lo que en puridad implica la RSE, puede suponer un buen punto de partida:

- Expresar una conciencia plena acerca del reto en ciernes. Esta idea motriz subyace en las redacciones donde se señala que, aun cuando la implementación

¹⁷ ACS: Informe integrado 2020, p. 173. En parecidos términos, Aena: Informe de gestión consolidado 2020, p. 126; Banco Santander: Informe anual 2020, p. 49; Ence: Informe de sostenibilidad 2020, p. 122; Orange: Informe de sostenibilidad 2020, p. 54; Santalucía: Informe anual integrado 2020, p. 100; Siemens Gamesa: Estado de información no financiera consolidado 2020, p. 57; o Telefónica: Informe de gestión consolidado 2020, p. 137.

¹⁸ Aena: Informe de gestión consolidado 2020, pp. 108 y 126. De forma similar, ArcelorMittal España: Estado de información no financiera 2020, p. 22.

¹⁹ Cepsa: Informe de gestión integrado 2020, p. 133; o Endesa: Estado de información no financiera y sostenibilidad 2020, p. 169.

²⁰ Orange: Posicionamiento de Orange en relación al derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral, pp. 1 y 2.

²¹ ACS: Informe integrado 2020, p. 173.

²² Iberdrola: Política marco de recursos humanos.

²³ Enagás: Directrices corporativas sobre desconexión digital, p. 2.

²⁴ Bankia: Informe anual 2020, p. 68.

de las TIC en el contexto laboral «supone múltiples ventajas como el incremento de la eficiencia y la productividad, así como la mejora de la flexibilidad [...] también conlleva inconvenientes a los que es necesario prestar atención y poner solución»²⁵. Uno de los más relevantes viene dado por los «riesgos psicosociales relacionados con el abuso de las nuevas tecnologías»²⁶. Al fin y al cabo, este modo de «organización del trabajo y la posibilidad de estar siempre conectados pueden desdibujar los límites del tiempo de trabajo y tener como consecuencia que cuestiones propias del ámbito laboral, en ocasiones, interfieran en el disfrute del tiempo libre de las personas»²⁷, circunstancia esta que «puede conducir [...] a situaciones de sobre-exposición no deseadas»²⁸.

- A pesar de que su uso ciertamente extendido²⁹ quizás resulte casual y no obedezca a una idea preconcebida, hablar de «desconexión laboral» sirve para superar la acotada demarcación del contexto digital y confirmar que la desvinculación del trabajo debe ser total tanto una vez concluida la correspondiente jornada profesional como durante los periodos en los que no proceda la prestación efectiva de servicios (permisos, vacaciones, suspensiones del contrato, etc.). Es decir, no ha de quedar vinculada a unos medios o dispositivos concretos, por superior que sea la preponderancia y capacidad invasiva de unos (los digitales) frente a otros (los «analógicos»).
- Reparar en que a la hora de:

[...] fijar los criterios de desconexión [...] [se deberá] tener en cuenta la situación específica de los distintos colectivos de profesionales, incluyendo, en particular: (i) aquellos que han de mantener una especial disponibilidad por su nivel de responsabilidad, por su involucración en

²⁵ Acciona: Memoria de sostenibilidad 2020, p. 36, y Política de protección de datos personales y garantía de derechos digitales en Acciona, p. 3.

²⁶ ACS: Informe integrado 2020, p. 173.

²⁷ Mapfre: Informe integrado 2020, p. 101.

²⁸ Orange: Posicionamiento de Orange en relación al derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral, pp. 1 y 2.

²⁹ Acerinox: Informe anual integrado 2020, p. 110; ACS: Informe integrado 2020, p. 173; Aena: Informe de gestión consolidado 2020, pp. 108 y 126; Amadeus: Información no financiera 2020, p. 50; ArcelorMittal España: Estado de información no financiera 2020, p. 22; Cellnex: Informe de gestión consolidado 2020, p. 139, y Política de seguridad y salud en el trabajo, p. 7; Cepsa: Informe de gestión integrado 2020, p. 133; CIE Automotivo: Informe anual 2020, p. 58; Colonial: Informe anual integrado 2020, p. 212; Endesa: Estado de información no financiera y sostenibilidad 2020, p. 169; Inditex: Memoria anual 2020, p. 173; Mediaset: Informe anual corporativo 2020, p. 130; Orange: Informe de sostenibilidad 2020, p. 54; Pelayo: Estado de información no financiera 2020, p. 41; Santalucía: Informe anual integrado 2020, p. 100, e Informe de gestión y cuentas anuales consolidadas 2020, p. 66; Técnicas Reunidas: Informe de gestión consolidado 2019, p. 151; o Viscofan: Informe anual 2020, p. 54.

tareas que abarcan territorios en distintas zonas horarias o por su posición de alerta para atender necesidades impredecibles; y (ii) aquellos que desarrollan, total o predominantemente, sus tareas a distancia, y en especial en sus domicilios [...] [Esto implica reconocer que] las pautas de desconexión han de ser diversas en función de las responsabilidades de los distintos colectivos del equipo humano y han de abarcar los múltiples y variados instrumentos digitales de comunicación e información suministrados a los profesionales para el desempeño del trabajo³⁰.

- Atribuir a los niveles de dirección, mandos o responsables de equipos el papel de «referentes a la hora de aplicar las medidas de desconexión digital»³¹, de «dar ejemplaridad [...], realizar un buen uso de las herramientas digitales y [...] promover las mejores prácticas»³².

Por último, a pesar de que para valorarlas mejor correspondería estar a lo que pueda constar en el convenio colectivo aplicable, un hipotético acuerdo con la representación del personal o la política interna elaborada por la empresa (los cuales es probable que no difieran en exceso de lo plasmado acto seguido) y de que algunas de ellas todavía no suponen avanzar de manera firme y decidida en la línea, más natural, de la promoción de hábitos de vida saludable entre el personal, cuanto menos se hacen merecedoras de una favorable acogida actuaciones como:

- «La planificación [...] [y] uso razonable del correo electrónico durante las horas de trabajo, y su no utilización durante las reuniones de trabajo y de equipo para facilitar la concentración»³³.
- La indicación dirigida a quienes hagan uso de los medios tecnológicos de la empresa «que impliquen información y comunicación, [quienes] no deberán estar conectados a [...] [ellos] fuera de sus horas de trabajo, siempre que durante este tiempo no tengan que cumplir con alguna obligación o responsabilidad inaplazable propia de su puesto»³⁴.
- El intentar «evitar las comunicaciones desde [...] [por ejemplo] las 19:00 h hasta las 8:00 h del día siguiente, [...] [así como] durante los fines de semana y días

³⁰ Iberdrola: Política marco de recursos humanos.

³¹ Enagás: Directrices corporativas sobre desconexión digital, p. 2.

³² Orange: Posicionamiento de Orange en relación al derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral, pp. 1 y 2.

³³ Orange: Posicionamiento de Orange en relación al derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral, pp. 1 y 2.

³⁴ FCC: Política de uso de medios tecnológicos, p. 18.

festivos»³⁵, los «permisos»³⁶ o cualesquiera «periodos de descanso [...] [o de] suspensión del contrato de trabajo»³⁷. Márgenes dentro de los cuales «se recordará a la plantilla que no hay obligación de responder»³⁸ y en los que se activará «la opción de respuesta automática»³⁹. Cuanto precede sin perjuicio de que, «en casos excepcionales de respuesta estrictamente necesaria, se [...] [contacte] mediante llamada o mensajería instantánea»⁴⁰.

- Aclarar que «las comunicaciones entre personas trabajadoras habrán de respetar los tiempos de descanso diario, semanal, permisos o vacaciones [...] [procurando, cuando se trate de] comunicaciones entre personas de distintos husos horarios [...] [realizarlas] en tiempos de solape entre ambos»⁴¹. Y ello por más que la concepción de la desconexión como un derecho y no como una obligación del personal lleve en algún caso a confirmar que «los profesionales podrán realizar comunicaciones fuera del tiempo de trabajo con total libertad, asumiendo la posibilidad de que no obtengan respuesta hasta el inicio del día hábil siguiente»⁴².
- Iniciativas sobre el papel simples, pero dotadas de un notable simbolismo, como los días sin *e-mail*⁴³.
- Establecer la cautela de reparar en «el horario de trabajo tanto del emisor como el del receptor [del correo electrónico], recurriendo a la opción de posponer el envío del mensaje en caso de no coincidir con la jornada del destinatario»⁴⁴.
- Adoptar como pauta que las reuniones de trabajo «se programarán dentro de los límites de la jornada laboral»⁴⁵, salvedad hecha de los supuestos en los que resulte estrictamente necesario por razones de urgencia justificada, en cuyo caso «la convocatoria [...] deberá ir encabezada por el motivo que impide demorarla a

³⁵ BBVA: Informe anual 2020, p. 54.

³⁶ CaixaBank: Informe de gestión consolidado 2020, p. 197.

³⁷ Amadeus: Información no financiera 2020, p. 50.

³⁸ Orange: Posicionamiento de Orange en relación al derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral, pp. 1 y 2.

³⁹ ACS: Informe integrado 2020, p. 173.

⁴⁰ ACS: Informe integrado 2020, p. 173.

⁴¹ ACS: Informe integrado 2020, p. 173.

⁴² Enagás: Directrices corporativas sobre desconexión digital, p. 2.

⁴³ Orange: Posicionamiento de Orange en relación al derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral, pp. 1 y 2.

⁴⁴ ACS: Informe integrado 2020, p. 173. También, Orange: Posicionamiento de Orange en relación al derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral, pp. 1 y 2.

⁴⁵ ACS: Informe integrado 2020, p. 173.

la primera hora hábil de la jornada laboral, expresando claramente el imprevisto justificado que la motiva, así como [...] [su] importancia y urgencia»⁴⁶.

Ello sin olvidar la posibilidad de contemplar otras acotaciones adicionales, como, por ejemplo, evitar que finalicen «después de las 19:00 horas [de lunes a jueves], o después de las 15:00 horas [...] los viernes y vísperas de festivo»⁴⁷; «de las 18:30», con carácter general⁴⁸; o de «las 14:00 horas en el horario de mañana y las 18:00 horas en el horario de tarde»⁴⁹.

- Complementar las consabidas acciones de adiestramiento y sensibilización con el diseño de un «itinerario de formación obligatoria que deben realizar los empleados de la compañía para conocer las medidas legales y las políticas adoptadas»⁵⁰; estudios periódicos (por ejemplo, anuales), «sobre el uso de las herramientas digitales y el impacto de la tecnología digital en las condiciones de trabajo, que se presentará en el comité central de prevención de riesgos laborales»⁵¹; revisiones regulares de sus contenidos «para adaptarse a nuevas necesidades que pudieran surgir en el futuro»⁵²; un «plan de gestión del cambio»⁵³; cursos dirigidos a las personas responsables o involucradas en la seguridad y la salud laborales a fin de lograr «una mejor formación y así poder evaluar mejor los nuevos riesgos en relación al uso abusivo de las herramientas digitales (trastornos de déficit de atención, hiperconectividad, etc.), el no respeto a la desconexión digital, la nuevas cargas de trabajo, etc.»⁵⁴; o, entre otras muchas opciones, «infografías con consejos y recomendaciones para fomentar la desconexión digital»⁵⁵.
- Y cuando todo lo demás falle, a pesar de su eminente naturaleza restrictiva, quizás merezca la pena plantearse una:

⁴⁶ Orange: Posicionamiento de Orange en relación al derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral, pp. 1 y 2.

⁴⁷ BBVA: Informe anual 2020, p. 54.

⁴⁸ CaixaBank: Informe de gestión consolidado 2020, p. 197.

⁴⁹ Santalucía: Informe de gestión y cuentas anuales consolidadas 2020, p. 66.

⁵⁰ Meliá Hoteles: Informe de gestión y cuentas anuales consolidadas 2020, p. 131.

⁵¹ Orange: Posicionamiento de Orange en relación al derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral, pp. 1 y 2.

⁵² Telefónica: Posicionamiento del grupo Telefónica en relación con el derecho de los empleados a la desconexión digital en el ámbito laboral, pp. 1 a 3.

⁵³ Mapfre: Informe integrado 2020, p. 101.

⁵⁴ Orange: Posicionamiento de Orange en relación al derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral, pp. 1 y 2.

⁵⁵ CaixaBank: Informe de gestión consolidado 2020, p. 177.

[...] apuesta [...] por el uso de dispositivos fijos de trabajo [...] como teléfonos fijos y ordenadores de mesa [...] [de manera que] la mayoría de los empleados [...] [no cuenten] con móviles u ordenadores portátiles que impedirían la desconexión laboral fuera de su horario de trabajo, siendo este tipo de dispositivos utilizados únicamente en aquellos casos en que la casuística del puesto lo requiriese⁵⁶.

4. Una sucinta reflexión final

Parece innegable que, hoy por hoy, el de la desconexión digital constituye un derecho inmaduro, en plena fase de construcción y, por lo general, insatisfactoriamente plasmado (a pesar de las diversas vías de canalización posibles). De todos modos, sería aventurado, también quizás equivocado, hablar de un rotundo fracaso en su implementación. En realidad, lo que la práctica refleja es un escenario preñado de materializaciones sumamente deficientes (sin perjuicio de algunas honrosas excepciones).

El motivo detrás de esta infortunada situación no se halla (al menos de manera exclusiva) en cómo la interlocución social, las empresas o la representación del personal están abordando la articulación de la garantía. Desde luego, tienen su cuota de responsabilidad, pero esta se encuentra notablemente atenuada por la deficiente ordenación elaborada por el legislador, necesitada de una urgente y profunda revisión.

Ahí es donde radica una de las principales razones por las que los convenios colectivos, los acuerdos específicos, las políticas internas (consensuadas o no entre las partes) e, inclusive, las acciones de RSE tienden a ofrecer contenidos vacuos, extrañamente inalterables y, al final, inapropiados.

En este sentido, la situación podría reconducirse gracias a la construcción de un sistema escalonado de fuentes reguladoras (no solo normativas) apropiadamente estructurado, definido, jerarquizado y coordinado, donde la ley sirva de base para que los convenios colectivos establezcan unos mimbres elementales (pero sustanciosos) de obligado respeto. Estos, a su vez, podrán ser contemplados o detallados mediante políticas o acuerdos internos adoptados de forma consensuada entre la empresa y la representación del personal. Para terminar, el conjunto resultante siempre admitirá avances adicionales mediante acciones voluntarias de responsabilidad social que, a través particularmente de la alternativa de la promoción de hábitos saludables, procuren mejorar la calidad de vida, física y mental, personal y familiar, de los recursos humanos.

⁵⁶ Técnicas Reunidas: Informe de gestión consolidado 2019, p. 151.

Alcanzar el objetivo trazado requiere, además de una tangible y significativa reformulación del marco rector de referencia, que la prerrogativa cale verdadera y ampliamente entre quienes emplean, trabajan o representan (a nivel sectorial o de empresa). Solo así logrará desplegar todo su potencial. Por dicho motivo, se estima también pertinente una labor de pedagogía sobre la garantía y el importante papel que, de cara a su efectividad, sería capaz de brindar una combinación adecuada entre lo que pueden propiciar los convenios colectivos, las políticas o acuerdos aprobados a nivel organizacional y, por último y no menos importante, las medidas de RSE.

Referencias bibliográficas

- AECA. (2004). *Marco conceptual de la responsabilidad social corporativa*. AECA.
- Alemán Páez, Francisco. (2020). Especialidades de las facultades de control en el trabajo a distancia. Aspectos materiales, institucionales y valorativos. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 153, 13-62.
- Altés Tárrega, Juan Antonio y Yagüe Blanco, Sergio. (2020). A vueltas con la desconexión digital: eficacia y garantías de *lege lata*. *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 1(2), 61-87.
- Barrios Baudor, Guillermo L. (2020). La desconexión digital en la negociación colectiva de 2020: un análisis práctico. *Revista Galega de Dereito Social-2.ª etapa*, 11, 105-165.
- Cairós Barreto, Dulce María. (2021). Tiempo de trabajo, digitalización y teletrabajo. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, número extra 13, 1-29.
- Cardona Rubert, María Belén. (2020). Los perfiles del derecho a la desconexión digital. *Revista de Derecho Social*, 90, 109-126.
- Cremades Chueca, Oriol. (2020). Una panorámica a la desconexión digital desde una perspectiva empleadora: límites jurídicos, escenarios y propuestas. En Daniel Toscani Giménez y Francisco Trujillo Pons (Dirs.), *La desconexión digital en el trabajo* (pp. 115-140). Thomson Reuters-Aranzadi.
- Cruz Peña, Juan. (19 de mayo de 2020). El Ibex incumple la ley de desconexión digital en pleno «boom» del teletrabajo por el covid. *El Confidencial*. https://www.elconfidencial.com/empresas/2020-05-19/ibex-incumple-ley-desconexion-digital-boom-teletrabajo-covid_2599759/.
- Cuatrecasas. Instituto de Estrategia Legal en RRHH. (2021). *Proyecto Technos II. Documentos sobre el impacto de las nuevas tecnologías en la gestión de las personas y en las relaciones laborales*. Wolters Kluwer.
- Deloitte. (2018). La cuarta revolución industrial está aquí. ¿Está usted preparado? <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/co/Documents/about-deloitte/Revoluci%C3%B3n%204.0%20142201.pdf>.
- ESE-Business School. (2020). Desconexión digital. *Guía Práctica*, 9, 1-5.

- Fernández Avilés, José Antonio. (2018). [Cronorreflexión al hilo de cuestiones actuales sobre tiempo de trabajo](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 421, 5-15.
- Fernández Prol, Francisca. (2021). La «conectividad» del trabajador: análisis desde una óptica preventiva. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 156, 149-165.
- García Coca, Olga. (2020). La desconexión digital como garante del bienestar laboral. *Noticias CIELO*, 11, 1-3.
- Gobierno de España. (2021). Carta de Derechos Digitales. <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Paginas/2021/140721-derechos-digitales.aspx>.
- González Cobaleda, Estefanía. (2015). [Riesgos psicosociales, derechos fundamentales y NTIC: una perspectiva de protección diferente](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 387, 17-42.
- González Cobaleda, Estefanía. (2016). Nuevas tecnologías, tiempo de trabajo y la prevención de riesgos psicosociales. En *Anuario Internacional sobre Prevención de Riesgos Psicosociales y Calidad de Vida en el Trabajo* (pp. 261-286). UGT.
- González Labrada, Manuel. (2019). El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: naturaleza y alcance. *Revista de Derecho Social*, 87, 91-112.
- González Tapia, María Luisa. (2020). Derecho a la desconexión digital y teletrabajo. *Diario La Ley-Ciberderecho*, 38, 1-3.
- Goñi Sein, José Luis. (2021). El impacto de las nuevas tecnologías disruptivas sobre los derechos de privacidad (intimidad y «extimidad») del trabajador. *Revista de Derecho Social*, 93, 25-56.
- Grau Pineda, Carmen y Montesdeoca Suárez, Arturo. (2020). Reconocer el derecho a la desconexión digital para garantizar el derecho a la intimidad personal y familiar. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 57, 360-408.
- Igartua Miró, María Teresa. (2019). [El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 432, 61-87.
- Infojobs. (23 de junio de 2021). El 82% de los trabajadores españoles responden llamadas o *emails* fuera del horario laboral. <https://nosotros.infojobs.net/prensa/notas-prensa/el-82-de-los-trabajadores-espanoles-responden-llamadas-o-emails-fuera-del-horario-laboral>.
- Lantarón Barquín, David. (2019). La seducción de los horizontes: reflexiones sobre el derecho a la desconexión digital del trabajador. *Noticias CIELO*, 5, 1-8.
- Lerouge, Loïc. (2019). [Desconexión digital del trabajo: reflexiones sobre los retos jurídicos en derecho laboral](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 436, 71-84.
- Martín Muñoz, María Rosa. (2020). Tiempo de trabajo y desconexión digital. En Santiago González Ortega (Coord.), *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo. XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* (pp. 329-354). Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- Martín Muñoz, María Rosa. (2021). El derecho a la desconexión digital en España: un análisis de su regulación legal y convencional. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 239, 1-34 (versión digital).
- Martínez Yáñez, Nora M. (2018). Trazando los contornos del tiempo de trabajo y descanso

- frente a los retos de la economía digital: recientes aportaciones del Tribunal de Justicia. En José María Miranda Boto (Dir.), *El derecho del trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones* (pp. 411-437). Cinca.
- Martínez Yáñez, Nora M. (2021). Entre robots y pandemias: retos de la regulación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 78, 1-32.
- Megino Fernández, Diego. (13 de septiembre de 2021). Sobre el derecho a la desconexión digital y las políticas de RSE. *Desc-labor.com/blog*. <https://www.desclabor.com/blog/sobre-el-derecho-a-la-desconexion-digital-y-las-politicas-de-rse/>.
- Megino Fernández, Diego y Lanzadera Arencibia, Eugenio. (2020). El derecho a la desconexión digital: delimitación y análisis. Aplicación práctica en la Administración pública. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 18, 64-91.
- Mella Méndez, Lourdes. (2016). Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 16, 30-52.
- Miñarro Yanini, Margarita. (2019). [La desconexión digital en la práctica negocial: más forma que fondo en la configuración del derecho](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 440, 5-18.
- Montoya Medina, David. (2021). Teletrabajo y prevención de riesgos laborales. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 243, 1-35 (versión digital).
- Morato García, Rosa María. (2020). Derecho a la desconexión digital en la negociación colectiva, los planes de igualdad y los protocolos empresariales. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, número extra 11, 1-39.
- Olcese, Aldo (Coord.). (2013). Informe sobre la responsabilidad social de la empresa en España. Una propuesta para Europa. <http://www.conr.es/contenido/informe-sobre-la-responsabilidad-social-de-la-empresa-en-espa%C3%B1-una-propuesta-para-europa>.
- Ortiz López, Marina y Otero Aparicio, María Jesús. (2020). Digitalización, conectividad y tiempo de trabajo. *Seguridad y Salud en el Trabajo*, 105, 20-29.
- Pérez Campos, Ana Isabel. (2019). La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral? *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, LII, 101-124.
- Pérez Campos, Ana Isabel. (2021). Teletrabajo y derecho a la desconexión digital. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 9(1), 497-528.
- Purcalla Bonilla, Miguel Ángel. (2020). Seguridad, salud laboral y desconexión digital. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 155, 109-128.
- Quílez Moreno, José María. (2018). Conciliación laboral en el mundo de las TIC. Desconectando digitalmente. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 51, 305-324.
- Quílez Moreno, José María. (2019). La garantía de derechos digitales en el ámbito laboral: el nuevo artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 217, 1-24 (versión digital).
- Reche Tello, Nuria. (2019). La desconexión digital como límite frente a la invasión de la privacidad. *IUSLabor*, 3, 31-54.

- Requena Montes, Óscar. (2020). Derecho a la desconexión digital: un estudio de la negociación colectiva. *Lex Social. Revista de los Derechos Sociales*, 10(2), 541-560.
- Rey Guanter, Salvador del. (2009). Responsabilidad social de la empresa y relaciones laborales: algunas reflexiones sobre sus cuestiones terminológicas y sustanciales. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 100, 143-157.
- Rey Guanter, Salvador del. (2017). La empresa hiperconectada y el futuro del trabajo. Conclusiones y recomendaciones del informe «El impacto de la empresa hiperconectada y de las redes sociales en la organización del trabajo, en la gestión de los recursos humanos y en las relaciones laborales». https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---eu-rope/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms_548601.pdf.
- Ruiz González, Carlota María. (2020). La desconexión digital como garantía y herramienta de conclusión de la jornada laboral: su necesaria concreción en tiempos de COVID-19. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 56, 229-272.
- Sánchez Trigueros, Carmen y Folgoso Olmo, Antonio. (2021). En torno a la «desconexión digital». *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 9(2), 30-63.
- Serrano Argüeso, Mariola. (2019). «Always on». Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 7(2), 164-191.
- Sol, Jaime. (6 de junio de 2021). La desconexión digital en la nueva realidad laboral. EY Building a better working world. https://www.ey.com/es_es/workforce/la-desconexion-digital-en-la-nueva-realidad-laboral.
- Tascón López, Rodrigo. (2018). El derecho de desconexión del trabajador. Potencialidades en el ordenamiento español. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 41, 45-63.
- Torres García, Bárbara. (2020). Sobre la regulación legal de la desconexión digital en España: valoración crítica. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 8(1), 239-261.
- Toscani Giménez, Daniel. (2020). Conclusiones. En Daniel Toscani Giménez y Francisco Trujillo Pons (Dirs.), *La desconexión digital en el trabajo* (pp. 283-297). Thomson Reuters-Aranzadi.
- Triclin, Alexis. (2016). La experiencia francesa del derecho a la desconexión. En *Anuario Internacional sobre Prevención de Riesgos Psicosociales y Calidad de Vida en el Trabajo* (pp. 311-339). UGT.
- Trujillo Pons, Francisco. (2020a). El ejercicio del derecho a desconectar digitalmente del trabajo: su efectividad en las empresas. *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, 44, 39-55.
- Trujillo Pons, Francisco. (2020b). *La «desconexión digital» en el ámbito laboral*. Tirant lo Blanch.
- Trujillo Pons, Francisco. (2021). La «desconexión digital» a lomos de la seguridad y salud en el trabajo. *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, 45, 1-18 (versión digital).
- Trujillo Pons, Francisco y Valero Moldes, Fabián. (2020). La positivización del derecho laboral. En Daniel Toscani Giménez y Francisco Trujillo Pons (Dirs.), *La desconexión digital en el trabajo* (pp. 51-114). Thomson Reuters-Aranzadi.
- Ushakova, Tatsiana. (2016). De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 192, 1-21 (versión digital).



- Vacas Aguilar, Francisco. (2018). Transformación digital: del *lifting* a la reconversión. *Tecnología, Ciencia y Educación*, 10, 135-143.
- Vallecillo Gámez, María Rosa. (2017). [El derecho a la desconexión. ¿«Novedad digital» o esnobismo del «viejo» derecho al descanso?](#) *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 408, 167-178.
- Vallecillo Gámez, María Rosa. (2020). El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 8(1), 210-238.
- Vidal López, Pere. (2020). ¿Qué es una verdadera política de desconexión digital? *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 968, 1-3.
- Zamora, Santiago. (2019). Desconexión digital, ¿novedad o anécdota? *Diario La Ley*, 9363, 1-3.

El control remoto de la persona trabajadora «agile» en el derecho del trabajo italiano

Ombretta Dessi

Profesora titular de Derecho del Trabajo.

Universidad de Cagliari. Italia

odessi@unica.it | <https://orcid.org/0000-0002-7694-656X>

Extracto

Este estudio versa sobre el control tecnológico de las personas trabajadoras «agili», con especial referencia a la legislación italiana. En él se examinan los principales puntos problemáticos de esta cuestión, que resulta especialmente interesante porque la persona trabajadora «agile» debe utilizar necesariamente dispositivos tecnológicos. Tras realizar un breve análisis de la disciplina, en virtud de la conjunción del artículo 21, párrafo 1, de la Ley número 81 de 2017, y del artículo 4 del Statuto dei Lavoratori, pondremos en cuestión la interrelación entre la ley, los convenios colectivos y el contrato individual de teletrabajo. El siguiente paso consiste en verificar el uso de los dispositivos tecnológicos en el contexto de la relación laboral, distinguiendo entre los puestos a disposición de la persona trabajadora «agile» para la prestación del servicio y los destinados a otros fines, con especial atención a los de *contact tracing*. Igualmente es importante la cuestión del *big data* de las personas trabajadoras «agili». La normativa europea sobre protección de datos personales no parece adecuada para evitar los eventuales perjuicios derivados para ellas. Finalmente nos detendremos en la relación entre el derecho a la desconexión digital de la persona trabajadora «agile» y el control remoto, que deben ser regulados de forma unitaria, para evitar que la efectividad de este último quede anulada por la afirmación de la empresa de que la persona trabajadora «agile» utiliza estas herramientas más allá del tiempo de trabajo.

Palabras clave: control tecnológico; trabajo «agile»; privacidad; desconexión digital.

Fecha de entrada: 05-11-2021 / Fecha de aceptación: 30-11-2021

Cómo citar: Dessi, Ombretta. (2022). El control remoto de la persona trabajadora «agile» en el derecho del trabajo italiano. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 466, 163-181.



Remote control of the smart worker in the Italian labour law

Ombretta Dessì

Abstract

This study deals with the technological control of smart workers, with special reference to Italian legislation. It examines the main problematic points of this legal issue, which is especially interesting because the smart worker must necessarily use technological devices. After carrying out a brief analysis of the discipline, by virtue of the conjunction of art. 21, paragraph 1, of Act N.º 81 of 2017, and art. 4 Statuto dei Lavoratori, we will question the interrelation between the law, collective agreements and the individual smart working contract. The next step is to verify the use of technological devices in the context of the employment relationship, distinguishing between positions available to the smart worker for the provision of the service and those intended for other purposes, with special attention to contact tracing. Equally important is the big data issue of smart workers. European regulations on the protection of personal data do not seem adequate to avoid possible damages derived from them. Finally, we will dwell on the relationship between the right to digital disconnection of the smart worker and the remote control, which must be regulated in a unitary way, to avoid that the effectiveness of the latter is annulled by the statement of the company that the smart worker person uses these tools beyond working hours.

Keywords: technological control; smart working; privacy; digital disconnection.

Citation: Dessì, Ombretta. (2022). Remote control of the smart worker in the Italian labour law. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 466, 163-181.



Sumario

1. Introducción
2. La disciplina sobre el control remoto de la persona trabajadora «agile»
3. El papel de la ley, el convenio colectivo y la autonomía individual en la regulación
4. Dispositivos «de control» y dispositivos «de trabajo»
5. Aplicaciones informáticas y dispositivos «de trabajo»
6. El problema de los macrodatos
7. Control remoto y desconexión digital
8. Conclusiones

Referencias bibliográficas

1. Introducción

La cuestión del control remoto por parte de la empresa sobre la persona trabajadora «agile» presenta un notable interés. En el año 2020, más de 8.000.000 de personas en Italia realizaron el servicio digitalmente durante la pandemia provocada por el coronavirus, con la consiguiente modificación profunda del modo de realización de la actividad¹ (Sartori, 2020, pp. 297 y ss.). Esta situación adquiere una connotación peculiar (Spinelli, 2018, pp. 3 y ss.), ya que la persona trabajadora «agile» utiliza los dispositivos tecnológicos con más frecuencia de lo habitual para cumplir con sus obligaciones, requiriendo así una mayor protección que el modelo clásico de organización del trabajo presencial² (art. 18.1 Ley de 22 de mayo de 2017, núm. 81) (Spinelli, 2018, pp. 40 y ss.).

El propósito de este estudio es evidenciar los principales problemas interpretativos que presenta una cuestión jurídico-laboral que, a pesar de las innovaciones introducidas por la ley para hacer frente a la pandemia, limitada a la situación excepcional³, sigue estando regulada por el artículo 21, párrafo 1, de la Ley de 22 de mayo de 2017, número 81, en combinación con el artículo 4 del Estatuto italiano de los Trabajadores (ET), revisado por la Ley delegada de 10 de diciembre de 2014, número 183⁴.

¹ Según una encuesta impulsada por la CGIL y la Fundación Di Vittorio, en el periodo de cuarentena (marzo-junio de 2020) tomado con la epidemia de COVID-19, unos 8.000.000 de personas en Italia trabajaron en casa o, en todo caso, a través del trabajo «agile», mientras que anteriormente había unas 500.000 personas que realizaban el servicio de esta forma (*vid.* CGIL/Fondazione Di Vittorio, 2020).

² El «lavoro agile» es un tipo específico de trabajo a distancia, que es diferente del teletrabajo y es exclusivo del derecho del trabajo italiano. Por lo tanto, se prefiere no traducir tal expresión al español, sino utilizarla en su forma original, porque en España no existe una figura jurídica correspondiente. El término «lavoro agile» se refiere a un método de ejecución de la prestación de trabajo subordinado, regulado por un acuerdo individual, en el supuesto de que la prestación se pueda hacer en parte dentro de las instalaciones de la empresa y en parte fuera, sin puesto de trabajo fijo, en cumplimiento con las limitaciones de duración máxima de la jornada laboral diaria o semanal que establezcan la ley o los convenios colectivos y con el posible uso de dispositivos tecnológicos.

³ Sobre la regulación de emergencia del trabajo «agile» durante la pandemia de la COVID-19, *vid.* <https://www.aranagenzia.it/comunicati/10398-news-su-emergenza-coronavirus.html>.

⁴ El artículo 4 del ET ha sido revisado por el artículo 23 del Decreto legislativo de 15 de septiembre de 2015, número 151, implementando el artículo 1, párrafo 7, letra f), de la Ley de 10 de diciembre de 2014, número 183, a su vez modificado por el artículo 5, párrafo 2, del Decreto legislativo de 24 de septiembre de 2016, número 185.

2. La disciplina sobre el control remoto de la persona trabajadora «agile»

Según el artículo 21, párrafo 1, de la Ley italiana número 81 de 2017, el poder de control remoto de la empresa sobre la persona trabajadora «agile» que realiza el servicio fuera de las instalaciones de la empresa se rige por un acuerdo individual, en cumplimiento del artículo 4 del ET. En cuanto a la citada normativa legal, la prohibición absoluta del uso de sistemas audiovisuales y otros equipos de telecontrol, aunque no lo prevé el artículo 4 del ET, se considera aplicable en el sistema legal italiano por dos razones (Sartori, 2020). En primer lugar, si este no fuera el caso, la legislación en cuestión estaría en conflicto con la libertad de iniciativa económica privada (art. 41 Constitución) y con la Ley de delegación número 183 de 2014, en virtud de la cual debe ser conforme con la ley supranacional (art. 76 Constitución). Además, la ausencia de esta prohibición no sería coherente con algunas disposiciones del derecho europeo e internacional, que, aunque no son formalmente vinculantes, pueden utilizarse como término de comparación⁵. Básicamente, se cree que el artículo 4 del ET implica la prohibición, tanto porque da cumplimiento a la citada ley de delegación, que así lo dispone (art. 1, párr. 7, Ley núm. 183/2014), como porque debe cumplir con el derecho europeo y las obligaciones internacionales (art. 117, párr. 1, Constitución).

La prohibición, sin embargo, cesa si la empresa utiliza estos dispositivos tecnológicos para necesidades organizativas y/o de producción, para la seguridad laboral y para la protección de los activos de la empresa, incluso si la instalación y/o uso de los mismos le permite controlar indirectamente a las personas empleadas (art. 4, párr. 1). La legitimidad de la instalación y uso de estos dispositivos está garantizada por un convenio sindical entre la empresa y las representaciones sindicales de empresa o representantes sindicales unitarios, si se trata de una empresa mediana-pequeña, y entre la empresa y los sindicatos más representativos a nivel nacional si se trata de una empresa mediana-grande. Si no se firma el convenio sindical, sin embargo, la empresa solicita autorización (previa) a la oficina territorial o central de la Inspección de Trabajo, también en este caso a la luz del número de personas empleadas de la empresa. El convenio sindical y la autorización, aunque sean, respectivamente, acuerdo jurídico y acto administrativo, sirven para establecer los términos de la legitimidad de la instalación y uso de los instrumentos considerados y, en consecuencia, de la realización del control remoto (Del Punta, 2016, p. 96).

Además, el artículo 4 del ET legitima el ejercicio del poder en cuestión con los dispositivos provistos a las personas trabajadoras para el desempeño y los destinados a detectar accesos y presencias (art. 4, párr. 2, ET). La empresa, por tanto, no necesita un convenio

⁵ Vid. la Recomendación sobre el procesamiento de datos de los trabajadores en el contexto del empleo del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, de 1 de abril de 2015, y el Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la protección de los datos personales de los trabajadores de la Organización Internacional del Trabajo, de 5 de junio de 1997.

sindical o autorización administrativa para hacer uso de ellos, en el sentido de que pueden ser gestionados y utilizados sin las limitaciones legales antes mencionadas (Tullini, 2017, pp. 97 y ss.). Finalmente, según el artículo 4, párrafo 3, del ET, la empresa podrá utilizar los datos personales, recopilados con dispositivos de control y de trabajo, para todos los fines relacionados con el convenio laboral, sujeto al cumplimiento del artículo 4, párrafos 1 y 2, del ET, si les comunica los métodos de uso de estos y para llevar a cabo el control remoto y si respeta la legislación de privacidad y protección de datos (Barbieri, 2017, pp. 183 y ss.; Maresca, 2017, pp. 1 y ss.).

3. El papel de la ley, el convenio colectivo y la autonomía individual en la regulación

Una primera duda hermenéutica la constituye el rol de la autonomía individual, que, como se mencionó, determina las modalidades del desempeño de la persona trabajadora «agile» en lugares externos a la empresa, ya que no está claro qué relación existe entre el acuerdo individual citado y el artículo 4 del ET (Proia, 2018, pp. 177 y ss.).

El tema parece digno de mención, porque parte del supuesto de que el pacto en cuestión trata de la «contigüidad virtual» entre las partes, lo que idealmente restablece la unidad «espacial» que se ha roto con el trabajo «agile». Además, permite comprender cómo se regula la instalación y uso de los dispositivos electrónicos que se suministran a la persona trabajadora «agile» para prestar el servicio fuera de la empresa (Bellavista, 2018, p. 627; Ichino, 2016, p. 7).

Dicho esto, estamos de acuerdo con los sectores de la doctrina científica que creen que el acuerdo individual afecta implícitamente la definición de los límites operativos de la ley en términos de determinar los métodos de ejercicio de la vigilancia tecnológica. De hecho, dado que este acuerdo regula el control remoto solo en el caso de servicios externos a la empresa, se cree que complementa la normativa legal, sin que, sin embargo, cambie su ámbito de impacto. Por lo tanto, la empresa siempre está obligada a observarlo. Sin embargo, el acuerdo individual no se aplica si la actividad laboral es íntegramente interna de la empresa, que, en cambio, está sujeta a las disposiciones del artículo 4 del ET. La impresión, por tanto, es que el pacto en cuestión determina los métodos de uso de los dispositivos de trabajo fuera de la empresa para informar a la persona trabajadora «agile» de la supervisión constante de la empresa y delinear su alcance. Una confirmación en este sentido parece inferirse de una directiva del primer ministro sobre el trabajo «agile» en el sector público, que identifica bandas de disponibilidad destinadas a coordinar el servicio que se realiza de estas formas con la organización de empresa⁶.

⁶ Vid. la Direttiva del presidente del Consiglio dei Ministri recante indiritti per l'attuazione dei commi 1 e 2 dell'articolo 14 della legge 7 agosto 2015, n. 124 e linee guida contenenti regole inerenti all'organizzazione del lavoro finalizzate a promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti, 1.º giugno 2017, en www.funzionepubblica.gov.it.

Otro aspecto que destacar es que el acuerdo individual trata de la vigilancia de las actividades laborales fuera de la empresa no solo en constante ejecución, sino también en cuanto al seguimiento del desempeño de la persona trabajadora «agile» y el cumplimiento, por su parte, de las instrucciones generales que le dio la empresa. La referencia a la verificación del cumplimiento del servicio con los métodos de ejecución y los requisitos indicados por la empresa, sin embargo, conducen a la exclusión de que el acuerdo se extienda al ritmo de prestación del servicio externo a la empresa (ritmos de trabajo) y a la forma en que se lleva a cabo (modo de prestación).

En cuanto al papel del convenio colectivo en la disciplina del control remoto sobre la persona trabajadora «agile», cabe preguntarse si se pueden establecer las modalidades para el ejercicio del poder en cuestión, así como por las partes del contrato de trabajo mediante el acuerdo individual (art. 21, párr. 1, Ley núm. 81/2017), también desde la autonomía colectiva, en cumplimiento del artículo 4 del ET (un papel protagonista que se ha reconocido en otras leyes europeas, como, por ejemplo, la española –Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia–). En general, se considera difícil hipotetizar que esta tarea no sea competencia de los interlocutores sociales, a pesar de la tendencia a individualizar las relaciones laborales, dado que existe el riesgo «de un posible condicionamiento [...] del libre albedrío del [...] sujeto contratante más débil» (Brollo, 2020, p. 558). La referencia de la ley italiana a la autonomía individual y no a la autonomía colectiva debe buscarse en el hecho de que el control remoto debe calibrarse para satisfacer los intereses individuales, que el convenio colectivo no parecería capaz de asegurar adecuadamente. Además, la autonomía colectiva, como expresión de la libertad sindical (art. 39, párr. 1, Constitución), regula el uso de los dispositivos en ese contexto, a fin de evitar que la empresa supervise a las personas trabajadoras en violación de sus derechos fundamentales (Tiraboschi, 2017, pp. 962 y ss.). Desde esta perspectiva, no es sorprendente que la doctrina científica sugiera algunas soluciones, como, por ejemplo, el uso de incentivos para las medidas de «bienestar empresarial» previstas por los convenios colectivos empresariales (Brollo, 2020, p. 558).

En general, los convenios colectivos nacionales regulan el contrato de trabajo de manera diferente a los de segundo nivel, que pueden ser territoriales y/o de empresa. Por tanto, se considera razonable que los de ámbito nacional determinen un conjunto de normas generales, con el objetivo de adecuar la disciplina legislativa a las peculiaridades del sector profesional de referencia. Además, parece probable que los de segundo nivel se ocupen de la elaboración de políticas de recopilación y gestión de datos, para garantizar el trato uniforme de las personas trabajadoras «agile» y la protección de los intereses de las empresas empleadoras. De hecho, estas últimas pueden asegurar un mayor grado de protección de ambas razones y regular las peculiaridades que los convenios nacionales, generales, no son capaces de percibir. Además, se supone que su recurso facilitará la implicación de la persona trabajadora «agile» en los métodos de control remoto, en el marco de una acentuada flexibilidad espaciotemporal del servicio, con indudables ventajas en cuanto a la satisfacción de sus necesidades de equilibrio entre la vida privada y el trabajo.

Cabe preguntarse también cuál es la función de algunos convenios colectivos de empresa, denominados «de proximidad», sobre el tema, en el supuesto de que, cuando interviene, no regulan necesariamente el control remoto en un sentido mejorado con respecto a las disposiciones del artículo 4 del ET, pudiendo modificarlo también *in peius*⁷. Es importante subrayar que el control remoto es uno de los temas que pueden ser ajustados por ellos (art. 8, párr. 2, letra a), Dleg. de 13 de agosto de 2011, núm. 138, convertido de la Ley de 14 de septiembre de 2011, núm. 148, modificado por la Ley de 9 de agosto de 2013, núm. 99). Por tanto, se cree que estos convenios colectivos pueden incluir cláusulas peyorativas para la persona trabajadora «agile», que sean funcionales para la consecución de objetivos más amplios como «incrementos de competitividad», «mayor empleo» o «inicio de nuevas actividades» (art. 8, párr. 1, Ley núm. 148/2011). En virtud de esta disposición legislativa expresa, en esencia, se excluye que ellos, aunque puedan derogar la ley *in peius*, corran el riesgo de violar la Constitución y la legislación internacional y/o comunitaria.

4. Dispositivos «de control» y dispositivos «de trabajo»

Otro perfil de incertidumbre interpretativa lo constituye la distinción general entre los dispositivos tecnológicos que la empresa instala y utiliza por motivos organizativos y productivos, para la seguridad laboral y para la protección de los activos de la empresa, que le permiten supervisar indirectamente a la persona trabajadora (art. 4, párr. 1, ET), y los que se les suministra para prestar el servicio, con la especificación de que también a través de ellos podrá supervisarla indirectamente (art. 4, párr. 2, ET). El tema resulta muy llamativo en Italia, porque el Statuto dei Lavoratori (ET) dedica una disciplina específica a ambos, concibiendo los «instrumentos de trabajo» distintos a los de «control» (de la seguridad). En este sentido, se dice que, como lo requiere la ley, los mecanismos audiovisuales y otros dispositivos de los que también deriva la posibilidad de telecontrol pueden ser utilizados exclusivamente para necesidades organizativas y de producción, para la seguridad laboral y para la protección de los activos de la empresa (art. 4, párr. 1, ET).

Por tanto, parece razonable suponer que estos son todos los dispositivos tecnológicos que utiliza la empresa por alguna de las razones antes mencionadas, como se desprende, además, de una circular de la Inspección Nacional de Trabajo⁸. Así, la circular afirma: «En términos generales, por tanto, se puede considerar que los dispositivos definidos como

⁷ Los convenios colectivos de proximidad son convenios de segundo nivel, territoriales o de empresa, a los que la ley permite expresamente regular determinadas materias relativas a la organización del trabajo, señaladas de forma estricta, de una manera peyorativa para la persona trabajadora con respeto a las normas contenidas en las leyes y convenios colectivos nacionales (art. 8 Dleg. de 13 de agosto de 2011, núm. 138, convertido de la Ley de 14 de septiembre de 2011, núm. 148, modificada por la Ley de 9 de agosto de 2013, núm. 99).

⁸ Ispettorato Nazionale del Lavoro, Circolare 7 novembre 2016, n. 2, en www.isfol.it.

"de control" son utilizados para dar respuesta a necesidades [...] de carácter asegurador, organizativo, productivo o para garantizar la seguridad laboral» (p. 2).

También importante para la identificación de estos instrumentos es la noción de «distancia», que se realiza en virtud del doble sentido, «temporal» y «geográfico» (o «espacial»), que le es propio y que influye en el concepto de control tecnológico. En su sentido «temporal», el término «distancia» se refiere a la imposibilidad de supervisión con los dispositivos tecnológicos a que se refiere el artículo 4, párrafo 1, del ET si ha transcurrido un periodo de tiempo considerable desde que ocurrió o se puso en práctica el hecho o el comportamiento objeto del mismo. En el nivel «espacial» o «geográfico», por otro lado, la misma noción implica que la supervisión es imposible en un lugar distinto de aquel en el que tuvo lugar ese hecho o comportamiento. Esta distinción se considera útil para identificar los requisitos geográficos-temporales del control que se puede realizar con estos dispositivos, sin excluir, no obstante, que el poder sea ejercido por la empresa en el mismo espacio de tiempo y lugar.

En cuanto a los instrumentos de trabajo, la ley los distingue de los dispositivos de control porque, según el artículo 4, párrafo 2, del ET, la empresa los pone a disposición de la persona trabajadora sin tener que cumplir con las limitaciones previstas por el artículo 4, párrafo 1, del ET (Tullini, 2017, p. 107). El problema es que, a pesar de la diferente disciplina, también le permiten monitorear remotamente a la persona trabajadora, tanto es así que parte de la doctrina los entiende como especies del género «instrumentos de control» (Marazza, 2016, p. 10). Esta bipartición no puede ser compartida, porque los dos tipos diferentes de dispositivos son «multifuncionales», por lo que la duda debe ser aclarada por la jurisprudencia y/o por el garante de privacidad (Carinci, 2016, p. XIV). La imposibilidad de deducir la noción de «instrumentos de trabajo» de la distinción de los «de control» nos lleva a presumir que se caracterizan tanto por su destino como por la relación que los une con la persona trabajadora y que, por tanto, son identificables como tales también a la luz de la naturaleza del servicio y el sector productivo de la empresa.

La solución parece deducirse de una disposición del garante de privacidad y de una nota del Ministerio de Trabajo, de las cuales se infiere que la exención opera si el sistema tecnológico que se le suministra es utilizado por la persona trabajadora para realizar el servicio⁹. Dado que el trabajo «agile» consiste en una especie del género «trabajo digital», se asume que los dispositivos necesarios para la ejecución del servicio se califican como instrumentos de trabajo (Spinelli, 2018, p. 142; Tullini, 2017, pp. 122 y ss.). Estos mecanismos se identifican principalmente con el ordenador, la tableta o el teléfono inteligente que se proporciona a la persona trabajadora y se caracterizan por un funcionamiento sincrónico con la plataforma de la empresa a través de un algoritmo, que traduce las directivas al lenguaje informático. El uso de los terminales recordados, por tanto, está ligado al de la plataforma digital, por lo que ambos podrían remontarse a un único programa informático.

⁹ *Vid.* Garante Privacy, 13 iuglio 2016, n. 303, en *Riv. it. dir. lav.*, 2017, n. 2, II, 310, e Ministero del Lavoro, 18 giugno 2015, en www.lavoro.gov.it.

La exención de estos dispositivos del ámbito de aplicación del artículo 4, párrafo 1, del ET parece estar en armonía con la protección de la dignidad y privacidad de la persona trabajadora (Pinto, 2017, p. 145). Dado su derecho a no ser supervisada de forma oculta y directa, de hecho, se cree que su uso es lícito si no permiten a la empresa realizar controles inconsistentes, ocasionales y no intrusivos (Gagnoli, 2016, pp. 661 y ss.). La duda hermenéutica, por tanto, parece referirse al uso indebido de la plataforma y terminales suministrados a las personas trabajadoras, lo que es una proyección del fortalecimiento de las prerrogativas de las empresas en la relación laboral.

5. Aplicaciones informáticas y dispositivos «de trabajo»

Las aplicaciones informáticas son dispositivos tecnológicos que se utilizan junto con los de trabajo, aunque no necesariamente instalados en ellos, por motivos distintos a la ejecución del servicio (Zoli, 2016, p. 644), respecto de los cuales no es fácil establecer si son instrumentos de control o de trabajo (Bellavista, 2018, p. 628).

Para entender esto, es necesario equiparar la dicotomía que consiste en los instrumentos de trabajo utilizados por la persona trabajadora, por un lado, y las aplicaciones informáticas en cuestión, por el otro, con el binomio *hardware-software*. Si bien el *hardware* es siempre funcional para la actividad laboral, el *software*, a pesar de producir informaciones documentadas por la empresa (las llamadas «logs»), no puede entenderse *a priori* en uno u otro sentido.

Se asume que las aplicaciones informáticas física y virtualmente no ubicadas en los dispositivos de trabajo no se prestan a dudas calificativas significativas, porque, aunque no están destinadas a la actividad laboral, se utilizan legítimamente solo por una de las razones indicadas por el artículo 4, párrafo 1, del ET. Si no se justifica conforme a ellas, su uso colisionaría con la prohibición de controlar la actividad de la persona trabajadora «agile» mediante dispositivos electrónicos. La incertidumbre surge, sin embargo, para los elementos de *middleware*, los servidores de aplicación y otros dispositivos de ejecución de programas informáticos, instalados en el *hardware* para diferentes propósitos, cuyo funcionamiento debe verificarse, especialmente en relación con el del *hardware*.

Según una corriente de pensamiento, el *software* es «absorbido» por el *hardware*, que está pensado como un dispositivo de trabajo, mientras que el primero no tiene ningún papel al respecto (Pinto, 2017, p. 146). También hay opiniones de doctrina científica que argumentan que, si el *software* está incluido en una red digital compuesta por numerosas aplicaciones, esta red se caracteriza como un instrumento de trabajo, mientras que el primero no es relevante en términos de calificación (Maio, 2015, pp. 1.206 y ss.; Marazza, 2016, pp. 22 y ss.). Sin embargo, se prefiere tener en cuenta ambas perspectivas exegéticas, porque de esta

manera se entiende que la función de desempeño del modelo complejo siempre prevalece sobre la de cualquier componente informático secundario.

Las soluciones propuestas se consideran interesantes, porque permiten superar la distinción entre la función laboral y la función de control de cada *software*. Sin embargo, si fueran aceptadas, se pondría en riesgo la libertad y dignidad de la persona trabajadora, porque el *software* se utilizaría sin límites. El problema es que estas teorías disminuyen los dispositivos de «control» en comparación con los «de trabajo», sin considerar que, si, «por el solo hecho de estar incorporado en el dispositivo utilizado por el trabajador», el *software* estaba «exento del procedimiento» previsto por el artículo 4, párrafo 1, del ET, si «la importancia del párrafo 1 se cancelaría» (Del Punta, 2016, p. 101).

En cambio, se argumenta que las aplicaciones informáticas en cuestión son «instrumentos de control» si, después de montarse en el *hardware*, se utilizan para necesidades organizativas y de producción, para la seguridad laboral o para la protección de los activos de la empresa, para las cuales la instalación y uso de estas son legítimas cuando cumplen con la normativa legal (art. 4, párr. 1, ET). Entran dentro del tipo de «dispositivos de trabajo», sin embargo, si sirven para simplificar o agilizar la ejecución de la actividad laboral, para que puedan ser preparados por la empresa y entregados a la persona trabajadora, junto con el *hardware*, sin observar las limitaciones antes mencionadas. Esta interpretación parece confirmarse en la citada circular de la Inspección de Trabajo, que distingue las aplicaciones informáticas particulares, como el sistema de posicionamiento global (GPS), etc., de los dispositivos de trabajo cuando se utilizan para necesidades organizativas y productivas y para la protección de la salud¹⁰. Se caracterizan como instrumentos de trabajo, sin embargo, si, a la luz de lo expuesto anteriormente, son útiles para la implementación de un servicio que no puede ser prestado en su ausencia o si la instalación es requerida por leyes o regulaciones específicas¹¹.

Dada la dificultad de la empresa para distinguir entre unos y otros, se asume que, antes de la instalación, debe comprobar si estos, separados del sistema en cuestión, le proporcionan informaciones importantes sobre la persona trabajadora¹². Para resolver el

¹⁰ Vid. Ispettorato Nazionale del Lavoro, Circolare 7 novembre 2016, n. 2, en <https://www.ispettorato.gov.it/it-it/notizie/Documents/Circolare%20INL%20n.2%20indicazioni%20operative%20%20utilizzo%20%20impianti%20GPS-signed.pdf>.

¹¹ La Inspección Nacional de Trabajo, en la Circular número 2 de 2016, da el ejemplo del uso obligatorio de sistemas GPS para el transporte de objetos de valor superiores a 1.500.000 euros.

¹² Vid. el garante de privacidad (Garante Privacy, Relazione 2016, Roma, 2017, 96 e ss., en www.garanteprivacy.it), la jurisprudencia de primera instancia (Trib. Pescara, 25 ottobre 2017, en *Riv. it. dir. lav.*, 2018, II, 307), el Grupo de Trabajo sobre el tratamiento de datos personales en el lugar de trabajo del artículo 29 (Grupo de Trabajo del artículo 29, Opinión núm. 2, 8 de junio de 2017, 16 e ss., en www.garanteprivacy.it), el Comité de Ministros de los Estados miembros de la Unión Europea de 1 de abril de 2015 (Comité

interrogante es necesario dilucidar si la producción de *log* es intrínseca al *software* o si depende de su interacción con el programa principal. Se cree que en el primer caso la aplicación informática es un dispositivo de control, porque su uso es distinto al del *hardware*, y en el segundo caso, un instrumento de trabajo, porque es «absorbida» por el programa informático en el que está instalada, lo cual es fundamental para la actividad laboral (Bellavista, 2018, pp. 627-628; Del Punta, 2016, pp. 100 y ss.).

Una reflexión aparte merecen los dispositivos de *contact tracing*, que son obligatorios si las personas trabajadoras realizan el servicio fuera de la empresa, ya que miden el distanciamiento social y rastrean los contactos cercanos de quienes han dado positivo en coronavirus¹³. Dado que se basan en tecnología *bluetooth* y/o GPS e informan a la empresa de una gran cantidad de datos personales de las personas trabajadoras, tienen como objetivo proteger su salud y permitirles monitorearlas de forma remota, verificando sus movimientos, por lo que se supone que sean dispositivos de control¹⁴. Según el garante de privacidad, de hecho, el uso de ellos es legítimo si funcionan como lo exige la ley¹⁵ y cumplen con los principios de minimización de datos [art. 5, párr. 1, letra c), Reglamento (UE) núm. 2016/679 (Reglamento general de protección de datos –RGPD–)], en las fases de tratamiento y adquisición de estos¹⁶. En cualquier caso, según la misma autoridad independiente, su uso está permitido si implican el conteo de personas y/o la medición de distancias, pero no si implican el análisis y almacenamiento de datos de sujetos, como personas trabajadoras, que son también solo potencialmente identificables¹⁷.

de Ministros de los Estados miembros de la Unión Europea, Recomendación CM/Rec(2015)5 relativa al tratamiento de datos personales en el entorno laboral, 1 de abril de 2015, en www.garanteprivacy.it) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, 5 de septiembre de 2017, Demanda núm. 61496/08, caso *Bărbulescu v. Romania*, en *Lav. dir. Eur.*, 2018, n. 1, 1 y ss.).

¹³ *Vid.* artículo 6 del Decreto de ley de 30 de abril de 2020, número 28, convertido en Ley de 25 de junio de 2020, número 70.

¹⁴ *Vid.* Cass. 8 novembre 2016, n. 22662, en *Riv. giur. lav.*, 2017, n. 3, II, 276 ss., con nota de M. E. Sauro, I controlli difensivi tra tutela del patrimonio aziendale e tutela della riservatezza; Cass. 5 ottobre 2016, n. 19922, en *Riv. giur. lav.*, 2017, n. 1, II, 29 ss., con nota de A. Trojsi, Badge e gps: strumenti di controlli (e probatori), prima e dopo il jobs act.

¹⁵ Garante Privacy, FAQ-Trattamento dei dati nel contesto lavorativo pubblico e privato nell'ambito dell'emergenza sanitaria, n. 9, en www.garanteprivacy.it; Garante Privacy, Parere sulla proposta normativa per la previsione di una applicazione volta al tracciamento dei contagi da COVID-19, 29 aprile 2020, en www.garanteprivacy.it.

¹⁶ Garante Privacy, Nota sugli aspetti tecnologici della valutazione d'impatto sulla protezione dei dati personali presentata dal Ministero della Salute relativa ai trattamenti effettuati nell'ambito del sistema di allerta Covid-19 denominado «Immuni», 3 giugno 2020, en www.garanteprivacy.it.

¹⁷ Garante Privacy, Provvedimento di autorizzazione al trattamento dei dati personali effettuato attraverso il Sistema di allerta Covid 19-App Immuni, 1.º giugno 2020, en www.garanteprivacy.it.

6. El problema de los macrodatos

El uso masivo de dispositivos electrónicos para el control de las personas trabajadoras «agile» determina la especificidad de la disciplina sobre el tema, incluso si cae dentro del alcance del artículo 4 del ET y la legislación sobre privacidad, por tanto, es necesario comprobar si la legislación contemplada en el mismo se extiende a la información que circula como consecuencia del uso de sistemas de última generación, como algoritmos o inteligencias artificiales, es decir, los macrodatos, que no son necesariamente personales, sino que también pueden connotarse como anónimos, agregados o referidos a grupos o comunidades.

Según una encuesta realizada conjuntamente por AGCOM, AGCM y el garante de la privacidad, la legislación italiana actual sobre el procesamiento de datos personales garantiza a las personas trabajadoras expuestas a la difusión de técnicas de análisis de macrodatos a través de los principios de privacidad por diseño y privacidad por defecto¹⁸. En su opinión, la persona responsable del tratamiento implementa las medidas técnicas y organizativas adecuadas para garantizar que, por defecto, solo se traten los datos necesarios para cada finalidad concreta (art. 25, párr. 2, RGPD). Todos los instrumentos tecnológicos utilizados, por tanto, deben adaptarse a la velocidad, variedad y volumen de los macrodatos que transitan por la red, independientemente de su naturaleza, excluyendo aquellos que no puedan ser tratados legalmente.

La conclusión sería razonable si los datos en circulación pudieran calificarse como personales, pues la ley de privacidad se refiere solo a los de este tipo, por lo que probablemente no sea adecuada para la protección de la persona trabajadora «agile» que tiene que afrontar el desafío de los macrodatos. Se ha dicho, de hecho, que no siempre estos datos son personales y que la capacidad predictiva derivada de su análisis puede afectar también a los referidos a grupos o datos anónimos o anonimizados, es decir, ajenos a su campo de aplicación. La razón es que los de este tipo no resisten el poder de la acumulación y comparación de la analítica de datos, por lo que pueden ser penetrados e interpretados por la empresa, para obtener nuevas informaciones sobre las personas trabajadoras «agile».

En segundo lugar, se pretende que la legislación vigente se aplique a un sistema sencillo y básicamente binario, en el que quien sea titular adquiere los datos personales de la persona trabajadora «agile» y los trata o hace que la persona encargada los trate con una finalidad determinada, informándole de forma inmediata, para que dé consentimiento u objeción. En la ciencia de datos, sin embargo, la información en circulación retrocede a lo largo de una especie de cadena, al final de la cual es agregada y examinada por una persona responsable. Además, antes de que la misma (información) se ingrese en el sistema de análisis, para producir resultados y conocimientos, no se sabe cuáles son las conexiones que revela el análisis de macrodatos, ni cómo y con qué fines se puede usar.

¹⁸ AGCOM-AGCM-Garante Privacy, Big Data, Linee guida e raccomandazioni di policy. Indagine conoscitiva congiunta, 2 luglio 2019, en www.garanteprivacy.it.

Esto implica que los principios de protección contemplados por el RGPD no funcionan con respecto a los macrodatos, por lo que la persona trabajadora «agile» no siempre comprende *ex ante* cómo son tratados. Además, los contextos de macrodatos se configuran cada vez más como contextos de inteligencia artificial, para los que la persona interesada no conoce a quien es la encargada ni la responsable en el lado activo de los tratamientos. Básicamente, la persona trabajadora «agile» no está en condiciones de ejercitar efectivamente los derechos que le otorga la ley (acceso, rectificación, cancelación, olvido, limitación, etc.), porque no sabe cuándo y cómo se adquieren sus datos ni cómo, por quién y para qué se utilizan. Finalmente, las tarifas de minimización y limitación de finalidad, así como la prueba de compatibilidad que permite el uso secundario, o la prueba de equilibrio, que debe realizarse para aprovechar el «interés legítimo», no coinciden con la tecnología de macrodatos. Esta tecnología, de hecho, se basa en la mayor agregación posible de datos (el llamado «volumen») y en su uso para descubrir correlaciones ocultas (los llamados «patrones ocultos»), de modo que, solo si identifica a la persona trabajadora *ex post*, puede discernir el verdadero propósito del tratamiento.

Para superar estos problemas críticos, se puede «leer» la legislación sobre privacidad (protección de datos personales) de manera restrictiva, de modo que los principios establecidos en el artículo 5 del RGPD se consideran formalmente satisfechos, para permitir el fenómeno de los macrodatos. El problema es que, cuando se trata de macrodatos, estos principios se vacían de contenido, por lo que su aplicación no garantiza la protección de la persona interesada, que se «cancela». Considérese, por ejemplo, la indicación, dentro de la *policy* de privacidad, de la sujeción de datos a minería o analítica, a partir de la cual se da por cumplida la obligación relacionada. Alternativamente, se puede proceder a la interpretación rigurosa de los mismos principios, de los que, sin embargo, se puede deducir su inutilidad con respecto a los macrodatos. Piense en la obligación de divulgación, que implica la comunicación previa a la persona interesada de la existencia de procesos automatizados de toma de decisiones y la lógica subyacente del algoritmo. Sin embargo, para cumplir con exactitud, la empresa que analiza los macrodatos debería enviar tantas informaciones como la cantidad de datos procesados y los tipos de análisis al que se someten. Por lo tanto, se cree que la identificación de las medidas adecuadas debe ser realizada por el garante de privacidad o una autoridad similar, naturalmente en cumplimiento de la ley.

Entre estas, destacamos, a modo de ejemplo, el control del antimonopolio frente a prácticas comerciales engañosas o agresivas, posiciones dominantes o segregación de mercados, y el del garante de privacidad, de conformidad con los artículos 57 y 58 del citado RGPD.

La única forma podría ser la introducción de una legislación nacional específica sobre la protección de datos de la persona trabajadora, que aborde y resuelva todos los problemas críticos que surgieron anteriormente en relación con la circulación ilimitada de sus macrodatos. Tal pronóstico tiene razón de existir en un momento, como el actual, en el que las empresas recurren con frecuencia a sistemas algorítmicos y sistemas de inteligencia artificial que surgen del dualismo que presupone la disciplina general. En particular, la

protección de los datos no solo personales de la persona trabajadora «agile» podría implicar la definición de nuevos y más específicos límites externos al poder de control remoto de la empresa y a la regulación de la privacidad, con el fin de garantizar su libertad, no para ser monitoreado continuamente.

7. Control remoto y desconexión digital

Un aspecto igualmente significativo que merece ser analizado desde un punto de vista interpretativo es la interacción entre el poder de control remoto de la empresa y el derecho a la desconexión digital de la persona trabajadora «agile» fuera de su jornada, con el fin de verificar si este último limita indebidamente el ejercicio óptimo del primero. Como es sabido, «desconexión» significa que la persona prestadora del servicio puede no responder a las comunicaciones de su empresa durante el periodo de inactividad, para recuperar energías psicofísicas y tener tiempo para sí misma. Por tanto, como se sostuviera por cierto sector doctrinal en otros países europeos que regulan este derecho (como en España), no parece consistir en un nuevo derecho de la persona trabajadora «agile», sino en el resultado de la adaptación de formas de protección conocidas que surgen «del entrelazamiento y en ocasiones del solapamiento entre las nociones de "no trabajo, tiempo libre y descanso"» (Occhino, 2010, p. 199). Esto implica que, en función de la protección de la persona trabajadora «agile» que realiza el servicio y la gestión de los riesgos asociados, la empresa no puede ejercer el control remoto durante la fase de desconexión (Ferrante, 2008, pp. 1-70).

Para entender si la desconexión afecta la vigilancia patronal, cabe señalar que la ley anti-COVID de 2021 establece que la persona trabajadora «agile» debe desconectarse de los equipos tecnológicos y plataformas informáticas, en cumplimiento de un acuerdo individual, sin perjuicio de cualquier periodo de disponibilidad predeterminado. El ejercicio del derecho, necesario para proteger el tiempo de descanso y la salud, no puede afectar a la relación laboral ni a los tratamientos salariales (art. 2, párr. 1 ter, Dleg. de 13 de marzo de 2021, núm. 30, coordinado con la Ley de conversión de 6 de mayo de 2021, núm. 61). La muy reciente disciplina se suma a la contemplada por la ley de 2017, según la cual los tiempos de descanso y las medidas técnico-organizativas necesarias para la desconexión se determinan mediante acuerdo individual (art. 19, párr. 1, Ley núm. 81/2017).

La nueva ley resulta interesante, en primer lugar, porque con la referencia a «los acuerdos suscritos por las partes» neutralizaría la obligación de un acuerdo individual previsto por la de 2017¹⁹. El objetivo, tal vez, es evitar que la empresa presione a las personas

¹⁹ La disciplina legislativa de 2021 se enmarca dentro de los límites impuestos, por el de 2003, a las competencias de las empresas en materia de colocación y duración del trabajo (*vid.* Ferrante, 2008, pp. 265 y ss.).

trabajadoras «agile» para que negocien un acuerdo individual que se adapte a sus necesidades. En segundo lugar, la legislación de 2021 parece apreciable, porque, con la atribución del «derecho de desconexión» a la persona trabajadora «agile», se ha subsanado el hecho de que la legislación de 2017 no contenía tal predicción. La calificación de este como derecho, de hecho, determina la eliminación del riesgo de que su efectividad se vea socavada y de que sea imposible evaluar su interrelación con el poder del control remoto (Ferrante, 2008, pp. 58 y ss.). Así, la ausencia de un derecho de desconexión de la persona trabajadora «agile» puede dar lugar a una ampliación del tiempo máximo de trabajo diario previsto por la ley o el convenio colectivo, creando una desarmonía entre la vida privada y la vida profesional de la persona trabajadora «agile» y haciendo «invisible» el límite entre las dos áreas de disciplina.

La integración y concreción de la disciplina de 2017 desde el punto de vista del derecho a la desconexión, incluso en ausencia de un acuerdo individual sobre el asunto, se considera adecuada para limitar la presencia invasiva de la empresa (Ferrante, 2008, pp. 275 y ss.). El motivo es que conlleva la dificultad de esta última en abusar de los dispositivos tecnológicos en virtud de su propia solidez contractual y elimina el riesgo, para la persona trabajadora «agile», de estar sujeta a una conexión continua, que responde a las necesidades y tiempos de la empresa solo. Por tanto, el derecho de desconexión obliga a la empresa que ejerce su poder de control a tener en cuenta los límites vinculados a él y permite a la persona empleada disponer de su tiempo libre, porque se mantiene conectada únicamente en el marco del «tiempo de trabajo».

La previsión se completa con la ley actual, a la luz de una propuesta de ley de 2020, de ajustar el control remoto sobre la persona trabajadora «agile» al derecho de desconexión²⁰, mediante una norma que obliga a respetarlo (art. 2, párr. 1, letra i), DDL S. 1833, 20/9/2020). De hecho, si bien los convenios colectivos pueden prever el cierre de los ordenadores en determinados momentos según las necesidades del sector profesional o de la empresa, también es cierto que no siempre permiten que la persona trabajadora «agile» supere las dificultades para hacer frente a la presión de la empresa. Por lo tanto, la propuesta de directiva de la Unión Europea sobre el derecho a desconectar establece que las personas trabajadoras estén disponibles para las empresas dentro del horario laboral y que los denominados «periodos de guardias» se incluyan dentro de los límites de duración de este último²¹.

²⁰ DDL S. 1833, Delega al Governo per il riordino della disciplina in materia di lavoro agile e l'introduzione del diritto alla disconnessione per il benessere psico-fisico dei lavoratori e dei loro affetti, 20 settembre 2020, en <http://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2020/09/53042.pdf>.

²¹ Vid. la Resolución del Parlamento Europeo con recomendaciones a la Comisión sobre el derecho a desconectarse (2019/2181(INL)), de 21 de enero de 2021, en www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0246_EN.html, punto 10. Vid. también el Acuerdo marco sobre digitalización firmado el 22 de junio de 2020 por la Confederación Europea de Sindicatos y las organizaciones empresariales Business-Europe, CEEP, SME United.

Sin embargo, dado que no está regulado por el derecho de la Unión Europea y que los Estados miembros lo hacen de forma diferente, en algunos de ellos se pide a la autonomía colectiva que intervenga como fuente sustitutoria (Ferrante, 2008, pp. 228 y ss.). De hecho, la misma propuesta de directiva establece que la Comisión y los Estados miembros deben alentar a los interlocutores sociales a intercambiar las mejores prácticas y garantizar un enfoque común coordinado de las condiciones de trabajo existentes, sin perjuicio de los derechos sociales y la movilidad dentro de la Unión.

8. Conclusiones

La disciplina del control remoto en el trabajo «agile», aunque su eje sea el artículo 21, párrafo 1, de la Ley núm. 81 de 2017, el artículo 4 del ET y la legislación sobre privacidad (más concretamente de protección de datos personales), no regula adecuadamente el uso de dispositivos electrónicos implícitos, tanto es así que induce a hacer una consideración general, que solo se puede mencionar aquí, pero que podría ser objeto de un estudio en profundidad en el futuro. Cuando hablamos de control remoto de la persona trabajadora «agile», advertimos la ausencia, dentro de la ley de 2017, de una disciplina adecuada, capaz de ir más allá de las anomalías interpretativas y hacer frente a los fenómenos relacionados con el uso de dispositivos tecnológicos que caracteriza a esta manera de ejecución del servicio (Del Conte, 2020, pp. 199 y ss.).

En cambio, para tener características similares, la referida normativa debería ser elaborada por el legislador interno a la luz de lo dispuesto en el artículo 88 del RGPD. Es decir, debería contener medidas adecuadas y específicas para salvaguardar la dignidad humana, los intereses legítimos y los derechos fundamentales de las personas trabajadoras «agile», especialmente en lo que respecta a la transparencia de los instrumentos de procesamiento y seguimiento en el lugar de trabajo. Además, dada la peculiaridad de los distintos sectores profesionales en los que operan, esta ley debería complementarse con la autonomía colectiva, tanto nacional como de segundo nivel, más o menos en los términos antes referidos. La ley y la autonomía colectiva, siguiendo el ejemplo del proyecto de Ley de 20 de septiembre de 2020²², deberían aclarar las dudas que dejó sin resolver la ley de 2017, sin alterar, no obstante, el sistema original y sin poner en peligro la eficacia de la prestación del servicio.

²² DDL S. 1833, Delega al Governo per il riordino della disciplina in materia di lavoro agile e l'introduzione del diritto alla disconnessione per il benessere psico-fisico dei lavoratori e dei loro affetti, 20 settembre 2020, en <http://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2020/09/53042.pdf>.

Referencias bibliográficas

- Barbieri, Marco. (2017). L'utilizzazione delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse). En Patrizia Tullini (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore* (pp. 183-208). Giappichelli.
- Bellavista, Alessandro. (2018). Il potere di controllo sul lavoratore e la tutela della riservatezza. En Gaetano Zilio Grandi y Marco Biasi (a cura di), *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile* (pp. 621-632). Cedam.
- Brollo, Marina. (2020). Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia. *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 28(6), 553-570.
- Carinci, Maria Teresa. (2016). Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori dopo il «Jobs Act» (art. 23 D. lgs. 151/2015): spunti per un dibattito. *Labour & Law Issues*, 2(1), I-XIV. <https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/5994>.
- CGIL/Fondazione Di Vittorio. (18 maggio 2020). Quando lavorare da casa è... SMART? CGIL. Confederazione Generale Italiana del Lavoro. <https://www.fondazionedi Vittorio.it/quando-lavorare-casa%C3%A8-smart>.
- Del Conte, Maurizio. (2020). Le prospettive del lavoro agile oltre l'emergenza. En Michel Martone (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smartworking oltre l'emergenza* (pp. 199-210). La Tribuna.
- Del Punta, Riccardo. (2016). La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d. lgs. n. 151/2015). *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1, 77-110.
- Ferrante, Vincenzo. (2008). *Il tempo di lavoro tra persona e produttività*. Giappichelli.
- Gragnoles, Enrico. (2016). Gli strumenti di controllo e i mezzi di produzione. *Variations su Temi di Diritto del Lavoro*, 4, 651-667.
- Ichino, Pietro. (3 de agosto de 2016). Nota tecnica sul contenuto del testo legislativo e le modifiche apportate dalla Commissione. *Benvenuti nel sito di Pietro Ichino*. <https://www.pietroichino.it/?p=41576>.
- Maior, Valerio. (2015). La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica. *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 6, 1.186-1.215.
- Marazza, Marco. (2016). Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore). *WP CSDLE «Massimo D'Antona»*. IT-300/2016, 1-31. http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20160509-124038_marazza_n300-2016itpdf.pdf.
- Maresca, Arturo. (2017). Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav. En Patrizia Tullini (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore* (pp. 513-546). Giappichelli.
- Occhino, Antonella. (2010). *Il tempo libero nel diritto del lavoro*. Giappichelli.
- Pinto, Vito. (2017). I controlli «difensivi» del datore di lavoro sulle attività informatiche e telematiche del lavoratore. En Patrizia Tullini (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore* (pp. 139-164). Giappichelli.
- Proia, Giampiero. (2018). L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile. En Luigi Fiorillo y Adalberto Perulli (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile* (pp. 177-194). Giappichelli.
- Sartori, Alessandra. (2020). *Il controllo tecnologico sui lavoratori. La nuova disciplina italiana tra vincoli sovranazionali e modelli comparati*. Giappichelli.



Spinelli, Carla. (2018). *Tecnologie digitali e lavoro agile*. Cacucci.

Tiraboschi, Michele. (2017). Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro. *Diritto delle Relazioni Industriali. Rivista della Associazione Lavoro e Ricerche*, 27(4), 921-977.

Tullini, Patrizia. (2017). Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione

lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione possibile. En Patrizia Tullini (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore* (pp. 97-124). Giappichelli.

Zoli, Carlo. (2016). Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori e la nuova struttura dell'art. 4, legge n. 300/1970. *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 4, 635-650.

La ley del 2 de agosto de 2021 para reforzar la prevención en materia de salud laboral en Francia: la tentación del cambio de paradigma

Loïc Lerouge

Director de investigación en el CNRS

Cátedra Internacional de Estudios Comparados de Salud en el Trabajo (CIECST)

COMPTRASEC UMR 5114

CNRS-Universidad de Burdeos

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

Extracto

Francia acaba de aprobar la ley del 2 de agosto de 2021 destinada a reforzar la prevención de la salud laboral. La ambición del legislador, pero también del Gobierno, es «hacer de Francia uno de los países más exitosos e innovadores de Europa en el ámbito de la prevención de la salud laboral». Para ello, la ley consolida el documento único de evaluación de riesgos laborales, refuerza el papel de los servicios de salud laboral, crea medidas para combatir la exclusión social y profesional y descompartimenta la salud laboral y la salud pública. Sin embargo, aunque estos objetivos son estimulantes, el contenido de la ley parece adoptar un nuevo paradigma para la política francesa de salud laboral y también debe tener cuidado de no individualizar en exceso la relación con la salud laboral.

Palabras clave: salud en el trabajo; reforma; Francia; prevención; promoción de la salud; salud pública.

Fecha de entrada: 05-11-2021 / Fecha de aceptación: 17-11-2021

Cómo citar: Lerouge, Loïc. (2022). La ley del 2 de agosto de 2021 para reforzar la prevención en materia de salud laboral en Francia: la tentación del cambio de paradigma. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 466, 183-202.



The law of 2 August 2021 to reinforce prevention in the field of occupational health in France: the temptation of a paradigm shift

Loïc Lerouge

Abstract

France has just adopted the law of 2 August 2021 aimed at strengthening occupational health prevention. The ambition of the legislator, but also of the Government, is to "make France one of the most successful and innovative countries in Europe in the field of occupational health prevention". To achieve this, the law consolidates the "occupational risk assessment document", strengthens the role of occupational health services, creates measures to combat social and professional exclusion and decompartmentalises occupational health and public health. However, while these objectives are stimulating, the content of the law seems to adopt a new paradigm for French occupational health policy and must also be careful not to over individualise the relationship with occupational health.

Keywords: occupational health; reform; France; prevention; health promotion; public health.

Citation: Lerouge, Loïc. (2022). The law of 2 August 2021 to reinforce prevention in the field of occupational health in France: the temptation of a paradigm shift. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 466, 183-202.



Sumario

1. Introducción
 2. Medidas para reforzar la prevención según la ley del 2 de agosto de 2021
 - 2.1. El refuerzo de la definición de acoso sexual en el trabajo
 - 2.2. La consolidación del programa anual de prevención y del DUERP
 - 2.3. La creación de un «pasaporte de prevención»
 3. Descompartimentación de la salud laboral y la salud pública
 - 3.1. El expediente médico compartido
 - 3.2. La promoción y la prevención de la salud laboral
 4. Ampliar las tareas de los servicios de salud laboral
 - 4.1. La reorganización de la gobernanza de la salud laboral adaptando la organización interna de los servicios de salud y seguridad laboral
 - 4.2. La delegación de parte de las tareas de la médica o médico del trabajo a otras/os profesionales sanitarios
 - 4.3. La lucha contra la desinserción socioprofesional
 5. Conclusión
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

La adopción de las cinco ordenanzas del 22 de septiembre de 2017 que reforman el derecho del trabajo¹ ha reorientado el sistema jurídico laboral francés. El legislador y el Gobierno franceses han querido reestructurar las prioridades y los recursos en materia de salud laboral, con el objetivo, en particular, de integrar más ampliamente la salud laboral en la política de salud pública.

Este objetivo es el resultado de una serie de informes. Así, en agosto de 2018, Charlotte Lecocq, Bruno Dupuis y Henri Forest presentaron un informe al primer ministro titulado «Salud laboral: hacia un sistema simplificado para mejorar la prevención»². Ese mismo mes, Paul Frimat presentó a Muriel Pénicaud, ministra de Trabajo y Empleo, su informe de misión sobre la prevención y la consideración de la exposición de las personas trabajadoras a los agentes químicos peligrosos. En enero de 2019, Jean Luc Bérard, Stéphane Oustric y Stéphane Seiller presentaron un nuevo informe al primer ministro titulado «Más prevención, eficiencia, equidad y control de los paros laborales»³. En septiembre de 2019, Charlotte Lecocq, Pascale Coton y Jean François Verdier entregaron las conclusiones de un informe sobre «Salud, seguridad y calidad de vida en el trabajo en la función pública: un deber, una urgencia, una oportunidad»⁴. Por último, la Inspección General de Asuntos Sociales (IGAS) publicó en febrero de 2020 un nuevo informe, redactado por Delphine Chaumel, Benjamin Maurice y Jean Philippe Vinquant, sobre la «Evaluación de los servicios de salud laboral entre empresas»⁵. Las iniciativas parlamentarias también atestiguan este deseo: el informe de investigación sobre las enfermedades y patologías profesionales en la industria de Julien Borowczyk y Pierre Dharréville publicado el 19 de julio de 2018, así como el informe informativo sobre la salud laboral de los senadores Stéphane Artano y Pascale Gruny el 2 de octubre de 2019.

A partir de estos informes, pero también a causa de la pandemia, el legislador considera que el apoyo a la salud laboral de las empresas y sus trabajadoras y trabajadores es

¹ Ordonnances du 22 septembre 2017 portant réforme du droit du travail, notamment les ordonnances n.º 2017-1385 relative au renforcement de la négociation collective, n.º 2017-1386 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, n.º 2017-1387 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, n.º 2017-1388 portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective, et n.º 2017-1989 relative à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels et au compte professionnel de prévention (JORF du 23 septembre 2017).

² «Santé au travail: vers un système simplifié pour une prévention renforcée».

³ «Plus de prévention, d'efficacité, d'équité et de maîtrise des arrêts de travail».

⁴ «Santé, sécurité, qualité de vie au travail dans la fonction publique: un devoir, une urgence, une chance».

⁵ «Évaluation des services de santé au travail interentreprises».

disfuncional, alimentando un clima de incertidumbre que ha penalizado el mantenimiento de la actividad económica. La ambición es, por tanto, devolver a la salud laboral el lugar y el papel que le corresponden, en particular integrando más ampliamente el sistema de vigilancia de la salud laboral y la prevención de riesgos laborales en la política de salud pública francesa, reorientando las prioridades y los recursos de estos sistemas.

Por último, el 15 de junio de 2020, de conformidad con el artículo L. 1 del Código del Trabajo, el Gobierno invitó a los interlocutores sociales a entablar negociaciones interprofesionales con el fin de alcanzar un acuerdo sobre la prevención de la salud en el trabajo para finales de 2020. Esta negociación dio lugar a la firma del Acuerdo Nacional Interprofesional (ANI) de 9 de diciembre de 2020 «para la mejora de la prevención y una oferta renovada en salud laboral y condiciones de trabajo»⁶.

Ahora, a través de la ley de 2 de agosto de 2021 para el refuerzo de la prevención en salud laboral⁷, un texto presentado por el legislador traspone por primera vez a la ley un acuerdo nacional interprofesional. El objetivo declarado es responder a los retos de la prolongación de la vida laboral y de los nuevos riesgos profesionales, y la cultura de la prevención debe prevalecer sobre los mecanismos de reparación de los daños a la salud de las personas trabajadoras. El Consejo de Estado francés señala que el proyecto de ley es el resultado de un proceso de construcción conjunta en el que han participado el Parlamento, los interlocutores sociales y el Gobierno de forma inédita⁸.

Según el legislador, el sistema francés de salud laboral ha avanzado mucho, pero ahora debe orientarse más hacia la prevención y adaptarse a las necesidades de personas empleadoras y empleadas. Los recursos existen, pero hay que reforzarlos, coordinarlos e integrarlos en el sistema de los actores de la salud. El objetivo se expone claramente en el argumento del proyecto de ley antes de su aprobación para «hacer de Francia uno de los países más exitosos e innovadores de Europa en el ámbito de la prevención de la salud laboral». El reto será entonces poner a prueba este objetivo a la luz del texto finalmente adoptado el 2 de agosto de 2021, que se declina en cuatro áreas de reforma:

- Reforzar la prevención en las empresas mediante la descompartimentación de la salud pública y la salud laboral, en particular reforzando el contenido del documento único de evaluación de riesgos laborales (DUERP), ampliando las misiones de los servicios de salud en el trabajo (SST)⁹ a la evaluación y prevención de

⁶ «Pour une prévention renforcée et une offre renouvelée en matière de santé au travail».

⁷ Loi n.º 2021-1018 du 2 août 2021 pour renforcer la prévention en santé au travail (JORF du 3 août 2021, entrada en vigor el 31 de marzo de 2022).

⁸ Opinión emitida por el Conseil d'État sur la proposition de loi pour renforcer la prévention en santé au travail, du 4 février 2021, n.º 401.872.

⁹ Conocido en España como «servicios ocupacionales».

los riesgos laborales en la empresa, así como a las acciones de promoción de la salud en el lugar de trabajo. Los SST se convierten en servicios de prevención y de salud en el trabajo (SPST).

- Mejorar la gama de servicios que deberán prestar los SPST a través de la calidad del servicio prestado por los SST, en particular en términos de prevención y apoyo.
- Reforzar el apoyo a determinados grupos, especialmente los vulnerables, y luchar contra la «desinserción socioprofesional»¹⁰.
- Reorganizar la gobernanza de la salud laboral adaptando la organización interna de los SST y ampliando las condiciones en las que la médica o el médico del trabajo puede delegar algunas de sus tareas en otros/as profesionales de la salud del servicio, y reforzando la dirección nacional.

Aunque el texto de la ley de 2 de agosto de 2021 no es tan largo en sí mismo, ya que solo contiene 40 artículos, y aunque contiene disposiciones que harán avanzar efectivamente la prevención de la salud en el trabajo, también contiene disposiciones que podrían cuestionar el enfoque francés de la ley de prevención de la salud en el trabajo y el objetivo de rendimiento anunciado. Estas medidas pretenden reforzar la prevención (1), pero no es seguro que sea así a la luz de la descompartimentación de la salud laboral y la salud pública, que debe analizarse detenidamente (2), y de la transformación de los SST en SPST (3).

2. Medidas para reforzar la prevención según la ley del 2 de agosto de 2021

La ley para reforzar la prevención de la salud laboral modifica en primer lugar las disposiciones del Código Laboral relativas al acoso sexual (1.1) en su artículo 1. La ley del 2 de agosto de 2021 persigue el objetivo de reforzar la prevención en dos etapas, centrándose, por un lado, en el programa anual de prevención de riesgos laborales, el DUERP (1.2), y, por otro, en la creación de un pasaporte de prevención (1.3).

2.1. El refuerzo de la definición de acoso sexual en el trabajo

A partir del 31 de marzo de 2022, el acoso sexual en el trabajo será susceptible de ser constituido, en el sentido del artículo L. 1153-1 del Código del Trabajo, en consideración a los comentarios o comportamientos de connotación sexista, así como a los comentarios o comportamientos de connotación sexual o sexista procedentes de varias personas. De

¹⁰ «Désinsertion professionnelle».

este modo, la definición de acoso sexual organizada por el Código del Trabajo será a partir de ahora idéntica a la del Código Penal¹¹.

Ahora también se establece en el Código del Trabajo que los comentarios o comportamientos con connotación sexista que se impongan a una persona también pueden constituir acoso sexual. El delito puede ser cometido por varias personas, concertadas o no, sin que ninguna de ellas haya actuado de forma reiterada. Se dice que el acoso sexual es «concertado» o «instigado» cuando una misma persona trabajadora es objeto de tales comentarios o comportamientos por parte de varias personas, de forma concertada o a instigación de una de ellas, aunque cada una de estas personas no haya actuado de forma reiterada. Por último, se reconoce el acoso sexual no concertado, pero conocido con un acto único de cada autor/a, cuando una misma trabajadora o trabajador es objeto de tales comentarios o comportamientos sucesivamente por varias personas que, incluso en ausencia de concertación, saben que estos comentarios o comportamientos se caracterizan por su repetición. En principio, será posible tener en cuenta en el marco de este desarrollo legal las circunstancias del acoso sexual colectivo, que puede llevarse a cabo en presencia directa, a distancia («ciberacoso», «redadas digitales») o incluso diferido en el tiempo.

2.2. La consolidación del programa anual de prevención y del DUERP

Se ha modificado el contenido del DUERP. Según los parlamentarios/as que redactaron el proyecto de ley, el documento incluye tres dimensiones. En consonancia con todos los objetivos del ANI de 9 de diciembre de 2020, el texto prevé un nuevo artículo L. 4121-3-1 del Código del Trabajo que define las tres dimensiones del DUERP, que debe incluir una lista de todos los riesgos profesionales a los que están expuestas las personas trabajadoras, la organización de la trazabilidad colectiva de la exposición y, por último, el programa anual de prevención.

El actual sistema relativo al DUERP ya contiene una descripción de todos los riesgos laborales a los que están expuestas las personas trabajadoras¹². La organización de la trazabilidad colectiva de las exposiciones y la referencia al programa anual de prevención son, sin embargo, las dos novedades que introduce la ley. Según el legislador, la evaluación de riesgos es la matriz de la política de prevención de la empresa. Según el artículo L. 4121-2 del Código del Trabajo sobre los principios generales de la prevención, debe dar lugar a acciones que permitan:

- Evitar riesgos.
- Evaluar los riesgos que no se pueden evitar.

¹¹ Vid. artículo 222-33 del Código Penal.

¹² Artículo R. 4121-1 del Código del Trabajo.

- Combatir los riesgos en su origen, adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que se refiere al diseño de los puestos de trabajo y a la elección de los equipos de trabajo y de los métodos de trabajo y de producción, con el fin, en particular, de limitar el trabajo monótono y el trabajo a un ritmo fijo y de reducir sus efectos sobre la salud.
- Tener en cuenta el estado de desarrollo de la tecnología, sustituir lo que es peligroso por lo que no lo es o por lo que es menos peligroso.
- Planificar la prevención integrando, en un conjunto coherente, la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales, en particular los riesgos vinculados al acoso moral y al acoso sexual, definidos en los artículos L. 1152-1 y L. 1153-1 del Código del Trabajo, así como los vinculados a los comportamientos sexistas definidos en el artículo L. 1142-2-1 del Código del Trabajo.
- Adoptar medidas de protección colectiva, dándoles prioridad sobre las medidas de protección individual.
- Dar instrucciones adecuadas a las personas trabajadoras.

Para ello, al crear un artículo L. 4121-3, III, del Código del Trabajo, la ley del 2 de agosto de 2021 especifica que, en las empresas de al menos 50 personas trabajadoras, los resultados de la evaluación de riesgos dan lugar a un «programa anual de prevención de riesgos laborales y de mejora de las condiciones de trabajo». Este programa no consiste en un simple inventario de medidas previstas: establece una lista detallada de las acciones que se llevarán a cabo en el próximo año, las condiciones de su aplicación, los indicadores de resultados y una estimación de su coste; identifica los recursos de la empresa que pueden movilizarse, e incluye un calendario de aplicación. En las empresas de menos de 50 personas trabajadoras, la evaluación debe conducir a la definición de acciones de prevención, cuya lista se registra en el DUERP y sus actualizaciones.

La creación del artículo L. 4121-3-1, V, A, del Código del Trabajo obliga al empresario a conservar el DUERP durante un periodo que se determinará por decreto y que no podrá ser inferior a 40 años. El objetivo es aliviar las dificultades encontradas para establecer un historial de exposición a los riesgos profesionales y proporcionar a las personas trabajadoras un recurso para solicitar el reconocimiento del carácter profesional de una enfermedad y para reclamar la exposición a determinados factores de riesgo. Esta evolución hace necesaria la digitalización del DUERP para garantizar un archivo satisfactorio del documento y sus actualizaciones. La introducción de la obligación de conservar la información relativa a la evaluación de los riesgos laborales durante un periodo muy largo permite también resolver el problema del acceso al DUERP por parte de las empresas que han cesado su actividad. Para ello, la versión digital del DUERP deberá depositarse en un «portal digital» que será desplegado y administrado por un organismo gestionado por las organizaciones patronales representativas a nivel nacional e interprofesional. Esta nueva obligación es aplicable

a partir del 1 de julio de 2023 a las empresas con una plantilla de 150 o más personas trabajadoras; para las demás, es aplicable a partir de las fechas fijadas por decreto en función de su plantilla, sin que estas fechas excedan del 1 de julio de 2024.

La modificación del DUERP mediante su refuerzo es en sí misma interesante, pero no necesariamente relevante. De hecho, hasta ahora, muchas empresas no lo tienen y lo incumplen. La obligación formal de elaborar un DUERP ya es difícil de aplicar, sobre todo en las pequeñas empresas. Por lo tanto, antes de reforzarla, lo más importante es que ya esté establecida en la empresa antes de reforzarla y hacerla más compleja. Reforzar la prevención significa, en primer lugar, conseguir que la ley de prevención de la salud laboral se aplique en todas las empresas, sin diferencia entre las que tienen al menos 50 personas empleadas y las pequeñas.

La evaluación del coste de las medidas de prevención por parte del empresario en el marco del programa anual de prevención de riesgos laborales y de mejora de las condiciones de trabajo también plantea dudas. Esta obligación, introducida en las ordenanzas de 22 de septiembre de 2017 sobre la reforma de la legislación laboral¹³, puede dificultar la aplicación de la política de prevención y recuerda el principio anglosajón de «*as far as reasonably practicable*», que supedita el alcance de la aplicación de las medidas de prevención a un coste económico. La salud laboral se convierte en un derecho fundamental e indivisible; no se puede comerciar con ella. Por lo tanto, el nivel de prevención de los daños a la salud no puede estar sujeto a un coste en virtud de un principio de «razonabilidad», que sería incompatible con la garantía de un derecho igualitario a la protección de la salud en el trabajo «en todos los aspectos relacionados con el trabajo», según el artículo 5, apartado 1, de la [Directiva marco 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989](#), independientemente del tamaño de la empresa y de la condición privada o pública de las personas trabajadoras. Esto implica también una desigualdad de protección jurídica para las pequeñas empresas, las trabajadoras y trabajadores autónomos y la dirección de la empresa.

Este enfoque nos invita a reflexionar sobre cómo evaluamos y respondemos a los riesgos para la salud en el trabajo. La ley del 2 de agosto de 2021 contrapone dos enfoques de la evaluación y la prevención de riesgos laborales: por un lado, el que defiende que deben evitarse todos los riesgos graves, y por otro, el que somete la aplicación de las políticas de prevención al principio de «en la medida de lo razonablemente posible» («*as far as reasonably practicable*»). Este último enfoque muestra una tendencia a construir un baluarte contra la responsabilidad del empresario¹⁴.

Por último, en consonancia con las decisiones judiciales dictadas durante la crisis sanitaria¹⁵, el legislador exige que se consulte al Comité Económico y Social (CSE) sobre el documento

¹³ *Op. cit.*

¹⁴ *Vid.* Andersson y Novitz (2021).

¹⁵ CA Versailles, 24 abr. 2020, n.º 20/01993, affre dite «Amazon»: JurisData n.º 2020-005760-TJ Nanterre, 14 abr. 2020, n.º 20/00503; JurisData n.º 2020-004995; JCP S 2020, 2005, note L. Gamet.

único y sus actualizaciones en virtud del nuevo artículo L. 4121-3 del Código del Trabajo. El objetivo es que la representación de las personas trabajadoras pueda evaluar si la transcripción de los riesgos se ajusta a la situación de la empresa y determinar si se han tenido en cuenta sus observaciones. No obstante, el dictamen del CSE sigue siendo consultivo, pero se verá reforzado por la obligación del empresario de presentarle un programa anual «renovado» que incluya toda la información mencionada sobre la política de prevención de la salud laboral¹⁶. En las empresas con menos de 50 personas trabajadoras, el empresario deberá presentar al CSE la lista de acciones de prevención mencionadas en el DUERP. Además, la ley fija en 5 días la duración mínima de la formación de los/las miembros del CSE en materia de salud, seguridad y condiciones de trabajo durante el primer mandato. En la práctica, el reto consistirá también en volver a centrar los debates sobre la salud laboral al menos en pie de igualdad con las demás cuestiones tratadas por el CSE como órgano de representación del personal relacionadas con la gestión y el desarrollo económico y financiero de la empresa, la organización del trabajo, la formación profesional y las técnicas de producción. El CSE también debe gestionar las responsabilidades de las actividades sociales y culturales.

2.3. La creación de un «pasaporte de prevención»

Según el nuevo artículo L. 4141-5 del Código del Trabajo, el fin del pasaporte de prevención es agrupar en un solo documento los certificados y diplomas obtenidos por la persona trabajadora en el marco de la formación relativa a la salud y la seguridad en el trabajo. Debe ser cumplimentado por los organismos de formación y por la propia persona trabajadora cuando siga un curso de formación por iniciativa propia. El pasaporte de prevención tiene, por tanto, la particularidad de seguir a la persona trabajadora y reflejar así su nivel de formación en materia de salud y seguridad en el trabajo.

Prevista para entrar en vigor a más tardar el 1 de octubre de 2022, esta medida ha suscitado críticas porque fue presentada por el legislador como una medida innovadora, pero se consideró peligrosa para una serie de actores de la salud laboral, sobre todo en lo que respecta al riesgo de control adicional sobre las personas empleadas o la discriminación en la contratación vinculada al nivel de formación en salud y seguridad de las personas solicitantes. Dado que la formación es originalmente una obligación de las empresas, algunos empresarios se mostraron reacios a aceptar el pasaporte de prevención como un coste adicional. En respuesta, las empresas podrían exigir a las/los aspirantes a sus ofertas de empleo una formación específica en materia de salud y seguridad para evitar algunas de sus obligaciones en este ámbito. Por otro lado, un pasaporte de prevención completo podría convertirse en una ventaja competitiva para la/el solicitante de empleo. Esto podría llevar a muchas personas empleadas a invertir en formación sobre salud y seguridad en el trabajo, que debería ser pagada por el empresario.

¹⁶ *Vid.* el nuevo artículo L. 2312-27 del Código del Trabajo.

No obstante, el pasaporte de prevención, desde el punto de vista de la persona trabajadora, podría considerarse una fuente de prueba de que el empresario no ha cumplido sus obligaciones legales en materia de prevención de problemas de salud en el trabajo. Por ejemplo, en el caso del acoso laboral, los accidentes de trabajo o las enfermedades profesionales, el pasaporte de prevención facilitará que la persona trabajadora pueda demostrar que el empresario no ha tomado ninguna medida para prevenir estos riesgos.

3. Descompartimentación de la salud laboral y la salud pública

El contexto de la pandemia ha puesto de manifiesto la imbricación de la salud laboral y la salud pública para el periodo actual y para el futuro, que podría tenerse en cuenta en la propuesta de ley para reforzar la prevención de la salud laboral. Por ejemplo, el confinamiento crea a veces una pérdida de sentido en el trabajo, el trabajo en casa y el riesgo del teletrabajo generalizado han generado y generarán patologías psicológicas que entran en el ámbito de la salud pública. Tener en cuenta la salud de las personas trabajadoras permite mejorar la salud pública, e incluso prevenir ciertas catástrofes industriales cuyas causas se encuentran en la sobrecarga de trabajo o, en los hospitales e instituciones médico-sociales, mejorar la calidad de la atención. Gracias a su conocimiento de los procesos de trabajo, las personas trabajadoras tienen mucho que aportar a la reducción de los riesgos para la salud pública y el medioambiente. La salud en el trabajo es un asunto que concierne a la comunidad y a la sociedad en su conjunto porque sus consecuencias pueden afectar a la mayoría de la población. Se trata de hacer más visibles los problemas de salud laboral, sobre todo a través de sus consecuencias para la salud pública, y no confundirlos a riesgo de disolver los daños a la salud causados por el trabajo. Sin embargo, para un buen entendimiento entre la salud pública y la salud laboral, hay que plantear límites, sobre todo en lo que se refiere a compartir el expediente médico de la persona trabajadora (2.1) y a la confusión, a veces mantenida, entre promoción de la salud y prevención de la salud laboral (2.2).

3.1. El expediente médico compartido

En virtud del artículo L. 1111-17 del Código de la Seguridad Social, a partir del 1 de enero de 2024, las médicas y médicos del trabajo podrán acceder al expediente médico compartido de los servicios del seguro de enfermedad, previo acuerdo de la persona trabajadora. A este respecto, la ley de 2 de agosto de 2021 se encarga de indicar que la negativa de la persona trabajadora a permitir que el médico o la médica del trabajo acceda a su expediente médico personal no puede en ningún caso servir de base para un aviso de incapacidad. El empresario no es informado de esta negativa en virtud del nuevo artículo L. 4624-8-1 del Código del Trabajo. Además, al constatar la falta de coordinación entre los diferentes actores de la salud laboral y los servicios médicos de los organismos de seguridad social, el legislador decidió organizar la transmisión al SPST de la información sobre los paros laborales en poder de las

cajas de seguridad social, en virtud de un nuevo artículo L. 315-4 del Código de la Seguridad Social. Por el contrario, los SPST están autorizados a proporcionar a los servicios de la Seguridad Social información sobre el empleo y las condiciones de trabajo en virtud de un nuevo artículo L. 4622-2-1 del Código del Trabajo. En ambos casos, el envío de información está sujeto al acuerdo previo de la persona trabajadora, lo que podría llevar a bloquear los intercambios de datos entre los agentes implicados en la prevención de la desinserción socioprofesional. Algún sector doctrinal aboga por limitarse a informar a la persona interesada (Gamet y Godefroy, 2021), mientras que otro cuestiona la posibilidad de que la médica o el médico del trabajo tenga acceso a los hábitos y el estilo de vida de la persona trabajadora, que no deberían ser directamente relevantes para la salud laboral porque son fruto de la vida privada, con el riesgo de individualizar aún más la relación con la salud laboral (Lerouge, 2020).

3.2. La promoción y la prevención de la salud laboral

Los numerosos debates en torno a la proposición de ley que dio lugar a la ley del 2 de agosto de 2021 para reforzar la prevención de la salud laboral brindaron la oportunidad de aclarar la distinción entre promoción y prevención de la salud laboral. En esencia, la promoción de la salud se refiere a los medios puestos a disposición de cada individuo para actuar sobre su salud y la de los demás, mientras que la prevención de la salud consiste en aplicar medidas y medios para evitar que se produzcan riesgos para la salud.

Aunque ambos enfoques abordan el reto común de proteger la salud y se complementan entre sí, no deben confundirse. La promoción se centra en las medidas adoptadas para mejorar la salud de cada individuo (lucha contra la obesidad, el alcoholismo, el tabaco, las infecciones de transmisión sexual, las enfermedades cardiovasculares, los cánceres, etc.) y para mantener una buena salud. La prevención, por su parte, se refiere a las medidas dirigidas a las condiciones de trabajo para que no provoquen riesgos para la salud de las personas trabajadoras y para evitar la materialización de los riesgos cuando existen. Estas medidas se refieren en particular a la organización del trabajo, la organización del tiempo de trabajo¹⁷ y el entorno laboral (ruido, calor, vibraciones, polvo y partículas, radiaciones, calidad del trabajo, etc.).

La inclusión de la salud laboral en los objetivos de las políticas de salud pública para la promoción de la salud abre nuevas perspectivas, en particular la de vincular la salud laboral y la sostenibilidad del trabajo. De hecho, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo contribuye a la reducción de la pobreza mediante el crecimiento económico y la protección del medioambiente. Este enfoque está en consonancia con la definición de desarrollo sostenible, que pretende lograr «un desarrollo que satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades», según

¹⁷ Vid. la [Directiva 88/2003/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003](#), relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

el informe de la Comisión Brundtland. La Agenda 2030 de Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas promueve la intención de alcanzar un conjunto de objetivos interrelacionados. Además de acabar con el hambre, proporcionar agua potable y saneamiento, promover la energía limpia y sostenible, etc., también se trata de fomentar la salud y el bienestar, proporcionar una educación de calidad, promover la igualdad de género, proporcionar trabajo decente y crecimiento económico, abordar la industria, la innovación y las infraestructuras y reducir la desigualdad. El reto es, en palabras de Alain Supiot, volver a situar el trabajo en el centro de un proyecto político compartido, para reconstruir en todas partes las relaciones sociales basadas en un régimen de trabajo verdaderamente humano.

La salud en el trabajo se convierte en un derecho fundamental e indivisible; no se puede comerciar con ella. Por lo tanto, el nivel de prevención de los daños a la salud no puede estar sujeto a un coste en virtud de un principio de «viabilidad razonable», lo que sería incompatible con la garantía de un derecho igual a la protección de la salud en el trabajo «en todos los aspectos relacionados con el trabajo», según la [Directiva de 12 de junio de 1989](#). Se cuestiona la responsabilidad colectiva para dar a cada uno/a los medios de actuar sobre su propia salud y la de los demás (promoción de la salud), para anticipar y analizar mejor los riesgos relacionados con el trabajo y prevenirlos (ejemplo de las enfermedades cardiovasculares según la IGAS) y para permitir una descompartimentación y una articulación entre actores y disciplinas. En este contexto, la educación relativa a la salud en el trabajo (formación inicial y continua) y la información tienen un papel esencial, al igual que la concienciación sobre los riesgos medioambientales. El reto es pensar que el derecho a la protección de la salud es el mismo y accesible para todos/as, ya sea en el trabajo o fuera de él, pero también desarrollar el poder de actuación sobre el trabajo y la salud.

Por último, los programas de salud y seguridad en el trabajo que se centran en la persona como «víctima de un accidente» podrían ser sustituidos o complementados por un enfoque basado en los procesos organizativos y productivos peligrosos para la salud de las trabajadoras y trabajadores, la salud pública y la salud medioambiental. Desde este punto de vista, la empresa y el lugar de trabajo tienen un papel real que desempeñar en la salud pública y la prevención de los daños a la salud y es probable que comprometan la responsabilidad del empresario. En cambio, la promoción de la salud en sentido higiénico corresponde a los poderes públicos y no a la empresa, cuyo enfoque de la salud a través de la prevención de los riesgos laborales es en primer lugar colectivo antes de individualizar la relación con la salud en el trabajo.

La promoción de la salud, combinada con una excesiva descompartimentación de la salud laboral y la salud pública, puede conducir a una individualización de la salud laboral. En otras palabras, decir a las personas trabajadoras cuál debe ser su comportamiento en materia de salud es un enfoque higiénico de la salud laboral. Por lo tanto, existe un gran riesgo de que la responsabilidad de los daños a la salud en el trabajo se traslade del empresario a la persona trabajadora, que no sabría cómo cuidar su peso, sus hábitos alimenticios, no practicar actividad física con regularidad, etc., cuando estos aspectos de la salud forman parte de su vida privada. Este cambio se debe también a la divergencia en el

enfoque de la prevención primaria que, en la salud pública, se relaciona con el estilo de vida y participa en las políticas de prevención de la salud y no se corresponde con el de la salud en el trabajo, que exige combatir los riesgos en su origen y eliminarlos (*vid.* art. 6.2 c) [Directiva de 12 de junio de 1989](#) y L. 4121-2 3.º Código del Trabajo).

La persona trabajadora, como individuo, es responsable de su propia salud, mientras que la salud laboral de esta es responsabilidad de la empresa y del empresario en relación con las condiciones de trabajo que se aplican; también en virtud del principio de buena fe en el cumplimiento del contrato de trabajo¹⁸. El empresario es responsable de las personas trabajadoras bajo su autoridad. Si, según el artículo L. 4122-1 del Código del Trabajo, la persona trabajadora está obligada a velar por su seguridad y su salud, así como por la de otras personas afectadas por sus actos u omisiones en el trabajo, el cumplimiento de esta obligación depende de la formación recibida y de sus posibilidades, pero también de las instrucciones del empresario. Por lo tanto, este último es responsable de las condiciones de aplicación de la obligación de seguridad de la persona trabajadora, que no debe confundirse con las acciones de promoción de la salud, como el fomento de la práctica deportiva, que el servicio de salud en el trabajo puede proponer a partir del acceso al expediente médico compartido. Esto es más una cuestión de prevención terciaria que primaria o se deriva de las recomendaciones destinadas a promover la salud en el sentido de la salud pública y relacionadas más con la vida privada que con la vida laboral. Pero, la evolución del enfoque de la promoción de la salud en el trabajo y de la prevención de la salud en el trabajo según la ley del 2 de agosto de 2021 ha llevado al legislador a ampliar las misiones de los SST.

4. Ampliar las tareas de los servicios de salud laboral

La ampliación de las tareas de los servicios de salud laboral autónomos o interempresariales (SST/SSTI) dará lugar a su transformación en SPST. Esta ampliación de tareas implica nuevas normas de gobernanza (3.1), la delegación de algunas de las tareas del médico o de la médica del trabajo en otros/as profesionales sanitarios (3.2) y la creación de nuevas competencias relacionadas con la lucha contra la desinserción socioprofesional (3.3).

4.1. La reorganización de la gobernanza de la salud laboral adaptando la organización interna de los servicios de salud y seguridad laboral

El establecimiento de una oferta controlada de servicios de prevención de salud laboral presupone el cumplimiento de un procedimiento de certificación al que está sujeta la autorización de los SPST. Así, cada 5 años, la inspección médica de la salud laboral tendrá que

¹⁸ *Vid.* artículo L. 1222-1 del Código del Trabajo.

comprobar si el servicio sigue cumpliendo el pliego de condiciones de la certificación, lo que es una condición para renovar la autorización en virtud del nuevo artículo L. 4622-6-1 del Código del Trabajo. La creación del artículo L. 4622-9-3 del Código del Trabajo precisa que el procedimiento de certificación deberá ser llevado a cabo por un «organismo independiente» a la luz de «criterios de referencia» relativos, en particular, a la calidad y la eficacia de las prestaciones, la organización y la continuidad del servicio, o incluso la gestión financiera, la tarificación y su evolución. Estas normas se establecerán por reglamento a partir de una propuesta del Comité Nacional de Prevención y Salud en el Trabajo (CNPST).

En caso de mal funcionamiento grave de un servicio de salud y seguridad en el trabajo, se ha establecido un procedimiento de administración provisional después de un requerimiento en virtud del nuevo artículo L. 4622-9-2 del Código del Trabajo. Sin interrumpir el servicio, este procedimiento pretende dar al SPST los medios para reorganizarse. Además, para poner fin a los litigios relativos al cálculo de las cotizaciones de las empresas a los servicios de salud laboral, el legislador ha modificado el artículo L. 4622-6 del Código del Trabajo y ha aceptado el principio del cálculo de las cotizaciones por persona trabajadora, «contando cada uno[a] como una unidad». Esta norma pone así fin a la jurisprudencia del Tribunal de Casación francés según la cual la contribución de la empresa «debe fijarse en una cantidad por trabajador equivalente a tiempo completo de la empresa»¹⁹.

Se emitirá un decreto para regular las cotizaciones en función del coste de la «base de servicios». Además, el legislador ha establecido el estatus de «médico correspondiente»²⁰, «enfermero de salud laboral»²¹ y «auxiliares médicos con competencias en salud laboral»²² para hacer más atractivas estas funciones e intentar suplir la escasez de médicos/as de salud laboral. Asimismo, con el fin de atraer a nuevos/as estudiantes de medicina a la profesión de médico/a del trabajo, la ley autoriza una experiencia durante la cual, en tres regiones voluntarias, durante un periodo de 5 años, las médicas y médicos del trabajo estarán autorizados a prescribir y renovar las bajas laborales y los tratamientos de acuerdo con los procedimientos establecidos por decreto. Por último, la ley del 2 de agosto de 2021 incluye un apartado que prevé, en particular, la modificación de las normas de administración de los servicios de salud y seguridad en el trabajo, la creación del CNPST encargado de velar por la aplicación efectiva de las medidas introducidas, apoyándose en particular en los Comités Regionales de Salud y Prevención en el Trabajo (CRPST), y la fusión de las agencias regionales para la mejora de las condiciones de trabajo (ARACT) con la agencia nacional encargada de esta cuestión (ANACT).

Para garantizar a todas las personas trabajadoras, independientemente de su estatus, un seguimiento médico a lo largo de su vida laboral, la misión de los SPST incluirá, además

¹⁹ *Vid.* Cass. soc., 19 sept. 2018, n.º 17-16.219.

²⁰ Artículo L. 4623-1 del Código del Trabajo.

²¹ Nuevo artículo L. 4623-9 del Código del Trabajo.

²² Artículo L. 4622-8 del Código del Trabajo.

de este seguimiento médico, la asistencia en la evaluación y prevención de los riesgos laborales, el apoyo a las empresas en caso de cambios organizativos importantes y la participación en actividades de promoción de la salud en el marco de la estrategia nacional de salud pública²³. Además, con el objetivo de descompartimentar la salud laboral y la salud pública, el legislador ha integrado los SPST en las comunidades profesionales de la salud territoriales resultantes de la ley de salud pública para que puedan participar en el «proyecto de salud» implantado en los territorios.

Además, la ley del 2 de agosto de 2021 introduce nuevas visitas. El legislador ha creado un nuevo reconocimiento médico denominado «de mitad de carrera» para anticiparse a las consecuencias de un «desajuste entre el puesto de trabajo y el estado de salud». El objetivo de este nuevo chequeo será también «sensibilizar al trabajador sobre los retos del envejecimiento en el trabajo» y «evaluar los riesgos de desinserción socioprofesional». Debe tener lugar en la fecha fijada por el convenio del ramo o, en su defecto, durante el año natural en que la persona trabajadora cumpla 45 años. Además, para abordar el problema de los paros de larga duración que conducen a situaciones de desintegración profesional, la ley del 2 de agosto de 2021 permite una «reunión de enlace» en la que participan la persona trabajadora, la empleadora y el SPST cuando el paro supera una duración fijada por decreto en virtud del nuevo artículo L. 1226-1-3 del Código del Trabajo. Aunque es facultativa, esta reunión se considera uno de los resortes de los que dispone el empresario para intentar combatir el absentismo, sin que se le oponga el hecho de que el paro suspende el contrato de trabajo, privándole así de cualquier medio de acción.

4.2. La delegación de parte de las tareas de la médica o médico del trabajo a otras/os profesionales sanitarios

El aumento del ámbito de intervención de los servicios de salud y seguridad en el trabajo implica nuevos medios de actuación. Así, para que la médica o médico del trabajo pueda apoyar a las personas trabajadoras después de que hayan dejado de estar expuestas a determinados riesgos para su salud o seguridad o, en su caso, antes de que se jubilen, la ley introduce la «vigilancia médica» posterior a la exposición en forma de visita médica²⁴. Este seguimiento se realiza en colaboración con la médica o el médico que la atiende y la/el responsable médico del organismo de Seguridad Social al que está afiliada la persona trabajadora. El objetivo de esta medida es garantizar el seguimiento del estado de salud de la persona trabajadora a lo largo de su carrera, incluso al final de la misma, para detectar y prevenir la aparición de enfermedades relacionadas con el trabajo. Esta medida está en consonancia con el objetivo de «descompartimentación», que pretende convertir el SPST en un actor de la salud pública.

²³ Artículo L. 4622-8 del Código del Trabajo.

²⁴ Artículo L. 4624-2-1 del Código del Trabajo.

Se introduce un artículo L. 4624-2-2 en el Código del Trabajo para crear un examen médico de la persona trabajadora por parte de la médica o del médico del trabajo a mitad de carrera. El objetivo de este examen médico es: (1) establecer un inventario de la idoneidad del puesto de trabajo y del estado de salud de la persona trabajadora, hasta la fecha, teniendo en cuenta la exposición a los factores de riesgo laboral a los que ha estado sometida; (2) evaluar los riesgos de desinserción socioprofesional, teniendo en cuenta los cambios en las capacidades de la persona trabajadora en función de su trayectoria profesional, su edad y su estado de salud; (3) sensibilizar a la persona trabajadora sobre las cuestiones relacionadas con el envejecimiento en el trabajo y la prevención de riesgos laborales. Al final de esta visita, la médica o el médico del trabajo puede proponer, por escrito y tras discutirlo con la persona trabajadora y la empleadora, «medidas individuales de adaptación o transformación del puesto de trabajo o medidas de reorganización de la jornada laboral justificadas por consideraciones relativas, en particular, a la edad o al estado de salud física y mental del trabajador»²⁵.

A partir de ahora, el SPST podrá examinar también a las trabajadoras y trabajadores autónomos y a quienes sean temporales, lo que constituye un verdadero avance. Así, según el artículo L. 4621-3 del Código del Trabajo, las personas trabajadoras autónomas cubiertas por el libro VI del Código de la Seguridad Social pueden afiliarse al servicio interempresarial de salud y prevención laboral que elijan. Se beneficiarán de una serie de servicios específicos en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, el seguimiento individual y la prevención de la desinserción socioprofesional. Además, un nuevo artículo L. 4622-5-1 permite al servicio interno de seguridad y salud en el trabajo de la empresa realizar una vigilancia individual del estado de salud de las personas trabajadoras, tanto asalariadas como no asalariadas, que desarrollen su actividad en el recinto de la empresa. También será posible que los empresarios privados se adhieran a un servicio de prevención y salud laboral en virtud de un nuevo artículo L. 4625-3. La aplicación de la prevención de riesgos laborales y la vigilancia médica de su(s) persona(s) empleada(s) y la designación del SPST se llevarán a cabo por una asociación conjunta. Por último, según el artículo 24 de la ley del 2 de agosto de 2021, con carácter experimental y durante un periodo de 3 años, las/los profesionales de la salud del SPST podrán realizar acciones de prevención colectiva dirigidas a las personas trabajadoras de las empresas de trabajo temporal para prevenir los riesgos laborales a los que están expuestas. Estas acciones también pueden llevarse a cabo en colaboración con sujetos externos cualificados.

Para llevar a cabo sus tareas, pero también porque en Francia hay una falta de médicas/os del trabajo, la médica o médico del trabajo puede delegar, bajo su responsabilidad y en cumplimiento del proyecto de servicio plurianual, determinadas tareas en miembros del equipo multidisciplinar que tengan la cualificación necesaria. Por ejemplo, según el nuevo artículo L. 4624-2-2 del Código del Trabajo, el reconocimiento médico de mitad de carrera

²⁵ Vid. artículo L. 4624-3 del Código del Trabajo.

también puede ser realizado por una enfermera o enfermero de salud laboral. Este último puede proponer las medidas normalmente mencionadas por la médica o el médico del trabajo y, si lo considera necesario, remitir a la persona trabajadora a la médica o médico del trabajo sin demora. Sin embargo, dado que estas medidas pueden ser impugnadas por el empresario, esta nueva disposición introducida en el Código del Trabajo fue cuestionada por las asociaciones de enfermeras de salud laboral. De hecho, este colectivo no tiene la misma protección que el de médicas/os del trabajo contra las sanciones y teme ser presionado o sancionado por las medidas que puedan tomar.

Asimismo, en el marco de un servicio interempresarial de prevención y de salud en el trabajo, en virtud de la modificación del artículo L. 4623-1 del Código del Trabajo, una médica o un médico con formación en medicina del trabajo puede contribuir, junto con la médica o el médico del trabajo, al seguimiento médico de la persona trabajadora previsto en el artículo L. 4624-1 del Código del Trabajo, a excepción del seguimiento médico reforzado previsto en el artículo L. 4624-2. El médico o la médica no puede compaginar su función con la de médico/a de cabecera. El facultativo/a correspondiente suscribe un protocolo de colaboración con el servicio de prevención y salud laboral interempresarial, firmado por quien ostente la dirección del servicio y las médicas/os del trabajo del equipo multidisciplinar. La celebración de este protocolo de colaboración solo se autoriza en zonas caracterizadas por un número o una disponibilidad insuficientes de médicos/as del trabajo para satisfacer las necesidades de seguimiento médico de las personas trabajadoras. Si no dispone de una prueba de formación en medicina del trabajo, una médica o un médico puede, no obstante, ser autorizado a ejercer como médica/o del trabajo sin estar en posesión del diploma especial previsto en el artículo L. 4623-1, siempre que se inscriba en un curso de formación en medicina del trabajo en los 12 meses siguientes a la obtención de esta autorización. El mantenimiento de la autorización está sujeto a la presentación de un certificado de validación de esta formación.

Además, la ley del 2 de agosto de 2021 autoriza a las/los profesionales de la salud en el SPST a utilizar la «teleconsulta» para el seguimiento individual de las personas trabajadoras, previo consentimiento de la persona interesada. También cubre los paros de larga duración. Así, según el nuevo artículo L. 1226-1-3 del Código del Trabajo, cuando la duración de la ausencia de la persona trabajadora al trabajo justificada por una incapacidad derivada de una enfermedad o un accidente, acreditada por un certificado médico y una contraprueba si es necesario, es superior a un periodo fijado por decreto, la suspensión del contrato de trabajo no impide la organización de una reunión de enlace entre la persona trabajadora y el empresario, con la participación del servicio de salud y prevención laboral. Esta reunión se organiza a iniciativa del empresario o de la persona trabajadora. El empresario informa a la trabajadora o al trabajador de que puede solicitar la organización de esta reunión. No se puede extraer ninguna consecuencia de la negativa de la persona trabajadora a asistir a esta reunión. El objetivo de esta reunión es informar a la persona trabajadora de que puede beneficiarse del examen previo a la reincorporación y de las acciones para evitar la desintegración profesional.

4.3. La lucha contra la desinserción socioprofesional

A los SPST se les otorga una competencia clave en la prevención de la desinserción socioprofesional. La ley del 2 de agosto de 2021 obliga a crear «células multidisciplinares para la prevención de la desinserción socioprofesional». El papel de estas células es proponer acciones de sensibilización y medidas personalizadas para prevenir la desinserción socioprofesional, tras identificar las «situaciones individuales» según el nuevo artículo L. 4622-8-1 del Código del Trabajo. Estas células pueden, en particular, orientar a la persona trabajadora hacia medidas de formación y apoyo en las que pueden participar las Cajas primarias del seguro de enfermedad²⁶. También deben trabajar en colaboración con otros actores de la salud pública en el mismo territorio. La creación de estos nuevos organismos permitirá proponer soluciones al problema del absentismo y recoger datos precisos sobre las situaciones de desinserción profesional.

5. Conclusión

La aprobación de la ley del 2 de agosto de 2021 para reforzar la prevención de la salud laboral representa un cambio de paradigma. A pesar de las buenas intenciones del legislador para mejorar la política de salud laboral francesa, el resultado supone un cierto retroceso, que marca aún más el alejamiento del enfoque de salvaguarda de la prevención de la salud laboral bajo el prisma de la obligación de seguridad basada en resultados por parte del empresario adoptado por el Tribunal de Casación en 2002 y derrotado por el mismo Alto Tribunal en 2015, pero con una nueva generación de magistrados/as. Este retroceso continuó con la aprobación de las ordenanzas de 22 de septiembre de 2017 sobre la reforma de la legislación laboral²⁷, que fusionó las instituciones representativas del personal en un único órgano, el CSE, a partir del 1 de enero de 2020, diluyendo así la salud laboral entre el resto de materias de las que se ocupa este órgano, pero también insertando la medición por parte del empresario del coste de las medidas preventivas cuando elabore el programa anual de prevención de riesgos laborales. Por último, aunque la ley del 2 de agosto de 2021 es el resultado de un proceso inédito de trasposición de un acuerdo nacional interprofesional negociado por los interlocutores sociales sobre el refuerzo de la salud laboral, el legislador se ha centrado esencialmente en la reforma de los servicios de salud laboral y en la descompartimentación de la salud laboral y la salud pública. El ANI de 9 de diciembre de 2020 tenía la ventaja de destacar la «prevención primaria», pero el término no aparece por ningún lado en la ley de refuerzo de la prevención de la salud laboral, que por el contrario consagra políticas de calidad de vida en el trabajo y de promoción de la salud, que se confunden con la prevención.

²⁶ «Caisses primaires d'assurance maladie»; artículo L. 323-3-1 del Código de la Seguridad Social.

²⁷ *Op. cit.*

Por último, se perdió la oportunidad de acercar el derecho a la protección de la salud en el trabajo al derecho fundamental a la salud. Los debates sobre el proyecto de ley para reforzar la prevención de la salud laboral se celebraron al mismo tiempo que los debates sobre la ratificación del [Convenio n.º 190 de la Organización Internacional del Trabajo \(OIT\)](#) sobre el acoso y la violencia en el trabajo. Las parlamentarias y los parlamentarios franceses no han querido vincular los trabajos de estas propuestas con el proyecto de ley.

Además, el ámbito de la salud laboral debe seguir centrándose en las condiciones de trabajo. Cuando los objetivos de salud pública individualizan la relación con la salud laboral, también individualizan la responsabilidad y eliminan el necesario debate sobre el trabajo y su rendimiento, haciendo invisibles los vínculos entre el trabajo y la mala salud. Además, la persona trabajadora no puede ser más productiva sin la posibilidad de actuar sobre su entorno laboral y la finalidad de su trabajo, la cuestión es democrática. El enfoque de la salud laboral también responde a una lógica colectiva que tiene en cuenta todos los aspectos del trabajo. La salud laboral es hoy en día un tema complejo. La salud y el trabajo forman parte de un sistema que requiere un enfoque colectivo y holístico de la prevención para que las condiciones laborales sean seguras y respetuosas con la salud en el trabajo. Según la resolución «[Global call to action for a human-centred recovery from the COVID-19 crisis that is inclusive, sustainable and resilient](#)», de la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT de junio de 2021, estas condiciones son fundamentales para garantizar el trabajo decente. El trabajo forma parte de la dignidad de una persona, pero sin salud no podrá dar lo mejor de sí misma y se verá privada de los medios para realizarse como ser humano, esto no tiene precio.

Referencias bibliográficas

Andersson, Peter y Novitz, Tonia A. (2021). Évaluation des risques sur les lieux de travail et Covid-19: les modèles anglais et suédois (et leurs limites). *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, 3, 14-29. <https://doi.org/10.4000/rdctss.2109>.

Gamet, Laurent y Godefroy Marc Antoine. (2021). Loi pour renforcer la prévention en santé au travail. Nouvelles obligations et nouveaux moyens. *La Semaine Juridique*, 37, 1.623-1.626.

Lerouge, Loïc. (2020). Quand la promotion prend le pas sur la prévention. *Revue de Droit du Travail*, 7, 426-430.

Igualdad de resultados entre sexos, una frontera difusa de la Seguridad Social: la deuda de diligencia debida a cargo de las entidades gestoras

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Los Estados parte adoptarán todas las medidas apropiadas [principio de diligencia debida –Recomendaciones generales del Comité CEDAW–] para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: [...] e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad [...] u otra incapacidad para trabajar [...].

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 11)

1. Iniciamos el año 2022 –de nuevo esperanzador, aunque más redondo parecía 2020 y todos sabemos qué tragedia nos deparó– marcado por un muy intenso y extenso programa de reformas legales en materia laboral y de seguridad social (no solo de su rama de pensiones), esta última formalizada solo en su primera fase, tras el acuerdo del verano pasado, con la reciente aprobación de la ley que pretende tanto garantizar la sostenibilidad de las pensiones públicas como su suficiencia prestacional. Sin perjuicio del cumplido análisis que daremos de todas ellas en el próximo número de esta nueva época de la *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF (RTSS. CEF)* que, como resalté en el editorial, hemos inaugurado con el que ahora tiene la persona lectora entre sus manos, nos ha parecido adecuado dedicar un monográfico de nuestra sección de diálogos con la jurisprudencia y la doctrina judicial a exponer el estado del arte interpretativo sobre algunos aspectos de una cuestión que, transversal en ambas reformas, la laboral y de seguridad social, habría quedado algo diluida, sobre todo en la segunda. Nos referimos a la igualdad efectiva (sustancial, real, de resultado) entre ambos sexos (mujer y hombre –no entramos ahora aquí en la importante cuestión de las personas trans, también pendiente de reforma legal–) en materia de seguridad social, no solo en su prioritaria rama de pensiones.

Cierto, la que se supone toma en serio de la igualdad de resultados por razón de sexo (estatuto biológico) y género (construcciones socioculturales sobre el sexo) en el ámbito de las pensiones tendrá su propia «ley», la del «complemento para la reducción de la brecha de género», una vez finalice la tramitación parlamentaria del [Real Decreto-Ley 3/2021, de 2 de febrero](#). Una «ley» que, tramitada por el procedimiento de urgencia, se está dilatando extremadamente en el tiempo, por las sucesivas prórrogas del trámite de enmiendas, en una forma absolutamente «anormal» ([la primera fue el 8 de marzo de 2021, la última el 15 de diciembre de 2021](#)). Esta nueva regulación tiene la misión de corregir, en lo posible, el inaudito desaguisado que creó el anterior «complemento de maternidad» o de aportación demográfica ([art. 60 Ley general de la Seguridad Social –LGSS–](#)).

Previsto para compensar parcialmente la «deuda histórica» de la Seguridad Social con «las madres» por su extrema sobrerrepresentación en el «trabajo de cuidar», con la pérdida de carrera de seguro que ha conllevado, ha terminado incrementando la brecha de género en pensiones, porque el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE– decidió, desde una visión de la igualdad formal férrea y ayudado por tan errado diseño legislativo precedente, que también los padres deben cobrarlo. Precisamente, las resistencias de la autoridad administrativa, tanto del Instituto Nacional de la Seguridad Social, para el régimen general de la Seguridad Social y el régimen especial de trabajadores/as por cuenta propia o autónomos/as, como de Hacienda, para el sistema de clases pasivas, a dar cumplimiento a esta doctrina jurisprudencial comunitaria, guste o no, resulte un dislate o no (que haya que pagar un complemento de pensión a todos los varones, de cuantía superior al de las mujeres por las mayores bases reguladoras, por la contribución a la demografía, mientras las mujeres siguen sufriendo un alto déficit de protección social, me parece digno de ser incluido en el libro de los mayores fracasos jurídicos mundiales), sigue dando un intensísimo (y absolutamente gratuito) trabajo judicial. Y ello tanto en el orden social como en el orden contencioso-administrativo¹.

Justamente, en este último, la Sala Tercera del TS acaba de fijar como doctrina jurisprudencial lo obvio, pese a que «duela», y mucho, sea al erario sea a la inteligencia humana –no por ser funcionarios, sino porque se suma al dispendio absurdo de que sean los varones los que salgan mejor pagados, respecto a las madres, por tener hijos/as–: [también los funcionarios del régimen de clases pasivas deberán cobrar el «complemento de maternidad»](#). En el orden social no falta tampoco una intensa actividad, en la medida en que una parte de la jurisdicción, en vez de tratar de poner coto a este desaguisado, lo alimenta, reconociendo un efecto de retroactividad desmedido. De este modo, no solo

¹ Dicho sea de paso, también [la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo \(TS\) media, a través de su ámbito competencial, las pensiones compensatorias de los desequilibrios económicos entre ambos cónyuges](#), en esta «deuda social de género».

quebra el diseño legal, sino incluso, una vez más, un razonable sentido de la prudencia y el buen sentido jurisdiccional.

Por ello, a esta cuestión dedicamos el [primer análisis jurisdiccional](#), donde se hace un balance de 200 sentencias en relación con esta cuestión, a cargo del catedrático, especialista en esta materia, Juan Antonio Maldonado Molina.

2. Por supuesto, no es el único ámbito de reformas legislativas *in fieri* que afectan a la Seguridad Social donde «las deudas de sexo-género» emergen «a flor de piel». Sin hacer aquí mención sobre el impacto que, en la reducción de la pobreza severa, con una mayor incidencia en las mujeres (además de en las personas más jóvenes, así como en las de origen extranjero –incluso comunitario–), deberían tener las nuevas (enésimas) modificaciones incluidas en el ingreso mínimo vital, una vez formalizada en ley su norma coyuntural de origen, otras muchas «deudas de diligencia debida» con la igualdad real o de resultados en materia de seguridad social por razón de sexo y género aparecen en el horizonte más próximo reformador. Entre otros ámbitos, piénsese:

- En la rama de protección por desempleo y la más que probable condena por parte del TJUE a España, una vez que la Abogacía General ya se ha pronunciado en tal sentido, como se conoce, por la discriminación contra todo un colectivo, el de las empleadas de hogar.
- O en la rama de prestaciones por el trabajo de cuidar propiamente, respecto de la cual la –activista– ministra de Derechos Sociales y Agenda 2030 ya ha comprometido no solo una renta universal para el cuidado de (personas) menores, sino incluso una [ampliación del permiso por nacimiento a 6 meses](#). Así lo propone para la ley proyectada sobre diversidad familiar, que también equiparará la protección de las familias monoparentales a las numerosas.

Por cierto, un ámbito prestacional, para el que el TS sigue sin encontrar el punto adecuado desde la perspectiva de género, pese a avances señeros en este ámbito. Un ejemplo de estas «deudas pendientes de diligencia debida» a la hora de garantizar una igualdad real por razón de sexo, al margen de prejuicios sociales y de los estereotipos de género, lo hallamos en la [Sentencia del TS 798/2021, de 20 de julio](#), que sigue exigiendo de forma rígida a la mujer-madre que debe cuidar a una persona descendiente menor con enfermedad grave que el marido, en este caso exmarido, porque están divorciados, no lleve a cabo trabajo retribuido alguno. La sala de casación, revocando la de suplicación, reprueba a la trabajadora que no haya probado que su ex, que nunca se encargó de este cuidado, estuviese imposibilitado realmente para atender a su hija. Se aplican, así, de una

forma inflexible, tanto como ajena a la realidad social, los artículos [190 de la LGSS](#) y [2.1 del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio](#).

Todas estas –y otras– justas reivindicaciones, deudas de equidad de género en el ámbito de la seguridad social y proyectos de reforma próxima son visibles. Hay otras que no lo son tanto.

3. Me refiero a lo que llamo «la diferencia invisible que duele», esto es, a la escasa atención que se presta a las deficiencias de protección social de las mujeres frente a su diferente modo de enfermar, sea por contingencias profesionales sea por contingencias comunes. Cierto, en el primer ámbito, el éxito relativo del movimiento «Kellys» logró no solo darle visibilidad al olvido legislativo e institucional de enfermedades profesionales muy prevalentes en ciertas profesiones extremadamente feminizadas y sobre las que los textos legales y reglamentarios guardan silencio, sino también un acuerdo dirigido a resolverlo (2018). Pero, una vez más, [ese acuerdo quedó relegado, como recuerdan hoy las camareras de piso](#), exigiendo su cumplimiento estricto, reformando las leyes para que les facilite tal reconocimiento y no tengan que verse inmersas en complicados juicios para obtener su justo derecho.

Es verdad, como recuerdan desde el sector jurídico especializado, que todas esas enfermedades (por ejemplo, el síndrome del túnel carpiano, la bursitis o la epicondilitis, «codo de tenista») ya se reconocen como profesionales, para otros colectivos, pero, dado que se trata de una lista abierta en este caso, son aplicables a las camareras de piso. Desde 2020, el TS lo ha dejado afirmado ya en varios casos, pues «no excluye al resto de profesiones que no figuren en esta recopilación». Pero las camareras de piso piden algo más de realismo. La falta de texto legal expreso que las nombre hace que las mutuas no tengan especial interés en ese reconocimiento, por lo que, incumpliendo su deber de diligencia debida (que, según afirma el Comité CEDAW –Recomendaciones generales–, exige del Estado garantías de corrección si son entes privados los que incumplen), dejan la cuestión al reconocimiento jurisdiccional. Por lo tanto, se las obliga a una dimensión añadida de su «lucha por el derecho social a una reparación justa de las enfermedades de origen profesional» (parafraseando a Ihering), lo que resulta muy fatigoso y costoso para la mayoría, ya «quemadas» en su actividad y en su movimiento colectivo.

El contraste con la realidad científica y social es manifiesto. Según los estudios más solventes, 6 de cada 10 camareras de piso sufren dolencias por su trabajo, y casi la mitad de sus centros de trabajo carecen de evaluaciones específicas a tal fin. Por lo tanto, la evidencia científico-médica y sociolaboral cae en saco roto, por el desinterés de las entidades gestoras y mutuas en avanzar en corregir esa brecha de género, menos visible, pero que «duele» mucho más (porque afecta a la salud, no solo a la retribución y a la reparación prestacional).

El mundo de las contingencias comunes no es más halagüeño, quizás, incluso hasta aún más olvidado. Lo recordaban recientemente los movimientos en defensa de las mujeres víctimas del cáncer de mama (también de útero). Pese a la solidaridad visible o simbólica de la sociedad (lazos, manifestaciones, días internacionales), las mujeres, en la mayoría de los casos, quedan «solas frente al día después del cáncer». El sistema hace un gran esfuerzo para la cura, sea preventivamente sea en las terapias, pero ¿qué pasa cuando lo superan –cada vez más, por fortuna y por la medicina– sociolaboralmente?

Que, de nuevo, **6 de cada 10 –nos dice la ciencia– no regresarán a su trabajo**. El retorno al trabajo se vuelve tan dificultoso por la intensidad y pauta espaciada de los tratamientos, así como por la afectación de la calidad de vida, la ausencia prolongada del trabajo. Influidos factores personales de la trabajadora, unos por ella misma, otros ligados al cáncer y su evolución, y factores laborales ligados al tipo de trabajo, riesgos, condiciones y exigencias y otros factores del mercado de trabajo. La dificultad de regreso se agrava con la análoga dificultad para hallar protección en el sistema de Seguridad Social, ante la rigidez de la regulación de las incapacidades laborales. Más del 60 % de las mujeres con la enfermedad tiene menos de 65 años y, por tanto, podrían tener opción a nuevos empleos, pero la realidad es bien distinta. Según un estudio publicado por la Asociación Española Contra el Cáncer en 2018, el cáncer de mama es la segunda causa de baja laboral de más de 12 meses por detrás de las patologías lumbares y la segunda causa de inicio de expediente de incapacidad permanente a los 12 meses. En este sentido, muchas mujeres acaban en situación de pobreza.

Pero, lamentablemente, no es el único déficit de protección sociolaboral para enfermedades típicamente femeninas, o que sin ser exclusivas de ellas sí presenta una muy relevante mayor prevalencia. Sería el caso de las –a veces estereotipadas– migrañas crónicas y/o del síndrome de fibromialgia. Pese a las crecientes evidencias que en el plano científico se acumulan en torno a sus causas y terapias, también a las razones por las cuales tiene una mayor prevalencia en las mujeres –aunque aparezcan también en los hombres, en mucha menor proporción–, tanto las entidades gestoras, que siguen resistiéndose en extremo a la diligencia debida que tienen en este ámbito, según el ya citado **Convenio CEDAW** (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer), cuanto la autoridad judicial, que adolece aquí de la más mínima perspectiva de género en este ámbito, viven de espaldas a esta situación. El resultado es, una vez más, la creación desde el sistema mismo de importantes bolsas de pobreza pensional feminizadas, conjugando las brechas del mercado del trabajo con las deficiencias del sistema.

De ahí que nos haya parecido adecuado igualmente **dar cuenta de cuál es este estado del arte interpretativo en enfermedades comunes con claro sesgo de género**, como son las migrañas crónicas y/o síndrome de fibromialgia. Veremos cómo la deuda de la

Seguridad Social con esta brecha de sexo que duele sigue pendiente de pago. En suma, no son todas las cuestiones que cabría encuadrar en un monográfico de doctrina judicial y jurisprudencial desde esta perspectiva, pero las elegidas tienen pleno título para estarlo. En números próximos iremos incluyendo otros «fragmentos de derecho vivo de la Seguridad Social» en los que verificar la evolución –o no– desde las «deudas de sexo-género» a, eventuales, «baladas de lucha por el derecho justo de la Seguridad Social con una perspectiva de género». El deber de diligencia debida para ello compromete a toda la sociedad, no solo a todas las instituciones.

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2022). Igualdad de resultados entre sexos, una frontera difusa de la Seguridad Social: la deuda de diligencia debida a cargo de las entidades gestoras. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 466, 203-208.

Fecha de efectos del complemento por maternidad (al varón). Una revisión de doctrina judicial

Juan Antonio Maldonado Molina

*Acreditado a catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Granada*

*Miembro del Grupo de estudios sobre «pensiones suficientes, seguridad social universal y democracia».
Fundación Francisco Largo Caballero*

Extracto

La Sentencia de 12 de diciembre de 2019 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) ha provocado que se multipliquen las demandas de pensionistas varones reclamando el complemento por maternidad, con sentencias en las que se estima dicha pretensión, pero que difieren en la fecha de efectos del reconocimiento, que oscila entre la fecha inicial de la pensión, la de la solicitud del complemento, 3 meses antes de la solicitud o 3 meses antes pero con el límite de la publicación de la STJUE. Toda esa jurisprudencia se revisa y sistematiza en el presente trabajo, detallando la casuística contemplada, además de analizar las reglas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2021 en lo relativo a la vigencia del complemento de maternidad. La conclusión que se obtiene es que la doctrina del TJUE debe extenderse a las reclamaciones producidas desde 2016, pero los efectos económicos solo deben retrotraerse hasta 3 meses antes de la solicitud.

Palabras clave: discriminación; igualdad; retroactividad; jurisprudencia TJUE; complemento maternidad.

Cómo citar: Maldonado Molina, Juan Antonio. (2022). Fecha de efectos del complemento por maternidad (al varón). Una revisión de doctrina judicial. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 466, 209-232.

Date of effect of the maternity allowance (for men). A review of judicial doctrine

Juan Antonio Maldonado Molina

Abstract

The Judgment of December 12, 2019, of the CJEU has caused the demands of male pensioners to multiply, claiming the maternity supplement, with judgments in which said claim is estimated, but which differ in the date of recognition effects, ranging between the initial date of the pension, that of the request for the supplement, 3 months before the request, or 3 months before but with the limit of the publication of the CJEU. All this jurisprudence is reviewed and systematized in this study, detailing the casuistry contemplated in them, in addition to analyzing the rules introduced by RD-Ley 3/2021 regarding the validity of the maternity supplement. The conclusion that is obtained is that the doctrine of the CJEU should be extended to the claims produced since 2016, but the economic effects should only be traced back up to 3 months before the request.

Keywords: discrimination; equality; retroactivity; CJEU jurisprudence; maternity supplement.

Citation: Maldonado Molina, Juan Antonio. (2022). Date of effect of the maternity allowance (for men). A review of judicial doctrine. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 466, 209-232.

1. Marco legal aplicado

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18, WA contra INSS), publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 17 de febrero de 2020, que declaró contrario a la Directiva 79/7/CEE el complemento por aportación demográfica¹, ha provocado una gran convulsión en el sistema español de Seguridad Social, generando en un primer momento una avalancha de reclamaciones de pensionistas varones contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) (que sistemáticamente se han rechazado en vía administrativa², abriendo la vía judicial³), dictándose cientos de sentencias de los tribunales superiores de justicia (TSJ) en las que se estima la concesión del complemento; demandas que trataron de atajarse con el Real Decreto-Ley (RDL) 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, que suprime dicho complemento, manteniéndolo solo para quienes ya lo percibían a 3 de febrero de 2021.

¹ Declaró que la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos/as biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente (IP) en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión.

² El Criterio de gestión 1/2020, de 31 de enero, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, indicaba:

1. El complemento establecido para las pensiones de incapacidad permanente, jubilación y viudedad, regulado en el art. 60 TRLGSS en tanto no se lleve a cabo la correspondiente modificación legal del citado artículo, se seguirá reconociendo únicamente a las mujeres que cumplan los requisitos exigidos en el mismo, tal y como se viene haciendo hasta la fecha.

2. Lo establecido en el apartado uno debe entenderse lógicamente sin perjuicio de la obligación de ejecutar aquellas sentencias firmes dictadas por los tribunales de justicia que reconozcan el citado complemento de pensión a los hombres y de la obligación de iniciar el pago de la prestación cuando exista sentencia de un juzgado de lo social o tribunal de justicia condenatoria y se interponga el correspondiente recurso, de conformidad con lo previsto en el art. 230.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre (RCL 2011, 1845), reguladora de la jurisdicción social.

³ Aunque incluso en algún caso se ha formulado la demanda sin reclamación previa, argumentando que sí hubo una respecto de la pensión (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia -STSJ- de Cataluña 3440/2021, de 28 de junio), pretensión que fue desestimada.

Como decimos, han sido cientos las sentencias de las salas de lo social (aunque también las hay en lo contencioso-administrativo para clases pasivas) que han estimado las demandas, considerando que el [artículo 60 de la Ley general de la Seguridad Social \(LGSS\)](#) tenía que ser de aplicación a los hombres a la vista de la interpretación realizada por el TJUE en la cuestión prejudicial resuelta. En este trabajo nos centraremos en ellas, que, si bien coinciden en reconocer a los hombres el complemento, no lo hacen respecto de la fecha de efectos de tal reconocimiento, existiendo pronunciamientos muy dispares (a veces dentro de una misma sala), en espera de que el Tribunal Supremo (TS) unifique doctrina.

El que –tras la [STJUE de 12 de diciembre](#)– la Administración de la Seguridad Social mantuviera un criterio de gestión contrario a la aplicación a los hombres del complemento, que solo se conseguía tras emprender acciones judiciales contra la entidad gestora (una estrategia claramente desmotivadora de reclamaciones en masa), ha motivado incluso que en algún caso se reconozca a los litigantes una indemnización por daños morales⁴.

Resituando el marco legal aplicado, recordemos que el [artículo 60 de la LGSS, en su redacción vigente desde 2016 a 3 de febrero de 2021](#), reconocía un complemento por maternidad (por aportación demográfica) a las mujeres que hubieran tenido dos o más hijos/as (biológicos o adoptados) y fuesen beneficiarias (en cualquier régimen del sistema) de pensiones contributivas de jubilación (salvo jubilación anticipada voluntaria o parcial), viudedad o IP. El Juzgado de lo Social número 3 de Gerona presentó una cuestión prejudicial al TJUE, que se pronunció estimando que la [Directiva 79/7/CEE](#) debía interpretarse en el sentido de que era contraria a esa norma, por considerar que la aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres.

En consecuencia, el [artículo 60 de la LGSS](#) debe interpretarse conforme a la directiva en el sentido marcado por el TJUE, siendo vinculante para los tribunales, como previene el [artículo 4 bis.1 de la Ley orgánica del Poder Judicial](#). Si a lo largo del procedimiento el órgano jurisdiccional no aplicara la normativa y jurisprudencia europeas, puede abrirse el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (TC), como de hecho ocurrió con este complemento respecto de la Sala de lo Social de Murcia, declarándose nula la STSJ de Murcia 64/2020, de 15 de enero, por la Sentencia del TC ([STC](#)) [152/2021, de 13 de septiembre](#).

La controversia se centra en la aplicación temporal de esa interpretación, para lo que tendremos que tener en cuenta otras tres disposiciones. La primera, la que regula la prescripción

⁴ La Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Sevilla) señala «no cabe duda de que el hecho de ver negado su derecho en aplicación de un criterio discriminatorio, obligando al asegurado a emprender acciones legales, produce por sí mismo un daño moral que debe ser reparado», cifrando la indemnización en 300 euros en atención a la minuta de su abogado ([Sentencia 2101/2021, de 8 de septiembre](#)) y 1.300 euros –300 de costes de representación más 1.000 por daños morales– ([Sentencia 2234/2021, de 22 de septiembre](#)).

en nuestro derecho de la Seguridad Social ([art. 53 LGSS](#)). La segunda, el [artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre](#), de régimen jurídico del sector público, que habla de los efectos de las sentencias del TJUE. Y, por último, el [RDL 3/2021](#), que suprime el complemento con fecha 4 de febrero, pero mantiene su cobro a quienes ya lo percibieran.

El [artículo 53.1 de la LGSS](#), tras indicar el plazo de prescripción del derecho a las prestaciones (5 años salvo que sea imprescriptible, como ocurre con la jubilación o pensiones para supervivientes), precisa que la imprescriptibilidad solo se predica del reconocimiento del derecho a la prestación, pero no de sus efectos, ya que estos simplemente se retrotraerán como máximo a los 3 meses anteriores a la fecha de la solicitud. No obstante, matiza que «esta regla de retroactividad máxima no operará en los supuestos de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos ni cuando de la revisión derive la obligación de reintegro de prestaciones indebidas».

El [artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre](#), de régimen jurídico del sector público, señala que:

La sentencia que declare [...] el carácter de norma contraria al derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación [...] en el Diario Oficial de la Unión Europea, según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa.

Este precepto está incluido en la sección 1.^a del capítulo IV de la Ley 40/2015, relativo al procedimiento de responsabilidad patrimonial, fijando el procedimiento para indemnizar las lesiones sufridas por particulares en sus bienes y derechos cuando la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

El [artículo 1 del RDL 3/2021, de 2 de febrero](#), dio nueva redacción al [artículo 60 de la LGSS](#), sustituyendo el complemento de maternidad por un complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, que extiende la cobertura a hombres o mujeres desde un solo hijo, aunque para los hombres lo supedita a unos requisitos que revelen que su vida laboral se vio afectada por ejercer de cuidador. La [disposición adicional primera](#) establece que el nuevo complemento se reconocerá a las pensiones causadas a partir de la entrada en vigor de este RDL⁵. Y el [artículo 1.4](#) añade una [disposición transitoria trigésima tercera](#) a la LGSS y el [artículo 2.2](#) una [disposición transitoria décima cuarta](#) a la Ley de clases pasivas, conforme a las que quienes a la entrada en vigor de esta modificación estuvieran percibiendo el complemento de maternidad por aportación demográfica mantendrán su percibo.

⁵ 4 de febrero de 2021, conforme la [disposición final tercera del RDL](#), que fija la entrada en vigor al día siguiente a la publicación (que tuvo lugar en el Boletín Oficial del Estado del 3 de febrero).

Solo nos centraremos en situar el alcance temporal del reconocimiento judicial del complemento a los hombres que lo solicitaron al amparo de la [STJUE de 12 de diciembre de 2019](#). No haremos un análisis más allá⁶, pero sí queremos dejar constancia de que el escenario en el que nos encontramos es del todo indeseable, dado que esta sentencia a lo único que condujo es a ahondar la brecha en pensiones, neutralizando una medida que era relativamente positiva, aunque técnicamente mal formulada.

Los responsables de este escenario son tanto el TJUE (por no ser capaz de interpretar en clave de género) como el legislador de 2015, que en lugar de fundar el complemento en la desigual intensidad protectora que sufren las mujeres en nuestro sistema lo situó en el absurdo objetivo de compensar la aportación demográfica, absurdo porque la conducta a estimular ya no podía producirse (las destinatarias ya no podían tener hijos/as), las jóvenes no van a tener más hijos/as a cambio de una mejora de su futura –incierta– pensión, sino a cambio de encontrar empleo estable, vivienda asequible, medidas de conciliación; y evidentemente en toda aportación demográfica participan los dos sexos. El resultado de esa mala concepción fue el previsible: una sentencia que a cuenta de la igualdad neutraliza la igualdad real que pretendía alcanzarse con la norma. Y una norma, la de 2021, que quiere dejar fuera a los que quieren subirse al carro de la sentencia, prescindiendo de las reglas técnico-jurídicas habituales en esta materia, ya que la circunstancia que toma en cuenta no es la fecha del hecho causante ni la solicitud, sino el que ya se estuviera percibiendo un complemento.

2. Supuestos de hecho

2.1. Supuesto ordinario

La mayor parte de los supuestos que han llegado a los TSJ corresponden a los de un pensionista varón, cuya pensión tuvo un hecho causante situado entre 2016 y 4 de febrero de 2021, y que solicita el complemento al tener conocimiento de la [STJUE de diciembre de 2019](#). No obstante, también los hay que lo solicitaron antes de la sentencia en cuestión –obviamente, algunos ya en 2016⁷–, aunque son menos, lógicamente.

⁶ Para un estudio completo de la [STJUE de 12 de diciembre de 2019](#), *vid.* (por orden alfabético) [Gala Durán \(2021\)](#); [Martínez Barroso \(2020\)](#); [Molina Navarrete \(2020\)](#); [Monereo Pérez y Rodríguez Iniesta \(2020\)](#); [Moreno Romero \(2020; 2021\)](#); [Rivas Vallejo \(2020\)](#); [Vida Fernández \(2020\)](#); [Villar Cañada \(2020\)](#).

⁷ Así, el complemento sustanciado en la STSJ de Murcia 64/2020, de 15 de enero, como se recoge en la [STC 152/2021, de 13 de septiembre](#).

2.2. Supuestos especiales

Junto a ese perfil, hay otros que siendo menos habituales merecen ser reseñados:

a) Pensionistas que causaron la pensión antes de 2016, pero consideran que el complemento se debe temporalmente a los que ya percibían la pensión antes de su entrada en vigor.

El argumento esgrimido por los demandantes es que lo contrario generaría una desigualdad entre pensionistas, discriminando a los pensionistas según la fecha del hecho causante de su prestación, pese a que su aportación demográfica fue similar, vulnerándose, por tanto, el [artículo 14 de la Constitución española](#) (CE), produciéndose discriminación no solo por género, sino por edad.

Frente a ello, los TSJ que han conocido asuntos de este tipo⁸ se han apoyado en el [Auto 89/2019, de 16 de julio, del TC](#), que inadmitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 364-2019, planteada por el Juzgado de lo Social número 26 de Barcelona, considerando el TC que el [artículo 14 de la CE](#) no impide el distinto tratamiento temporal de situaciones iguales motivado por la sucesión normativa, concluyendo que el que se aplique solo de 2016 en adelante «no implica, por ese solo hecho, la vulneración de aquel precepto constitucional, ni tampoco puede ser tachada de arbitraria, pues no responde a una decisión caprichosa o injustificada del legislador»⁹.

Cuestión distinta, aunque también tiene como solicitante a alguien que era pensionista antes de 2016, es el caso de pensionistas varones cuya resolución denegatoria del complemento no aludió a esa circunstancia temporal, limitándose a excluirlo por motivo de género. En el juzgado de instancia no se discute, por lo que no puede ser examinada en la sala¹⁰ (algo similar a cuando se solicitó habiéndose jubilado anticipadamente de modo voluntario, como luego veremos).

b) Casos de IP acaecidos antes de 2016, y tras la entrada en vigor del complemento por maternidad se revisa el grado.

⁸ Supuestos todos ellos en los que se deniega la pretensión de los demandantes: SSTSJ del País Vasco [938/2021, de 1 de junio](#), y [1048/2021, de 22 de junio](#); de Galicia [2719/2021, de 5 de julio](#); de Cantabria [517/2021, de 8 de julio](#); de Castilla y León/Valladolid [de 19 de julio de 2021 \(rec. 817/2021\)](#); de Asturias [1674/2021, de 20 de julio](#) (pensión causada el 31 de diciembre de 2015); de Cantabria [581/2021, de 17 de septiembre](#), y [707/2021, de 2 de noviembre](#).

⁹ En este mismo sentido, pero referido a clases pasivas, Sentencia de la Audiencia Nacional (Contencioso-Administrativo) de 28 de septiembre de 2021 (proc. 2148/2019).

¹⁰ SSTSJ de [La Rioja 35/2021, de 31 de marzo](#); [del País Vasco 1106/2021, de 5 de julio](#).

Su problemática no es exclusiva de los hombres¹¹. La cuestión a determinar es si se considera el nuevo grado una pensión nueva, procediendo el complemento, o no. Pues bien, el TS tiene una doctrina consolidada resumida en su Sentencia (STS) de 25 de octubre de 2016 (rec. 2300/2015), en la que se indica que:

[...] tal cuestión [...] hemos de entenderla resuelta desde antiguo por la jurisprudencia de esta sala cuando estableció que la fecha inicial del devengo de la pensión reconocida a consecuencia de la revisión del grado de incapacidad es el día siguiente a la fecha en que se dicta la resolución administrativa definitiva, esto es, aquella resolución que pone fin al procedimiento de revisión.

Por tanto, en el supuesto de revisión por agravación, la nueva fecha de efectos será la resultante del ulterior reconocimiento, de modo que, si es posterior al 1 de enero de 2016, determina la procedencia del complemento por maternidad¹².

Sin embargo, no hay un criterio uniforme en los TSJ, pudiendo encontrarnos sentencias que entienden que solo hay una prestación, que se cambia en importes o responsabilidades, pero es una sola y no dos, y distintas, insistiendo en la idea de unidad en la pensión a lo largo de su argumentación¹³.

Por otro lado, en caso de que se declare la gran invalidez, el complemento de maternidad debe calcularse sobre la totalidad de la pensión de gran invalidez reconocida (sin restar el importe correspondiente al cuidador)¹⁴.

c) Hombres que se jubilaron anticipadamente de forma voluntaria¹⁵, o se jubilaron antes de 2016¹⁶, pero sin que la resolución denegatoria del complemento aludiera a esa circunstancia, limitándose a excluirlo por motivo de género.

¹¹ Así, reconociendo el complemento a una mujer que causó la IP absoluta en 2002, y la gran invalidez en 2019, STSJ de Madrid 179/2021, de 15 de marzo.

¹² STSJ de Asturias 1296/2021, de 8 de junio.

¹³ SSTSJ de Madrid de 11 de mayo de 2020 y 9 de noviembre de 2019 (recs. 1060/2019 y 515/2019); del País Vasco 624/2021, de 13 de abril.

¹⁴ STSJ de Asturias 1721/2021, de 27 de julio.

¹⁵ Supuestos previstos en el artículo 208 de la LGSS, no el adelanto de la edad en atención a la actividad realizada o su discapacidad, contemplado en el artículo 206 de la LGSS, que no es jubilación anticipada voluntaria, procediendo en consecuencia el complemento al varón solicitante (SSTSJ del País Vasco 170/2021, de 26 de enero; 516/2021, de 16 de marzo; 752/2021, de 27 de abril –conteniendo todas ellas un voto particular–; 382/2021, de 2 de marzo; y 850/2021, de 18 de mayo).

¹⁶ SSTSJ de La Rioja 35/2021, de 31 de marzo; del País Vasco 1106/2021, de 5 de julio.

En el juzgado de instancia no llega a discutirse, y ante la sentencia que concede el complemento, la entidad gestora recurre en suplicación alegando ese dato. Pues bien, no puede ser examinada en la sala so pena de vulnerar el principio general aplicable en la suplicación de prohibición de introducir cuestiones nuevas –fácticas o jurídicas, procesales o de fondo– o peticiones no planteadas en la instancia en detrimento de la posibilidad de defensa de las partes, por lo que se concede el complemento pese a haberse jubilado anticipadamente de modo voluntario¹⁷, ya que la defensa de la entidad gestora negaba la mayor (eran hombres), sin querer admitir siquiera subsidiariamente el escenario del reconocimiento. Con ello, estos hombres solicitantes han conseguido algo que ni las mujeres con dos o más hijos/as habían conseguido, ni llegando al TJUE (que en junio de 2021 consideró no discriminatoria esa regla)¹⁸, y todo por la estrategia procesal de las entidades gestoras.

Ahora bien, si en la sentencia de instancia se denegó el complemento en consideración a que la jubilación anticipada fue voluntaria, es irrelevante que sea hombre, no procede el complemento¹⁹.

No obstante, en algún caso se ha concedido a una mujer en atención a la reforma introducida por el [RDL 3/2021](#), «no ya por aplicación del principio de retroactividad de norma favorable (de Seguridad Social) como del de igualdad y no discriminación que ampara su reforma»²⁰. Partiendo de esta sentencia del TSJ catalán, la [STSJ de Galicia 2914/2021, de 12 de julio](#), que resuelve la demanda de un hombre jubilado anticipadamente de modo voluntario al que el juzgado de lo social denegó el complemento en razón de la voluntariedad de su retiro, reconoció el derecho al complemento solicitado en demanda, por virtud de lo dispuesto en el [RDL 3/2021](#), de 2 de febrero, y con efectos desde la fecha de su entrada en vigor, por aplicación del principio de economía procesal, a tenor del [artículo 24.2 de la CE](#).

3. Doctrina judicial aplicada

Pueden agruparse en cuatro categorías, según cuándo fijen los efectos económicos del reconocimiento del complemento reconocido judicialmente:

¹⁷ SSTSJ de Asturias [1337/2021, de 15 de junio](#); [1498/2021, de 29 de junio](#); [1652/2021, de 20 de julio](#); de Galicia [de 20 de julio de 2021 \(rec. 417/2021\)](#).

¹⁸ [STJUE de 12 de mayo de 2021, asunto C-130/20, YJ contra INSS](#).

¹⁹ [STSJ de Cataluña 3936/2021, de 20 de julio](#).

²⁰ [STSJ de Cataluña 958/2021, de 17 de febrero](#).

3.1. Retroactividad total, al momento de reconocimiento de la pensión

Hay pronunciamientos en este sentido de las Salas de lo Social de Aragón, Canarias²¹, Castilla y León (Burgos y Valladolid²²), Cataluña²³, Galicia²⁴, La Rioja, Madrid²⁵, Murcia²⁶ y Navarra; y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Extremadura²⁷ y Madrid²⁸.

Realmente, la mayor parte de las sentencias no recogen una argumentación concreta respecto de la retroactividad, limitándose a reconocer el complemento, incrementando la pensión inicial, más las revalorizaciones correspondientes.

Ahora bien, las hay que sí entran en esta cuestión, conjugando dos argumentos:

- ²¹ SSTSJ de Canarias [44/2020, de 20 de enero](#); 379/2021, de 16 de abril. La Sentencia canaria de 20 de enero de 2020 ha sido ampliamente citada por resoluciones posteriores, por ser de las primeras salas en pronunciarse tras la STJUE de diciembre de 2019, aunque el supuesto es poco extrapolable a otros, ya que el varón solicitante realmente sí se había corresponsabilizado en el cuidado, por el fallecimiento de su cónyuge.
- ²² SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de [1 de marzo de 2021 \(rec. 133/2021\)](#); 31 de mayo de 2021 (rec. 1883/2020); 2 de junio de 2021 (rec. 112/2021); 2 de junio de 2021 (rec. 152/2021); 3 de junio de 2021 (rec. 134/2021) –el hecho causante fue posterior a la STJUE–; 22 de julio de 2021 (rec. 1898/2020); 23 de julio de 2021 (rec. 845/2021).
- ²³ [STSJ de Cataluña 1777/2021, de 25 de marzo](#).
- ²⁴ SSTSJ de Galicia de [6 de abril de 2021 \(rec. 4705/2020\)](#); 13 de abril de 2021 (rec. 3654/2020); 1909/2021, de 11 de mayo; 1928/2021, de 12 de mayo; 1930/2021, de 12 de mayo; 1949/2021, de 11 de mayo; 2036/2021, de 19 de mayo; 2075/2021, de 20 de mayo; 2095/2021, de 21 de mayo; 2772/2021, de 6 de julio; 3317/2021, de 14 de septiembre (la pensión se causa después de la sentencia, y se solicita el complemento al conocer la resolución inicial).
- ²⁵ SSTSJ de Madrid [172/2021, de 24 de febrero](#); 704/2021, de 22 de julio.
- ²⁶ SSTSJ de Murcia [467/2020, de 30 de abril](#); 683/2020, de 26 de mayo; 973/2020, de 1 de julio; 1027/2020, de 14 de julio; 1050/2020, de 22 de septiembre; 1157/2020, de 27 de octubre; 127/2021, de 16 de febrero; 126/2021, de 16 de febrero.
- ²⁷ SSTSJ de Extremadura (Sala de lo Contencioso-Administrativo) [257/2021, de 4 de junio](#); 301/2021, de 22 de junio.
- ²⁸ SSTSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) [142/2021, de 5 de mayo](#); 208/2021, de 30 de junio; 219/2021, de 7 de julio; 227/2021, de 7 de julio; 257/2021, de 20 de julio; 277/2021, de 22 de septiembre. Hay que reseñar que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Madrid corrigió su propia doctrina en la [Sentencia 142/2021, de 5 de mayo](#), ya que en un anterior pronunciamiento consideró que la doctrina de la STJUE de diciembre de 2019 no era aplicable a clases pasivas (STSJ de Madrid –Contencioso-Administrativo– de 17 de junio de 2020, sentencia que dio lugar a que el TS dictara un auto admitiendo la casación –Auto de 4 de marzo de 2021–).

a) Doctrina del TS sobre la revisión administrativa de actos sobre hechos inalterados.

Sobre esta doctrina se apoyan las Salas de La Rioja²⁹, Aragón³⁰, Navarra y Castilla y León (Burgos³¹ –aunque en otros asuntos no mantiene el mismo criterio–), fundando la retroactividad total en la doctrina existente en el TS desde el año 2000 a propósito de pensiones por muerte y supervivencia que se reconocen administrativamente tras una solicitud reiterada a propósito de un cambio de doctrina jurisprudencial, con base en los mismos datos fácticos y jurídicos³².

Esta doctrina del TS se resume en que:

[...] no puede equipararse un supuesto de revisión o anulación de actos administrativos denegatorios anteriores fundados en datos fácticos anteriormente inexistentes o no justificados o en un cambio de la normativa vigente entre el momento inicial y el de la solicitud ulterior, con aquellos otros supuestos en los que las normas jurídicas aplicables no hayan variado y los datos fácticos ya estuvieran plenamente alegados y acreditados, tanto en el momento inicial que originó una resolución desestimatoria, como en el momento ulterior, en el que, con base en idénticos datos fácticos y jurídicos, se dicta una resolución estimatoria, tanto más si en el ínterin el beneficiario ha ido reclamando sucesivamente el reconocimiento de su derecho [...],

y que se apoyaba en que la Ley de procedimiento administrativo permitía (y permite la actual)³³ la retroactividad total excepcionalmente:

[...] a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y esta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas.

Llevado al complemento por maternidad, sostiene el TSJ de La Rioja que:

²⁹ SSTSJ de La Rioja [24/2021, de 4 de marzo](#); [72/2021, de 27 de mayo](#).

³⁰ SSTSJ de Aragón [343/2021, de 31 de mayo](#); [478/2021, de 22 de julio](#); [461/2021, de 16 de julio](#) (la pensión se causó después de la publicación de la STJUE).

³¹ [STSJ de Castilla y León/Burgos 380/2021, de 16 de julio](#).

³² SSTS de [1 de febrero de 2000 \(rec. 3214/1998\)](#); [59/2017, de 25 de enero](#); [1080/2020, de 3 de diciembre](#).

³³ [Artículo 39.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre](#), del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, y en los mismos términos la antigua Ley 30/1992, de 26 de noviembre ([art. 57.3](#)).

[...] por cuanto, no se ha producido variación alguna entre las circunstancias de hecho determinantes del derecho al complemento que tenía el beneficiario cuando solicitó la pensión de jubilación y las concurrentes al reclamarlo en 2020, ni en ese lapso temporal se ha producido reforma alguna en su regulación, siendo indiferente que la interpretación que mantenemos responda al cambio hermenéutico de dicho marco normativo derivado de la jurisprudencia comunitaria (STS 3/12/20, rec. 1518/18) lo que comporta que, en aplicación de la doctrina jurisprudencial citada en el apartado que antecede, proceda, previa estimación del recurso, revocar la sentencia de instancia en cuanto al particular relativo a la fecha de efectos económicos del complemento de maternidad, fijándola en la de reconocimiento inicial de la pensión de jubilación³⁴.

b) Las sentencias interpretativas del TJUE tienen eficacia *ex tunc*.

La misma línea argumental que acabamos de exponer la encontramos también en la Sala de lo Social del TSJ de Aragón, pero partiendo de que las sentencias interpretativas del TJUE tienen eficacia *ex tunc*, tras lo cual se apoya en la jurisprudencia del TS antes indicada para entender que no opera la limitación de retroactividad a 3 meses en los casos en que ni los datos fácticos ni la normativa haya cambiado³⁵. También la Sala de Navarra combina ambos argumentos³⁶: los efectos de las sentencias del TJUE son «*ex tunc*», es decir, como el propio TJUE ha declarado reiteradamente, los efectos de una sentencia interpretativa se retrotraen, como regla general, a la fecha de entrada en vigor de la disposición que interpretan, salvo que la propia sentencia, por concurrir circunstancias especiales, limite sus efectos en el tiempo³⁷. Llevado al complemento por maternidad, el TSJ de Navarra

³⁴ SSTSJ de La Rioja [24/2021, de 4 de marzo](#); [72/2021](#), de 27 de mayo.

³⁵ SSTSJ de Aragón [343/2021, de 31 de mayo](#); [478/2021](#), de 22 de julio. En la [STSJ de ese mismo tribunal 437/2021, de 5 de julio](#), la sala falla a favor de la retroactividad de 3 meses prevista en el [artículo 53 de la LGSS](#), pero atendiendo al principio dispositivo, ya que es lo que solicitaba la parte.

³⁶ SSTSJ de Navarra [207/2021, de 1 de julio](#); [208/2021](#), de 1 de julio.

³⁷ SSTJUE de [15 de septiembre de 1998, asunto C-231/96](#), Edis, apartados 17 y 18; de [15 de abril de 2010, asunto C-542/08, Barth](#). Literalmente, la STJUE de 15 de septiembre citada indica:

Según reiterada jurisprudencia, la interpretación que da el Tribunal de Justicia, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 177 del tratado, a una norma de derecho comunitario, aclara y especifica, cuando es necesario, el significado y el alcance de dicha norma, tal como esta debe o habría debido entenderse y aplicarse desde el momento de su entrada en vigor. De esto resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, siempre y cuando, por otra parte, se reúnan los requisitos necesarios para someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (véanse, en particular, las Sentencias de 27 de marzo de 1980, *Denkavit italiana*, 61/79, rec. p. 1205, apartado 16, y de 3 de febrero de 1996, *Bautiaa y Société française maritime*, asuntos acumulados C-197/94 y C-252/95, rec. p. I-505, apartado 47).

estima que «es evidente que el demandante ostentaba el derecho al complemento que solicita, pues el artículo 60 de la LGSS, en la redacción en vigor al tiempo de solicitarse el complemento, se oponía al derecho de la Unión»³⁸.

Eso no quiere decir que nos encontremos ante revisión de actos administrativos fundados en datos fácticos anteriormente inexistentes o en un cambio de la normativa vigente, sino que:

[...] en la fecha en la que el demandante solicitó el complemento, ya concurrían todos los requisitos precisos para su reconocimiento, no pudiendo establecerse límites al mismo, pues estos no pueden operar cuando en la fecha de la solicitud ya concurrían los requisitos necesarios para el reconocimiento primigeniamente denegado (SSTS 25/01/2017, 01/02/2020). Los límites no deben operar en los casos en los que las normas jurídicas aplicables no hayan variado y los datos fácticos se hubieran alegado y acreditado plenamente en el momento inicial³⁹.

3.2. Retroactividad limitada a un máximo de 3 meses antes de la solicitud

La segunda solución más frecuente (si estamos al número de salas que optan por ella) es la que considera que debe limitarse el reconocimiento a los 3 meses anteriores a la solicitud, aplicando el [artículo 53.1 de la LGSS](#). Siguen este criterio las Salas de lo Social de Asturias⁴⁰

³⁸ STSJ de Navarra 208/2021, de 1 de julio.

³⁹ STSJ de Navarra 208/2021, de 1 de julio. Como subraya la [STSJ de Navarra 207/2021, de 1 de julio](#):

[...] esa lesión del derecho fundamental del actor se ha producido, en este caso, desde la primera resolución dictada por el INSS al reconocer la prestación de jubilación sin el complemento al que tenía derecho, vulnerando así su derecho fundamental a la igualdad y a no ser discriminado en este caso por razón de sexo. Por ello, para restablecerle en la integridad de su derecho y reponerle en la situación al momento anterior a producirse la vulneración del mismo, ha de reconocerse que la fecha de efectos a partir de la cual ha de procederse al pago del complemento que le corresponde será la de la fecha de efectos reconocida inicialmente para el abono de la prestación de jubilación contributiva reconocida [...].

⁴⁰ SSTSJ de Asturias 938/2021, de 27 de abril; 1013/2021, de 4 de mayo; 1014/2021, de 4 de mayo; 1084/2021, de 18 de mayo; 1096/2021, de 18 de mayo; 1114/2021, de 18 de mayo; [1136/2021, de 18 de mayo](#); 1144/2021, de 18 de mayo; 1195/2021, de 26 de mayo; 1237/2021, de 1 de junio; 1244/2021, de 1 de junio; 1253/2021, de 1 de junio; 1286/2021, de 8 de junio; 1288/2021, de 8 de junio; [1296/2021, de 8 de junio](#); 1332/2021, de 15 de junio; [1337/2021, de 15 de junio](#); 1363/2021, de 22 de junio; 1374/2021, de 22 de junio; 1402/2021, de 22 de junio; 1417/2021, de 22 de junio; 1479/2021, de 29 de junio; [1498/2021, de 29 de junio](#); 1515/2021, de 6 de julio; 1532/2021, de 6 de julio; 1558/2021, de 13 de julio; 1566/2021, de 13 de julio; 1579/2021, de 13 de julio; 1590/2021, de 13 de julio; 1601/2021, de 13 de julio; 1608/2021, de 13 de julio; 1612/2021, de 13 de julio; 1614/2021, de 13 de julio; 1615/2021, de 13 de julio; 1621/2021, de 13 de julio; 1635/2021, de 20 de julio;

(con un elevadísimo número de sentencias), Cantabria⁴¹, Castilla y León (Burgos⁴² y Valladolid⁴³), Extremadura⁴⁴, Galicia⁴⁵, La Rioja⁴⁶, Madrid⁴⁷, Murcia⁴⁸ y País Vasco⁴⁹.

Dentro de este grupo de sentencias, a su vez, hay cuatro líneas argumentales, que en ocasiones confluyen en una misma sentencia:

a) No es aplicable la doctrina del TS sobre la revisión administrativa de actos sobre hechos inalterados, porque se trata de una reclamación *ex novo*.

No desconocen la jurisprudencia del TS sobre la que se apoyan quienes consideran no aplicable el [artículo 53.1 de la LGSS](#), pero entienden que no son situaciones equiparables, por lo que no procede dejar de aplicar dicho precepto. Consideran que, si bien los datos fácticos y la normativa aplicable al tiempo en que se formuló la solicitud (que no su interpretación jurisprudencial) eran los mismos que los existentes cuando la pensión de jubilación fue inicialmente reconocida sin complemento alguno, no hay una reiteración de una solicitud inicial del complemento, sino una reclamación *ex novo* como consecuencia de la

1656/2021, de 20 de julio; 1657/2021, de 20 de julio; 1694/2021, de 27 de julio; 1697/2021, de 27 de julio; 1703/2021, de 27 de julio; 1707/2021, de 27 de julio; 1719/2021, de 27 de julio; [1721/2021, de 27 de julio](#); 1723/2021, de 27 de julio; 1724/2021, de 27 de julio; 1743/2021, de 27 de julio; 1765/2021, de 7 de septiembre; 1813/2021, de 7 de septiembre; 1834/2021, de 14 de septiembre; 1855/2021, de 28 de septiembre; 1856/2021, de 28 de septiembre; 1868/2021, de 28 de septiembre; 1888/2021, de 28 de septiembre; 1889/2021, de 28 de septiembre; 1892/2021, de 28 de septiembre. La primera sentencia de esta sala que declara el derecho al complemento es la [601/2021, de 16 de marzo](#), y retrotrae los efectos a la fecha de solicitud de la prestación, pero porque se demanda prestación y complemento simultáneamente en vía judicial. Pero respecto de los argumentos para extender la cobertura a los hombres, esa sentencia es prolíficamente citada por las posteriores de esa sala.

⁴¹ SSTSJ de Cantabria de [27 de mayo de 2021 \(rec. 229/2021\)](#); 477/2021, de 25 de junio; 516/2021, de 8 de julio; 551/2021, de 26 de julio; 607/2021, de 27 de septiembre; 626/2021, de 4 de octubre; 690/2021, de 22 de octubre; 721/2021, de 4 de noviembre; 740/2021, de 9 de noviembre; 741/2021, de 9 de noviembre; 751/2021, de 11 de noviembre; 752/2021, de 12 de noviembre.

⁴² SSTSJ de Castilla y León/Burgos [245/2021, de 26 de mayo](#); 309/2021, de 23 de junio; 386/2021, de 23 de julio.

⁴³ SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de [19 de abril de 2021 \(rec. 427/2021\)](#); 24 de junio de 2021 (rec. 276/2021); 24 de junio de 2021 (rec. 1882/2020); 27 de julio de 2021 (rec. 1072/2021); 15 de septiembre de 2021 (rec. 714/2021); 23 de septiembre de 2021 (rec. 720/2021).

⁴⁴ SSTSJ de Extremadura [98/2021, de 25 de febrero](#); 109/2021, de 26 de febrero; 117/2021, de 1 de marzo; 293/2021, de 7 de mayo; 499/2021, de 29 de julio.

⁴⁵ SSTSJ de Galicia [4757/2020, de 24 de noviembre](#); 13 de abril de 2021 (rec. 3654/2020); 3363/2021, de 16 de septiembre.

⁴⁶ SSTSJ de [La Rioja 35/2021, de 31 de marzo](#); 50/2021, de 15 de abril.

⁴⁷ SSTSJ de Madrid [349/2021, de 21 de abril](#); 548/2021, de 9 de septiembre; 551/2021, de 15 de septiembre.

⁴⁸ [STSJ de Murcia 693/2021, de 21 de julio](#).

⁴⁹ [STSJ del País Vasco 516/2021, de 16 de marzo](#).

publicación de la sentencia del TJUE. Y se reprocha al recurrente que pudo solicitar en su día el complemento con base en los argumentos que ahora hace valer u otros que considerase pertinentes, pero no lo hizo. Es ahora, por el contrario, cuando por vez primera formula una petición en tal sentido.

No hay motivo, por tanto, para dejar de aplicar el [artículo 53 de la LGSS](#) al complemento en cuestión, dado que el [artículo 60.3](#) le atribuye, a todos los efectos, la naturaleza de pensión pública contributiva, para las cuales se dispone que los efectos de su reconocimiento se producirán a partir de los 3 meses anteriores a su solicitud, salvo en supuestos muy específicos (rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos, o cuando de la revisión derive la obligación de reintegro de prestaciones indebidas) que aquí no concurren⁵⁰.

b) Doctrina del TS relativa a la retroactividad del complemento de IP total cualificada.

La Sala de lo Social del TSJ de Asturias⁵¹ entiende que nos encontramos ante un supuesto análogo al del complemento por IP total cualificada para casos en los que se solicitó el complemento transcurrido un tiempo desde la solicitud inicial, pese a tener cumplida la edad requerida inicialmente; situación para la que existe una consolidada doctrina del TS. No aplica una retroactividad total porque considera que la persona «recurrente pudo solicitar la aplicación de tal interpretación y el reconocimiento del complemento incluso antes del pronunciamiento de la citada sentencia, pero decidió no hacerlo hasta un momento posterior».

Para el supuesto análogo al que se recurre (IP total cualificada en la que el complemento se reconoce en una resolución distinta), el TS⁵² considera que, si en la fecha de la resolución inicial se hubiese cumplido ya la edad reglamentaria, los efectos económicos solo se pueden retrotraer a los 3 meses anteriores a la solicitud, y ello porque al ser un complemento de naturaleza prestacional (con una naturaleza, requisitos y régimen regulador propio, aunque vinculado a principal) debe aplicarse al mismo la normativa de prescripción de las prestaciones⁵³.

⁵⁰ SSTSJ de Castilla y León/Burgos [245/2021, de 26 de mayo](#); 309/2021, de 23 de junio; 386/2021, de 23 de julio.

⁵¹ SSTSJ de Asturias [1136/2021, de 18 de mayo](#); 1237/2021, de 1 de junio; 1253/2021, de 1 de junio; 1286/2021, de 8 de junio; 1332/2021, de 15 de junio; 1374/2021, de 22 de junio; [1498/2021, de 29 de junio](#); 1532/2021, de 6 de julio; 1566/2021, de 13 de julio; 1579/2021, de 13 de julio; 1590/2021, de 13 de julio; 1621/2021, de 13 de julio; 1635/2021, de 20 de julio; 1656/2021, de 20 de julio; 1694/2021, de 27 de julio; 1719/2021, de 27 de julio; 1724/2021, de 27 de julio; 1834/2021, de 14 de septiembre; 1868/2021, de 28 de septiembre; 1888/2021, de 28 de septiembre; 1889/2021, de 28 de septiembre; 1892/2021, de 28 de septiembre.

⁵² SSTS de [12 de marzo de 2007 \(rec. 4885/2005\)](#), [9 de octubre de 2008 \(rec. 4609/2007\)](#), [25 de junio de 2009 \(rec. 2805/2008\)](#) y de 2 y 9 de febrero de 2010 (recs. [397/2009](#) y [1607/2009](#)).

⁵³ [STSJ de Asturias 1136/2021, de 18 de mayo](#).

c) No se declara nulo el acto administrativo inicial, ya que, si las sentencias del TC no afectan a las situaciones administrativas firmes, no lo debe hacer una del TJUE.

Este razonamiento se recoge como un argumento de refuerzo por el TSJ de Asturias (también en la [Sentencia 1136/2021, de 18 de mayo](#)). Considera que, si incluso el TC cuando declara la inconstitucionalidad de una norma, por vulneración del principio de igualdad o cualquier otra razón, establece los efectos pro futuro salvando el principio de cosa juzgada y las situaciones administrativas firmes, no puede considerarse lo contrario para el TJUE. A ello añade que:

[...] [e]n el presente caso en que no se produce una declaración tan radical sino que supone la ampliación del derecho al complemento a los hombres, la solución no puede ser la que interesa la parte, construida sobre una declaración de nulidad que no existe, lo que lleva igualmente a la desestimación del recurso. La sentencia de instancia analizó que no se trata del reconocimiento de la pensión sino de una revisión a la que se aplica el artículo 53 de la LGSS que retrotrae los efectos a los 3 meses anteriores.

d) El complemento de maternidad tiene naturaleza de pensión pública contributiva, siendo aplicable el [artículo 53.1 de la LGSS](#), y sin que sea un error material, de hecho o aritmético.

Dado que el propio [artículo 60.6 de la LGSS](#):

[...] iguala el régimen jurídico del complemento al régimen jurídico de la pensión, y no puede desconocerse que dentro del régimen jurídico de la pensión está el artículo 53 de la LGSS que establece que los efectos del reconocimiento serán a partir de los 3 meses anteriores a su solicitud, [...] [y considerando que] no estamos ante un error material subsanado, de hecho o aritmético, tal como contempla el párrafo segundo del número 1 del artículo 53 mencionado sino ante un tema litigioso claramente,

se considera aplicable el [artículo 53.1 de la LGSS](#)⁵⁴. Así, se apoya en la doctrina del TS sobre qué son errores materiales, definidos como «errores apreciables de manera directa y manifiesta, sin requerir pericia, interpretación o razonamiento jurídico alguno», estando ante un caso de «defectuosa interpretación jurídica», lo que nada tiene que ver con el error material⁵⁵. En consecuencia, «reconocido el complemento que se pretende por sentencia como consecuencia de una resolución del TJUE, no puede equipararse ni a error material, de hecho o aritmético»⁵⁶.

⁵⁴ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 19 de abril de 2021 (rec. 427/2021).

⁵⁵ SSTs de 22 de septiembre de 2009 (rec. 3849/2008), 23 de noviembre de 2009 (rec. 126/2009), 22 de noviembre de 2012 (rec. 176/2012).

⁵⁶ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 15 de septiembre de 2021 (rec. 714/2021).

En el mismo sentido, otras sentencias se limitan a indicar que no estamos ante un error material, de hecho o aritmético, por lo que se aplica la retroactividad máxima de 3 meses⁵⁷; o directamente no plantean otra alternativa⁵⁸.

3.3. Retroactividad como máximo a la fecha de publicación de la STJUE

Esta línea argumental ha sido sostenida por los servicios jurídicos de la Seguridad Social en buena parte de los asuntos analizados, siendo rechazada expresamente por las Salas de Aragón, Asturias⁵⁹, Cantabria⁶⁰, Galicia⁶¹ y en alguna ocasión por el País Vasco. Por el contrario, ha sido la asumida mayoritariamente por el TSJ del País Vasco, y en algún caso por el de Madrid⁶².

Tanto las entidades gestoras como la Sala del País Vasco (de modo general, si bien hay alguna sentencia discrepante) se apoyan en el [artículo 32.6 de la Ley 40/2015](#), de régimen jurídico del sector público, y la jurisprudencia del TS (entre otras, [STS de 20 de diciembre de 2017, rec. 263/2016](#)) en relación con los efectos de las sentencias del TC, sosteniendo que la fecha de efectos de abono de atrasos del complemento de maternidad nunca podrá ser más allá de la fecha de publicación de la STJUE. Recuérdese que el [artículo 32.6 de la Ley 40/2015](#) dispone que:

La sentencia que declare [...] el carácter de norma contraria al derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación [...] en el Diario Oficial de la Unión Europea, según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa.

Eso no quiere decir que se retrotraiga necesariamente a la fecha de publicación, sino como máximo, de modo que en realidad la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco hace una aplicación conjunta de la [Ley 40/2015](#) y del [artículo 53.1 de la LGSS](#), de forma que, si la solicitud tuvo lugar antes del 17 de febrero de 2020 o dentro de los 3 meses siguientes a

⁵⁷ STSJ de Galicia de 13 de abril de 2021 (rec. 3654/2020).

⁵⁸ SSTSJ de Asturias 1195/2021, de 26 de mayo; 1363/2021, de 22 de junio; 1417/2021, de 22 de junio; 1558/2021, de 13 de julio; 1601/2021, de 13 de julio; 1608/2021, de 13 de julio; 1614/2021, de 13 de julio; 1615/2021, de 13 de julio; 1657/2021, de 20 de julio; 1697/2021, de 27 de julio; 1703/2021, de 27 de julio; 1707/2021, de 27 de julio; 1813/2021, de 7 de septiembre.

⁵⁹ SSTSJ de Asturias 1286/2021, de 8 de junio; 1601/2021, de 13 de julio; 1765/2021, de 7 de septiembre.

⁶⁰ SSTSJ de Cantabria de [27 de mayo de 2021 \(rec. 229/2021\)](#); 477/2021, de 25 de junio; 516/2021, de 8 de julio; 551/2021, de 26 de julio; 607/2021, de 27 de septiembre; 626/2021, de 4 de octubre.

⁶¹ SSTSJ de Galicia 3363/2021, de 16 de septiembre.

⁶² STSJ de Madrid 496/2021, de 5 de julio.

la publicación de la [STJUE](#), la fecha de retroacción es el 17 de febrero de 2020⁶³. Pero si la pensión se causó tras el 17 de febrero, se retrotrae –lógicamente– a la fecha de la pensión⁶⁴, pero solo si el complemento se pide en los 3 meses posteriores a causarla.

Frente a ello, las salas que rechazan ese argumento hacen una interpretación sistemática de la [Ley 40/2015](#), tras la que descartan que sea de aplicación a las prestaciones de la Seguridad Social. En efecto, entienden que:

[...] las previsiones del artículo 32.6 de la Ley 40/2015 se establecen para los supuestos que regula el capítulo IV de la citada ley, que lleva por rúbrica «De la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», y que comienza por regular en su artículo 32 los «Principios de la responsabilidad». Por lo tanto, tal precepto no resulta de aplicación en un pleito como el que nos ocupa en el que no se resuelve dicha responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, y en la búsqueda de una indemnización resarcitoria de los daños y perjuicios causados, sino la pretensión de reconocimiento o revisión de una prestación de seguridad social fundada en que la previsión legal supone un trato discriminatorio no admisible⁶⁵.

El TSJ de Castilla y León abunda en este criterio sistemático, concluyendo igualmente que dicha regla:

[...] queda limitada al específico campo que hemos mencionado, que se refiere, según el apartado 1 del tantas veces citado art. 32, a las lesiones sufridas por los particulares en sus bienes y derechos cuando la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En tales casos, el perjudicado tendrá derecho a la correspondiente indemnización.

Siendo, por tanto:

[...] un ámbito objetivo claramente diferenciado del propio de las prestaciones de Seguridad Social, tratándose de dos títulos distintos, aunque compatibles,

⁶³ SSTSJ del País Vasco 170/2021, de 26 de enero; 382/2021, de 2 de marzo; 737/2021, de 27 de abril; 752/2021, de 27 de abril; 882/2021, de 18 de mayo; 889/2021, de 25 de mayo; 922/2021, de 1 de junio; 964/2021, de 8 de junio; 967/2021, de 8 de junio; 971/2021, de 8 de junio (3 meses, con límite publicación STJUE); 984/2021, de 9 de junio; 990/2021, de 15 de junio; 999/2021, de 15 de junio; [1106/2021, de 5 de julio](#) (pensión causada antes de 2016). La Sentencia 971/2021, de 8 de junio, pone como límite no la fecha de publicación, sino la de la sentencia.

⁶⁴ SSTSJ del País Vasco 550/2021, de 23 de marzo; 850/2021, de 18 de mayo; 954/2021, de 8 de junio.

⁶⁵ SSTSJ de Asturias 1286/2021, de 8 de junio; [1498/2021, de 29 de junio](#); 1621/2021, de 13 de julio; 1694/2021, de 27 de julio; en el mismo sentido, Sentencias 1707/2021, de 27 de julio; 1724/2021, de 27 de julio; [STSJ de Aragón 437/2021, de 5 de julio](#).

que cuentan con una habilitación constitucional igualmente diferenciada, pues uno, el de la responsabilidad patrimonial, deriva del art. 106.2 CE y otro, el de las prestaciones de Seguridad Social, procede del 41 del mismo texto. El régimen al que nos estamos refiriendo, incluyendo la disposición que se cita como infringida, es propio del primero, pero no se cita ni existe norma equivalente en el segundo⁶⁶.

Dentro de la Sala de lo Social del País Vasco, también encontramos una sentencia con un criterio contrario a aplicar la [Ley 39/2015](#), por entender que:

[...] la referencia a la publicación no significa que las situaciones generadas con anterioridad y aun cuando puedan vulnerar el derecho comunitario queden insatisfechas y sin consecuencia alguna como se pretende. Dicha referencia temporal es a los meros fines de configurar el «*dies a quo*» para el inicio del plazo prescriptorio para su reivindicación y que puede conllevar una declaración judicial como la que ahora nos ocupa –Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sentencia de 25-2-2021, rec. 53/2020–. Y aquí el actor no ha superado el plazo de referencia cuando presenta la solicitud el 5 de marzo de 2020⁶⁷.

Precisamente, esta sentencia opta por un criterio diferente de efectos del complemento: la solicitud del mismo, que pasamos a ver a continuación.

3.4. Retroactividad a la fecha de solicitud del complemento

Como acabamos de adelantar, el TSJ del País Vasco, pese a optar mayoritariamente por mantener la misma línea, que es situar los efectos económicos del complemento hasta la fecha de publicación de la [STJUE](#), en alguna sentencia en la que ratifica el criterio seguido por la sentencia de instancia los lleva a la fecha de solicitud del complemento, sin aportar argumentos en ese sentido: [STSJ del País Vasco 747/2021, de 27 de abril](#).

⁶⁶ SSTSJ de Castilla y León/Burgos [245/2021, de 26 de mayo](#); 309/2021, de 23 de junio; de Castilla y León/Valladolid de 27 de julio de 2021 (rec. 1072/2021).

⁶⁷ [STSJ del País Vasco 747/2021, de 27 de abril](#). El ponente es el mismo magistrado que formula un voto particular a varias de las sentencias de la misma sala, que hemos aludido anteriormente, votos en los que también rechaza que se aplique el complemento a las jubilaciones a edades reducidas, al considerar que son supuestos de jubilación anticipada voluntaria.

4. Trascendencia de las sentencias

Según es fácil de colegir, se está lejos de que haya un criterio común en los TSJ, por lo que el TS deberá intervenir unificando doctrina.

Es un hecho indiscutido que toda solicitud de complementos que haya tenido lugar durante la vigencia del complemento por maternidad (desde 2016 a 3 de febrero de 2021) debe ser estimada. Ahora bien, ¿hasta cuándo deben retrotraerse los efectos económicos de dicho reconocimiento?, ¿debe reconocerse el complemento a alguien cuyo hecho causante es anterior al [RDL 3/2021](#) y lo solicita con posterioridad al mismo? Para responder a esas cuestiones, entendemos que hay que diferenciar varios escenarios:

A) Pensionista cuyo hecho causante tiene lugar después del 4 de febrero de 2021

El [RDL 3/2021](#) no deja lugar a dudas: la [disposición adicional primera](#) señala que el complemento para la reducción de la brecha de género se reconocerá a las pensiones causadas a partir de la entrada en vigor del RDL. Solo procede el nuevo complemento, sin que además nadie cuyo hecho causante sea anterior a esta norma pueda solicitarlo.

B) Pensionista cuyo hecho causante se produjo antes del 4 de febrero de 2021

A su vez, distinguiremos:

a) Solicitud del complemento por maternidad antes del 4 de febrero de 2021

Deberá resolverse positivamente, como ya hemos adelantado.

Respecto del alcance temporal de dicho reconocimiento, consideramos que es irrelevante que la solicitud se haya formulado antes o después de la publicación de la [STJUE](#) (17 de febrero de 2020). En efecto, hay que partir de que la doctrina del TJUE tiene efectos *ex tunc*, como tuvo ocasión de subrayar la [STC 145/2012, de 2 de julio](#), y también ha declarado en diversas ocasiones el propio TJUE: «la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación»⁶⁸, de modo que «los efectos de una sentencia de interpretación se remontan a la fecha de entrada en vigor de la norma

⁶⁸ [STJCE de 27 de marzo de 1980, asunto C-61/79, Denkvit italiana](#), apartado 16; y más recientemente [STJUE de 17 de marzo de 2021, asunto C-585/19](#).

interpretada»⁶⁹, lo que lleva a que pueda afirmarse que sus efectos son «*ex tunc*»⁷⁰. Por tanto, la interpretación que hagan los tribunales no debe acotarse temporalmente a la fecha de publicación de la sentencia.

Ahora bien, ello no quiere decir que los actos administrativos firmes contrarios al derecho comunitario sean nulos. Una sentencia prejudicial no declara la validez o invalidez de una disposición o de un acto, sino que se limita a interpretar el derecho de la Unión, pronunciándose sobre la compatibilidad de normas internas con las de la Unión Europea, «para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación relacionados con el derecho comunitario que le permitan apreciar la compatibilidad de dichas normas con la normativa comunitaria»⁷¹. Y en este caso considera que la [Directiva 79/7/CEE](#) del Consejo debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida. Pero no anula los actos administrativos declarados previamente, remitiéndose a la normativa nacional respecto a cómo proceder a la depuración del acto administrativo. Como dice la [STJUE de 13 de enero de 2004, asunto C-453/00, Kühne & Heitz NV](#):

Es preciso recordar que la seguridad jurídica es uno de los principios generales reconocidos por el derecho comunitario. La firmeza de una resolución administrativa, adquirida al expirar los plazos razonables de recurso o por agotamiento de las vías de recurso, contribuye a dicha seguridad y debido a ello, el derecho comunitario no exige, en principio, que un órgano administrativo esté obligado a reconsiderar una resolución administrativa que ha adquirido dicha firmeza.

Los tribunales deben interpretar la norma nacional conforme al criterio del TJUE. Pero esa interpretación solo puede realizarse, obviamente, si se cumplen los requisitos procesales que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes a un litigio relativo a la aplicación de dicha norma⁷². Como precisa el TJUE:

[...] una sentencia prejudicial no tiene un valor constitutivo, sino puramente declarativo, con la consecuencia de que sus efectos se remontan, en principio, a la fecha de entrada en vigor de la norma interpretada. En lo que se refiere al momento de inicio del plazo de prescripción, corresponde fijarlo, en principio, al derecho nacional, y una eventual declaración por el Tribunal de Justicia de la infracción del derecho de la Unión no afecta, en principio, a ese momento de inicio⁷³.

⁶⁹ [STJCE de 19 de octubre de 1995, asunto C-137/94, Richardson](#), apartado 36.

⁷⁰ [Núñez Lozano \(2017, p. 570\)](#).

⁷¹ [STJCE de 15 de diciembre de 1993, asunto C-292/92, Hünermund](#), apartado 8.

⁷² [STJUE de 22 de enero de 2015, asuntos acumulados C-401/13 y C-432/13, Balazs](#), apartado 49 y jurisprudencia citada.

⁷³ [STJUE de 28 de enero de 2015, asunto C-417/13, ÖBB Personenverkehr AG c. Gotthard Starjakob](#).

Descartamos, en consecuencia, que aquí sea de aplicación la [Ley 40/2015](#), ya que, cuando en su [artículo 32](#) preceptúa que la sentencia que declare el carácter de norma contraria al derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación en el «Diario Oficial de la Unión Europea», se refiere a desde cuándo habrá que indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a un particular por un normal o anormal funcionamiento de la Administración, siendo un supuesto diferenciado del derecho a prestaciones de la Seguridad Social.

Es un acto administrativo *ex novo*, porque para que un pensionista tenga derecho al complemento por maternidad es necesario que lo solicitara, sin que la solicitud inicial de la pensión sea suficiente (no se devengaba automáticamente por el mero hecho de cumplirse los requisitos para el acceso a la pensión complementada, sino que se condicionaba a haber tenido dos o más hijos/as biológicos o adoptados, siendo mujer).

El [artículo 60.1 de la LGSS](#) le confería, a todos los efectos, la naturaleza de pensión pública contributiva, aunque el derecho al complemento se sujetaba al régimen jurídico de la pensión en lo referente a nacimiento, duración, suspensión, extinción y, en su caso, actualización. Por tanto, una vez obtenida la pensión principal, nacía el derecho al complemento si se cumplían los requisitos específicos exigidos por el mismo.

Con esta lógica, queda claro que no se trata de una solicitud de revisión administrativa de actos sobre hechos inalterados, que permitiría aplicar la doctrina del TS que considera que la retroactividad debe ser al momento de la solicitud inicial. No se trata de rectificar un error material, de hecho o aritmético, sino una reclamación *ex novo* con base en una diferente interpretación del derecho. La doctrina del TS sobre cuándo hay error material avala este criterio, ya que hay error material solo y cuando es apreciable de manera directa y manifiesta, sin requerir pericia, interpretación o razonamiento jurídico alguno. Nos encontramos ante una divergencia en la interpretación jurídica, nada que ver con el error material.

En consecuencia, procede aplicar la retroacción de 3 meses máximo prevista en el [artículo 53.1 de la LGSS](#), siendo la norma especial que contiene el derecho de la Seguridad Social para regular el marco temporal de los efectos económicos de una pensión reconocida, o revisada, que se concreta en los 3 meses anteriores a la fecha de la solicitud, salvo que sea rectificación de un error, como hemos indicado.

Y ello tanto si el reconocimiento se produce antes como después del [RDL 3/2021](#), ya que el [artículo 1.4](#) de dicha norma (que viene a decir que quienes ya percibían el complemento mantendrían su percibo) no implica que solo puedan percibir el complemento quienes ya lo percibían, sino que los ya perceptores seguirán cobrándolo. Pero no excluye que otros puedan pasar a percibirlo, aunque el 4 de febrero no lo estuvieran haciendo, aunque solo sería el caso de las personas que lo hubieran solicitado con anterioridad a su supresión.

Precisamente, para supuestos en los que se había iniciado un procedimiento antes del 4 de febrero de 2021, las entidades gestoras han alegado en algún caso que el [artículo 60 de la LGSS](#) está derogado por el [RDL 3/2021, de 2 de febrero](#). Pues bien, tal pretensión ha sido sistemáticamente rechazada con base en que rige la normativa vigente en el momento de la solicitud, de modo que:

[...] no puede admitirse la afirmación del recurrente de que solo proceda el percibo del complemento de maternidad bajo la vigencia de la nueva legislación, de conformidad con la disposición transitoria trigésima de la LGSS, quienes el 4 de febrero de 2021 ya estuvieran percibiéndolo⁷⁴.

Para el TSJ de Asturias, esta nueva disposición transitoria «no excluye la aplicación de tal precepto para el reconocimiento del citado complemento a quienes, como el demandante en el presente procedimiento, tenían derecho al mismo, causaron la prestación a complementar e incluso lo solicitaron durante su vigencia»⁷⁵. Por tanto, aunque una primera lectura de la [disposición transitoria trigésima tercera de la LGSS](#) pudiera parecer que quiere dejar fuera a los que ya la hubieran solicitado o incluso a quienes estaban en espera de una sentencia, debe entenderse solo como prórroga del cobro de quienes ya eran perceptores; prórroga que tiene lugar hasta que por una nueva pensión pasen a percibir el complemento por brecha de género, en cuyo caso tendrán que optar por una de las dos.

b) Solicitud del complemento por maternidad después del 4 de febrero de 2021

Tanto si ya era pensionista como si solicita la pensión con posterioridad a esa fecha siendo el hecho causante anterior (las pensiones de jubilación y muerte y supervivencia son imprescriptibles, pueden solicitarse en cualquier momento), entendemos que no procede complemento alguno. El de brecha de género ya hemos señalado que la [disposición adicional primera](#) lo limita a hechos causantes posteriores al 4 de febrero de 2021. Y respecto del complemento por maternidad, ha sido suprimido por el [RDL 3/2021](#), por lo que no puede solicitarse un complemento que ha dejado de existir.

⁷⁴ Así, la Sala de lo Social del TSJ de Asturias precisa que el nuevo [artículo 60 de la LGSS](#):

[...] no es de aplicación al concreto supuesto que se somete a consideración de la sala en el recurso, dada la fecha de efectos de la pensión de jubilación, la de solicitud del complemento y la de denegación del mismo por parte del INSS (Sentencia 1479/2021, de 29 de junio),

dado que:

La petición presentada por el actor para la percepción del complemento es anterior a esa fecha, por lo que la modificación que introduce no impide el reconocimiento del derecho conforme a la normativa vigente al tiempo de la solicitud (Sentencia 1084/2021, de 18 de mayo, citada también por la STSJ de Extremadura 499/2021, de 29 de julio).

⁷⁵ STSJ de Asturias 1144/2021, de 18 de mayo; [1136/2021, de 18 de mayo](#); 1402/2021, de 22 de junio; 1515/2021, de 6 de julio; 1612/2021, de 13 de julio; 1723/2021, de 27 de julio.

La disposición transitoria trigésima tercera de la LGSS, añadida por el [artículo 1.4 del RDL 3/2021](#), indica que «[q]uienes en la fecha de entrada en vigor de la modificación prevista en el artículo 60 estuvieran percibiendo el complemento por maternidad por aportación demográfica mantendrán su percibo»⁷⁶.

Reiteramos que eso no quiere decir que solo podrán percibir el complemento quienes ya lo percibían, sino que la norma da respuesta a la situación de las personas que ya eran beneficiarias del mismo. Pero no excluye que otros puedan pasar a percibirlo, aunque el 4 de febrero no lo estuvieran haciendo, lo que es el caso de las personas que lo habían solicitado con anterioridad, como ya hemos señalado. Sin embargo, no se les puede reconocer a los solicitantes con posterioridad, aunque el hecho causante sea anterior. Lo contrario iría en contra del espíritu y la letra de la norma.

La cláusula temporal que se acoge está fuera de la técnica jurídica habitual en el derecho de la Seguridad Social, que suele fijar los efectos de una reforma sobre la fecha del hecho causante o sobre la de solicitud de una prestación. Si el [RDL 3/2021](#) hubiera querido que los pensionistas cuya pensión se hubiera causado antes de la nueva norma mantuvieran la posibilidad de solicitarla, podría haberlo contemplado. No se hace deliberadamente, lo cual compartimos, ya que la extensión de ese complemento solo ha servido para profundizar en la brecha de pensiones, beneficiándose incluso hombres que no cumplían los requisitos exigidos a las mujeres (jubilados anticipadamente de modo voluntario o antes de 2016), en no pocas ocasiones con pensiones máximas (no se olvide que este complemento permite superar el tope máximo) y, en definitiva, recurriendo a una figura que nació para compensar la brecha en pensiones de las mujeres, pero que, al introducir la desafortunada expresión de aportación demográfica, condujo al escenario actual, con el riesgo de mermar las frágiles arcas del sistema.

Tras la revisión de estas doscientas sentencias, concluimos que los efectos económicos del reconocimiento judicial del complemento por maternidad a los solicitantes debe ser el de 3 meses antes de su solicitud, sin que deba tener incidencia la fecha de la solicitud con un solo límite: y es la [entrada en vigor del RDL 3/2021](#) (a partir del cual desaparece el complemento en orden a nuevas solicitudes). Ello es así porque las sentencias interpretativas del TJUE tienen efectos *ex tunc*, pero ello no puede llevarnos a retrotraer los efectos al momento de la solicitud, sino que solo permite interpretar la norma conforme a la doctrina comunitaria desde la entrada en vigor de la misma, antes de la publicación de la [STJUE](#), pero exigiendo que el interesado reclame el derecho, y aplicando las reglas que se contemplan comúnmente en nuestro ordenamiento para la solicitud de una pensión.

⁷⁶ En caso de que se le reconozca una nueva pensión, tendrá que optar entre el complemento correspondiente a la nueva o el anterior, siendo incompatible la percepción de ambos.

La diferencia (invisible) que duele: sobrerrepresentación femenina en las fibromialgias y migrañas, subestimación judicial de su incapacitación laboral

A propósito de las Sentencias de los Tribunales Superiores
de Justicia de Galicia 3751/2021, de 8 de octubre, y de
Castilla-La Mancha 1512/2021, de 8 de octubre

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Extracto

Determinadas enfermedades de origen común, como migrañas o fibromialgias, afectan de forma prevalente a las mujeres. Sin embargo, ni la entidad gestora de las pensiones por incapacidad permanente ni los tribunales otorgan el suficiente reconocimiento prestacional a este tipo de situaciones, muy dolorosas y altamente incapacitantes en la realidad. El resultado es una importante brecha de sexo en esta rama de protección social, una nueva diferencia peyorativa para las mujeres especialmente grave, porque al dolor psicofísico se suma el de la incomprensión y desprotección social. En este comentario se hace una profunda revisión de la doctrina judicial española más reciente en esta materia.

Palabras clave: incapacidad permanente; migraña; fibromialgia; brecha de género.

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2022). La diferencia (invisible) que duele: sobrerrepresentación femenina en las fibromialgias y migrañas, subestimación judicial de su incapacitación laboral. A propósito de las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia 3751/2021, de 8 de octubre, y de Castilla-La Mancha 1512/2021, de 8 de octubre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 466, 233-249.

The (invisible) difference that hurts: over-representation of women in fibromyalgia and migraines, judicial underestimation of their incapacity for work

Regarding the Rulings of the High Courts of Galicia 3751/2021, of 8 October, and Castilla-La Mancha 1512/2021, of 8 October

Cristóbal Molina Navarrete

Abstract

Certain diseases that have a non-occupational cause, such as migraines or fibromyalgia, affect women in a prevalent way. However, neither the entity that manages pensions for permanent disability nor the courts grant sufficient recognition of benefits to this type of situation, which is very painful and highly disabling in reality. The result is a significant gender gap in this branch of social protection, a new pejorative difference for women that is especially serious, because the psychophysical pain is compounded by the lack of understanding and lack of social protection. This comment makes a profound review of the most recent Spanish judicial doctrine on this significant legal-social question.

Keywords: permanent disability; migraines; fibromyalgia; gender gap.

Citation: Molina Navarrete, Cristóbal. (2022). The (invisible) difference that hurts: over-representation of women in fibromyalgia and migraines, judicial underestimation of their incapacity for work. Regarding the Rulings of the High Courts of Galicia 3751/2021, of 8 October, and Castilla-La Mancha 1512/2021, of 8 October. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 466, 233-249.

En ti se ha descubierto la desnudez del padre, en ti han
humillado a la que estaba impura por su menstruación.

Libro de Ezequiel, 22:10. Antiguo Testamento

1. Marco normativo: persistente indiferencia de la legislación a las enfermedades feminizadas, de origen profesional o común

En los estertores del año pasado, un titular llamó mi atención: «[Media España está sangrando cada mes: ni médicos ni científicos saben aún por qué](#)». Una persona avezada habría entendido de inmediato que se refería a la menstruación femenina, pero yo no fui tan avisado. El fondo del artículo ya no me resultaba tan ajeno: el desinterés de la ciencia por el fenómeno menstrual, fuente de prejuicios desde tiempos bíblicos hasta nuestros días, no es más que la punta del iceberg de un problema mayor, cual es la persistencia del predominio del patrón androcéntrico en las cuestiones relativas a la salud, también respecto de los modos de enfermar. Las diferencias de sexo-género también en este ámbito siguen invisibilizadas y envueltas en prejuicios socioculturales.

Esa persistente indiferencia científico-médica por la perspectiva de sexo-género en las cuestiones de salud (y enfermedades) tiene su proyección en el ámbito jurídico, pese a lo proclamado, para la política de salud en el [artículo 27 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), y para la política de salud laboral en el [anexo del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre](#), regulador de los planes de igualdad. Esa continuada invisibilidad de las «diferencias de sexo-género que duelen» se produce en el ámbito preventivo de riesgos profesionales y en el campo de la protección económica, sea por contingencias profesionales sea por contingencias comunes. Centrados en este último ámbito, encontraremos una profunda paradoja: si en la protección por incapacidad temporal (IT) por contingencia o etiología común constatamos una manifiesta sobrerrepresentación de las mujeres, en virtud de patologías altamente relacionadas con dolores crónicos y altamente perturbadores para la calidad de vida personal y profesional, prevalentes, aunque no exclusivos de ellas, en el ámbito de protección por incapacidad permanente (IP) comprobaremos una profunda subestimación de este tipo de dolencias (síndromes y patologías).

Esta paradoja –que puede devenir contradicción normativa si se tiene en cuenta la ineffectividad que revela del principio de equidad de sexo-género en materia de salud– tiene causas normativas. Ni el [artículo 194 de la Ley general de la Seguridad Social](#) (LGSS) ni

–lógicamente– el nonato desarrollo reglamentario al que sigue remitiendo prestan la más mínima atención a esta perspectiva de sexo-género. Pero los motivos de estas deficiencias van más allá de las insuficiencias normativas, para arraigarse en deficiencias de tipo institucional y cultural, en la medida en que, de forma usual, ni los equipos de valoración de incapacidades (EVI) ni las entidades gestoras, en especial el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), asumen la necesidad de atender a esa diferencia de sexo-género. No es una opción de gestión, ni una cuestión típica de la mayor o menor «sensibilidad» hacia esta exigencia de equidad de género más allá de la pensión de jubilación, también en las de IP, sino de un deber de diligencia debida que pesa sobre su funcionamiento, al igual que para la jurisdicción, una vez que tiene que dilucidar los, cada vez más numerosos, pleitos relacionados con este tipo de patologías feminizadas, tanto como invisibilizadas, y sus efectos en términos de incapacitaciones para el trabajo (totales o absolutas).

Así se deriva de las [Recomendaciones internacionales del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer](#) (Comité CEDAW), máximo órgano de garantías de cumplimiento efectivo de los compromisos asumidos por España en el marco de la [Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer](#) (1979). Un deber de diligencia debida que la LOIEMH establece tanto para la autoridad administrativa (arts. 6 y 7), no solo la jurisdiccional ([art. 4](#); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –[STSJ de Canarias/Las Palmas de 27 de julio de 2021, rec. 867/2021](#)). En todo caso, esta tendrá la obligación de corregir la gestión administrativa que viva a sus espaldas. Si bien su aplicación no siempre es fácil, ni tan siquiera advertida por el órgano aplicativo, aun al máximo nivel (por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo –[STS- 798/2021, de 20 de julio](#), que revocó la STSJ de Madrid 820/2018, de 24 de septiembre –a mi juicio mucho más acertada desde un enfoque de equidad de género en materia de protección prestacional para la compensación a las madres de su sobrerrepresentación en el trabajo de cuidar, más aún en el caso de menores con enfermedad grave–), incluso cuando se trata de salas convencidas (por ejemplo, [STSJ de Canarias/Las Palmas de 22 de octubre de 2021, rec. 431/2021](#), con un razonado voto en contra, que niega el complemento de penosidad del colectivo de evaluación de la discapacidad, la mayoría mujeres).

Desde luego, no hay ni rastro de este deber de diligencia debida en cuestiones de protección social con perspectiva de género cuando el INSS se dedica a recurrir de forma sistemática cualquier decisión jurisdiccional de instancia que reconozca una IP, sea total o –aún más– si es absoluta en virtud de un diagnóstico principal, por supuesto nunca exclusivo, vinculado a algunos de estos síndromes y patologías, como migrañas y/o fibromialgia. En ambos casos –a menudo aparecen como concurrentes– estaríamos ante síndromes asociados a dolores crónicos y perturbadores del equilibrio biopsicosocial de las personas, con gran prevalencia en mujeres, para la vida personal y laboral, en un caso neuronales (migrañas) y en otro musculoesqueléticos, si bien son generalizados, aunando dolencias físicas a las psíquicas que suelen ir acompañando (fatiga crónica, problemas de sueño, síndromes ansioso-depresivos, consumos elevados de analgésicos y otros hipnosedantes, que contribuyen a su cronificación).

El profundo sesgo de género es una evidencia científica. En el caso de las migrañas, con una prevalencia de entre el 12,4 % y el 19,6 % en la población, principal causa de las consultas neurológicas, quinta enfermedad más incapacitante, presenta el triple de frecuencia para ellas¹. La causa principal que relaciona la migraña con la mujer, haciendo de ella una cuestión sociosanitaria de género, son las fluctuaciones en las hormonas sexuales. Antes de la pubertad, ambos sexos padecen esta patología por igual, a partir de la menarquia, la frecuencia de dolores de cabeza de origen migrañoso se triplica en las jóvenes. En suma, la evidencia científica sobre la migraña como patología dolorosa, crónica e incapacitante nos dice (merece la pena retenerlo, se verá adverbado en la mayoría de los relatos de hechos de centenares de sentencias existentes sobre ella)²:

- Prevalece en mujeres entre 20 a 40 años (época de mayor fertilidad).
- El 60 % de las mujeres con migrañas sin aura presenta crisis menstrual.
- Hasta un 80 % de las mujeres experimentan una mejoría durante el embarazo, durante los 2 últimos trimestres, que desaparece tras el parto.
- Durante la perimenopausia (previo a la menopausia) vuelve a empeorar el cuadro para ceder durante el climaterio, pudiendo llegar a desaparecer a partir de los 2 años del inicio de la menopausia en 1 de cada 3 mujeres.
- Al pasar los 45 años se complica con otros problemas de salud (obesidad, hipertensión, ansiedad, depresión..., son frecuentes compañeras de viaje).
- Como la fibromialgia, la migraña conlleva trastornos psíquicos: depresión –3 veces más frecuente–, ansiedad –5 veces–. De ahí la relevancia de la psicoterapia, pero domina la automedicación, cronificando la migraña. El abuso de analgésicos se halla en el 90 % de los casos, contribuyendo a la prevalencia de consumo de hipnosedantes entre las mujeres en España [[Encuesta de consumos de sustancias en el medio laboral \(2013-2014\)](#)].

El estado de la evidencia científica en torno a la [prevalencia de sexo respecto de la fibromialgia o el síndrome de fibromialgia \(SFM\)](#) es análogo. Trastorno complejo (se relaciona con diversas patologías y síndromes), crónico y con unos efectos de incapacidad muy elevados, porque causa dolor y rigidez en los músculos, tendones y ligamentos junto con fatiga crónica, la prevalencia en las mujeres, con mayor riesgo de desarrollar fibromialgia, también se relaciona con alteraciones hormonales. Aun debutando en la juventud, la fibromialgia se desarrolla por completo cuando se acerca la menopausia. Las pacientes con SFM (a menudo con síndrome premenstrual) tienden a desarrollarlo con mayor intensidad en situaciones vitales estresantes (lo que al sexo añadimos el género).

¹ Vid. [Navarro Pérez et al.](#) (2020).

² Vid. [Glezerman](#) (2017).

Sin embargo, sigue ensombrecido el conocimiento de las causas (etiologías) y sus terapias (tratamientos a seguir para mejorar la vida personal y laboral). Tanto la migraña como la fibromialgia presentan síntomas similares a otras dolencias, identificándose más los síntomas, en especial un intenso dolor. De ahí, no solo su problematicidad a la hora de valorarlas como fuente de incapacidad laboral, sino también la frustración que suele acumularse, en las personas que las padecen y en las personas profesionales que deben defender sus pretensiones. Por supuesto, y sin confundir los diversos conceptos de discapacidad e incapacidad laboral ([STSJ de Castilla y León de 28 de mayo de 2021, rec. 732/2021](#)), ni la migraña ni la fibromialgia figuran en la lista de enfermedades del [Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre](#). Ambas pueden –desde las normas generales– valorarse sea como causa de incapacidad laboral (disminución de la capacidad laboral) sea como causa de discapacidad (disminución de las capacidades para la vida diaria).

En suma, puedan calificarse o no propiamente como discriminaciones indirectas por razón de género, no parece dudoso que asistimos a una doble brecha de género en esta rama de pensiones, las de IP, más aguda incluso que en las de jubilación: por la infrarrepresentación de estas situaciones en las pensiones por IP a raíz de este estado de subestimación de pretensiones, de un lado, y la reducida protección económica en los casos en que se reconoce, por las bajas bases reguladoras que frecuentemente concurren, a su vez resultado de la brecha retributiva. Lo verificaremos en la siguiente revisión de la doctrina judicial más reciente en esta materia.

Precisamente, por «lo raro» o poco frecuente del reconocimiento judicial (en la vía administrativa es rarísima *avis* –insiste en la valoración del dolor como algo subjetivo, imposible de acreditar objetivamente, aunque reúna el máximo de los 18 puntos-dolor–) de estos padecimientos típicamente femeninos, aun recurrentes en la práctica, suele tener eco mediático cuando sucede (también por el comprensible interés del despacho jurídico en darse a conocer en términos de *marketing* profesional). Atención mediática mayor a más elevado es el grado de la IP reconocida. Si escasos pero en aumento son los casos de [reconocimiento de la IP total](#), son apenas un puñado los de [concesión de una IP absoluta](#), tanto en la instancia social (Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Sevilla de 2 de marzo de 2021, autos 1/2021), como [en la suplicación social](#). Casi siempre en casos de demanda de mujeres. En ocasiones, las personas beneficiarias de la IP absoluta (con fibromialgia y/o con migrañas) son hombres, [en instancia](#) y [en suplicación](#) (por migraña crónica refractaria a tratamiento farmacológico, solo analgésico –[STSJ de Asturias 1537/2021, de 6 de julio](#)–; o [fibromialgia](#)).

2. Los casos: la evidencia científica confirmada en los relatos de hechos probados

En el caso de la [STSJ de Castilla-La Mancha 1512/2021, de 8 de octubre](#), la trabajadora es agente comercial, de 53 años. La base reguladora (BR) es de 1.016 euros. Su cuadro

clínico residual: padecimiento, desde hace años, de dolencias, dentro de una situación «multipatógena», por fibromialgia, con 18 de 18 puntos de dolor difuso y en múltiples inserciones musculares, fatigabilidad, astenia, deterioro cognitivo, sueño no reparador y migrañas sin aura, con frecuencia de 2 días a la semana. Se hallaba en seguimiento por «equivalente migrañosos prolongados» en forma de episodios de hormigueos en la cara y en ambos miembros superiores, que aumenta con el estrés (temblor psicofisiológico exacerbado).

En el asunto de la [STSJ de Galicia 3751/2021, de 8 de octubre](#), se trata de una mujer auxiliar de ayuda a domicilio, de 32 años. La BR es de 938,21 euros. Su cuadro clínico residual, según el EVI –en los informes periciales presentados por la trabajadora las dolencias serían más acusadas e incapacitantes en algún grado–: SFM, migrañas y obesidad, con limitaciones orgánicas y funcionales, pero sin ser suficientes para la incapacidad laboral permanente, solo temporal en periodos álgidos de dolor. Presenta también algunos síntomas de síndrome ansioso-depresivo.

Estos datos confirman aspectos clave de la evidencia científica esbozada, aunque la práctica forense social la orille. De un lado, la prevalencia de mujeres jóvenes (la mayor intensidad se da entre los 38-45 años), aunque el umbral mínimo se rebaje un poco (la auxiliar de ayuda a domicilio tenía 32 años) y el máximo se eleve (aunque la fibromialgia prevalece en las mujeres entre 40-60 años). De otro, se confirma una trayectoria de bajas duraderas por IT, con dolores crónicos y de importante intensidad y frecuencia, perdiendo mucha calidad de vida. Finalmente, confirma que la migraña y la fibromialgia, relacionadas con el estrés y factores musculoesqueléticos, suelen darse conjuntamente. En el mismo sentido: SSTSJ de la [Comunidad Valenciana 1874/2020, de 26 de mayo](#) (dependiente –el INSS la considera exenta de estrés–); o [Castilla y León/Valladolid de 25 de marzo de 2021 \(rec. 1334/2020\)](#) (embaladora de pizarra de 53 años) y de [17 de junio de 2021 \(rec. 262/2021\)](#) (mujer de 54 años que trabaja con personas con discapacidad).

Sin embargo, en los dos asuntos seleccionados para un estudio en profundidad del estado del arte interpretativo y calificador de las patologías feminizadas relativas a la migraña crónica (a veces una causa de despido por ineptitud sobrevenida) y a la fibromialgia, no está presente otro elemento que sí suele estar en el análisis científico-clínico: el carácter refractario a la mayor parte de los tratamientos (atenuantes al inicio, abriendo la tolerancia, pero terminando fallidos), psíquicos y farmacológicos, de ahí el alto consumo de analgésicos, que en ocasiones los informes periciales consideran «exagerados» (fuente de un daño psicofísico-social colateral). Pese a esta constatación científico-médica, la práctica administrativa se resiste, exigiendo agotarlos, incluso los alternativos y, por tanto, más inciertos e incluso de difícil acceso; también la judicial (por ejemplo, SSTSJ de la [Comunidad Valenciana 3644/2020, de 20 de octubre](#) –ordenanza municipal–; o [Cataluña 3444/2020, de 15 de julio](#) –trabajadora del cuerpo de gestión procesal–).

3. Doctrina judicial: ni por sí, ni conjuntamente, migraña y fibromialgia son, aquí, causas de IP absoluta, si acaso total

Para la [sentencia de la sala gallega de nuestro diálogo](#), la migraña y fibromialgia que sufre la joven auxiliar de ayuda a domicilio, confirmando la dictada en instancia, no sería constitutiva de incapacidad laboral permanente en ningún grado ex [artículo 194 de la LGSS](#). Por supuesto, eso sí, sin perjuicio de recordarnos que, en el futuro, si la evolución del estado patógeno de la trabajadora y su dolor crónico se hace más intenso, cabría la revisión. Ahora, tendrá que conformarse con la IT en los «periodos álgidos». La sala no tiene a bien modificar el relato de hecho conforme a otros informes periciales presentados por la defensa de la trabajadora, en los que se informaría de una:

[...] clínica compatible con un síndrome ansioso depresivo asociado a un cuadro de dolor crónico generalizado de larga evolución (desde el 2017) con 18 puntos (+/18) de dolor (puntos-gatillo), con múltiples tratamientos y mejoría solo parcial, incluso con la toma de opiáceos. Con historial de torticolis congénito que se ha agravado debido a los movimientos continuados que ha de realizar en su trabajo. La paciente no estaría, pues, capacitada para el desarrollo de su actividad laboral como cuidadora de personas mayores.

Para la sala, debe prevalecer la valoración de la instancia del dictamen del EVI sobre la prueba pericial de parte.

Algo más benévola es la [sala castellanomanchega de nuestra glosa](#), porque negará que concurren las razones que permitirían calificar las dolencias de la agente comercial como IP absoluta, que es la petición principal, pero sí deben ser calificadas como IP total. En efecto, tanto consideradas ambas aisladamente, como si la migraña y la fibromialgia se valoran «de forma conjunta, y sin perjuicio de una posterior agravación», pese a que la trabajadora ya acredita una afectación máxima del SMF (18 puntos-gatillo), no tendrían el efecto incapacitante pretendido. El dolor crónico general, localizado esencialmente en zonas musculares, tendinosas, articulares, estaría en un estadio moderado, no severo. Por tanto, no acredita imposibilidad para el desarrollo adecuado de cualquier ocupación, sino solo para la profesión actual. Los denominados puntos-gatillo (puntos dolorosos), que en el cuerpo humano totalizan 18, serían solo un método de diagnóstico de la fibromialgia, pero no determinarían, *per se*, el grado de incapacitación de cada persona que la padece, aun en su máxima intensidad. En suma, la incapacidad laboral depende de la disfunción laboral, no de la gravedad de la dolencia.

Concretamente, atendiendo a la «[Guía de valoración profesional](#)» del INSS, tanto las dolencias como las secuelas padecidas sí inciden de forma directa en el desarrollo de las principales funciones que configuran y definen su ocupación de agente comercial. Las funciones implican unos requerimientos físicos (visión; agudeza y campo visuales), así como «una carga

mental de grado 3», junto con una carga biomecánica traducida en la necesidad de bipeDESTACIÓN dinámica, así como en la concurrencia de permanentes sobrecargas cervicales y de los miembros superiores e inferiores, que quedan altamente «mediatizadas y limitadas por las dolencias físicas y psíquicas padecidas». Por lo tanto, se le reconoce el derecho a una pensión de IP total equivalente al 55 % de su BR (BR: 1.016 €), esto es, la pírrica cantidad de 558,8 euros. Pese a estar en una edad cercana, no hay pronunciamiento alguno en torno a la eventual mejora prevista para la modalidad de «IP total cualificada socialmente» en el [artículo 196.2, párrafo segundo, de la LGSS](#) (incremento del 20 % «cuando por su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presume la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior»).

4. Trascendencia jurídico-social: subestimación, infravaloración y continua falta de perspectiva de género en la calificación de migrañas y/o SFM

4.1. ¿Rectificación regresiva o normalizadora?: pasos atrás en la doctrina judicial e imposibilidad (fáctica) de unificación de doctrina

Aun con fallos parcialmente diferentes, uno algo más benévolo que otro, ambos son el fiel reflejo de una orientación muy rígida en la aplicación de la normativa reguladora de esta cuestión calificadoradora ex [artículo 194 de la LGSS](#). Y es que en ambos pronunciamientos se refleja, en el segundo incluso de forma explícita, un cierto cambio de orientación por parte de la doctrina judicial en este ámbito. En los albores de este siglo, todavía había un significativo número de decisiones judiciales que, con un doble fundamento, jurídico (precedentes) y científico (criterio diagnóstico del American College of Rheumatology, de la década de los años noventa del siglo pasado: un mínimo de 11 puntos de dolor permite reconocer una IP total, en ciertos casos), asumía el criterio objetivado de los puntos-gatillo.

Sería el caso, por ejemplo, de la [STSJ de Madrid de 27 de febrero de 2006 \(rec. 118/2006\)](#) (cita otros precedentes de la propia sala). Asimismo, podemos encontrar, en aquel tiempo, otra línea de doctrina judicial que relativizaba incluso este criterio diagnóstico, de modo que reconocía una IP para las fibromialgias inespecíficas, esto es, las diagnosticadas no solo al margen de su gravedad (severidad), sino incluso de una repercusión funcional intensa sobre la capacidad laboral. En estos casos prevalece la constatación de un cierto (ni siquiera máximo) umbral de puntos-dolor, sumado a otras circunstancias, como el historial de dolor (por ejemplo, [SSTSJ de Madrid de 6 de marzo de 2006, rec. 5594/2005](#) –cita otros precedentes–, y [Cantabria de 17 de abril de 2007, rec. 268/2007](#) –que hace lo propio–).

Ahora bien, progresivamente, estas corrientes interpretativas desaparecieron. Tras una revisión, no impuesta en unificación de doctrina por su imposibilidad declarada (por ejemplo, Autos del TS de [3 de noviembre de 2021, rec. 994/2021](#), y de [27 de octubre de 2021, rec. 3891/2020](#) –ambos para situaciones relativas a SFM de trabajadoras de distintas profesiones–), sino por la convergencia de las doctrinas de suplicación, el estado del arte interpretativo viró a favor de aplicar de forma estricta el [artículo 194 de la LGSS](#) y su doctrina jurisprudencial más general o común, según la cual prima en la calificación el impacto en las capacidades laborales y no la severidad de la enfermedad origen de aquellas. La cita sería larguísima, por lo que bastará una muestra ilustrativa de las últimas, como la [STSJ de Madrid 295/2020, de 27 de mayo](#) (rechaza la IP absoluta pedida por una teleoperadora con migraña crónica del tipo SUNCT, pero reconoce una IP total: 476 € –55 % de 867 €–), o la [STSJ de Castilla y León/Valladolid 455/2021, de 29 de septiembre](#) (confirma la IP total –989 €: 55 % de una BR de 1.799 €–, para una enfermera de 50 años –lumbalgia, migraña, trastorno adaptativo y depresión–)³.

Cierto, puede pensarse, conforme a la mayoría de la doctrina científica, que se trata de una corrección debida, en virtud del recto entendimiento clásico del [artículo 194 de la LGSS](#). Ni la determinación de incapacidades laborales se presta a criterios automáticos de calificación, ni el loable intento de objetivación matemática del dolor podría ser un criterio determinante. Tampoco el puro historial (larga duración) del sufrimiento ni su carácter eventualmente definitivo (por ser refractario a tratamientos).

Ahora bien, no menos cierto resulta, a mi entender, que tal lectura restrictiva y normalizadora omite por completo la relevancia del criterio hermenéutico de sexo que prevalece en este ámbito de cuestiones calificadoras de las incapacidades laborales, que no debe agotarse en el ámbito de las contingencias profesionales. La obligada relectura del [artículo 194 de la LGSS](#) y su normativa reglamentaria a la luz del canon de sexo-género exige modular este enfoque refractario a criterios más generales y objetivados, so pena de crear más de una brecha de género en esta rama de pensiones, vinculando la diligencia debida en materia de equidad de sexo a las entidades gestoras y a la autoridad judicial. No solo en el ámbito empresarial, como suele asumirse⁴, debe jugar estas exigencias para evitar actuaciones que pueden terminar creando discriminaciones indirectas por razón de sexo. La evidencia científica y la prueba estadística así lo requieren, pese a una total invisibilidad o ignorancia, no ya solo infravaloración, en la experiencia forense.

³ Por ejemplo, SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de [27 de septiembre de 2021 \(rec. 1005/2021\)](#) (confirma la IP total para una costurera de 43 años, en régimen de trabajadora autónoma) y de [17 de junio de 2021 \(rec. 262/2021\)](#) (confirma la IP absoluta –unos 715 €– a una trabajadora de 54 años y cuidadora de personas con discapacidad), etc.

⁴ Vid. [Montoya Medina \(2020\)](#).

4.2. Pese al aumento de casos, y el lento avance del reconocimiento de la IP total, la subestimación sigue siendo la posición dominante

En otro caso parece claro que la tendencia de política jurisdiccional del derecho de Seguridad Social en la rama de pensiones por IP más general será la desestimatoria (por ejemplo, citadas SSTSJ de la [Comunidad Valenciana 3644/2020, de 20 de octubre](#) –rechaza la IP total para ordenanza municipal con SFM asociado a migraña crónica–, y [Cataluña 3444/2020, de 15 de julio](#) –para trabajadora del cuerpo de gestión procesal, síndromes depresivos con migrañas de larga evolución y respuesta negativa a múltiples tratamientos–, o [La Rioja 71/2020, de 18 de junio](#) –vendedora de ropa en régimen de autónomos/as; la migraña converge con procesos depresivos, dolores articulares y proceso oncológico–, entre otras muchas). Por lo tanto, en la mejor de las hipótesis, la expectativa de justicia social en este ámbito se agotará, en la práctica totalidad de los casos, en que las mujeres obtengan una IP total. El crecimiento exponencial de las demandas por este tipo de dolencias para su reconocimiento de una pensión de IP no va seguido, pues, de un incremento de las estimaciones, pese al gran eco mediático que tienen los –escasos– supuestos de éxito máximo –reconocimiento de una IP absoluta–, sino que, a lo más, muestra un lento avance de las IP calificadas genéricas (ni siquiera las calificadas).

Este sería el caso de la [sentencia castellanomanchega analizada](#), o el de otras muchas dictadas –con creciente profusión– en los 3 últimos años. En la jurisdicción del TSJ de Madrid destacamos la ya citada [Sentencia 295/2020, de 27 de mayo](#), y en la del de Castilla-La Mancha de interés también su [Sentencia 252/2020, de 20 de febrero](#) (reconoce, tras revocar el rechazo en la instancia, una IP total a una peluquera autónoma, adverando la importancia de los padecimientos psíquicos –orillados por la instancia, como en tantas ocasiones en múltiples fallos, igualmente de suplicación–, hasta el punto de considerar que solo será apta para trabajos sin estrés –difícil le pone, entonces, encontrar otro trabajo–). A veces, más de las que se debieran, la trabajadora se encontrará con la gran frustración de ver cómo, tras un largo proceso judicial (recuérdese que estos asuntos no gozan de prioridad alguna, y a veces se demoran años), vuelve a la casilla de salida: la suplicación revoca la decisión de instancia que le reconoció el máximo grado de IP.

Entre otras, destaca la [STSJ de Madrid 708/2020, de 1 de octubre](#). En este caso, una trabajadora de ayuda a domicilio con 54 años, a la que se le había reconocido la IP total (515 €), con un cuadro clínico complejo y doloroso (problemas de movilidad y articulares, típicos de la profesión de ayuda a domicilio, mayor a una determinada edad; migraña crónica, SFM, trastorno adaptativo; discapacidad del 39 %) y tratamientos agresivos (tratamiento botulínico), vio truncado su derecho, tras recurrir –como siempre– el INSS. La sala exhibe una lectura en extremo rígida de la doctrina jurisprudencial. De un lado, al contrario que la instancia, no considera agotada la eficacia de los tratamientos, de modo que siempre queda la IT para los periodos más álgidos de dolor. De otro, en cuanto al estado de ánimo deprimido, valora que igualmente es susceptible «[...] de tratamiento farmacológico y psicoterapéutico». Por

tanto, no puede calificarse la situación en grado alguno de IP (FJ 2.º). Como vemos, la sala tiene una visión de «cuasi heroínas humanas» de quienes padecen estas dolencias, siempre resistentes y esperanzadas en tratamientos (¿tendrá algo que ver que la mayoría son –resignadas– mujeres?).

Un estudio detenido de la experiencia judicial, realizado, pero que no podemos exponer con detalle, evidencia que este enfoque de exigencia expresa o implícita de un «plus de resiliencia», además de «lucha por el derecho de justicia equitativa», está muy presente en decenas de decisiones de esta guisa. Por supuesto, la experiencia forense es extensa y hallamos casos de toda clase.

En efecto, no faltan supuestos en los que la migraña o la fibromialgia actúan como patógenos que permiten pasar de IP total a IP absoluta. Por ejemplo, por citar un caso reciente, de interés la [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 8 de marzo de 2021 \(rec. 1815/2020\)](#). En el caso –paradójicamente– es hombre, de profesión visitador médico, con graves problemas visuales, agravados con migraña crónica, pasó al 100 % de la BR (2.851,41 €). ¿Tendrá algo que ver esta condición de varón? Sea como fuere, lo cierto es que la mayoría de las decisiones tienen un signo de rechazo, con un resultado más negativo para las mujeres por su prevalencia. Sería el caso de la [STSJ de Cantabria 730/2021, de 5 de noviembre](#) (ni la migraña ni la fibromialgia imposibilitarían a la trabajadora, reparadora de vehículos a motor, en régimen de autónoma, realizar su profesión⁵). O la [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 21 de enero de 2021 \(rec. 1170/2020\)](#) (cuadro de asma e hipoacusia de teleoperadora con migrañas, para la que la posibilidad de seguir conversaciones y el adecuado control del dolor mediante inyecciones de toxina botulínica y bajas por IT en periodos álgidos serían suficientes).

4.3. De la subestimación a la infravaloración protectora: ¿se crean «bolsas de pobreza pensional femenina» en la rama de IP?

Quienes tengan la amabilidad de leer estas páginas y prestar atención a ciertos datos deslizados en el texto pueden preguntarse: ¿por qué el dato de la BR? Quienes conocen la

⁵ En la misma línea de rechazo de todo grado de IP, aun con un formidable despliegue teórico sobre las diversas posibilidades de reconocimiento, y una síntesis de los diversos supuestos (2018-2021) en los que ha venido reconociendo, o denegando, situaciones de incapacitación según los niveles de fibromialgia y sus patologías asociadas, de gran interés doctrinal las SSTSJ de Cantabria [660/2021, de 15 de octubre](#) (FJ Único), y [312/2021, de 30 de abril](#). La [STSJ de Cantabria 748/2021, de 11 de noviembre](#), niega todo grado de IP en el caso de una comercial de seguros, puesto de inspectora (con una alta BR), porque el trastorno alimentario está estable y la migraña crónica no sería suficientemente incapacitante. Conforma su doctrina a modo de derecho de precedentes, si bien orientativos, no vinculantes, lógicamente, sirviéndoles de pauta que intenta llevar mayor certeza en un terreno que, como reconoce expresamente, es dominio de la «ley del caso concreto». *Vid.* [STSJ de Cantabria 532/2021, de 13 de julio](#) (aunque en este caso sí reconoció la IP total a una trabajadora de ayuda a domicilio).

Seguridad Social lo saben. La reducida cuantía para la pensión de IP total en general tendrá un efecto multiplicador del déficit de protección económica por el impacto de la brecha retributiva de género: las bases reguladoras serán, normalmente –no siempre⁶–, más bajas que las de los hombres (brecha de género en pensiones por IP absoluta derivada de la brecha retributiva).

En consecuencia, incluso en los –escasos– supuestos de éxito judicial (IP total), el resultado alimenta una bolsa de pobreza femenina pensional por IP total. No por casualidad la pensión media por IP común para personas de 60 años es de 508 euros/mes (unos 7.120 €/año). Por lo tanto, del problema de la subestimación de las patologías de mayor incidencia femenina como incapacitantes (sesgo de sexo) pasamos a la infravaloración protectora, esto es, el déficit de protección económica que lleva a alimentar las brechas de género (redundan o no en auténtica discriminación indirecta por razón de género). También la edad prevalente de los casos que llegan a los tribunales perjudicará esta protección: la máxima intensidad del dolor llega antes de los 55 años, por lo que, dada la interpretación restrictiva reglamentaria del [artículo 196.2 de la LGSS](#), ni siquiera comparece, con la mínima frecuencia que debiera, la modalidad de IP total cualificada. Por ello, incluso si se tratara de IP absoluta –rara vez, se insiste–, tampoco se corregiría esta insuficiencia, a raíz del efecto de la brecha retributiva en el mercado laboral. Aunque, lógicamente, percibir el 100 % de la BR significaría una mejora protectora significativa⁷.

Los ejemplos son múltiples. La [STSJ de Madrid 295/2020, de 27 de mayo](#), reconoció el 55 % de 867,26 euros/mes. La [STSJ de Asturias 2050/2019, de 18 de octubre](#), expresión de una política jurisdiccional, minoritaria, pero creciente, revisora de decisiones de instancia tan restrictivas que niegan todo grado de IP, reconocerá a una administrativa (migraña crónica, trastorno adaptativo depresivo, dolor diario, tratamiento botulínico fallido, aun intentado pese al temor que generaba) una pensión de 857,45 euros/mes. No en primera instancia, que solo reconoció la IP total, sino tras el recurso, que declaró una IP absoluta. El INSS, siguiendo la propuesta del EVI, no reconoció grado alguno de IP. Para la sala, el carácter diario de la migraña y el trastorno psíquico constituyen una IP absoluta (FJ 4.º).

⁶ Por ejemplo, en el caso de la [STSJ de Cataluña 849/2021, de 10 de febrero](#), la BR de la trabajadora era de 2.500 euros, por lo que la IP absoluta se situaba claramente muy por encima de la media, por supuesto también del salario mínimo interprofesional.

⁷ Por ejemplo, [STSJ de Castilla y León/Burgos 45/2021, de 18 de febrero](#) (auxiliar de enfermería geriátrica, de 58 años), revoca la sentencia de instancia que no reconoció ningún grado y declara la IP total (BR: 785,58 €/mes). La [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 9 de noviembre de 2017 \(rec. 1120/2017\)](#) reconoce una IP absoluta a la trabajadora con «síndrome de sensibilidad química múltiple» (exposición limitada a productos químicos o ambientales en los que existan ciertas partículas o sustancias); síndrome de fatiga crónica de grado III; fibromialgia grado II; síndrome de sensibilidad central; y trastorno ansioso-depresivo y adaptativo secundario a patología somática. O el caso de la [IP absoluta reconocida a la gerente de 30 años que padecía fibromialgia, junto a otros padecimientos psíquicos](#).

En línea análoga, la [STSJ de Asturias 1416/2019, de 26 de junio](#), para una trabajadora autónoma (ganadera), revocó la sentencia de instancia, que negó todo grado de IP –aún había margen para los tratamientos, pese a lo fallido de los intentados durante un largo tiempo, como reprobó la sala–, para reconocer el –cada vez más típico– grado de IP total⁸. ¿Cuánto de protección real asegura este «éxito judicial»? La «friolera» pensión del 55 % de una BR de 758 euros/mes, es decir, inferior a una pensión no contributiva. ¿El problema es solo para las trabajadoras autónomas, que cotizan por bases mínimas en su mayoría, como se sabe⁹? No. Ya hemos visto que es general, también para las trabajadoras por cuenta ajena y en trabajos feminizados. Sería el caso de la [STSJ de Madrid 708/2020, de 1 de octubre](#), para trabajadoras de ayuda a domicilio, o el de la [STSJ de Castilla y León/Burgos 45/2021, de 18 de febrero](#), para una auxiliar de enfermería geriátrica, de 58 años –en este caso sí jugó la IP cualificada–. También reveladora la [STSJ de Cantabria 648/2021, de 8 de octubre](#), que reconocerá la IP total a una esteticista, con una BR de 600 euros/mes¹⁰.

Cierto, no cabe olvidar que en el ámbito de la IP total jugará el régimen de favor hacia las compatibilidades –de la pensión con otro empleo–. Pero no menos cierto es que seguirán las dificultades: los obstáculos para hallar un nuevo empleo, más a partir de los 50 años, de un lado; la menor retribución probable, por la brecha retributiva, de otro. Estos factores reales deberían tenerse en cuenta por la ley (con una inclusión expresa de mejora de la norma hoy prevista para IP total cualificada) o, en tanto aquella llega, por la doctrina judicial y jurisprudencial, obligada a reinterpretar las normas conforme al canon de género (igualdad de resultados entre sexos-géneros), también en la rama de pensiones por IP y respecto de dolencias muy dolorosas e incapacitantes como resultan, en la realidad, las migrañas crónicas y/o las fibromialgias.

⁸ La sentencia confirma la evidencia científica: «los múltiples fármacos lejos de mejorar la situación parecen contribuir a la perpetuación» (FJ 4.º).

⁹ En este mismo ámbito, de interés la [STSJ de Castilla-La Mancha 1003/2019, de 27 de junio](#): reconoció una IP total a una trabajadora, masajista y esteticista, también autónoma, con fibromialgia y migraña crónica, por una BR de 735 euros/mes (FJ 2.º). Refiere a la «[Guía de valoración profesional](#)» del INSS, 3.ª edición, 2014, código CNO-11:5812, Especialistas en tratamientos de estética, bienestar y afines (incluidos masajistas no terapéuticos), pp. 642 y 643; con importante requerimiento de bipedestación estática (3/4), y carga biomecánica a nivel de columna cervical y dorsolumbar (3/4), y en menor medida pies y tobillos (2/4). La [STSJ de Cantabria 617/2021, de 29 de septiembre](#), reconoció una IP total a una auxiliar administrativa del 55 % de una BR de 818,93 euros.

¹⁰ O la [STSJ de Cantabria 411/2021, de 3 de junio](#), que confirma la IP total para una trabajadora, vigilante de comedor escolar, que sufre migraña crónica, en un cuadro clínico de pérdida de agudeza visual. En este caso, la BR es de tan solo 742,26 euros/mes. Evidentemente, aquí tendrá que desempeñar su función protectora la técnica de solidaridad correspondiente a los complementos por mínimos, lo que explica también la alta sobrerepresentación de las mujeres (efecto asistencial feminizado de la protección «contributiva»).

4.4. Una tercera deficiencia protectora: los desajustes entre la calificación de seguridad social (IP) y laboral (ineptitud sobrevenida)

Pero el déficit de protección, en la práctica, es mayor. Hay una tercera deficiencia protectora derivada del desajuste entre la calificación de seguridad social (incapacidad laboral) y laboral (ineptitud). La visión restrictiva en la calificación de ciertas dolencias con prevalencia femenina como causantes de algún grado de IP contrasta con una cierta visión amplia de la causa extintiva relativa a la ineptitud sobrevenida ([art. 52 Estatuto de los Trabajadores –ET–](#)).

En consecuencia, la inexistencia de mayores conexiones (como podría venir de un mayor desarrollo del [art. 25 Ley de prevención de riesgos laborales](#) y, por tanto, de las políticas de adaptación de los puestos de trabajo a las situaciones de las personas), o de situaciones intermedias de protección, hace especialmente gravosa la situación¹¹. Ciertamente, en la medida en que en este ámbito están en juego derechos fundamentales (arts. 14 y 15 Constitución española, en relación con un sistema multinivel de protección muy potente, tanto en el seno del derecho de la Unión Europea como en el de la Constitución social de Europa, la [Carta Social](#)), la doctrina judicial y jurisprudencial podría desplegar una determinante función correctora aplicando una doble perspectiva de género y salud en los entornos laborales. Un buen ejemplo de ello es, aunque en aspectos diferentes, la [STSJ de Cataluña 4380/2021, de 14 de septiembre](#) (como [se comentó en el número de noviembre](#), declara la nulidad del despido de teleoperadora de baja por IT –en este caso espondilosis, por tanto, un tipo de dolencia muy diferente a las aquí tratadas: se trata de la patología derivada del desgaste cervical y lumbar por la edad–, al tratarse de una política de empresa que estigmatiza las bajas por enfermedad).

Sin embargo, lamentablemente, no encontramos tampoco una reacción judicial acorde con estas exigencias. Ilustrativa resulta la [STSJ de La Rioja 111/2020, de 3 de septiembre](#). En este asunto, la trabajadora (auxiliar de enfermería) fue contratada para prestar servicios como cuidadora y en el turno de noche (de 23:00 a 8:00 h). En horario diurno (turnos de mañana y/o tarde), el personal técnico lo hace en el puesto de «auxiliar especializado» y ostentan la categoría de auxiliares educativos.

La trabajadora (temporal y parcial) sufre migraña crónica refractaria al tratamiento con toxina botulínica. Mediante informe médico se recomienda evitar el turno de noche. Presentada a la empresa la solicitud de un cambio de turno, pasando al diurno, por causa médica,

¹¹ Las SSTS de [2 y 10 de julio de 2012](#) (recs. 3256/2011 y 2900/2011, respectivamente) recuerdan, además, que la profesión habitual:

[...] no se define en función del concreto puesto de trabajo que se desempeñaba, ni en atención a la delimitación formal del grupo profesional, sino en atención al ámbito de funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que se realiza o puede realizarse dentro de la movilidad funcional.

se remite a vigilancia de la salud. A resultas del informe, que fue de apta con limitaciones, el servicio de prevención emitió otro donde aprecia ineptitud permanente para el conjunto de las tareas. De modo que fue despedida por ineptitud sobrevenida ex [artículo 52 del ET](#). Presentada la demanda, se declaró procedente por la instancia.

La sala de suplicación la revocará y declarará el despido improcedente, al entender que la empresa tenía un margen razonable de adaptación flexible de la organización a las circunstancias de salud de la trabajadora, a fin de facilitar «su recolocación en el turno de día, para cuyas tareas se encuentra perfectamente cualificada, y siendo que las dolencias que padece hacen de todo punto necesaria la evitación del trabajo nocturno» (FJ 5.º). En consecuencia, la sala asume la posición de la trabajadora, basada en el «principio de estabilidad en el empleo», primando el derecho a conservarlo. Pero, como es evidente, si declara la improcedencia y no la nulidad, el despido se consumará y solo quedará la tutela monetaria. Sin entrar ahora en profundidades, parece muy discutible esta doctrina y creemos que es un nuevo «ejemplo» de ausencia de la debida perspectiva de género a la hora de enjuiciar este tipo de situaciones, de gran prevalencia en la mujer.

4.5. ¿Y el «varón migrañoso» y/o con fibromialgia es visible judicialmente?: un reconocimiento más infrecuente, pero de mayor cuantía económica

Como ya se indicó, la prevalencia de la mujer en estas dolencias no descarta que haya casos de padecimientos por los hombres, que, naturalmente, también merecerán la protección del derecho de la Seguridad Social. Lógicamente, su visibilidad en estrados será notablemente menor, porque más reducida es su prevalencia. No obstante, aunque menos frecuentes que respecto de las mujeres, conociendo también amplias negativas¹², no pueden tenerse como raros los reconocimientos judiciales para ellos de una IP (incluso absoluta) asociada a migrañas y/o fibromialgia.

Por referirnos a casos recientes, la [STSJ de Asturias 1537/2021, de 6 de julio](#), confirma la IP absoluta, por contingencia común, a un trabajador de mantenimiento eléctrico y 44 años, del 100 % de su BR (2.013,36 €/mensuales) por una situación patológica con fuertes migrañas crónicas. En una línea análoga, su [Sentencia 1977/2021, de 13 de octubre](#), también reconocerá la IP a un conductor autónomo aquejado por fibromialgia, pero en este caso no en el grado absoluto, sino de total:

¹² Por ejemplo, rechaza el reconocimiento de esta patología como causa de incapacidad laboral la reciente [STSJ de la Comunidad Valenciana 646/2021, de 25 de febrero](#), en un caso de un trabajador con diversas patologías articulares (lumbalgias, cervicalgias), incluyendo una de migraña crónica y tratamiento con infiltraciones periódicas.

A la vista de tal exploración, y aun asumiendo que la medicación pautada para las dolencias padecidas por el actor es elevada, y que la misma no consigue paliar sus efectos, no podemos considerar que la situación que este presenta le impida el desempeño de toda profesión u oficio (FJ 5.º).

Por su parte, la [STSJ de Cantabria 263/2021, de 16 de abril](#), reconoce una IP absoluta del 100 % de su BR (1.917,79 €) a un trabajador (también conductor de camiones) con cefaleas a diario, con importantes dolores de cabeza y mareos, sin respuesta a los múltiples cambios de tratamiento. También está diagnosticado de migraña con aura y padece lapsus de memoria. El actor sufre una sintomatología ansioso-depresiva, como irritabilidad, crisis de pánico, astenia, tristeza, aislamiento, falta de intereses, apatía y abandono de actividades habituales. Tuvo un episodio de riesgo autolítico. La patología psiquiátrica presenta una mala respuesta al tratamiento.

En fin, aunque con notable menor prevalencia, tampoco los hombres quedaríamos extramuros del riesgo de padecer migrañas y/o fibromialgia. Eso sí, si tuviésemos que ir a los tribunales, y lográramos algún tipo de éxito judicial, siquiera fuese el de una IP total, la protección económica sería notablemente mayor que para las mujeres en los mismos o análogos casos. Dado que su prevalencia en estas situaciones es muy elevada, parece igualmente claro que el resultado es una profunda fractura de protección, alimentando no solo brechas de género en pensiones por IP, sino también inquietantes «bolsas de pobreza femenina pensional», que la vigencia efectiva del nuevo complemento de reducción de la brecha de género ([art. 60 LGSS](#)), también aplicable a las pensiones por IP, no está en condiciones de cerrar. En consecuencia, se necesitarán «nuevas baladas», nuevos fragmentos, de derecho (justo) de la Seguridad Social con perspectiva de género, sea de derecho legal (hoy sometido a profundas reformas, pero sin asumir la transversalidad de esta perspectiva), sea vivo (derecho jurisprudencial).

Resiliencia organizativa: la fuerza de la compasión y el altruismo

Zina Barghouti Abrini

*Investigadora predoctoral. Departamento de Administración de Empresas y Marketing.
Universidad Jaume I*
barghout@uji.es | <https://orcid.org/0000-0003-2190-4204>

Jacob Guinot Reinders

*Contratado doctor. Departamento de Administración de Empresas y Marketing.
Universidad Jaume I*
guinotj@uji.es | <https://orcid.org/0000-0002-4008-7150>

Ricardo Chiva Gómez

*Catedrático de Organización de Empresas. Departamento de Administración de Empresas y Marketing.
Universidad Jaume I*
rchiva@uji.es | <http://orcid.org/0000-0001-9525-8220>

Este trabajo ha sido finalista del **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

Recientemente se ha expuesto la necesidad de un cambio de paradigma en las ciencias organizacionales que incluye un cambio de egocentrismo a la interconexión. Este nuevo paradigma de gestión emergente y con carácter humanista considera que las personas integrantes de la organización no solo están motivadas por el interés propio, sino también por valores centrados en terceros, como el altruismo y la compasión por los/las demás. Esta propuesta alternativa plantea la necesidad de una perspectiva más humanista para la gestión empresarial. Con base en este enfoque, en este estudio exploramos las consecuencias de la compasión y el altruismo en el lugar de trabajo para promover el desempeño de la empresa, utilizando la resiliencia organizativa como una variable mediadora. Con este fin, aplicamos un modelo de ecuación estructural a una muestra de empresas altamente innovadoras de diferentes sectores. Los resultados confirman que sentir el sufrimiento de los otros/as conlleva a un clima laboral basado en el altruismo. Y este clima hace que la fuerza laboral sea más resiliente a los cambios, lo que aumenta el rendimiento de la empresa. Por lo tanto, este estudio supone un avance en la literatura al descubrir algunos beneficios de promover la compasión y el altruismo en las organizaciones.

Palabras clave: compasión; altruismo; resiliencia organizativa; desempeño organizacional.

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

Cómo citar: Barghouti Abrini, Zina; Guinot Reinders, Jacob y Chiva Gómez, Ricardo. (2022). Resiliencia organizativa: la fuerza de la compasión y el altruismo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 466, 251-277.



Organisational resilience: the power of compassion and altruism

Zina Barghouti Abrini

Jacob Guinot Reinders

Ricardo Chiva Gómez

Abstract

Recently, the need for a paradigm shift in organisational science has been exposed, which includes a shift from egocentrism to interconnectedness. This new, emerging, humanistic management paradigm considers that organisational members are not only motivated by self-interest, but also by other-centred values such as altruism and compassion for others. This alternative proposition raises the need for a more humanistic perspective to business management. Based on this approach, in this study we explore the consequences of compassion and altruism in the workplace for promoting firm performance, using organisational resilience as a mediating variable. To this end, we apply structural equation modelling to a sample of highly innovative firms from different industries. The results confirm that feeling the suffering of others leads to a work climate based on altruism. And this climate makes individuals in the organisation more resilient to change, which increases the performance of the company. This study therefore advances the literature by uncovering some of the benefits of promoting compassion and altruism in organisations.

Keywords: compassion; altruism; organizational resilience; firm performance.

Citation: Barghouti Abrini, Zina; Guinot Reinders, Jacob y Chiva Gómez, Ricardo. (2022). Organisational resilience: the power of compassion and altruism. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 466, 251-277.



Sumario

1. Introducción
 2. Marco teórico
 - 2.1. Compasión
 - 2.2. Altruismo
 - 2.3. Resiliencia
 3. Hipótesis del estudio
 - 3.1. La relación entre compasión y altruismo
 - 3.2. La relación entre altruismo y desempeño organizacional
 - 3.3. El efecto mediador de la resiliencia organizativa entre el altruismo y el rendimiento organizacional
 4. Metodología
 - 4.1. Recolección de muestra y datos
 - 4.2. Medidas
 - 4.3. Estadísticas descriptivas y fiabilidad de las escalas de medición
 5. Análisis de datos y resultados
 6. Conclusiones
 - 6.1. Limitaciones y orientaciones futuras de la investigación
- Referencias bibliográficas

Nota: los autores agradecen a la Universidad Jaume I (ref. UJI-A2019-22), a la Generalitat Valenciana (ref. GV/2021/088) y al Ministerio de Ciencia e Innovación español (ref. PID2020-116299GB-I00) su apoyo financiero para la realización de este proyecto de investigación. Asimismo, Zina Barghouti agradece a la Universidad Jaume I la financiación de su beca predoctoral (FPI UJI).

1. Introducción

En el entorno hostil, masculino, competitivo e individualista en el que se desenvuelven las empresas, cuestiones como el rendimiento individual, la agresividad o la competitividad se han considerado esenciales para el éxito organizativo y de las personas que las integran. En consecuencia, el interés académico y las prácticas empresariales han dejado de lado la exploración y el desarrollo de otros valores y comportamientos con un mayor enfoque en la ayuda o el cuidado del resto (Kanov, 2021; Rynes *et al.*, 2012). Sin embargo, en los últimos años, varios estudios han reseñado un cambio de paradigma en las ciencias de la organización, la teoría y la práctica de la gestión (por ejemplo, Guinot Reinders *et al.*, 2016; Pirson y Lawrence, 2010; Rynes *et al.*, 2012). Este paradigma alternativo de gestión considera que los individuos de la organización están motivados no solo por el interés propio, sino también por valores centrados en el resto, como el altruismo y la compasión por los/las demás. Por lo tanto, estos avances sugieren que es necesaria una perspectiva más humanista en la gestión y destacan la importancia de los comportamientos altruistas para promover el funcionamiento de la organización.

De acuerdo con este paradigma alternativo, en los últimos años algunas investigaciones académicas han comenzado a explorar la relevancia del altruismo y la compasión en los entornos organizacionales (por ejemplo, Guinot Reinders *et al.*, 2015; Mallén Broch *et al.*, 2015; Van Emmerik *et al.*, 2005). Como sugieren Worline y Dutton (2017b), la compasión en el trabajo –es decir, empatizar con el sufrimiento de otro/a y actuar voluntariamente para aliviar su dolor– se relaciona positivamente con capacidades colectivas como la innovación, el aprendizaje organizativo, la productividad y el rendimiento. Los resultados en este ámbito de la investigación parecen prometedores debido a los efectos positivos de los sentimientos compasivos en las organizaciones y el personal laboral (por ejemplo, Dutton *et al.*, 2014; Guinot Reinders *et al.*, 2020; Lilius *et al.*, 2008; Worline y Dutton, 2017a). Así, Engstrom y Cedar (2011) encontraron que un estilo de liderazgo compasivo estaba relacionado con niveles más altos de rendimiento organizacional.

Igualmente, la literatura refleja algunos de los beneficios del altruismo en las organizaciones. El altruismo se considera la tendencia permanente a pensar en el bienestar y los derechos de otras personas, sentir preocupación y empatía por ellas y actuar de una manera que beneficie a esas personas (Organ, 1988; Van Emmerik *et al.*, 2005). Asimismo, el altruismo se incluye como una dimensión esencial del comportamiento de ciudadanía organizacional (denominado OCB en siglas procedentes del inglés: «*organizational citizenship behavior*»). El OCB se define como «un comportamiento individual discrecional y no reconocido directa o explícitamente por el sistema formal de recompensas, que,

en conjunto, promueve el funcionamiento eficiente y eficaz de la organización» (Organ, 1988). Varios estudios (por ejemplo, Guinot Reinders *et al.*, 2016; Organ, 1988, p. 8) revelan que el altruismo en las organizaciones –es decir, los comportamientos discrecionales que tienen el efecto de ayudar a otra persona específica con una tarea o problema relevante para la organización– mejora el aprendizaje organizacional, reduce el conflicto interpersonal, aumenta la confianza, crea un clima de apoyo mutuo y conduce al bienestar. Por lo tanto, parece que las empresas que crean un entorno de trabajo basado en el altruismo promueven el aprendizaje, que está fuertemente vinculado a la resiliencia. La resiliencia organizativa implica la capacidad de una organización para anticiparse, prepararse, responder y adaptarse al cambio y a las perturbaciones repentinas con el fin de sobrevivir y prosperar (Riulli y Savicki, 2003). También, Comfort (1994) define la resiliencia organizativa como una capacidad de adaptación dinámica de la organización que crece y se desarrolla con el tiempo. El término se ha aplicado recientemente en la ciencia organizativa como un concepto clave que podría ayudar a las organizaciones a sobrevivir en entornos competitivos, difíciles o volátiles (por ejemplo, Lengnick-Hall *et al.*, 2011; Riulli y Savicki, 2003). Más concretamente, se ha demostrado que la resiliencia organizativa tiene un efecto positivo en el rendimiento de las empresas, ya que ayuda al personal laboral a satisfacer las necesidades respecto al cliente, a aprovechar oportunidades que de otro modo podrían perderse, a actuar con rapidez y eficacia en situaciones de amenaza y crisis (por ejemplo, Lengnick-Hall *et al.*, 2011; Rodríguez Sánchez *et al.*, 2019).

Por lo tanto, nuestro objetivo en este estudio es descubrir si la resiliencia organizativa puede explicar los aparentes efectos positivos de la compasión y el altruismo en el rendimiento de la empresa. Aunque se han realizado algunos avances académicos sobre el tema de la compasión y el altruismo en entornos organizativos, es evidente que se necesita más investigación (Kanov, 2021; Mallén Broch *et al.*, 2015). Nuestra revisión de la literatura revela una escasa atención a estos temas, a pesar de las propuestas que indican sus efectos positivos para el funcionamiento organizacional (Kanungo y Conger, 1990, 1993; Lilius *et al.*, 2011). En consecuencia, este estudio pretende dar un paso adelante en la literatura de gestión al desvelar algunas consecuencias de la compasión y el altruismo en las organizaciones. En particular, el modelo propuesto en esta investigación intenta ofrecer un posible camino para aumentar el rendimiento de la empresa basado en el poder de la compasión y el altruismo entre los integrantes de la organización. Para abordar esta propuesta de investigación, se ha realizado un análisis cuantitativo de una muestra de empresas españolas con alta capacidad innovadora. Específicamente, utilizamos modelos de ecuaciones estructurales en una muestra de 300 casos de diferentes sectores para probar las direcciones de relaciones en este estudio.

Después de esta introducción, presentaremos una breve revisión teórica de los conceptos más relevantes de este estudio, como la compasión, el altruismo y la resiliencia. Luego, se proponen 3 hipótesis. Posteriormente, se describe la metodología utilizada en el estudio. Finalmente, se informan los resultados y se discuten las implicaciones y limitaciones del estudio, junto con propuestas para futuras investigaciones.

2. Marco teórico

2.1. Compasión

La compasión es un tema que no es nuevo, es un concepto ya estudiado en el ámbito religioso, filosófico y sociológico. Sin embargo, este concepto ha sido introducido recientemente dentro del mundo de las organizaciones y *management* por Peter Frost en 1999. Este autor reclamaba la importancia de compasión en los lugares de trabajo para superar el dolor y el sufrimiento de las otras personas. La sugerencia de Frost (1999) ha despertado el interés, y varios estudios se han centrado en el análisis de la compasión. Por ejemplo, Kanov *et al.* (2004), que definen la compasión como un proceso en el cual una persona o grupo siente empatía por el sufrimiento de otro/a, y dicha empatía le permite actuar desinteresadamente para aliviar el sufrimiento. Por lo tanto, la compasión es un proceso que consta de cuatro partes: (1) darse cuenta de que el sufrimiento está presente en una organización, (2) hacer sentido del sufrimiento de una manera que contribuya a un deseo de aliviarlo, (3) la sensación de preocupación empática para la gente que sufre, y (4) la adopción de medidas para aliviar el sufrimiento de alguna manera (Guinot Reinders *et al.*, 2020; Worline y Dutton, 2017a). Asimismo, la compasión se puede entender como una reacción de origen emocional, de una persona ante el sufrimiento de otra, con la finalidad de reducir dicho sufrimiento sin esperar nada a cambio (Lilius *et al.*, 2008). Por lo tanto, la compasión es un proceso interpersonal que implica actuar de forma voluntaria para aliviar el sufrimiento de otra persona (Dutton *et al.*, 2014).

Por otro lado, Kanov *et al.* (2004) sugieren que la compasión se caracteriza por tres subprocesos claves: notar (percibir que alguien sufre), sentirse (sentimiento de empatía) y responder (acción para reducir el sufrimiento). Así como, la compasión requiere de unos procesos para pasar de ser solo una reacción individual a una colectiva. Dichos procesos serían: propagación, legitimización y coordinación; aspectos que ayudarían a entender la dinámica de la compasión en las organizaciones.

Esta investigación se dirige al estudio de la compasión a nivel de las organizaciones. En este sentido, la compasión a nivel organizacional se entiende como un proceso en el cual las personas de la organización reconocen de forma colectiva el dolor que está presente, lo comparten, expresan su empatía y actúan de manera colectiva (Lilius *et al.*, 2011). Este reconocimiento colectivo del sufrimiento conlleva acciones para aliviar el dolor (Lilius *et al.*, 2011).

También, la compasión en la organización podría facilitar algunos procesos que contribuyen a la creación de recursos, el fortalecimiento de creencias y valores compartidos, y el cultivo de las habilidades relacionales clave (Guinot Reinders *et al.*, 2020). La mejora de estos procesos conlleva que el personal laboral sea más empático y actúe para reducir el dolor de las personas (Dutton *et al.*, 2006). Por lo tanto, la compasión entre los integrantes tendría efectos positivos en tres pilares de la organización. Por un lado, la compasión ayudaría a la renovación de recursos (como la confianza, altruismo, relaciones interpersonales...);

por otro lado, ayudaría al fortalecimiento de los valores y creencias compartidas; y, por último, ayudaría al desarrollo de habilidades relacionales.

Las organizaciones podrían desempeñar programas para mejorar la compasión organizacional. Por ello, Guinot Reinders *et al.* (2020) sugieren ciertos programas para promover la compasión a nivel organizacional. Por ejemplo:

[...] las organizaciones pueden crear un fondo donde los empleados pueden optar por contribuir regularmente que brinde apoyo financiero para otros empleados que están pasando por una emergencia económica o que faciliten que los empleados puedan donar tiempo de vacaciones a otros empleados que enfrentan una emergencia familiar.

Así, la compasión es un fenómeno que mejora las capacidades humanas que son necesarias para que una organización tenga éxito. De la misma manera, la compasión conlleva el intercambio de emociones entre las personas, y esto conlleva, a su vez, comportamientos altruistas, y ayuda mutua (Dutton *et al.*, 2006). Así pues, las organizaciones se podrían transformar en lugares de sanación, donde se recibe la compasión para aliviar el sufrimiento (Kanov *et al.*, 2004). En este sentido, la compasión dentro de las organizaciones es un fenómeno muy poderoso de sanación y fuerza (Guinot Reinders *et al.*, 2020).

2.2. Altruismo

La palabra «altruismo» (del latín *alter*, «otro») fue acuñada por Auguste Comte en la década de 1830 como un término general para designar la atención al resto. El altruismo se puede definir como la predisposición a pensar sobre el bienestar y los derechos de otras personas (Guinot Reinders *et al.*, 2015). En otras palabras, el altruismo se refiere al aumento del bienestar del otro/a, no del propio (Van Emmerik *et al.*, 2005). Se entiende, por tanto, como un sacrificio personal que se hace por el bien de las personas. Además, se considera como un valor que se adquiere voluntaria e intencionalmente. Es decir, la intención de ayudar sin esperar ninguna recompensa a cambio (Guinot Reinders *et al.*, 2015).

Así pues, el altruismo se considera como un comportamiento ético que agrada y satisface a otras personas (Van Emmerik *et al.*, 2005); busca aumentar el bienestar de otro/a, no el propio; es voluntario e intencional, destinado a ayudar a alguien más; y no espera recompensa externa (Simmons, 1991). Por lo tanto, se trata de una conducta voluntaria motivada por el deseo de ayudar a otra persona, donde no se anticipa ningún beneficio externo, incluso aunque suponga un riesgo para nosotros mismos. El objetivo es apoyar a otra parte sin esperar una recompensa a cambio (Van Emmerik *et al.*, 2005). Ser altruista es un comportamiento orientado a reducir la vulnerabilidad de otros/as, aun cuando puede requerir reducir nuestro propio bienestar para ayudar a una persona (Simmons, 1991).

Más específicamente, dentro de las organizaciones, el altruismo se refiere a los comportamientos voluntarios dirigidos a ayudar a otra persona con una tarea o problema

organizativamente relevante (Organ, 1988). Implica ayudar a otras personas con problemas relacionados con el trabajo e incluye acciones como «ayudar a resolver un problema», «cubrir la posición de otra persona» y «guiar y ayudar a las personas nuevas que se incorporan a la empresa» (Smith *et al.*, 1983). Como ejemplos más concretos, entre los comportamientos altruistas en las organizaciones podemos mencionar algunas acciones como ayudar a la integración lingüística de compañeros/as que no conocen bien el idioma y facilitar así su adaptación al puesto; ayudar con las tareas al personal que se encuentra en un estado de estrés; ayudar en cuestiones fuera del ámbito laboral, como colaborar en la mudanza de algún compañero/a o recoger a sus hijos/as del colegio.

En los últimos años, algunas investigaciones han comenzado a mostrar los beneficios del altruismo en las organizaciones. Por ejemplo, la evidencia muestra que los comportamientos altruistas impulsan los niveles de confianza dentro de la organización (Guinot Reinders *et al.*, 2015). Los comportamientos basados en la generosidad y ayuda conducen a la creación de relaciones interpersonales basadas en la confianza mutua. Asimismo, los comportamientos altruistas mejoran el bienestar, salud y longevidad, así como la integración social dentro de las empresas (Post, 2005). Por otra parte, el altruismo produce un estilo de vida más activo que contrarresta las presiones culturales hacia el aislamiento social, y una mayor presencia de emociones positivas (Post, 2005). Además, los comportamientos altruistas permiten reducir la ansiedad y el miedo (Growald y Luks, 1988).

2.3. Resiliencia

El concepto de «resiliencia» se ha definido como:

[...] el proceso mediante el cual un actor (un individuo, una organización o una comunidad) construye y utiliza sus dotaciones de capacidad para interactuar con el entorno de una manera que ajusta y mantiene el funcionamiento positivo antes, durante y después de la adversidad (Williams *et al.*, 2017, p. 742).

En términos muy similares, Riolli y Savicki (2003) definen la resiliencia como un fenómeno que apoya a sobrevivir y prosperar en entornos difíciles y volátiles. En otras palabras, la resiliencia se refiere a la capacidad de una persona, grupo, comunidad y organización para superar ciertas circunstancias difíciles y continuar proyectando el futuro. Por lo tanto, no solo se concibe como una característica individual, sino que también puede estudiarse desde un punto de vista colectivo (Rodríguez Sánchez *et al.*, 2019). De hecho, en los últimos años, varios estudios (por ejemplo, Lengnick-Hall *et al.*, 2011; Riolli y Savicki, 2003) han aplicado este término en análisis relacionados con la gestión de la organización.

A nivel organizacional, la resiliencia se refiere a la recuperación de la organización en entornos difíciles, cambiantes o volátiles. Investigadores/as como Comfort (1994) o Riolli y Savicki (2003) conciben la resiliencia organizacional como una capacidad dinámica que crece y se desarrolla dentro de la organización. Lengnick-Hall y Beck (2005) sugieren que la

construcción de resiliencia dentro de las organizaciones es de vital importancia para comprender, afrontar y responder a situaciones de crisis. Por lo tanto, se entiende por resiliencia la capacidad de recuperarse de la incertidumbre, de la adversidad, del conflicto y del fracaso (Luthans, 2002). Y esta capacidad de recuperación en momentos difíciles permite a las organizaciones reaccionar ante cambios inesperados (Rodríguez Sánchez *et al.*, 2019).

Por otra parte, Lengnick-Hall *et al.* (2011) sugieren que el desarrollo de la resiliencia requiere de relaciones de trabajo basadas en la comunicación, la colaboración, la confianza y la participación. Es decir, crear un entorno a través del cual las personas se capaciten y se apoyen mutuamente para crecer en todo su potencial. Por lo tanto, la resiliencia está vinculada a una gestión estratégica de los recursos humanos dirigida a fomentar un clima organizacional saludable que ayude a la organización a superar las dificultades (Rodríguez Sánchez *et al.*, 2019).

La literatura indica que la resiliencia individual es una competencia esencial para alcanzar el éxito en el mundo actual (Näswall *et al.*, 2013). No obstante, la resiliencia organizacional sigue siendo una variable poco explorada en la literatura organizacional. Existen pocos estudios sobre la relación entre la capacidad de recuperación de la organización y su impacto en los resultados dentro de la organización. Por esta razón, autores como Lai *et al.* (2016) manifiestan la necesidad de estudiar y descubrir los sistemas de gestión de recursos humanos necesarios para que las organizaciones sean resilientes en entornos cambiantes y volátiles. Por ejemplo, se ha demostrado que hay prácticas que mejoran la capacidad de recuperación del personal laboral; entre estas prácticas se destaca el equilibrio entre la vida profesional y la vida personal (Vera *et al.*, 2017). Es decir, cuando a la persona empleada se le proporciona un equilibrio entre su trabajo y su vida personal, su capacidad de recuperación es mayor ante situaciones difíciles.

Por lo tanto, las organizaciones pueden contribuir mediante sus prácticas de recursos humanos a crear un capital humano más resiliente. No en vano, autores como Taleb (2012) manifiestan que aquellas organizaciones que crean un clima basado en confianza, honestidad y respeto suelen ser organizaciones más resilientes a los cambios. En esta misma línea, Rodríguez Sánchez *et al.* (2019) revelan en su estudio que la resiliencia organizacional está positivamente vinculada con prácticas de compromiso hacia las personas empleadas, y esto, a su vez, mejora el desempeño de la empresa. Parece, por tanto, que la resiliencia organizacional es una variable que incide significativamente sobre el éxito de la organización. Sin embargo, todavía es un campo de investigación por explorar.

3. Hipótesis del estudio

3.1. La relación entre compasión y altruismo

A pesar de la escasez de estudios sobre la compasión en el trabajo, existen pruebas de su importancia para las organizaciones. Por ejemplo, la literatura de los últimos años ha

sugerido que la compasión puede impulsar el compromiso de la fuerza laboral, mejorar las relaciones interpersonales, crear emociones positivas y fomentar la atracción del personal (Dutton *et al.*, 2006; Guinot Reinders *et al.*, 2020; Lilius *et al.*, 2011). Asimismo, estudios como los de Worline y Dutton (2017b) sugieren que la compasión en el trabajo conlleva ventajas que podrían beneficiar a la empresa y a sus integrantes. Entre ellas, crear una fuerza laboral capaz de ayudar al resto en los momentos necesarios, personas trabajadoras más leales a la empresa y más productivas (Guinot Reinders *et al.*, 2020; Lilius *et al.*, 2011). Por otro lado, Dutton *et al.* (2014) sugieren que aquellas organizaciones que promueven la compasión en el trabajo tienden a fomentar una serie de actitudes, emociones y comportamientos positivos entre la fuerza laboral, como el compromiso colectivo, la cooperación o la confianza.

La compasión desencadena un conjunto de acciones de ayuda y un sentimiento o estado de preocupación empática para aliviar el dolor de otra persona (Kanov *et al.*, 2004). En otras palabras, la compasión lleva a detectar el dolor que sufren los integrantes y conduce a acciones voluntarias para aliviar ese dolor o sufrimiento. Así, cuando una persona detecta el sufrimiento o el dolor del resto, actúa y ayuda inmediatamente, de forma voluntaria y sin esperar nada a cambio (Worline y Dutton, 2017b). En un entorno compasivo, el ser humano puede sentirse más predispuesto a ayudar a otras personas. Por lo tanto, la ayuda puede entenderse como un rasgo distintivo de los entornos de trabajo impulsados por la compasión. En este contexto, el interés por el bien de las personas está por encima del interés propio. Este interés por el bienestar puede incluir respuestas de ayuda dirigidas únicamente a beneficiar a otros/as, aunque no estén en una situación de sufrimiento. Esto implica, por ejemplo, dar consejos, compartir conocimientos o facilitar la incorporación de empleados/as. Así, proponemos que un clima de apoyo a la compasión puede ser una condición previa para la expresión de conductas de ayuda en cualquier circunstancia, no solo referida a la respuesta surgida por el sufrimiento ajeno. Esto nos lleva a sugerir que la compasión en el trabajo está positivamente relacionada con la proliferación de comportamientos altruistas entre la fuerza laboral. En consecuencia, proponemos la siguiente hipótesis:

H₁: «La compasión en el trabajo está positivamente relacionada con el altruismo».

3.2. La relación entre altruismo y desempeño organizacional

Como se ha mencionado anteriormente, el altruismo se concibe como un comportamiento voluntario de ayuda, empatía y cuidado de las personas sin esperar ninguna recompensa. Más específicamente, el altruismo en las organizaciones ha sido considerado como un fenómeno organizacional que puede desencadenar ciertos procesos, como una mayor disposición a aceptar y comprender las opiniones de otras personas, y procesos de toma de decisiones más participativos (Guinot Reinders *et al.*, 2015). A su vez, cuando las personas se comportan de forma altruista, ayudando voluntariamente a otro/a en una tarea, aumenta la interacción entre las partes (Loi *et al.*, 2011). Esto da lugar a un proceso de toma de

decisiones más participativo y a comportamientos de asunción de riesgos que están vinculados a algunos procesos organizativos, como la capacidad de aprendizaje, que ayuda al buen funcionamiento de la organización (Guinot Reinders *et al.*, 2016).

Por otro lado, ayudar o cooperar con el resto puede aumentar el intercambio de información, el diálogo y la comunicación (Guinot Reinders *et al.*, 2015). Cuando existen altos niveles de comunicación e información compartida en la organización, sus miembros pueden estar más preparados para tomar decisiones y aceptar responsabilidades y riesgos, lo que puede aumentar el funcionamiento organizativo. De hecho, un ambiente de trabajo basado en el altruismo despierta ciertos sentimientos en el personal laboral, como el de sentirse apoyado, atendido y valorado en los momentos en que lo necesita (Batson y Shaw, 1991). En este clima organizativo de apoyo, el personal puede sentirse más comprometido con la organización y dispuesto a compartir sus habilidades y conocimientos (Han *et al.*, 2010).

De este modo, un ambiente de altruismo en las organizaciones parece estar relacionado con algunos comportamientos, sentimientos y procesos organizacionales que pueden mejorar el desempeño de la empresa. Así, algunos trabajos empíricos han mostrado una relación positiva entre el OCB, que implica altruismo en las organizaciones, y el desempeño organizacional (Podsakoff y MacKenzie, 1997; Sun *et al.*, 2007; Walz y Niehoff, 1996). Sin embargo, aunque la investigación empírica respalda ampliamente esta relación, existe una falta de evidencia sobre cómo algunas formas específicas de OCB están relacionadas con el rendimiento (Guinot Reinders *et al.*, 2016; Organ *et al.*, 2006). Por consiguiente, nuestro objetivo es explorar el efecto directo del altruismo (como una forma de OCB) en el rendimiento de la empresa. En consecuencia, se propone la siguiente hipótesis:

H₂: «El altruismo está positivamente relacionado con el desempeño de la empresa».

3.3. El efecto mediador de la resiliencia organizativa entre el altruismo y el rendimiento organizacional

Aunque la mayoría de las pruebas empíricas indican que los OCB influyen positivamente en el rendimiento organizativo, es necesario seguir investigando para examinar a fondo los mecanismos a través de los cuales se produce esta relación (Guinot Reinders *et al.*, 2016; Organ *et al.*, 2006). Como sugirieron Organ *et al.* (2006), los OCB, como el altruismo, podrían tener diferentes efectos sobre el rendimiento dependiendo de las variables mediadoras que influyan en dicha relación. En consecuencia, proponemos una vía que podría arrojar luz sobre la relación altruismo-rendimiento.

A su vez, investigaciones recientes han sugerido que el altruismo podría estar vinculado positivamente a la resiliencia, ya que el altruismo o la preocupación por los demás aumenta la capacidad de responder a los acontecimientos estresantes y de superar la adversidad (Leontopoulou, 2010; Southwick *et al.*, 2016). Por lo tanto, en un ambiente de trabajo

basado en el altruismo –caracterizado por la ayuda interpersonal y la compasión hacia el dolor de las personas–, el personal recibe más atención y asistencia de las personas compasivas, lo que crea las condiciones necesarias para el aprendizaje organizacional y los cambios transformadores (Guinot Reinders *et al.*, 2016; Lemmon y Wayne, 2015). En otras palabras, un clima de altruismo parece promover mecanismos de afrontamiento que ayudan a la organización a adaptarse y recuperarse más fácilmente de circunstancias estresantes y adversas. Así, parece que algunos comportamientos como el altruismo pueden facilitar la recuperación organizativa de situaciones complejas y difíciles. De este modo, la organización podría emerger en una posición más fuerte tras la exposición a eventos traumáticos, lo que sugiere que el altruismo puede ayudar a las organizaciones a avanzar en el desarrollo de su capacidad de resiliencia.

Asimismo, en el mercado actual, turbulento, sorprendente, inestable y en continua evolución, la literatura del *management* ha destacado la importancia de la capacidad de resiliencia organizativa para lograr resultados organizativos positivos (por ejemplo, Coutu, 2002; Kantur y İşeri Say, 2012; Lengnick-Hall *et al.*, 2011). De hecho, la capacidad de resiliencia se caracteriza por ser un activo organizativo esencial para sobrevivir en el entorno empresarial actual, ya que hace que las empresas sean más flexibles, adaptables, competitivas y conscientes de los errores del pasado (Vogus y Sutcliffe, 2007). Como resultado, se puede esperar que las organizaciones resilientes tengan niveles más altos de rendimiento de la empresa, especialmente en condiciones de mercado turbulentas (Lengnick-Hall *et al.*, 2011). Sin embargo, aunque se considera que la resiliencia es extremadamente útil y conduce a resultados positivos en la organización, la exploración empírica de los vínculos específicos entre la capacidad de resiliencia y sus posibles antecedentes y consecuencias requiere más atención en la investigación (Rodríguez Sánchez *et al.*, 2019).

De acuerdo con los argumentos anteriores, este estudio propone que la relación entre el altruismo y el rendimiento de la empresa puede explicarse por el papel mediador de la resiliencia organizativa. Es decir, un entorno de trabajo basado en el altruismo puede fomentar la resiliencia organizativa, que, a su vez, puede mejorar el rendimiento de la empresa. En consecuencia, se propone la siguiente hipótesis:

H₃: «La relación entre el altruismo y el rendimiento de la empresa está mediada por la resiliencia de la organización».

4. Metodología

4.1. Recolección de muestra y datos

El estudio se centra en una muestra de 11.594 empresas españolas, que se basó en una lista de empresas facilitada por el Ministerio de Economía y Competitividad de España.

Se trata de empresas heterogéneas de tamaño pequeño-mediano que cumplen al menos uno de estos requisitos para la innovación: que hayan recibido financiación pública para I+D en los últimos 3 años; que hayan demostrado su carácter innovador mediante el desarrollo de productos/servicios propios e innovadores; y que hayan demostrado su capacidad de innovación mediante cualquier certificación oficial reconocida por el Ministerio de Economía y Competitividad. Por consiguiente, no se trata necesariamente de organizaciones muy innovadoras, sino que se preocupan por fomentar la innovación y la productividad dentro de la empresa.

Para hacer que nuestro modelo sea robusto y evitar la variación de métodos comunes, se abordaron diferentes preguntas a diferentes personas en la misma organización. En este sentido, mientras que las preguntas relacionadas con la compasión y el altruismo se dirigieron a la gerencia del área de recursos humanos (debido a que estas preguntas se referían a la percepción de las personas y la atmósfera dentro de la organización); la dirección general de la organización respondió preguntas sobre la capacidad de recuperación de la organización y el desempeño de la empresa (puesto que son preguntas referidas a las capacidades de la empresa colectiva o los resultados de la organización).

Consideramos que la gerencia de recursos humanos, así como la dirección general, han podido adquirir una perspectiva y un conocimiento profundo de sus organizaciones gracias a su posición y su experiencia en ellas. Se presume que saben si en su empresa existe un entorno de trabajo en el que, por ejemplo, las personas se ayudan mutuamente, tienen empatía, son conscientes de otras necesidades o simpatizan con el resto de colaboradores.

De hecho, este procedimiento de evaluación de los constructos psicológicos que surgen del grupo o de las organizaciones denominado «clima psicológico» se ha utilizado en investigaciones anteriores (por ejemplo, Parker *et al.*, 2003; Schneider *et al.*, 2017). Asimismo, al estar en estrecho contacto con los diferentes departamentos, pueden proporcionar una imagen precisa de lo que sucede en sus organizaciones y, por lo tanto, son una fuente de información fiable para la evaluación de sus empresas (Rodríguez Sánchez *et al.*, 2019). Además, para fomentar la participación, se garantizó el anonimato de las personas encuestadas, y animar así a dar respuestas más honestas, aumentando la fiabilidad de los resultados.

Todos los artículos fueron medidos en una escala Likert de 7 puntos. Todos los indicadores de la escala de Likert se expresaron positivamente y las personas encuestadas tuvieron que declarar si estaban de acuerdo o en desacuerdo con cada declaración incluida en el cuestionario. La encuesta se completó mediante entrevistas telefónicas, ya que esta técnica es útil cuando se hacen preguntas a diferentes personas de una misma empresa o cuando es difícil llegar a ellas, como fue el caso de la gerencia de las principales empresas de este estudio. Finalmente, se obtuvo una muestra de 300 casos. El tamaño de las

empresas osciló entre 10 y 260 empleados y empleadas, siendo la media de $n=47$ ($SD=39,8$) y la edad media de la empresa de 26 años. El trabajo de campo se realizó en 2015.

4.2. Medidas

Compasión en el trabajo

Evaluamos la compasión en el trabajo utilizando la escala propuesta por Petchsawang y Duchon (2009). Estos autores miden la compasión por 4 puntos. Hemos modificado esos ítems del nivel individual al nivel organizacional. El cuestionario incluye ítems tales como «Los empleados de esta empresa son conscientes y simpatizan con sus compañeros de trabajo» o «Los empleados tratan de ayudar a sus compañeros de trabajo a aliviar su sufrimiento». La escala utilizada es una de 1 a 7 puntos tipo Likert, donde 1 indica el nivel más bajo de compasión y 7 el más alto. Aunque el alfa de estos elementos de compasión originales es débil (0,63), es aceptable y la escala ha sido ampliamente adoptada en numerosos estudios, algunos produciendo alfas más fuertes (por ejemplo, Gupta *et al.*, 2014; Petchsawang y McLean, 2017).

Altruismo

La escala propuesta para medir el constructo altruismo se basó en el instrumento de Podsakoff *et al.* (1990) diseñado para medir el OCB. Esta escala incluye las 5 dimensiones del comportamiento ciudadano identificadas por Organ (1988), una de las cuales es el altruismo. Las propiedades psicométricas de la escala utilizada habían sido analizadas previamente y se verificó la validez del instrumento de medición. Finalmente, los autores incluyen un total de 5 elementos para medir la dimensión del «altruismo». Estos ítems fueron seleccionados para medir el constructo en el presente estudio. Además, en investigaciones anteriores ya se ha utilizado esta misma escala para medir el altruismo en las organizaciones (por ejemplo, Guinot Reinders *et al.*, 2015; 2016). Ejemplos de los ítems incluidos en la escala son: «Las personas de esta empresa ayudan a otros/as que han estado ausentes» o «Las personas de esta empresa ayudan a otros/as que tienen una gran carga de trabajo».

Resistencia organizacional

Evaluamos la «resiliencia organizacional» con 3 ítems siguiendo la propuesta de medición sugerida por Lengnick-Hall *et al.* (2011) para evaluar si una organización ha mostrado resiliencia. La escala incluye los siguientes ítems: «Nuestra empresa siempre está aprendiendo», «Nuestra empresa prospera a pesar de los desafíos» y «Nuestra empresa desarrolla nuevas capacidades y participa en acciones de transformación».

Rendimiento en la empresa

Evaluamos el rendimiento de la empresa mediante 4 elementos validados por Tippins y Sohi (2003). Se pidió a la dirección general que informara sobre el rendimiento de su empresa en los 2 años anteriores. Los ítems que conformaban esta escala eran (1) lealtad de los clientes, (2) crecimiento de las ventas, (3) rentabilidad y (4) retorno de la inversión. Se utilizó una escala de Likert de 1 a 7 puntos, donde un 1 daba a la empresa participante la puntuación más baja en relación con el rendimiento de la empresa y un 7 la más alta.

VARIABLES DE CONTROL

Teniendo en cuenta las fuentes externas que pueden alterar el rendimiento de la empresa, hemos incluido el tamaño de la empresa como variable de control. Los estudios empíricos que examinan el rendimiento de la empresa como una variable dependiente han utilizado comúnmente el tamaño de la empresa como una variable de control (por ejemplo, Chiva Gómez y Alegre Vidal, 2009; Guinot Reinders *et al.*, 2013), ya que se ha demostrado que esto influye en el rendimiento organizacional (Tippins y Sohi, 2003).

4.3. Estadísticas descriptivas y fiabilidad de las escalas de medición

En la tabla 1 se presentan las estadísticas descriptivas de los indicadores considerados en el estudio (es decir, las medias, las desviaciones típicas) y los factores de correlación. Para comprobar la fiabilidad de la escala, así como el coeficiente alfa de Cronbach (Cronbach, 1951), hemos utilizado 2 indicadores: fiabilidad compuesta (Fornell y Larcker, 1981) y la varianza media extraída (Alegre Vidal y Chiva Gómez, 2008) (tabla 2). Todos los valores del coeficiente alfa de Cronbach y los de la fiabilidad compuesta están por encima del valor mínimo aceptable de 0,7 (Nunnally, 1978). De hecho, la varianza media extraída muestra valores superiores al mínimo recomendado de 0,5 (Hair *et al.*, 1998; Nunnally, 1978).

Tabla 1. Medias, desviación estándar y factores de correlación (N = 300)

	Med	SD	Perf 1	Perf 2	Perf 3	Perf 4	Res 1	Res 2	Res 3	Alt 1	Alt 2	Alt 3	Alt 4	Alt 5	Comp 1	Comp 2	Comp 3	Comp 4	
Perf 1	5,61	1,03	1																
Perf 2	5,04	1,42	0,40	1															
Perf 3	5,01	1,49	0,42	0,66	1														
Perf 4	4,99	1,39	0,47	0,67	0,83	1													
Res 1	5,66	1,03	0,21	0,20	0,22	0,21	1												
Res 2	5,59	1,14	0,25	0,30	0,27	0,33	0,57	1											
Res 3	5,69	1,16	0,22	0,30	0,34	0,33	0,64	0,67	1										
Alt 1	5,56	1,26	0,03	0,10	0,50	0,07	0,02	0,03	0,09	1									
Alt 2	5,53	1,24	0,10	0,13	0,12	0,16	0,08	0,12	0,17	0,84	1								
Alt 3	5,67	1,17	0,08	0,15	0,14	0,19	0,05	0,06	0,12	0,76	0,86	1							
Alt 4	5,56	1,22	0,07	0,09	0,11	0,16	0,07	0,09	0,12	0,78	0,86	0,84	1						
Alt 5	5,62	1,14	0,09	0,13	0,13	0,16	0,09	0,07	0,11	0,66	0,78	0,73	0,79	1					
Comp 1	5,29	1,21	0,08	0,10	0,11	0,10	0,08	0,05	0,09	0,55	0,64	0,53	0,60	0,68	1				
Comp 2	5,44	1,16	0,06	0,06	0,09	0,09	0,05	0,11	0,11	0,57	0,64	0,57	0,62	0,69	0,79	1			
Comp 3	5,37	1,16	0,07	0,07	0,06	0,05	0,12	0,03	0,09	0,59	0,62	0,57	0,63	0,67	0,75	0,84	1		
Comp 4	5,39	1,11	0,09	0,11	0,10	0,11	0,12	0,06	0,11	0,60	0,64	0,58	0,64	0,69	0,74	0,82	0,86	1	

Nota: correlación significativa (p < 0,05).

Fuente: elaboración propia.

Tabla 2. Fiabilidad de las escalas de medición

Constructo	Cronbach's α	Fiabilidad compuesta	Varianza media extraída
Compasión	0,943	0,943	0,807
Altruismo	0,951	0,959	0,789
Rendimiento	0,851	0,867	0,630
Resiliencia organizacional	0,885	0,835	0,629

Fuente: elaboración propia.

Puesto que se han empleado medidas de evaluación subjetiva, realizamos una prueba de un solo factor de Harman (Podsakoff *et al.*, 2003; Podsakoff y Organ, 1986) para evaluar si existe una variación de método común y para abordar la posible deseabilidad social de las respuestas. Las conclusiones del análisis factorial confirmatorio con los 12 indicadores cargándose en un solo factor ($\chi^2(104) = 1.732,893$; CFI = 0,584; RMSEA = 0,234; BBNNFI = 0,520) mostraron un mal ajuste, lo que sugiere que el factor único no tiene en cuenta toda la varianza en los datos. En consecuencia, y de acuerdo con este procedimiento, no consideramos que la varianza del método común sea un problema en nuestra investigación. Además, intentamos evitar el sesgo de varianza común mediante el uso de dos fuentes de información clave (CEO y gerentes de recursos humanos) para obtener datos para las variables de estudio.

5. Análisis de datos y resultados

Para validar empíricamente este modelo de investigación, se ha empleado la metodología de ecuación estructural, utilizando el *software* estadístico EQS 6.1. Para examinar la hipótesis propuesta, seguimos el procedimiento utilizado por Tippins y Sohi (2003), que implica estimar dos modelos estructurales. De acuerdo con este procedimiento, por un lado, hemos comprobado la presencia de un efecto mediador mediante la comparación entre un modelo de efectos directos y otro modelo que incluye una variable mediadora (resiliencia organizacional). El primer modelo (efectos directos) examina el efecto de las variables independientes en las variables dependientes (es decir, la relación entre el altruismo y el rendimiento de la empresa). Para que exista esta mediación, el coeficiente en el modelo de efectos directos debe ser significativo para que continúen las pruebas de los efectos del mediador. Los resultados confirmaron que el coeficiente de la relación directa del altruismo con el desempeño de la empresa es significativo ($\beta_1 = 0,172$; $t = 2,706$; $p < 0,05$).

Por otro lado, el segundo modelo (modelo de mediación) examina esta misma relación, agregando la resiliencia organizacional como una variable mediadora. Siguiendo a Tippins y Sohi (2003), el efecto mediador de la resiliencia organizacional en la relación entre el altruismo y el desempeño de la empresa puede ser respaldado cuando: (1) el modelo de mediación parcial explica más la variación en el desempeño de la empresa que el modelo de efecto directo; (2) existe una relación significativa entre el altruismo y la resiliencia organizacional; (3) la relación significativa entre el altruismo y el rendimiento de la empresa observada en el modelo de efectos directos se reduce considerablemente o desaparece en el modelo de mediación parcial; y, finalmente, (4) existe una relación significativa entre la resiliencia organizacional y el desempeño de la empresa.

Los indicadores de ajuste obtenidos muestran que los dos modelos obtienen un ajuste excelente (tabla 3). Además, el modelo de mediación explica más la variación del desempeño de la empresa que el modelo de efectos directos (0,192 vs. 0,030). De hecho, existen relaciones positivas entre el altruismo y la resiliencia organizacional ($\beta_2 = 0,145$; $t = 2,102$; $p < 0,05$), así como entre la resiliencia organizacional y el desempeño de la empresa ($\beta_3 = 0,409$; $t = 4,455$; $p < 0,01$). Finalmente, la relación significativa entre el altruismo y el rendimiento de la empresa indicada en el modelo de efectos directos se vuelve insignificante en el modelo de mediación parcial ($\beta_1 = 0,110$; $t = 1,780$; $p > 0,05$). Estas condiciones proporcionan evidencia convincente del completo efecto mediador de la resiliencia organizacional en la relación entre el altruismo y el desempeño de la empresa, lo que respalda la H_2 . Sin embargo, dado que en el modelo de mediación encontramos un efecto no significativo sobre la relación entre el altruismo y el rendimiento de la empresa, la H_2 solo fue parcialmente confirmada (tabla 4).

Tabla 3. Índice de ajuste para los modelos hipotéticos

Modelo	S-B χ^2	df	p-valor	BBNFI	CFI	RMSEA
Modelo de efecto directo	41,212	26	0,077	0,986	0,990	0,045
Modelo de mediación	71,182	51	0,032	0,986	0,989	0,037
Modelo completo	175,323	115	0,000	0,974	0,978	0,043

Fuente: elaboración propia.

Por último, agregamos la variable compasión en el modelo de mediación, para examinar H_1 (es decir, el modelo completo). Los resultados confirman un efecto positivo y significativo entre la compasión y el altruismo, mientras que el efecto total mediador entre el altruismo, la resistencia y el rendimiento permanece (*vid.* figura 1 y tabla 4).

Por lo tanto, los resultados del estudio confirman H_1 y H_3 , y proporcionan un apoyo parcial para H_2 (ya que solo se encontró un efecto significativo y positivo cuando se probó de forma aislada, pero no cuando se introdujo la variable mediadora en la ecuación).

Tabla 4. Resultados de los modelos hipotetizados

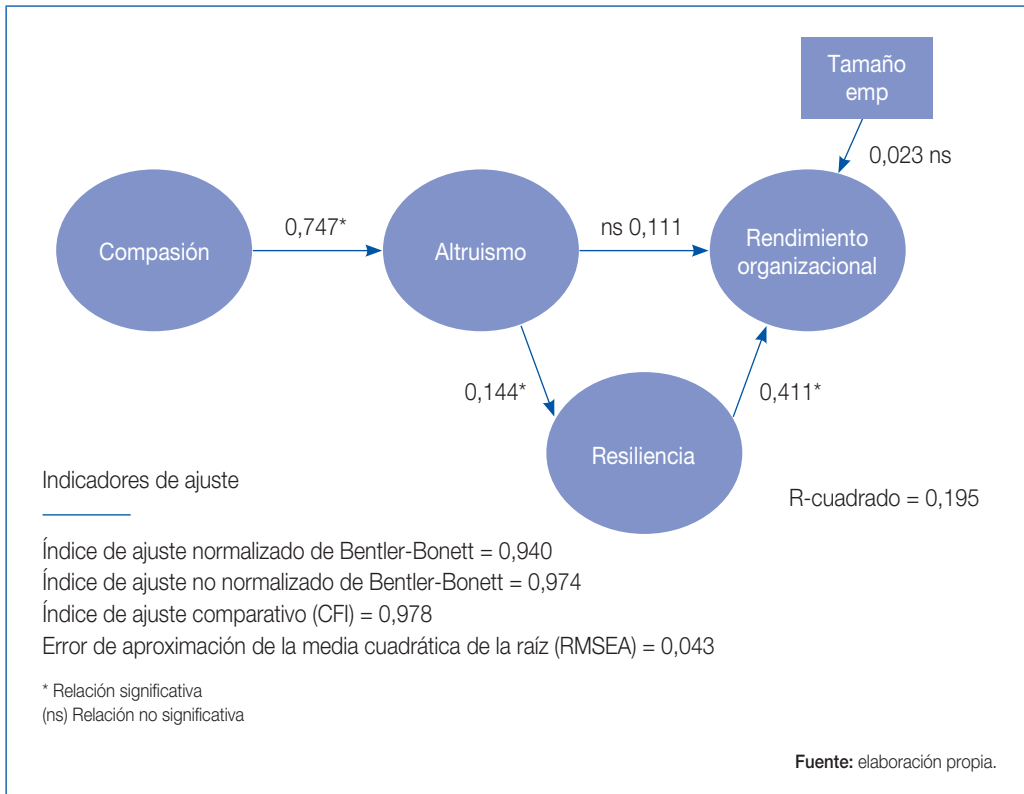
	Modelo de efecto directo	Modelo de mediación	Modelo completo
Relaciones			
Altruismo-Rendimiento de empresa	0,172 (2,706)	0,110 (1,780)	0,111 (1,795)
Altruismo-Resiliencia	–	0,144 (2,102)	0,144 (2,082)
Resiliencia-Rendimiento de empresa	–	0,409 (4,455)	0,411 (4,437)
Compasión-Altruismo	–	–	0,747 (13,430)
R-cuadrado	0,030	0,192	0,195

Nota: los parámetros estimados están estandarizados y los valores de t de Student se han especificado entre paréntesis.

Fuente: elaboración propia.

La figura 1 muestra un resumen de los resultados de nuestro estudio, de las hipótesis planteadas y estudiadas. Este resumen refleja a primera vista la existencia de evidencia empírica encontrada con respecto al efecto de la compasión sobre el altruismo, así como el efecto del altruismo en el desempeño de la empresa, y el papel de la resiliencia organizacional como una variable mediadora entre el altruismo y el desempeño de la empresa.

Figura 1. Modelo de investigación y resultados



6. Conclusiones

En un entorno económico cambiante, competitivo y dinámico, la literatura ha sugerido que los comportamientos altruistas –es decir, ayudar a las personas de forma voluntaria– y las actitudes compasivas –sentir el sufrimiento de los integrantes del trabajo e intentar aliviarlo– pueden contribuir a mejorar el funcionamiento o el rendimiento organizacional (Guinot Reinders *et al.*, 2016; Kanungo y Conger, 1993). Con el fin de aportar más detalles sobre los mecanismos que puedan explicar dichas relaciones, en este estudio hemos examinado los efectos de la compasión en la creación de un clima altruista, así como los efectos directos e indirectos sobre el vínculo altruismo-rendimiento organizacional.

Esta investigación ofrece un análisis detallado sobre las consecuencias que conlleva impulsar los comportamientos altruistas y actitudes compasivas en las organizaciones. Así como, revela algunas condiciones organizativas para promover el rendimiento organizacional. Para

ello, propusimos que la compasión en el trabajo conduce a un clima de altruismo y, al mismo tiempo, este clima puede aumentar directamente el rendimiento de la empresa, y lo eleva indirectamente a través del papel mediador de la resiliencia organizativa. Los resultados del análisis confirman que un clima de altruismo en las organizaciones puede ser una condición para mejorar la resiliencia y el rendimiento de la organización.

Aunque algunos hallazgos de la literatura han arrojado luz sobre el altruismo y la compasión en las organizaciones, hasta ahora son pocos los estudios que han examinado el papel del altruismo y la compasión en los entornos organizativos. Especialmente, las consecuencias de estos dos fenómenos. En general, ambos conceptos se han investigado más a nivel individual que a nivel organizativo. Es decir, se han experimentado más en el ámbito de la psicología que en el ámbito empresarial. En los últimos años, varios estudios han reflejado la necesidad de un nuevo paradigma en la teoría de gestión empresarial. Específicamente, sugieren una gestión que se centre en un enfoque más humano y compasivo para impulsar los OCB como el altruismo (por ejemplo, Guinot Reinders *et al.*, 2016; Rynes *et al.*, 2012). Se destaca la importancia del altruismo en las organizaciones como un fenómeno capaz de generar importantes beneficios para la organización.

Los resultados aportan dos contribuciones principales a la literatura sobre gestión. En primer lugar, este estudio es el primero en proponer y validar empíricamente que un clima de altruismo –caracterizado por la preocupación, la ayuda y la empatía por el bienestar de otras personas– fomenta las condiciones necesarias para desencadenar los cambios transformadores que permiten a la organización recuperarse de las crisis y emerger en una posición más fuerte. Por tanto, un clima organizativo de altruismo mejora la capacidad de resiliencia organizativa. A su vez, la resiliencia organizativa permite a la empresa tomar las medidas adecuadas para convertir las situaciones inesperadas y adversas que amenazan potencialmente su supervivencia en fuentes de oportunidad y crecimiento. Por lo tanto, las organizaciones resilientes pueden aprovechar los acontecimientos perturbadores para construir estrategias y acciones más adaptativas que contribuyan a su éxito.

En segundo lugar, los resultados revelan cómo la compasión en el trabajo influye en el clima laboral. Más específicamente, este estudio proporciona evidencia empírica sobre el papel de la compasión como un fenómeno que lleva a un clima de altruismo. Por lo tanto, las organizaciones podrían ser lugares de curación en los que las personas que experimentan sufrimiento o dolor podrían sentir el apoyo de su organización. Para ello se requiere de una cultura organizativa basada en valores y principios compartidos que conduzcan a actitudes de ayuda, empatía y preocupación por el sufrimiento del personal laboral. Así pues, tal y como reflejan los resultados de nuestro estudio, la compasión es una variable que está fuertemente relacionada con el comportamiento altruista, dando lugar a un clima basado en la preocupación por el bienestar del personal. Este estudio arroja luz sobre las consecuencias de la compasión en los entornos organizativos al confirmar que un clima de altruismo prolifera cuando la compasión es comúnmente compartida por las personas integrantes de la organización.

Los resultados obtenidos revelan que un clima basado en el altruismo puede ser una medida de gestión que aumenta la eficiencia de la organización y la adaptación a los cambios. Estos resultados revelan la necesidad de promover una cultura de altruismo en las organizaciones basada en valores individuales como el cuidado interpersonal y la preocupación mutua, al tiempo que se reduce el egocentrismo y la excesiva competitividad interpersonal que actualmente predominan en la vida organizativa.

Este estudio se ha centrado en mostrar las consecuencias del altruismo en las organizaciones para encontrar efectos positivos. Paralelamente, los comportamientos altruistas también pueden ser perjudiciales para las personas que actúan de esta manera. Ser altruista significa que los empleados/as podrían realizar funciones que van más allá de sus propias obligaciones. Esto también puede tener implicaciones negativas si, por ejemplo, la fuerza laboral sufre de sobrecarga de funciones o estrés laboral, ya que el altruismo puede llevar a comportamientos como asumir responsabilidades adicionales o trabajar más horas (Bolino *et al.*, 2013). Por lo tanto, el exceso de estos comportamientos puede conllevar a una carga mayor del estrés laboral. Por esta razón, las empresas deben ser conscientes de este riesgo y gestionar los niveles extremos de comportamientos altruistas que puedan tener efectos perjudiciales. Además, la presencia excesiva de comportamientos altruistas para mantener el funcionamiento de la organización puede ser síntoma de una mala gestión en la empresa. No obstante, tal y como se desprende de este estudio, en general la presencia de comportamientos compasivos y altruistas puede considerarse como un activo intangible para las organizaciones.

6.1. Limitaciones y orientaciones futuras de la investigación

Las organizaciones incluidas en la muestra del estudio proceden de diversos sectores y tienen diferentes tamaños. Por consiguiente, sería interesante realizar otras investigaciones que se centren en un solo sector o en un tamaño similar. Otra limitación sería la transversalidad de la muestra. La transversalidad de nuestro estudio no permite sacar conclusiones precisas sobre la causalidad en las asociaciones observadas. Por esta razón, se necesitan estudios longitudinales a largo plazo para mostrar cuál es la causa y cuál es la consecuencia. Además, un estudio longitudinal suele ser más preciso porque recoge datos en diferentes momentos del tiempo.

Como hemos indicado, pocos estudios han examinado el papel del altruismo y la compasión en las organizaciones. Sugerimos que futuras investigaciones continúen analizando sus antecedentes y consecuencias. Otra área de investigación de potencial interés consistiría en proporcionar evidencia empírica sobre los mecanismos para generar una mayor de la capacidad de recuperación de las organizaciones, ya que solo en los últimos años se ha comenzado a avanzar en el conocimiento de esta variable. En todo caso, esperamos que nuestro estudio permita arrojar cierta luz sobre estos fenómenos organizativos y proporcione una base de inspiración para fomentar más investigaciones en estos prometedores campos de investigación.

Referencias bibliográficas

- Alegre Vidal, Joaquín y Chiva Gómez, Ricardo. (2008). Assessing the impact of organizational learning capability on product innovation performance: An empirical test. *Technovation*, 28(6), 315-326. <https://doi.org/10.1016/j.technovation.2007.09.003>.
- Batson, C. Daniel y Shaw, Laura L. (1991). Evidence for altruism: Toward a pluralism of prosocial motives. *Psychological Inquiry*, 2(2), 107-122. <https://www.jstor.org/stable/1449242>.
- Bolino, Mark C.; Klotz, Anthony C.; Turnley, William H. y Harvey, Jaron. (2013). Exploring the dark side of organizational citizenship behavior. *Journal of Organizational Behavior*, 34(4), 542-559. <https://doi.org/10.1002/job.1847>.
- Chiva Gómez, Ricardo y Alegre Vidal, Joaquín. (2009). Investment in design and firm performance: The mediating role of design management. *Journal of Product Innovation Management*, 26(4), 424-440.
- Comfort, Louise K. (1994). Risk and resilience: Inter-organizational learning following the Northridge earthquake of 17 January 1994. *Journal of Contingencies and Crisis Management*, 2(3), 157-170. <https://doi.org/10.1111/j.1468-5973.1994.tb00038.x>.
- Coutu, Diane L. (2002). How resilience works. *Harvard Business Review*, 80(5), 46-55.
- Cronbach, Lee J. (1951). Coefficient alpha and the internal structure of tests. *Psychometrika*, 16(3), 297-334.
- Dutton, Jane E.; Workman, Kristina M. y Hardin, Ashley E. (2014). Compassion at work. *Annual Review of Organizational Psychology and Organizational Behavior*, 1, 277-304.
- Dutton, Jane E.; Worline, Monica C.; Frost, Peter J. y Lilius, Jacoba M. (2006). Explaining compassion organizing. *Administrative Science Quarterly*, 51(1), 59-96. <https://doi.org/10.2189/asqu.51.1.59>.
- Emmerik, I. Hetty van; Jawahar, I. M. y Stone, Thomas H. (2005). Associations among altruism, burnout dimensions, and organizational citizenship behaviour. *Work & Stress*, 19(1), 93-100. <https://doi.org/10.1080/02678370500046283>.
- Engstrom, Ted y Cedar, Paul. (2011). *Compassionate leadership*. Baker Books.
- Fornell, Claes y Larcker, David F. (1981). Evaluating structural equation models with unobservable variables and measurement error. *Journal of Marketing Research*, 18(1), 39-50. <https://doi.org/10.2307/3151312>.
- Frost, Peter J. (1999). Why compassion counts! *Journal of Management Inquiry*, 8(2), 127-133. <https://doi.org/10.1177/105649269982004>.
- Growald, Eileen Rockefeller y Luks, Allan. (1988). The healing power of doing good. *American Health*, 98-100.
- Guinot Reinders, Jacob; Chiva Gómez, Ricardo y Mallén Broch, Fermín. (2013). Organizational trust and performance: Is organizational learning capability a missing link? *Journal of Management & Organization*, 19(5), 559-582.
- Guinot Reinders, Jacob; Chiva Gómez, Ricardo y Mallén Broch, Fermín. (2015). The effects of altruism and relationship conflict on organizational learning. *International Journal of Conflict Management*, 26(1), 85-112.
- Guinot Reinders, Jacob; Chiva Gómez, Ricardo y Mallén Broch, Fermín. (2016). Linking altruism and organizational learning capability: A study from excellent human resources

- management organizations in Spain. *Journal of Business Ethics*, 138(2), 349-364.
- Guinot Reinders, Jacob; Miralles Armenteros, Sandra; Rodríguez Sánchez, Alma M. y Chiva Gómez, Ricardo. (2020). Do compassionate firms outperform? The role of organizational learning. *Employee Relations*, 42(3), 717-734. <https://doi.org/10.1108/ER-07-2019-0275>.
- Gupta, Manu; Kumar, Vinod y Singh, Mandeep. (2014). Creating satisfied employees through workplace spirituality: A study of the private insurance sector in Punjab (India). *Journal of Business Ethics*, 122(1), 79-88.
- Hair, Joseph F.; Anderson, Rolph E.; Tatham, Ronald L. y Black, William C. (1998). *Multivariate data analysis*. Prentice Hall.
- Han, Tzu-Sian; Chiang, Hsu-Hsin y Chang, Aihwa. (2010). Employee participation in decision making, psychological ownership and knowledge sharing: Mediating role of organizational commitment in Taiwanese high-tech organizations. *The International Journal of Human Resource Management*, 21(12), 2.218-2.233. <https://doi.org/10.1080/09585192.2010.509625>.
- Kanov, Jason M. (2021). Why suffering matters! *Journal of Management Inquiry*, 30(1), 85-90.
- Kanov, Jason M.; Maitlis, Sally; Worline, Monica C.; Dutton, Jane E.; Frost, Peter J. y Lilius, Jacoba M. (2004). Compassion in organizational life. *American Behavioral Scientist*, 47(6), 808-827. <https://doi.org/10.1177/0002764203260211>.
- Kantur, Deniz y İşeri-Say, Arzu. (2012). Organizational resilience: A conceptual integrative framework. *Journal of Management & Organization*, 18(6), 762-773. <https://doi.org/10.5172/jmo.2012.18.6.762>.
- Kanungo, Rabindra N. y Conger, Jay A. (1990). The quest for altruism in organizations. En Suresh Srivastva y David L. Cooperrider (Auts.), *Appreciative management and leadership: The power of positive thought and action in organizations* (pp. 228-256). Jossey-Bass/Wiley.
- Kanungo, Rabindra N. y Conger, Jay A. (1993). Promoting altruism as a corporate goal. *Academy of Management Perspectives*, 7(3), 37-48. <https://doi.org/10.5465/ame.1993.9411302345>.
- Lai, Yanqing; Saridakis, George; Blackburn, Robert y Johnstone, Stewart. (2016). Are the HR responses of small firms different from large firms in times of recession? *Journal of Business Venturing*, 31(1), 113-131. <https://doi.org/10.1016/j.jbusvent.2015.04.005>.
- Lemmon, Grace y Wayne, Sandy J. (2015). Underlying motives of organizational citizenship behavior: Comparing egoistic and altruistic motivations. *Journal of Leadership & Organizational Studies*, 22(2), 129-148. <https://doi.org/10.1177/1548051814535638>.
- Lengnick-Hall, Cynthia A. y Beck, Tammy E. (2005). Adaptive fit versus robust transformation: How organizations respond to environmental change. *Journal of Management*, 31(5), 738-757. <https://doi.org/10.1177/0149206305279367>.
- Lengnick-Hall, Cynthia A.; Beck, Tammy E. y Lengnick-Hall, Mark L. (2011). Developing a capacity for organizational resilience through strategic human resource management. *Human Resource Management Review*, 21(3), 243-255. <https://doi.org/10.1016/j.hmr.2010.07.001>.
- Leontopoulou, Sophie. (2010). An exploratory study of altruism in Greek children: Relations with empathy, resilience and classroom climate. *Psychology*, 1(5), 377-385. DOI: [10.4236/psych.2010.15047](https://doi.org/10.4236/psych.2010.15047).
- Lilius, Jacoba M.; Worline, Monica C.; Dutton, Jane E.; Kanov, Jason M. y Maitlis, Sally.

- (2011). Understanding compassion capability. *Human Relations*, 64(7), 873-899. <https://doi.org/10.1177/0018726710396250>.
- Lilius, Jacoba M.; Worline, Monica C.; Maitlis, Sally; Kanov, Jason; Dutton, Jane E. y Frost, Peter. (2008). The contours and consequences of compassion at work. *Journal of Organizational Behavior: The International Journal of Industrial, Occupational and Organizational Psychology and Behavior*, 29(2), 193-218. <https://doi.org/10.1002/job.508>.
- Loi, Raymond; Ngo, Hang-Yue; Zhang, Ling-qing y Lau, Victor P. (2011). The interaction between leader-member exchange and perceived job security in predicting employee altruism and work performance. *Journal of Occupational and Organizational Psychology*, 84(4), 669-685. <https://doi.org/10.1348/096317910X510468>.
- Luthans, Fred. (2002). The need for and meaning of positive organizational behavior. *Journal of Organizational Behavior*, 23(6), 695-706. <https://doi.org/10.1002/job.165>.
- Mallén Broch, Fermín; Chiva Gómez, Ricardo; Alegre Vidal, Joaquín y Guinot Reinders, Jacob. (2015). Are altruistic leaders worthy? The role of organizational learning capability. *International Journal of Manpower*, 36(3), 271-295.
- Näswall, Katharina; Kuntz, Joana; Hodliffe, Morgana y Malinen, Sanna. (2013). *Employee resilience scale (EmpRes): Technical report. Resilient Organisations Research Report 2013/06*. https://resorgs.org.nz/wp-content/uploads/2017/07/employee_resilience_scale.pdf.
- Nunnally, Jum C. (1978). *Psychometric theory*. McGraw-Hill.
- Organ, Dennis W. (1988). *Organizational citizenship behavior: The good soldier syndrome*. Lexington Books/D. C. Heath and Com.
- Organ, Dennis W.; Podsakoff, Philip M. y MacKenzie, Scott B. (2006). *Organizational citizenship behavior: Its nature, antecedents, and consequences*. Sage.
- Parker, Christopher P.; Baltes, Boris B.; Young, Scott A.; Huff, Joseph W.; Altmann, Robert A.; LaCost, Heather A. y Roberts, Joanne E. (2003). Relationships between psychological climate perceptions and work outcomes: A meta-analytic review. *Journal of Organizational Behavior: The International Journal of Industrial, Occupational and Organizational Psychology and Behavior*, 24(4), 389-416. <https://doi.org/10.1002/job.198>.
- Petchsawang, Pawinee y Duchon, Dennis. (2009). Measuring workplace spirituality in an Asian context. *Human Resource Development International*, 12(4), 459-468.
- Petchsawang, Pawinee y McLean, Gary N. (2017). Workplace spirituality, mindfulness meditation, and work engagement. *Journal of Management, Spirituality & Religion*, 14(3), 216-244.
- Pirson, Michael A. (2017). *Humanistic management: Protecting dignity and promoting well-being*. Cambridge University Press.
- Pirson, Michael A. y Lawrence, Paul R. (2010). Humanism in business. Towards a paradigm shift? *Journal of Business Ethics*, 93, 553-565. <https://doi.org/10.1007/s10551-009-0239-1>.
- Podsakoff, Philip M. y MacKenzie, Scott B. (1997). Impact of organizational citizenship behavior on organizational performance: A review and suggestion for future research. *Human Performance*, 10(2), 133-151. https://doi.org/10.1207/s15327043hup1002_5.
- Podsakoff, Philip M.; MacKenzie, Scott B.; Lee, Jeong-Yeon y Podsakoff, Nathan P. (2003). Common method biases in behavioral

- research: A critical review of the literature and recommended remedies. *Journal of Applied Psychology*, 88(5), 879-903.
- Podsakoff, Philip M.; MacKenzie, Scott B.; Moorman, Robert H. y Fetter, Richard. (1990). Transformational leader behaviors and their effects on followers' trust in leader, satisfaction, and organizational citizenship behaviors. *Leadership Quarterly*, 1(2), 107-142. [https://doi.org/10.1016/1048-9843\(90\)90009-7](https://doi.org/10.1016/1048-9843(90)90009-7).
- Podsakoff, Philip M. y Organ, Dennis W. (1986). Self-reports in organizational research: Problems and prospects. *Journal of Management*, 12(4), 531-544. <https://doi.org/10.1177/014920638601200408>.
- Post, Stephen G. (2005). Altruism, happiness, and health: It's good to be good. *International Journal of Behavioral Medicine*, 12(2), 66-77.
- Rioli, Laura y Savicki, Victor. (2003). Information system organizational resilience. *Omega*, 31(3), 227-233. [https://doi.org/10.1016/S0305-0483\(03\)00023-9](https://doi.org/10.1016/S0305-0483(03)00023-9).
- Rodríguez Sánchez, Alma M.; Guinot Rein- ders, Jacob; Chiva Gómez, Ricardo y López Cabrales, Álvaro. (2019). How to emerge stronger: Antecedents and consequences of organizational resilience. *Journal of Management & Organization*, 27(3), 442-459. <https://doi.org/10.1017/jmo.2019.5>.
- Rynes, Sara L.; Bartunek, Jean M.; Dutton, Jane E. y Margolis, Joshua D. (2012). Care and compassion through an organizational lens: Opening up new possibilities. *Academy of Management Review*, 37(4), 403-423.
- Schneider, Benjamin; González Romá, Vicente; Ostroff, Cheri y West, Michael. (2017). Organizational climate and culture: Reflections on the history of the constructs in the Journal of Applied Psychology. *Journal of Applied Psychology*, 102(3), 468-482. <https://doi.org/10.1037/apl0000090>.
- Simmons, Roberta G. (1991). Presidential address on altruism and sociology. *The Sociological Quarterly*, 32(1), 1-22. <http://www.jstor.org/stable/4121438>.
- Smith, C. Ann; Organ, Dennis W. y Near, Janet P. (1983). Organizational citizenship behavior: Its nature and antecedents. *Journal of Applied Psychology*, 68(4), 653-663. <https://doi.org/10.1037/0021-9010.68.4.653>.
- Southwick, Steven M.; Lowther, Bernadette T. y Graber, Ann V. (2016). Relevance and application of logotherapy to enhance resilience to stress and trauma. En Alexander Batthyány (Ed.), *Logotherapy and existential analysis* (pp. 131-149). Springer.
- Sun, Ly-Yun; Aryee, Samuel y Law, Kenneth S. (2007). High-performance human resource practices, citizenship behavior, and organizational performance: A relational perspective. *Academy of Management Journal*, 50(3), 558-577. <https://doi.org/10.5465/amj.2007.25525821>.
- Taleb, Nassim Nicholas. (2012). *Antifragile: How to live in a world we don't understand*. Allen Lane.
- Tippins, Michael J. y Sohi, Ravipreet S. (2003). IT competency and firm performance: Is organizational learning a missing link? *Strategic Management Journal*, 24(8), 745-761. <https://doi.org/10.1002/smj.337>.
- Vera, María; Rodríguez Sánchez, Alma M. y Salanova, Marisa. (2017). May the force be with you: Looking for resources that build team resilience. *Journal of Workplace Behavioral Health*, 32(2), 119-138. <https://doi.org/10.1080/15555240.2017.1329629>.
- Vogus, Timothy J. y Sutcliffe, Kathleen M. (2007). Organizational resilience: Towards a theory and research agenda. *2007 IEEE International Conference on Systems, Man and Cybernetics* (pp. 3.418-3.422). DOI: [10.1109/ICSMC.2007.4414160](https://doi.org/10.1109/ICSMC.2007.4414160).



- Walz, Sandra M. y Niehoff, Brian P. (1996). Organizational citizenship behaviors and their effect on organizational effectiveness in limited-menu restaurants. *Academy of Management Proceedings*, 1, 307-311. <https://doi.org/10.5465/ambpp.1996.4980770>.
- Williams, Trenton A.; Gruber, Daniel A.; Sutcliffe, Kathleen M.; Shepherd, Dean A. y Zhao, Eric Yanfei. (2017). Organizational response to adversity: Fusing crisis management and resilience research streams. *Academy of Management Annals*, 11(2), 733-769. <https://doi.org/10.5465/annals.2015.0134>.
- Worline, Monica C. y Dutton, Jane E. (2017a). *Awakening compassion at work: The quiet power that elevates people and organizations*. Berrett-Koehler Publishers.
- Worline, Monica C. y Dutton, Jane E. (2017b). 31 How leaders shape compassion processes in organizations. *The Oxford Handbook of Compassion Science*, 435.

Normas de publicación

La *Revista de Trabajo y Seguridad Social.CEF (RTSS.CEF)*, editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 2792-8314 (en versión impresa) e ISSN-e 2792-8322 (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 bimestral (6 números) 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, con recomendación de uso del lenguaje inclusivo de género) 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), AARL (análisis de actualidad de las relaciones laborales), DJ (diálogos con la jurisprudencia), FD (foro de debate), RRHH (estudios doctrinales específicos del área de Recursos Humanos) o CP (caso práctico).

Los trabajos destinados a la sección «Estudios» (incluidos los que con esta consideración se dirijan a la sección «Recursos Humanos») se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos han de estar encabezados por:

- Título en español e inglés.
- Extracto de no más de 20 líneas en español e inglés.
- Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 7 ni más de 9) 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 25 y máximo 35 páginas.
- Análisis de actualidad de las relaciones laborales: máximo 20 páginas.
- Diálogos con la jurisprudencia: mínimo 3 y máximo 7 páginas.
- Foro de debate: máximo 7 páginas.
- Casos prácticos: máximo 20 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 (última edición). *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.



PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

2022

PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

CEF.-

Modalidades

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

La 32.ª edición para las modalidades de:

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

La 28.ª edición para la modalidad de:

- **Recursos Humanos**

La 19.ª edición para las modalidades de:

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

La 8.ª edición para la modalidad de:

- **Educación y Nuevas Tecnologías**

Y la 7.ª edición para la modalidad de:

- **Marketing y Publicidad**

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

CEF.-

Dotaciones económicas

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

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

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

CEF.-

Lugar y plazo

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

También pueden enviarse por correo certificado o mensajería a la misma dirección. El plazo finaliza el día **4 de mayo de 2022**, a las **20:00 horas**.

CEF.-

Solicitud de las bases

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

Tu currículum no dice que

CUANDO QUIERES ALGO NO HAY QUIEN TE PARE

En UDIMA reconocemos tu esfuerzo. Por eso te ofrecemos una metodología online que encaja con tu ritmo de vida, sea cual sea.

ERES MÁS DE LO QUE SE VE
udima.es



Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing

Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADO

(Consultar en www.udima.es)

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 • 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

Asesoramiento Financiero y Bancario • Auditoría de Cuentas • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Empresas (MBA) • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría de Empresas • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Enseñanza Bilingüe • Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geoestrategia

¡MATRÍCULA ABIERTA! DESCUENTO ESPECIAL AHORA