

Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista mensual núm. 448 | Julio 2020

ISSN: 1138-9532

El despertar de la Justicia social «durmiente» durante la COVID-19

Cristóbal Molina Navarrete

El ingreso mínimo vital

José Luis Monereo Pérez

El Convenio 190 OIT y la violencia digital en el trabajo

Fernando de Vicente Pachés

Principio de precaución y nuevas obligaciones preventivas en la «nueva normalidad»

El uso de fotografías obtenidas de las redes sociales: nueva doctrina constitucional

María Teresa Agut García

¿Brecha salarial de género en el fútbol estadounidense?

Pilar Conde Colmenero

COVID-19 y «nueva normalidad» en la Justicia social: lecturas desde dentro

José M.^a Moreno, Juan I. Marcos y Beatriz García

CEF.-

Seguimos trabajando para ti.

+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]



PRESENCIAL | TELEPRESENCIAL | ONLINE

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 448 | Julio 2020

Directora editorial

M.^a Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Consejo de redacción

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

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

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

Consejo asesor

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

Gabriel Álvarez del Egido. Inspector de Trabajo y Seguridad Social

Juan Pablo Borregón Baños. Presidente de AEDIPE y director de Recursos Humanos de SCI

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

Heliodoro Carpintero Capell. Catedrático de Psicología Básica. Universidad Complutense de Madrid

Gloria Castaño Collado. Profesora contratada doctora de Psicología Diferencial y Psicología del Trabajo. Universidad Complutense de Madrid

José Antonio Corraliza Rodríguez. Catedrático de Psicología Ambiental. Universidad Autónoma de Madrid

Manuel Fernández Ríos. Catedrático de Psicología. Universidad Autónoma de Madrid

Jordi García Viña. Director del Departamento de Relaciones Laborales de la CEOE

Ana Gómez Hernández. Presidenta de la Asociación Nacional de Laboristas y responsable laboral de Mariscal & Abogados

Vicente González Roma. Catedrático de Psicología del Trabajo y las Organizaciones. Universidad de Valencia

Celia Gutiérrez Valero. PhD, HR Director, Southern Europe & North Africa, de Westcon & Comstor

Gloria Iglesias Jiménez. Gerente de Diversidad y Conciliación de Repsol

Alfonso Jiménez. Socio director de PeopleMatters

Loïc Lerouge. Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Université Montesquieu IV de Bordeaux (Francia)

Lourdes López Cumbre. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria

Gianni Loy. Catedrático de Derecho del Trabajo. Università degli Studi di Cagliari (Italia)

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

Diego Megino Fernández. Profesor de la Universidad a Distancia de Madrid

Paz Menéndez Sebastián. Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo

Magdalena Nogueira Guastavino. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid

Roberto Pereira Costa. Presidente de Economistas Asesores Laborales

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

Juan Antonio Sagardoy Bengoechea. Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Complutense de Madrid

Ignacio Sampere. Legal counsel de BDO Abogados

Evaluadores externos

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

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

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

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

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

Margarita Isabel Ramos Quintana. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna

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

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

Coordinación y edición

Teresa Díez Meriel y Domingo J. Panea Hernando

Centro de Estudios Financieros

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



Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Redacción, administración y suscripciones

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

Suscripción anual (2020) (11 números) **160 €**

Solicitud de números sueltos (cada volumen)

Suscriptores **20 €**

No suscriptores **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 los suscriptores.

Edita

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

Imprime

Artes Gráficas Coyve, SA
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.

© 2020 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

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



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

Sumario

Editorial

- El despertar de la Justicia (social) «durmiente» durante la COVID-19: ¿efectividad de la tutela o «derecho de ritos» (aun telemáticos)? 7-25
Cristóbal Molina Navarrete

Estudios

- Nuevos derechos para nuevas situaciones de necesidad y de emergencia social: el ingreso mínimo vital 27-68
New rights for new situations of need and social emergency: the minimum living income
José Luis Monereo Pérez
- El Convenio 190 OIT y su trascendencia en la gestión preventiva de la violencia digital y ciberacoso en el trabajo 69-106
ILO Convention 190 and its significance in the preventive management of digital violence and cyberbullying at work
Fernando de Vicente Pachés
- El nuevo estatus de persona trabajadora con discapacidad sobrevenida en la negociación colectiva: balance crítico y propuestas de mejora 107-143
The new status of working people with disabilities in collective bargaining: critical balance and proposals for improvement
Antonio Álvarez Montero

Análisis de actualidad

- Principio de precaución y obligaciones preventivas en las empresas para la «nueva normalidad»: trazabilidad y blindaje digitales del riesgo de contagio, ¿misiones imposibles? Análisis del Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 145-168
The precautionary principle and preventive obligations at work for the «new normality»: digital traceability and shielding of the risk of infections by COVID-19 (impossible missions?). Analysis of Royal Decree-Law 21/2020, of June 9, on urgent prevention, containment and coordination measures to face the health crisis caused by COVID-19
Cristóbal Molina Navarrete

Diálogos con la jurisprudencia

- Ejercicio y cómputo de los permisos retribuidos. Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo 229/2020 y 257/2020, de 11 y 17 de marzo 169-174
Jesús Lahera Forteza
- Controversia en materia de sucesión de empresa y discontinuidad con la doctrina reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 189/2020, de 3 de marzo 175-181
Luis Sánchez Quiñones
- El uso de fotografías obtenidas de las redes sociales: nueva doctrina constitucional sobre la colisión del derecho fundamental a la propia imagen con el derecho a la información. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 27/2020, de 24 de febrero 182-190
María Teresa Agut García
- ¿Brecha salarial de género en el fútbol estadounidense? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Central de California, de 1 de mayo de 2020 (caso Alex Morgan vs. Federación Soccer de los Estados Unidos, Inc.) 191-198
Pilar Conde Colmenero
- La consideración como asalariadas de las personas repartidoras a domicilio a través de plataformas digitales. Comentario al Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de abril de 2020, asunto C-692/19 199-206
Juan José Camino Frías

Foro de debate

- El orden social en el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril: «de clavo en clavo» 207-216
José María Moreno Pérez
- «Viejo paciente crónico», la COVID-19 ha agravado sus males: terapias, a vuelo pluma, de un abogado para la Justicia 217-222
Juan Ignacio Marcos González
- ¿Por qué el derecho a la tutela judicial efectiva también se confina durante el estado de alarma?: la visión de una jueza 223-228
Beatriz García Celaá

Recursos humanos

Estudio de las barreras de género para la promoción a puestos directivos y medidas de igualdad en una entidad financiera 229-254

Study of gender barriers in the promotion to management positions and equality measures in a financial entity

Amparo Ramos López, Felisa Latorre Navarro, Inés Tomás Marco y José Ramos López

Normas de publicación 255-256

Las opiniones vertidas por los autores son responsabilidad única y exclusiva de los mismos. 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.

Quincenalmente, los suscriptores reciben por correo electrónico 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>>.



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

El despertar de la Justicia (social) «durmiente» durante la COVID-19: ¿efectividad de la tutela o «derecho de ritos» (aun telemáticos)?

Cristóbal Molina Navarrete

Director

Los ritos son acciones simbólicas. Transmiten y representan aquellos valores y órdenes que mantienen cohesionada una comunidad. Generan una comunidad sin comunicación. En cambio, hoy predomina una comunicación sin comunidad. En el marco ritual ni los valores ni las cosas se consumen, ni se gastan, sino que se usan. A causa de ello, cada vez se pierde más la referencia al protagonismo del mundo frente al yo individual que los valores [como la justicia] tendría que proporcionar. Los valores se convierten en mercancías y son desguazados económicamente para aprovecharlos. Hoy la percepción simbólica desaparece cada vez más a favor de la percepción serial, que no es capaz de experimentar la duración, pues como captación sucesiva de lo nuevo no tiene tiempo para detenerse en ello.

H. Byung-Chul (*La desaparición de los rituales*)

1. ¿Una emergencia sanitaria puede constitucionalmente hacer hibernar a la Justicia?

En mi [primer editorial](#) –con este cierro la trilogía– dedicado a la legislación sociolaboral de emergencia sanitaria dictada durante el estado de alarma puse de manifiesto que una condición necesaria de todo Estado constitucional de derecho reside en el respeto de los principios jurídicos. Entre ellos, el sometimiento al control jurisdiccional de toda decisión, pública o privada ([art. 9 Constitución española –CE–](#)). Coherente con ello, ninguno de los estados de excepción, previstos constitucionalmente, contempla suspender ni «poner en cuarentena» el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sin indefensión ni dilaciones indebidas ([art. 24 CE](#)). Sin embargo, fuera de la «justicia cautelarísima», la emergencia sanitaria ha tenido, de derecho (legislación excepcional decretada en el estado de alarma) y *de facto* (larga serie de decisiones de «ventanilla gubernativo-judicial»), como también advertí, importantes efectos suspensivos (hibernación) sobre el funcionamiento de la actividad-servicio

Fuera de la «justicia cautelarísima», la emergencia sanitaria ha tenido importantes efectos suspensivos sobre el funcionamiento de la actividad-servicio jurisdiccional

jurisdiccional, también en el orden social. Efectos que, a partir del 4 de junio, se enervaron, decretándose el retorno, cierto que muy gradual y progresivo, a lo que llaman «nueva [y extraña] normalidad». Pero el profundo daño está hecho, porque la conjunción de causas pendientes suspendidas y el aluvión (tsunami) de nuevas es de tal magnitud que se masca –otra vez– el riesgo de colapso –ahora sí–.

El Gobierno-legislador pareció verlo casi desde el inicio. Ya en marzo llamó a la agilización de la Justicia como una clave para la «rápida recuperación económica tras la superación de la crisis» sanitaria, anunciando una suerte de –manido– «Plan Marshall de la Justicia» ([disp. adic. novena Real Decreto-Ley –RDL– 11/2020, de 31 de marzo](#)). Pero todo quedaba supeditado al final del estado de alarma. Y la prolongación –a todas luces excesiva, aunque pudiese resultar necesaria por la falta de otras formas de control de la pandemia– fue añadiendo gravedad, e incompreensión, al problema. Si la suspensión de plazos administrativos y procesales pudo tener alguna justificación al comienzo, devenía a cada prórroga más desproporcionada. La tutela judicial es un valor, no solo un derecho fundamental, que no admite aplazamientos, al igual que no debería ser un «bien escaso» (no se consume, se usa, como recuerda el filósofo que encabeza este editorial). ¿O sí?

La paralización procesal como salvaguarda principal de la salud pública de profesionales de la Justicia y de sus justiciables desvelaba y desvela una doble –y muy criticable– infravaloración gubernativa de este servicio. Primero, para las autoridades, incluido el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), la Justicia no habría ameritado su consideración como una actividad esencial, lo que suponía, *de facto*, una mutación constitucional. Consecuentemente, en vez de proveer la protección eficaz debida frente al riesgo de contagio para garantizar una continuidad del servicio justicia, se ha exhibido una concepción sacrificial casi total del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (sin indefensión, sin dilaciones indebidas) en el altar del interés general a la salud pública. Segundo, ha puesto de relieve una profunda contradicción, pues a más tiempo permaneciera suspendido el servicio de administración de Justicia más graves serían las consecuencias de la crisis socioeconómica. De este modo, se contradice la referida [disposición adicional novena del RDL 11/2020](#), porque la agilización pretendida ha llegado muy tarde y, además, como se expone convincentemente en la sección «foro de debate», por los profesionales que las deben implementar, y al hacerlo las padecerán, las medidas adoptadas ([RDL 16/2020](#)) no pueden resolver la ralentización añadida al dejar «durmiente» (que no propiamente «dormida», evocando a Camilo José Cela) la Justicia.

La paralización procesal desvela una doble infravaloración gubernativa de este servicio

En suma, lo que pudo y debió ser un «puro incidente de aplazamiento» se convirtió en una regla general de suspensión de un derecho fundamental-servicio esencial, sin, además, alternativa seria telemática. La exigencia de presencialidad de la tutela judicial como condición casi ritual de las principales garantías del proceso (inmediación, integridad de la prueba, etc.), más a más oral resulte, como el laboral, ha llevado a un plus –por encima del

estructural– de sacrificio del imperativo constitucional de justicia no dilatoria. [La situación es insólita y poco justificable.](#)

El TC parece tener claro –en el discurso– que el derecho a impetrar justicia no se puede-debería aplazar

Piénsese qué lejos queda de vigencia y utilidad la doctrina constitucional (por cierto, con perplejidad mayor, si cabe, también el Tribunal Constitucional –TC–, cuya actividad es eminentemente escrita, «cerró sus puertas» y, pese a tener sus propias reglas, se «confinó» –también por la alta edad media de sus integrantes, grupo especialmente vulnerable al contagio de COVID-19–). Pese a la estructural (mal endémico –«maldición»–) lentitud de la Justicia en España, que hace que periódicamente se lance un debate-proceso de agilización-modernización, cuyo fracaso sustancial emplazará a otro y este a otro sucesivamente, así como a la consabida [escasez de medios](#), el TC parece tener claro –en el discurso– que el derecho a impetrar justicia no se puede-debería aplazar. Aunque:

[...] los retrasos [...] hubiesen sido consecuencia [...] del abrumador trabajo que sobre ellos pesa, esta hipotética situación orgánica, si bien pudiera excluir de responsabilidad a las personas intervinientes en el procedimiento, de ningún modo altera el carácter injustificado del retraso. [...]. Por el contrario, es exigible que jueces y tribunales cumplan su función jurisdiccional, garantizando la libertad, la justicia y la seguridad [...], lo que lleva implícita la necesidad de que el Estado provea la dotación a los órganos judiciales de los medios personales y materiales precisos para el correcto desarrollo [...] (Sentencias del TC –SSTC– [63/2016, de 11 de abril](#), y [77/2016, de 25 de abril](#), remontándose a precedentes décadas atrás –por ejemplo, [STC 180/1996, de 16 de noviembre](#)–).

2. «Añadiendo leña al fuego»: a más necesidad de justicia, más «sinrazón» de su parálisis en un escenario de inversión de la pirámide kelseniana de fuentes. ¿No cabría empatizar un poco con una situación tan trágica, en la que la misión principal de toda autoridad debe ser salvar vidas? [Al igual que puse de relieve](#) con la suspensión *de facto*, como «daños colaterales» inexorables, de otros derechos no interrumpibles (por ejemplo, manifestación por motivos laborales –[Auto del TC 40/2020, de 30 de abril](#)–), en el orden constitucional de valores y derechos fundamentales, el juicio de constitucionalidad no ha de ser el de decidir qué derechos sacrificar respecto de otros, sino cómo hacerlos conciliables, en la medida de lo posible.

Por más empatía que quiera (deba) mostrarse con los decisores de esta descomunal parálisis, cualquier espíritu jurídico crítico libre tiene muy difícil comprender el despropósito o «sinrazón» constitucional y social que representa asumir que un país puede no impartir justicia, salvo situaciones extremadamente urgentes (ha ocurrido así a través de la gran proliferación de los incidentes de medidas cautelarísimas: en defensa de derechos fundamentales y sin audiencia de contraparte).

Aquí, la vieja condición de «ley de ritos» que se viene atribuyendo al «derecho procesal», evocando cierto origen sacro, apelando a la solemnidad de la forma, habría podido más que su ser instrumento al servicio de la efectividad de la tutela judicial del derecho en juego, nunca fin en sí mismo. Si a ello sumamos el –libre– miedo al contagio, comprenderemos –aunque no por ello se justificará– cómo, en un tiempo en el que lo sacrificado tiende a ser «el rito», la forma, respecto del fondo y a favor de la acción, el servicio de la justicia se ha bloqueado cuando más necesario era –y es–. Ante una triple crisis tan descomunal (sanitaria, económica y sociolaboral) y un huracán legislativo de emergencia tan caótico y desordenado como el adoptado para hacer frente a sus consecuencias dramáticas (con una profusión del real decreto-ley como nunca en un país «adicto» a esta técnica legislativa de autoridad bizantina, más que jacobina –que apuesta por la ley parlamentaria–, y muy por encima de cualquier otro país europeo democrático), el contrapunto de la acción en justicia se revelaba más necesaria y útil que en la normalidad vieja. En cambio, la decisión gubernativa ha sido «aislarla» (distanciarla) de la ciudadanía.

Cierto, la pandemia crea una sociedad de cuarentena, pero al menos mantiene cierta vida digital. La Justicia en cuarentena ni siquiera conservó ese hilo comunicativo telemático. Incluso cuando, una vez más a través de una «acción normativa de sótano ministerial» (o de «ventanilla ministerial»), se amagó con el «levantamiento»

([Resolución del ministro de Justicia de 13 de abril de 2020](#) –adapta la prestación del servicio público de justicia al [RD 487/2020, de 10 de abril](#)–), con la reapertura de puertas judiciales a la presentación telemática (LexNET) de escritos procesales (demandas y recursos), se frenó en el «embudo procesal»: compareencias y vistas. Es llamativo que en esa resolución (refleja la anomalía de la inversión de la pirámide kelseniana de fuentes: en esta, la Constitución ocupa la cúspide, los criterios administrativos están sumergidos; con la pandemia, la Constitución ha pasado a ser la sumergida alzándose a la cúspide los criterios administrativos) se reconozca un «sacrificio» del personal para mantener vivo un servicio público esencial para la sociedad, cuando la situación era de parálisis real.

En suma, el levantamiento fue solo para el registro telemático, generando la expectativa de continuidad de un servicio que, realmente, estaba paralizado, sin poder ir más allá (un «Lázaro con poco recorrido»), entre otras cosas por la remisión a un doble criterio evanescente: la opción de avance más allá según lo «posible técnicamente» y lo «voluntario». Ni uno ni otro, con las siempre obligadas honrosas excepciones, brillaron, salvo por su ausencia. Consecuentemente, la verdad es que, frente a la autosuficiencia ministerial, que presupone una idea de «buena administración de justicia», la realidad acredita que constituyó un grave error de gestión jurídica.

Un error de gestión del servicio judicial (el principio de buena gestión administrativa, si bien claramente diverso, tiene el interés, como muestra la Sentencia del Tribunal Supremo

La pandemia crea una sociedad de cuarentena, pero al menos mantiene cierta vida digital. La Justicia en cuarentena ni siquiera

–STS–, Sala 3.ª, 1853/2019, de 18 de diciembre, de enfatizar cómo, en su seno, se integra tanto la obligación de dictar una resolución en plazo razonable, siendo la dilación la antítesis de la buena administración, como el criterio de prudencia o precaución) que tardaremos también varios años en pagar. No sé si tanto como la deuda de Seguridad Social, como recordaba en el [anterior editorial](#), pero, sin duda, sí más de lo que auguran quienes ya lo estiman en la duplicación de los tiempos de espera, como, por ejemplo, para el cobro de los créditos laborales.

Quizás resulte así para los [procedimientos por despido y el crédito indemnizatorio que conllevan](#). Pero será superior para los juicios en reclamación de cantidad (salarios, prestaciones de Seguridad Social). Ciertamente, la alerta (y una dosis de sano realismo) puede favorecer las soluciones extrajudiciales, a pesar del «cuello de botella» creado por la paralización decretada de servicios de mediación, arbitraje y conciliación (SMAC) autonómicos (trámite-rito obligado para la acción de despido) y de la falta de incentivo empresarial para acelerar los plazos (o el acuerdo). Se recordará que la reforma laboral (que vuelve a vivir su montaña rusa: ahora derogo, ahora no derogo, íntegramente) suprimió los salarios de tramitación (también el despido exprés, aunque se practique). Pero este temor podría precipitar firmas a toda costa de un «finiquito» (la [STS 166/2020, de 21 de febrero](#), previene de firmas irreflexivas, aún instadas por la necesidad, cuando, aun sin entrar en el fondo, avala su fuerza liberatoria –un voto particular masivo critica el exceso de formalismo-rito de la mayoría–), en un entorno no solo extremadamente incierto, sino notablemente nebuloso en la era pos-COVID-19, dentro y más allá de la «nueva normalidad».

3. ¿Son siempre las leyes caóticas de emergencia el problema (las sombras) y su filtro interpretativo judicial la solución (la luz y la armonía)? Sin perjuicio de ese aliento de la justicia dilatoria a peligrosos atajos, que orillen o vacíen la acción en Justicia (social), por el temor a su extrema lentitud (doctrina del mal menor), la constatación realista como inexorable del retraso añadido nos permite agregar un factor de crítica a los pretendidos remedios (más bien parches) dados por la legislación de emergencia. ¿Cómo se teme tanto la dilación en el enjuiciamiento de los despidos si, de un lado, la legislación sustantiva dada parte de la «prohibición», y, de otro, la legislación procesal de emergencia asume el carácter preferente también de los procesos por el despido –[art. 7 RDL 16/2020](#)–?

¿Acaso se está poniendo en tela de juicio, incluso antes de ser aplicada, la efectividad y eficacia de la decisión legal de ordenar a la jurisdicción, en nuestro caso la social, que se tome muy en serio la preferencia legal dada a estos, y otros muchos, procesos? Me temo

Un error de gestión del servicio judicial que tardaremos también varios años en pagar

La legislación de emergencia procesal adolece de análogas deficiencias de técnica jurídica –y de inseguridad– que la legislación sustantiva

que sí. La legislación de emergencia procesal adolece de análogas deficiencias de técnica jurídica –y de inseguridad– que la legislación sustantiva, como recordaré, con algún ejemplo, en este lugar y se evidenciará con más detalle en la [crónica-análisis de actualidad](#).

Piénsese si no, aunque no influya directamente en el proceso social, en el bamboleo dado por la Fiscalía General del Estado a la regla ([art. 2 RDL 16/2020](#)) sobre el cómputo de los «plazos procesales» (abierto ya el proceso, no para demandar); primero dijo que se «reiniciaban», luego que se reanudaban ([Decreto de 3 de junio de 2020](#)). De este modo, reducida la interpretación a «juego de tecnicismos» jurídicos y/o de «tronos político-judiciales», se orilla la afectación a principios jurídicos esenciales (efectividad de la defensa, seguridad jurídica, igualdad, etc.). Aunque no me puedo detener aquí en esta cuestión –que se ha planteado en el orden procesal penal y en el contencioso-administrativo, no, al menos todavía, en el orden social–, no es una cuestión menor, sino categoría general. El [artículo 2.1 del RDL 16/2020](#) lo dice –casi nunca sucede así– de forma taxativa para los plazos procesales. Entre ellos están los de instrucción ex [artículo 324 de la Ley de enjuiciamiento criminal](#) (para el concepto de plazo procesal ex [art. 135 Ley de enjuiciamiento civil](#) –LEC–, *vid.* [STS, Sala 1.ª, 287/2009, de 29 de abril](#)): es procesal el plazo que tiene su punto de partida en la actuación de igual clase –notificación, emplazamiento, etc.–, no los que asignan plazo para el ejercicio de una acción). Tal dicción legal animó a la Fiscalía General del Estado a anunciar una interpretación literal en relación con el principio constitucional *pro actione* ([art. 3 Código Civil](#) –CC– respecto del [art. 24 CE](#)). [Dos factores de prudencia doblaron su decisión](#).

Primero, fue contestada por sectores judiciales (por ejemplo, la Junta Sectorial de Magistrados de lo Penal de la Audiencia Provincial de Las Palmas dictó un acuerdo en el que consideraba que el cómputo del plazo de instrucción debía reanudarse, y no reiniciarse desde cero). La ley es la ley, pero mandaría el concepto (suspender no es interrumpir: aunque la [STS, Sala 3.ª, 208/2019, de 20 de febrero](#), diga que «no debe haber [...] obstáculos para acordar la suspensión –con la consiguiente interrupción del cómputo del plazo– si la pide el expedientado de baja médica [...]») y el principio –favor al preso–. Segundo, volviéndose hoy imprevisible el criterio legal, al tramitarse como proyecto de ley, pues no es cosa de razón jurídica sino de aritmética parlamentaria, lo mejor es «optar cautelarmente por el criterio de la reanudación del cómputo de los plazos». Un «deber de cautela» (para toda diligencia penal) más exigible a más complejidad de la causa.

¿Al menos tendrá el efecto positivo de la aceleración de la causa? Quizás, pero tampoco está claro. En esta situación de cautela, otra más realista se añade, a modo de contrarresto: para evitar sorpresas desagradables en la acción acusatoria pública mejor pedir «la declaración de complejidad de los procedimientos, su prórroga o la fijación de un plazo máximo [...]». En suma, quien debe dar aplicación a la ley, en un sentido u otro, le busca «la trampa».

¿Un problema solo penal? No, en el orden contencioso-administrativo también gustan de buscar «tres pies al gato». Donde parecía haber una norma clara (los plazos procesales se reinician porque lo dice la ley y porque beneficia la acción en justicia, evitando pleitos

sobre los pleitos –cómputo de plazos–), se identifican, cuando menos, dos interpretaciones posibles (reanudación –interpretación mecanicista y alambicada– versus reinicio –interpretación de garantías, aunque ciertamente dilate la acción de la justicia–). ¿Y cuál elegimos?

Los intérpretes más solventes optan, como la Fiscalía General del Estado, por «el principio de precaución» –en la duda, mejor no arriesgarse–, aunque esa sea la contraria al tenor literal del precepto –abogan por la reanudación, no por poner el contador a cero–. En la duda –dicen, con realismo–, la práctica judicial se vuelve imprevisible y, en todo caso, divergente –unos tribunales pueden entender que el plazo para interponer el recurso contencioso es un plazo procesal ex [art. 8 RD 537/2020, de 22 de mayo](#); otros, un plazo para el ejercicio de la acción ex [art. 10](#); otros, un plazo administrativo ex [art. 9](#)–. Cierto, llega un momento de estabilización jurisprudencial –cada vez más «líquida»–, pero [cuando llegue la «unificación de criterio ulterior, puede que sea tarde»](#).

¿No es muy lamentable, no solo «triste», que algo tan crucial como es el derecho a la tutela judicial efectiva pretenda, por una vez, ofrecerse por el legislador con cierta claridad y la interpretación alambicada termine convirtiendo la regla legal en tal «[galimatías](#)» que imponga la cautela estratégica frente al imperio del derecho? Sí, la vida del derecho se escribe con renglones torcidos, por sus artífices o intérpretes. Lo que nace con la voluntad legal de aligerar la Justicia, para que se levante y ande sin frenos de inicio, termina convertido en un factor más de riesgo de saturación de juzgados y tribunales. La interpretación dejaría de cumplir, pues, su función de luz hermenéutica para ofrecer claridad, sistematicidad, coherencia y armonía donde hay una legislación de emergencia atropellada, caótica, deficiente, para arrojar más leña al fuego de la confusión, con la consiguiente pérdida de calidad y seguridad jurídicas.

Sí, la vida del derecho se escribe con renglones torcidos, por sus artífices y también sus intérpretes

La actualidad jurídico-laboral de emergencia no es ajena a esta necesidad de corrección legislativa –aunque sea aprovechando una ley de urgencia que nada tiene que ver– de lecturas jurisprudenciales alambicadas y perjudiciales para el interés general, creando más disfunciones que armonía. Es el caso del nuevo [artículo 33.11 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) (incluido por el [RDL 19/2020, de 26 de mayo](#)), que rectifica parcialmente la jurisprudencia relativa al silencio administrativo por resoluciones extemporáneas del Fondo de Garantía Salarial (Fogasa). Las fuertes limitaciones jurisprudenciales a la acción tardía revisora de situaciones creadas ([STS 281/2020, de 7 de mayo](#)), incluso por la vía del [artículo 146 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS) y respecto de personas trabajadoras que no tenían legalmente la cualidad de beneficiario, o que sí la tenían, pero por cantidades inferiores a las reconocidas por silencio, estuvieron

La actualidad jurídico-laboral no es ajena a esta necesidad de corrección legislativa de lecturas jurisprudenciales alambicadas. Es el caso del nuevo artículo 33.11 del Estatuto de los Trabajadores

en la base de un sinfín de pleitos en pro de obtener beneficios indebidos legalmente (*vid.* SSTS 609/2018, de 11 de junio, 145/2019, de 27 de febrero, o 336/2020, de 14 de mayo, entre varias decenas). La seguridad jurídica del beneficiario sacrificaba, por una decisión jurisprudencial penalizadora de la gestión tardía del Fogasa, la coherencia y racionalidad del sistema.

A partir de la nueva regulación legislativa, frente al principio de confianza legítima de quien ve reconocido un beneficio, aun sin tener legalmente derecho a él, el Fogasa podrá dictar una resolución tardía confirmatoria, pero solo para quien es legalmente beneficiario de sus prestaciones y por la sola cuantía prevista en el [artículo 33 del ET](#). La falta de una plena buena gestión administrativa del Fogasa, que debe contestar, como regla, de forma expresa, no se convertirá en una vía de beneficio indebido para quienes litigan con una buena defensa jurídica. La entidad podrá, pues, emitir una resolución tardía desestimatoria si la situación no quedara reflejada dentro de la legalidad. También el [artículo 33 del ET, último párrafo](#), recorta, con la excusa de aclarar las dudas interpretativas, el plazo de interposición de la demanda contra esta resolución: será el plazo corto de 2 meses ([art. 69.2 LRJS](#)), no el largo de 1 año ([art. 59.2 ET](#)). El *dies a quo* será el día siguiente al de la notificación, si es expreso el acto, o al que deba entenderse estimada la solicitud por silencio, si es acto presunto.

No obstante, si bien la intervención judicial ni es infalible ni siempre significa una mejora del sentido práctico de una ley, frecuentemente confundiendo más que aclara (aquí los ejemplos se multiplicarían), es innegable tanto su necesidad como su utilidad para comprender los designios legales. Así sucede con carácter general, pero resulta bastante más necesaria y útil ante una legislación como la de emergencia sanitaria y sociolaboral, muy defectuosa e incierta. Conoceremos, sin duda, «nuevos episodios nacionales» de esta tensión entre el favor legislativo por resoluciones tardías correctoras de situaciones creadas por silencio positivo y la resistencia judicial (por ejemplo, revisión por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de los expedientes de regulación temporal de empleo –ERTE– por fuerza mayor, total y parcial). Piénsese en la [Sentencia de la Audiencia Nacional 38/2020, de 15 de junio](#), que desestima la demanda sindical contra un ERTE por fuerza mayor, al entender que está aprobado por silencio administrativo positivo (si bien luego recayó resolución expresa autorizadora).

No obstante, si bien la intervención judicial ni es infalible ni siempre significa una mejora del sentido práctico de una ley, es innegable tanto su necesidad como su utilidad

O, en otro ámbito laboral diverso, pero también muy conflictivo y enrevesado, el aún más deslocalizado artículo 11 del [RDL 23/2020, de 23 de junio](#), por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica. ¿Qué tiene que ver la energía con el empleo? Bastante más de lo que se cree, pero no me refiero a eso. El artículo 11 ha incluido en una norma de urgencia sobre un tema muy diferente: una habilitación a las diversas Administraciones públicas para que puedan ejecutar las ofertas de empleo público, así como los procesos de estabilización de empleo temporal. Más excepcionalidad y retrasos

acumulables en una materia en la que, como bien se conoce, existe un absoluto desorden, tolerado por el propio legislador español, impasible ante el dislate de la acumulación de «legiones» y «legiones» de personas empleadas interinas. Ni las recurrentes y oraculares intervenciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (por ejemplo, Sentencias de [22 de enero de 2020, asunto C-177/18](#), y [19 de marzo de 2020, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18](#)) ni las dispares, y, a lo que parece, «libremente creativas» de la justicia ordinaria, por lo menos en los niveles inferiores, de signo opuesto (por ejemplo, Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Alicante 252/2020, de 8 de junio, a favor de reconocer la fijezza del empleo funcional pero sin tenerlo de carrera; Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Murcia 94/2020, de 18 de junio, que sostiene todo lo contrario).

4. El debate sobre los errores y deficiencias de gestión gubernativo-legislativa de la crisis de la COVID-19 al juicio de los tribunales: en busca del derecho (razón) entre las leyes (voluntad). Por supuesto, el debate –dejando completamente de lado la vertiente político-social donde es extremadamente agrio e ideologizado– sobre los «errores y deficiencias de gestión gubernativa» de la triple crisis derivada de la COVID-19 tendrá su escrutinio judicial, ordinario y constitucional. También tendrán «cita judicial» las medidas afrontadas para intentar corregirlos. Hasta ahora se ha explotado al máximo, en el estado de alarma y ya fuera de él (sigue el recurso a los reales decretos-leyes), el principio de autoridad gubernativa (de valor legal o infralegal) como fundamento de toda la ingente (descomunal en el contexto mundial) legislación de emergencia, conforme a una cierta concepción bizantina de lo jurídico. Ahora, levantada la parálisis judicial, es el tiempo de buscar el derecho (el orden de la razón jurídica coherente, así como la idea ético-jurídica de lo justo) entre ese inmenso arsenal de leyes de «soberanía gubernativa» (refrendada *a posteriori* por el Parlamento, si bien sin apenas debate de «soberanía popular»).

El debate sobre los «errores y deficiencias de gestión gubernativa» de la triple crisis derivada de la COVID-19 tendrá su escrutinio judicial, ordinario y constitucional

Desde esta perspectiva de necesidad, no solo conveniencia, de sujeción, aun tardía, de la decisión gubernamental-legislativa al filtro (decisión) jurisdiccional, prácticamente todas las «cuestiones especialmente calientes» de este debate de los «errores-deficiencias» de gestión de la crisis quedan (ya lo están haciendo) al escrutinio crítico de juzgados y tribunales. Pero también las decisiones adoptadas por las empresas a partir de las leyes dictadas en emergencia para hacer frente a la crisis económica y laboral, así como de otros sujetos privados y públicos. Y sucederá así en una multitud de [cuestiones trascendentales](#), entre ellas:

- a) la gestión tardía (o no) de la crisis y la adopción de medidas derivadas de ella;
- b) la «deficiencia de gestión sanitaria» y sociosanitaria (residencias) (por ejemplo, el defectuoso y contraproducente [art. 9 RDL 19/2020](#), comentado en el [editorial de junio](#));

- c) la obsesión por identificar precozmente el riesgo de contagio maximizando el uso tecnológico. Del gran «déficit de gestión tecnológica» frente a la epidemia se pasaría (por ejemplo, «pasaporte inmunológico», «códigos de salud QR»), a modo de ley del péndulo, a un nuevo orden de [vigilancia biopolítica digital](#), poniendo en riesgo, a su vez, la privacidad –e incluso la prohibición de discriminación– (volveré sobre el particular en el [análisis de actualidad del RDL 21/2020, de 9 de junio](#));
- d) los conflictos sociolaborales derivados de la aplicación de una legislación de emergencia tan extensa como defectuosa. Este profundo déficit precisa de un importante complemento de autoridad interpretativa administrativa. Pero, no siendo vinculante para la autoridad judicial, ¿se identificará con aquella?

Veremos. En tanto, y en este escenario de legislación más sombría que clarificadora, ya se están comenzando a dictar las primeras sentencias, asumiendo una visión más bien extensiva de los conceptos legales más relevantes de esta crisis, como es el de fuerza mayor, total y parcial ([de las 14 dictadas al cierre de este editorial, 9 son favorables a la legitimidad del ERTE suscitado](#)). Así, la Sentencia del Juzgado de lo Social –SJS– número 1 de Murcia 72/2020, de 1 de junio, habría «tumbado» la pretensión de una persona trabajadora contra su empresa, que presentó un ERTE de fuerza mayor en la que fue incluida. Otras recientes no son tan comprensivas ni con las autoridades gubernativas ni con las decisiones empresariales de gestión en esta pandemia, sobre todo las que tienen que ver con la referida deficiencia de gestión sanitaria. Quizás las autoridades, bien sabedoras, en su fuero interno, de estos déficits, retrasaron el actuar de la Justicia (social, o de la contenciosa) para evitar las interferencias judiciales en un momento de especial convulsión, salvo cuando estuviesen en juego más directamente derechos fundamentales de la persona.

5. ¿La crisis sanitaria era inevitable por imprevisible?: una jueza social de Teruel cuestiona la tesis oficial de la fuerza mayor y le opone el principio jurídico de precaución.

Precisamente, enlazando con esta idea tan nuclear de todo el proceso de gestión gubernativo-legislativo de la fuerza mayor, el escrutinio judicial acaba de irrumpir contrariando frontalmente la tesis oficial: la crisis de la COVID-19 habría cogido por sorpresa a todos (comunidad científica, Gobiernos, empresas). La evidente tardanza sería tan global («pandemia de imprevisión») que es irrazonable exigir a Gobiernos, Administraciones públicas ¿y empresas? que tengan la obligación inexcusable de anticiparse. En el plano jurídico, una cosa es disponer de un cúmulo de indicios –innegables–, antes del estado de alarma, y otra distinta sería acreditar certezas. Por eso, pese al foco político-partidista y mediático, se habría [archivado la «causa del 8-M»](#), al reprochársele imprevisión, pero no certeza suficiente de prevaricación (dolo o negligencia grave), así como una [causa contra la Comunidad de Madrid por denegar auxilio a una residencia a la que no medicalizó](#), pues la pandemia difícilmente permite a la Administración sanitaria cubrir toda la atención reclamada.

Ahora bien, ya hemos recordado que cuando una cuestión se judicializa el resultado no solo se vuelve también imprevisible, sino que, con altísima probabilidad, será dispar, dentro

de los diferentes niveles de un mismo orden jurisdiccional y, mucho más, entre varios, cuando la causa puede resultar concurrente, como sucede con varias de las asociadas a la crisis sanitaria y epidemiológica de la COVID-19. Pues bien, la ya muy célebre [SJS número 1 de Teruel 60/2020, de 3 de junio](#), ha osado rechazar la mayor: frente a la posición ortodoxa de la autoridad sanitaria aragonesa de haber sufrido una situación de extraordinaria fuerza mayor, imprevisible e inevitable, la jueza del modesto juzgado de la «olvidada» provincia del viejo maestrazgo considera que una cosa es la situación de excepcionalidad vivida y otra muy diferente la fuerza mayor en sentido jurídico (ex [art. 1.105 CC](#); [STS, Sala 1.ª, 1843/2017, de 28 de noviembre](#), respecto de la crisis económica anterior). A su juicio –revocable, en su caso, por la sala de suplicación social maña–, la necesidad de acopio de equipos de protección individual para el personal sanitario, así como la necesidad de realizar las pruebas debidas para el control de eventuales contagios, eran previsible y, por lo tanto, exigibles jurídicamente, pues:

La SJS número 1 de Teruel 60/2020, de 3 de junio, frente a la posición ortodoxa de la autoridad sanitaria de haber sufrido una situación de extraordinaria fuerza mayor, considera que no estamos ante un supuesto de fuerza mayor ni riesgo catastrófico. La inicial justicia cautelar muta en justicia definitiva a favor de un mayor estándar de protección identificable con el principio jurídico de precaución

[...] no estamos ante un supuesto de fuerza mayor ni riesgo catastrófico ya que el hecho de que la pandemia alcanzara a nuestro país no era imprevisible y eran evitables muchas de sus consecuencias, y ello, al existir numerosos avisos y recomendaciones de la OMS [...]. No se ha demostrado que [ni la autoridad estatal ni la autoridad aragonesa, ambas coordinadas de forma continuada] estuviera impedida para realizar el acopio suficiente [...].

En definitiva, sobre la base fáctica de la existencia de indicios suficientes de alerta temprana, y la jurídica de ausencia de suspensión de este tipo de obligaciones ex [artículo 55 de la CE](#) (orilla el [art. 16 Convenio 155 OIT](#)), condena al Gobierno de Aragón por negligencia preventiva. Condenas cada vez más extendidas y que elevan el estándar de protección oficial (por ejemplo, [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 696/2020, de 3 de junio](#), para la policía autonómica vasca, condenando ahora al Gobierno del País Vasco, por no estar preparado, al inicio de la pandemia, para cumplir su obligación de tutela eficaz). La inicial justicia cautelar muta, pues, en justicia definitiva a favor de un estándar de protección de la seguridad y la salud de las personas trabajadoras más expuestas identificable con el principio jurídico de precaución (máxima seguridad laboral posible aun en situación de incertidumbre científica sobre el riesgo), superando el de prevención estricta (máxima seguridad posible ante un riesgo científicamente cierto). Nuevo principio jurídico-preventivo, procedente de los sectores de la salud y seguridad alimentaria y ambiental comunitarios (volveremos sobre él en el [análisis de actualidad del RDL 21/2020](#)) y también acogido por la Sala Civil del TS.

6. El (real o pretendido) «deber de cautela interpretativa» más allá de las obligaciones preventivas: ¿es presumible la reversión judicial del favor administrativo por una gestión flexible de la fuerza mayor? Vemos, pues, cómo el «despertar» de la Justicia (también social) inicia una senda que ofrece significativas sorpresas, cuando menos contrastes, con la posición oficial exhibida por el principio de autoridad gubernativa que ha venido rigiendo el estado de alarma, en todas sus dimensiones, también legislativas de emergencia. Cierto, esta tensión se da en un ámbito específico, caracterizado por un plus de protección o garantías, como es la obligación de seguridad y salud de las personas trabajadoras, pero ¿cabría también pensar en tensiones análogas entre la voluntad legal y la comprensión judicial allí donde más neurálgico es el concepto de fuerza mayor para afrontar la crisis sociolaboral derivada de la sanitaria, como en la dinámica de gestión flexible de los ERTE por fuerza mayor parcial, soportada con fondos de la Seguridad Social (paradigma de flexiseguridad)?

Al respecto, hemos visto cómo, en un escenario de regulación legislativa de emergencia especialmente nebuloso, donde los redactados legales se abren a diferentes interpretaciones, tiende a difundirse una estrategia interpretativa precautoria (por ejemplo, orden penal, contencioso), a fin de que no se adopten decisiones de gestión –en los casos referidos, procesal–, una vez se ha reactivado –paquidérmicamente– la Administración de Justicia, «imprudentes» y que podrían ser contestadas judicialmente. En última instancia, esa es su misión: dictar el derecho prudente (*iuris*-prudencia). ¿Debe también servir esta actitud cautelar en el ámbito laboral y frente a una interpretación administrativa que, más copiosa de lo debido, parece, a juicio de cada vez más opiniones doctrinales, revelarse como «imprudente»?

No insistiré aquí en esto. Primero, porque ya expresé mi opinión en el [editorial anterior](#). Segundo, porque la justa medida del conflicto entre «autoridades interpretativas» –la que cabe considerar vicaria del legislador de emergencia, pero no vinculante, la administrativa, y la que sí tiene esa naturaleza de doctrina legal, la jurisprudencial– vendrá de la mano de las decisiones judiciales en este ámbito, siendo, de momento, muy escasas. No obstante, alguna observación sí merece el asunto, ante la insistencia en esa línea de interpretación flexible de la legislación por parte de la autoridad gubernativa («doctrina de ventanilla administrativa»), llamada una y otra vez por los operadores jurídicos a pronunciarse para comprender el sentido de las normas (lo que ya es, en sí mismo, una profundísima anomalía jurídica), y el contraste de la doctrina científica, que desalienta tal «exceso de imprudencia», anunciando reveses judiciales.

En el [editorial de junio](#) me pronuncié a favor de la exclusión de toda automaticidad de las decisiones de transición, en el proceso de desescalada, desde un tipo de ERTE a otro, sin que, a mi juicio, hubiera imprudencia o temeridad alguna, sino interpretación coherente con el sentir de la nueva legislación (finalidad) en el contexto en que debe aplicarse (incierto y dinámico), con conceptos legislativos innovadores, gusten más o menos. Y así se ha ido mostrando después en las sucesivas consultas, sea a la Dirección General de Trabajo

(DGT-SGON-733PGG, de 27 de mayo; DGT-SGON-1049CRA, de 17 de junio, etc.), sea a la Tesorería General de la Seguridad Social –TGSS– (por ejemplo, [Boletín Noticias RED 14/2020](#)), cuyos boletines son esperados con más ansiedad incluso que el propio Boletín Oficial del Estado. En ellos se viene a decir que la empresa no es un autómatas en el proceso, una convidada de piedra, y que tiene margen de valoración económica y organizativa. Por lo tanto, siempre que tenga causa, puede ir hacia delante –desafectar a personas trabajadoras– y hacia atrás –volver a afectar–. ¿Qué hay de imprudente en esta interpretación?

La empresa no es un autómatas en el proceso y tiene margen de valoración siempre que tenga causa. ¿Qué hay de imprudente en esta interpretación? Para mí nada, para otros analistas mucho

Yo vengo argumentando que nada. Más aún, lo imprudente sería lo contrario, aunque ello tenga costes (para las arcas públicas, para las personas trabajadoras) e implique que la legislación de emergencia no obedece solo al garantismo («escudo») que se exhibe, también a razones de gestión flexible interna, para contrarrestar el plus de riesgo de despido de siempre. Otra cosa es el vicio técnico de precisar la ley «muleta administrativa» para saber su sentido práctico. No opinan, sin embargo, del mismo modo los analistas que, primando la «estrategia cautelar», [critican que alienten «decisiones empresariales imprudentes»](#), sin que se espere –a su juicio– cobertura o inmunidad alguna en virtud del principio de confianza legítima, en la medida en que la propia autoridad administrativa advierte de que su criterio no vincula.

Ciertamente, soy consciente de las diferencias prácticas (la flexibilidad favorece a la empresa; la prudencia, aparentemente, mejora la seguridad económica –no necesariamente ocupacional– de la persona trabajadora). Los aspectos en juego son múltiples (control racional del gasto en cotizaciones por la TGSS, prestaciones de desempleo por el Servicio Público de Empleo Estatal, pago de salarios) y las demandas en tal sentido no han hecho sino empezar –por ejemplo, [demanda contra Elecnor](#) en reclamación de la diferencia entre prestación por desempleo y salario de 5 días de ERTE que se considera indebida, al entender que procedía la transición–). Pero, de un lado, el [artículo 3 del CC](#) no incluye entre los criterios interpretativos el favor por el más «prudente» ante la incertidumbre total. De otro, las primeras lecturas judiciales –por ejemplo, [SJS de Murcia de 1 de junio de 2020](#)– asumen el valor de la interpretación de favor a la flexibilidad interna, aunque no siempre (por ejemplo, SJS núm. 1 de Zamora de 27 de abril de 2020, que lo rechaza en el caso de una empresa de asesoramiento legal, por ser esencial; la [SJS núm. 2 de Vitoria 63/2020, de 27 de mayo](#), lo deniega a la empresa pública de transportes por estar excluida del [art. 47 ET](#), una cuestión polémica –de momento ya tenemos el conflicto entre la autoridad laboral vasca, favorable a que pague el Estado, y la jueza, que se supone es imparcial).

En suma, lo prohibido jurídicamente es la arbitrariedad, no una razonable capacidad valorativa empresarial, nada extraña, sino inherente al [artículo 38 de la CE](#). Como enseña la experiencia del control judicial de la reforma laboral derivada de la reforma precedente, por más que

fuese voluntad de un legislador de excepción eliminar el control de razonabilidad, abogando por un enfoque de automaticidad de decisiones (empresariales, institucionales, etc.), no le es posible desde su enjuiciamiento bajo el principio de razón jurídica. Y ello porque tal imperativo forma parte de los principios jurídicos del sistema y, en consecuencia, restringibles, pero no eliminables por el legislador (por ejemplo, [STS de 16 de julio de 2015, rec. 180/2014](#), que hace una relectura constitucional avalada por la [STC 8/2015, de 22 de enero](#); luego se ha reiterado, llegando hasta nuestros días, como ilustra la completa [STS 334/2020, de 14 de mayo](#), recordando el favor por todo tipo de decisiones empresariales novatorias razonables para la superación de dificultades en el orden organizativo y productivo, favoreciéndose la flexibilidad interna sobre la externa).

Lo prohibido jurídicamente es la arbitrariedad, no una razonable capacidad valorativa empresarial, nada extraña, sino inherente al artículo 38 de la CE

7. Inseguridad jurídica legislativa más dilación de la Justicia: ¿colapso judicial inexorable u «odisea inquisitoria en el ciberespacio» digital judicial? Muchas otras cuestiones dudosas cabría incluir (por ejemplo, prohibición de despidos, suspensión versus interrupción contratos temporales, preferencias del teletrabajo, conflicto entre novaciones exigibles en aras de la mejora preventiva frente al riesgo de COVID-19 y derechos previos de adaptación de jornada por razones familiares, etc.). El problema afecta al propio [RDL 16/2020](#) y a los más recientes (también el [RDL 21/2020](#), sobre el que volveremos, por su novedad, en la sección de [análisis de actualidad](#)).

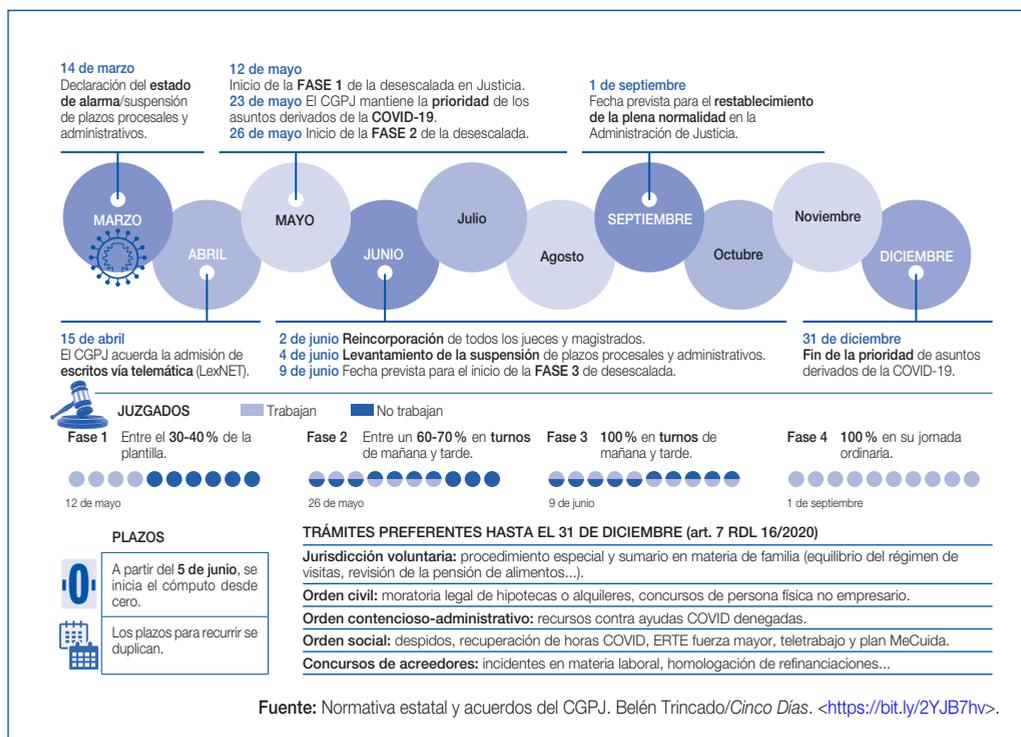
Ante panorama tan sombrío (incluso tenebroso), una cosa sí es cierta y concita consenso: por más incierta que sea la interpretación de numerosas cuestiones, el vicio jurídico podría disminuirse, incluso conjurarse con una rápida respuesta alumbradora judicial frente a tan formidable catálogo de cuestiones de interpretación insegura. Pero aquí reemerge el problema de base de nuestra reflexión sobre el estado de la Justicia (social) en el tránsito a la nueva normalidad y tras el estado de alarma: el colapso judicial que se nos avecina no solo se agravó con la parálisis, sino que, iniciada la desescalada y finalizada la alarma, no está tampoco en condiciones de remontar el vuelo con la agilidad que se precisa y pretende fomentar el [RDL 16/2020](#).

Si el propio cómputo de los plazos procesales, pese a la buena voluntad legislativa de clarificar, se está revelando confuso, al menos en el orden penal y contencioso, una auténtica cuadratura del círculo se está mostrando en el orden de tramitación a seguir tras el día 4 de junio. Cómo combinar el señalamiento de nuevos juicios con los suspendidos es un nuevo sudoku que, de orden procesal, se suma a los de orden sustantivo. Cada «oficina judicial» seguirá, según sus circunstancias, una trayectoria diferente y se dilatará varios años.

Sin perjuicio del mayor análisis, desde dentro, en la sección «foro de debate», dejaremos alguna observación respecto de la suerte esperable de las medidas del [RDL 16/2020](#)

para tratar de salir de este formidable atasco. Y ello en un escenario para el que el riesgo de contagio sigue ahí ([Orden JUS/504/2020, de 5 de junio](#); [experiencia de activación de este protocolo basado en la precaución en la ciudad de la justicia de Las Palmas](#)). Satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva en la «nueva normalidad» parece devenir, más que en la «vieja normalidad», una fatigosa odisea, de duración prolongada e incierta, cuasi como la narrada por la original tragedia griega de Homero. ¿Bastará con la virtud de la paciencia de Penélope o el [RDL 21/2020](#) provee alguna «receta mágica» más realista? (*vid.* [gráfico](#)).

Gráfico. Cronograma del plan de desescalada en la justicia



Lo primero que llama la atención es el irrealismo de algunos de sus planteamientos, que hace que nazcan fracasados antes de ensayarse. Así sucede, por ejemplo, con la preferencia que se da también aquí, aparentando un tratamiento análogo al resto de actividades, a la solución telemática cuando, en

Lo primero que llama la atención es el irrealismo de algunos de sus planteamientos, que hace que las medidas para acelerar la Justicia social nazcan fracasadas antes de ensayarse

la realidad de este servicio, tiende a seguir viéndose más bien como un problema de devaluación de la justicia, al primar la celeridad sobre la calidad de la defensa (riesgo de quiebra de la «ley de ritos procesales»).

Sorprendentemente, y al margen de la poca credibilidad de una regla legal ([art. 19 RDL 16/2020](#)) que condiciona la preferencia telemática a lo posible (salvo en lo que concierne a los juicios penales por delitos graves), conociendo que no lo es en la mayoría de las situaciones (la norma se vacía en la práctica y queda como «brindis al sol»), la orientación todavía mayoritaria en el sector, siempre con honrosas excepciones, es descalificar una justicia telemática por [pretendidamente contraria a la garantía de publicidad y poco menos que propia de la Inquisición](#), promoviendo su nulidad (*ex arts. 120 CE y 138 LEC*), en línea con una doctrina jurisprudencial de 2005 dictada por el TS, pero en otro contexto.

Un claro aviso a los operadores cibernautas (o cibernavegantes) de sus mayores: antes una justicia dilatoria, pero presencial, que una justicia acelerada, pero esnobista. Pendientes de una eventual demanda por los profesionales que vean insatisfechas sus pretensiones, el proceso digital nunca podría asegurar las debidas garantías procesales. [Preferible, pues, dicen, que sigan vacíos primero, en la desescalada ralentizados, a telemáticos, pero bajo la espada de la nulidad](#), que lo pudiera echar todo por tierra. Ni el [artículo 229 de la Ley orgánica del Poder Judicial](#) (desde 2003) ni el [artículo 19 del RDL 16/2020](#) podrían ir más allá de una virtualidad procesal episódica, concreta, limitada, porque no se debería frivolar con los derechos de la ciudadanía –en nuestro caso, laboriosa–.

Desde esta perspectiva, claramente defensiva del ritualismo tradicional, recientemente el CGPJ ha editado una [guía](#) en la que –reflejando más «prejuicios» que razonables y debidas cautelas– asume que no puede producirse este salto cualitativo sin una debida reforma legal y sin una inversión más potente en medios tecnológicos. De ahí que pida, una vez más, «tiempo» (se prepara un proyecto de ley). Pero, justamente, ese es el problema, que no hay tiempo, siendo ya necesaria una labor más proactiva en aras de la efectividad de la tutela judicial ya, para no seguir perseverando en el error y desconcierto del inicio –la [guía](#) reconoce este desconcierto inicial por el miedo al contagio–.

A mi juicio, y sin poder profundizar más en este tema aquí (remitimos a la [«actualidad» del mes de mayo](#), así como al «foro de debate» de este número), creo que [la guía del CGPJ](#) ignora –y con ello refleja– otro factor obstaculizador: las resistencias culturales al cambio a una Justicia más telemática. En vez de ver en la situación fáctica (pandemia) y jurídica (preferencia legal) una oportunidad de progreso ([como ha hecho casi una cincuentena de juzgados](#) –entre, cierto, los varios miles existentes–), ante un estado más que deficiente del derecho a una justicia no dilatoria, se analiza como amenaza al estatus institucional tradicional, resistiéndose a los cambios,

La guía del CGPJ ignora –y con ello refleja– otro factor obstaculizador de la Justicia telemática: las resistencias culturales al cambio

excusándose en la escasez de medios y la insuficiencia de las leyes (paradojas de regresividad por el progreso tecnológico).

Siendo todos conscientes de la necesidad de preservar, siempre, las garantías procesales, lo que no viene en modo alguno impedido, al menos en un buen número de procesos menos complejos (más de un 50 %), que el problema es más de resistencia mental que de insuficiencia legal y de medios lo prueba el éxito de algunos juicios telemáticos realizados.

Desde esta perspectiva, no solo se ha evidenciado una mayor potencialidad de audiencia pública, sino que este plus de agilidad dado por medio telemático habría resultado clave para el éxito de la pretensión económica. Así, garantizada la transparencia de un juicio público (amplía por 10 la capacidad de la sala de vistas) y reduciendo al mínimo el riesgo de nulidad por indefensión (espada de Damocles), al contar con el acuerdo de todas las partes, se ofreció una tutela judicial efectiva (la agilidad telemática evitó un cierre de establecimiento de hostelería cuya viabilidad económica dependía de la rapidez del procedimiento –contencioso–, difícil por los cauces ordinarios, con lo que aseguró cuatro empleos). Se reconoce que no es la panacea para todo tipo de pleitos, sobre todo si son complejos, pero sí sería «[...] una solución para una parte muy importante de procedimientos porque cumple con todas las garantías jurídicas exigibles. Me consta que muchísimos abogados están a favor porque se enfrentan cada día a una maquinaria judicial oxidada [...]».

En suma, con innovación y actitud de mejora, aprovechando el marco legal, es posible hacer de la Justicia un instrumento contra la crisis, no una agravante de ella. No parece opinar lo mismo el TC. Receloso ante las dificultades para el debate de pleno y miedoso por el riesgo de ciberataques, tras un primer ensayo, ha suspendido toda deliberación no presencial. ¿El resultado? Una fuerte discusión interna y, lógicamente, el retraso de los plenos. Difícil no ver en esta experiencia una verificación de que, a menudo, la resistencia al cambio es más cultural.

Con más actitud de mejora, aprovechando el vigente marco legal, es posible hacer de la Justicia un instrumento contra la crisis, no una agravante

8. La prevalencia de la cultura de Justicia presencial: mejor los reencuentros intensivos presenciales en la tercera fase, aun a costa de una defensa letrada agotada. ¿Y cuál es nuestra cultura de siempre, la de la actividad –también judicial– presencial? ¿No quiere ya la ley tanta presencialidad en la nueva normalidad? «Dos tazones».

Ahora, los encuentros procesales, como si de evocar la mítica película del conocido director Steven Spielberg se tratara, han llegado «en la tercera fase» (en la película, se sigue la clasificación del doctor Allen Hynek: la fase 1 significa ver un OVNI en el cielo; la fase 2, tener una evidencia física; y la fase 3 supone tener un contacto directo con un extraterrestre).

Esos encuentros se producirán en un doble turno, por cuanto no solo quedará habilitado agosto (lo que para el orden social no es novedad, pues su regla ya era esa), sino que habrá juicios por la mañana (primer «tazón» de presencialidad) y tarde (segundo «tazón»). Ahora bien, no todos los profesionales de esa historia de Justicia ordinaria tendrán la oportunidad de ser turnados, sino que, al contrario, deberán doblar turnos.

De ahí que más de un profesional, sobre todo de sexo femenino, haya evidenciado que, en realidad, estos encuentros en la tercera fase se parecerían más a la «odisea», de Stanley Kubrick (2001: *una odisea del espacio*), porque ven, con estupor, que tales encuentros procesales presenciales serán como los de los aventureros que narra la ficción, adentrándose en un terreno tan ignoto como hostil. A su juicio, con tal tipo de medidas (muy cuestionadas por la abogacía, pero también por otros colectivos, como [el Colegio Nacional de Letrados de la Administración de Justicia, que ha recurrido la circular sobre vacaciones](#) por vulnerar derechos laborales y procesales, con lo que se complica todavía más el problema de saturación judicial), el [RDL 16/2020](#) pondría, con la excusa de combatir los efectos dramáticos de la COVID-19, las bases para otro riesgo de victimización, el derecho de las personas justiciables (en nuestro caso en lo socio-laboral) a la defensa por un profesional en plenitud de sus condiciones y no «por persona letrada cansada y somnolienta ante la enorme profusión de actos y juicios, mañana y tarde, agosto incluido, y sin guarderías abiertas ni, quizás, escuelas de verano» (Escoda y Pérez, «2020: odisea en los juzgados o los encuentros en la tercera fase», mayo 2020).

Más de un profesional, sobre todo de sexo femenino, ha evidenciado que estos encuentros en la tercera fase se parecerían más a la «odisea»

9. «No habrá paz para la maldita justicia»: de la pandemia sanitaria a la epidemia judicial. En suma, todos los operadores jurídicos parecen querer defender un servicio de justicia de calidad. Pero tienen una versión muy distinta, a veces opuesta, del camino para alcanzarlo. Las instituciones parecen dejar la respuesta seria, la definitiva, para más tarde –leyes nuevas, nuevas inversiones tecnológicas, mejores tiempos, etc.–. Por eso, paradójicamente, recelan de la «innovación» cuando «no toca». Las personas que actúan como colectivos profesionales actores, protagonistas y secundarios, [no suelen ponerse de acuerdo, pues tienen su visión y su interés](#), y las personas justiciables no parecen contar más allá de instar, mediante los canales legales, las acciones. El malestar, pues, parece constante y generalizado, aunque el servicio funciona, mejor o peor, y sigue su andadura.

En tanto llegan la ley definitiva, la inversión adecuada y la colaboración legal de todos –de conformidad con lo que predica la legislación procesal–, el paciente crónico sigue sufriendo esta suerte de «maldición secular», sin encontrar «paz» en la llamada «nueva normalidad».

En tanto llegan la ley definitiva, la inversión y la colaboración de todos, el paciente crónico sigue sufriendo esta «maldición secular»

La ciudadanía –laboriosa– puede ya presentar y activar las quejas, demandas y recursos que considere «ajustados a sus derechos», pero deberá armarse de paciencia hasta que los vea atendidos, otra cosa será «zanjados» por una resolución judicial definitiva –lo de firme será todavía más calvario–. El fin –o la reducción a su mínima expresión– de la pandemia de COVID-19 dará lugar, así, a una «epidemia de litigios».

Cierto, no solo la calidad, sino la rapidez, son imperativos de un derecho fundamental cualificado por la efectividad de la tutela. Sin embargo, ni lo defectuoso de la legislación de emergencia, que echa más leña al fuego de los litigios en el orden social, ni la inconsistencia de las medidas adoptadas para tratar de apagarlo, o al menos controlarlo, permiten augurar que este «Lázaro» consiga realmente alzarse –tras permanecer meses durmiente– y caminar con la celeridad debida. En consecuencia, y al margen de la apertura del nuevo tiempo de reformas legales ya prometido (de la concepción bizantina del derecho –prima la autoridad del poder gubernativo, que se hace ley– se pasaría a otra jacobina, en la que la solución de todo parece encomendarse a una nueva ley –por ejemplo, teletrabajo, anunciada para regular el derecho a la desconexión digital, cuando lleva 1 año regulada y durmiendo el sueño de los justos–; también para el proceso, ya abierto a [consulta pública](#)), la ciudadanía laboriosa (hoy más preocupada por la suerte de su empleo) deberá esperar todavía tiempo hasta hallar satisfechas, si lo consigue, sus pretensiones.

Ni lo defectuoso de la legislación de emergencia, que echa más leña al fuego de los litigios, ni la inconsistencia de las medidas para controlarlo permiten augurar que este «Lázaro» consiga caminar con la celeridad debida

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2020). El despertar de la Justicia (social) «durmiente» durante la COVID-19: ¿efectividad de la tutela o «derecho de ritos» (aun telemáticos)? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 448, 7-25.



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



Nuevos derechos para nuevas situaciones de necesidad y de emergencia social: el ingreso mínimo vital

José Luis Monereo Pérez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Granada

Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESS)

Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum

Extracto

Las situaciones de pobreza y de exclusión social se han incrementado extraordinariamente en las sociedades del capitalismo actual por razones estructurales (revolución 4.0 y su utilización productiva no neutral con base en criterios «economicistas», desestandarización y precarización generalizada de los mercados de trabajo y del empleo, incidencia de los cambios ecológicos, globalización neoliberal y políticas de flexibilidad laboral neoliberal, etc.) y coyunturales, realizadas con aquellas, pero especialmente vinculadas a las crisis económicas, sanitarias y sociales de los últimos años. En este contexto problemático y antagonista de intereses y valores, la renta mínima es una de las instituciones sociales que están suscitando un mayor debate en el marco de la Unión Europea, donde se ha avanzado una propuesta de directiva marco europea. El ingreso mínimo vital introducido en nuestro país en virtud del Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo, constituye una expresión –modesta en sus objetivos, pero en sí muy importante desde la «razón de la sociedad»– de las medidas de garantía de rentas mínimas bajo el paradigma de la «condicionalidad» (estabilizadores sociales automáticos condicionados). Es una medida que ya figuraba en el programa del Gobierno de coalición PSOE y Unidas Podemos, y que la epidemia de la COVID-19 no ha hecho sino recomendar y acelerar su establecimiento legislativo inmediato y urgente en el marco del derecho de la emergencia, aunque pensada como institución jurídica de protección social de carácter permanente.

Palabras clave: ingreso mínimo vital; exclusión social; vulnerabilidad; prestaciones no contributivas de Seguridad Social; derechos sociales de la ciudadanía; derecho a la reinserción profesional.

Fecha de entrada: 18-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-06-2020

Cómo citar: Monereo Pérez, J. L. (2020). Nuevos derechos para nuevas situaciones de necesidad y de emergencia social: el ingreso mínimo vital. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 448, 27-68.





New rights for new situations of need and social emergency: the minimum living income

José Luis Monereo Pérez

Abstract

Situations of poverty and social exclusion have increased dramatically in the societies of today's capitalism for structural reasons (revolution 4.0 and their non-neutral productive use on the basis of «economic» criteria, de-standardization and widespread precariousness of labour and employment markets, incidence of ecological changes, neoliberal globalization and neoliberal labour flexibility policies, etc.) and conjunctural ones, carried out with those but especially linked to the economic, health and social crises of recent years. In this problematic and antagonistic context of interests and values, minimum income is one of the social institutions that are sparking further debate within the framework of the European Union, where a proposal for a European Framework Directive has been advanced. The minimum living income (MLI/IMV) introduced into our country under Royal Decree-Law 20/2020, of 29 May, constitutes a modest expression in its objectives, but in itself very important since the «reason of society», of minimum income guarantee measures under the paradigm of «conditional» (conditional automatic social stabilizers). It is a measure that was already on the PSOE and United We Can coalition government program, and that the Covid-19 epidemic it has merely recommended and accelerated its immediate and urgent legislative establishment within the framework of the law of the emergency, although intended as a permanent social protection legal institution.

Keywords: minimum living income; social exclusion; vulnerability; non-contributory Social Security benefits; social rights of citizenship; the right to professional reintegration.

Citation: Monereo Pérez, J. L. (2020). New rights for new situations of need and social emergency: the minimum living income. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 448, 27-68.





Sumario

1. Introducción general
2. El modelo autonómico de rentas mínimas y sus insuficiencias
3. El IMV como renta mínima dentro del sistema institucional de la Seguridad Social no contributiva
 - 3.1. El problema social subyacente como telón de fondo
 - 3.2. Elementos constitutivos del instituto jurídico del IMV
4. Valoración final y propuestas de mejora en el plano técnico-jurídico y de política del derecho

Referencias bibliográficas



El hombre que no dispone de más propiedad que su fuerza de trabajo tiene que ser, necesariamente, en todo estado social y de civilización, esclavo de otros hombres, de aquellos que se han adueñado de las condiciones materiales de trabajo. Y no podrá trabajar, ni, por consiguiente, vivir, más que con su permiso.

Karl Marx y Friedrich Engels

1. Introducción general

La renta mínima es una de las instituciones sociales que están suscitando un mayor debate en el marco de la Unión Europea (UE), donde se ha avanzado una propuesta de directiva marco. El ingreso mínimo vital (IMV) introducido en nuestro país en virtud del Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo, constituye una expresión –modesta en sus objetivos, pero en sí muy importante desde la «razón de la sociedad»– de las medidas de garantía de rentas mínimas bajo el paradigma de la «condicionalidad» (estabilizadores sociales automáticos condicionados). Es una medida que ya figuraba en el programa del Gobierno de coalición PSOE y Unidas Podemos, y que la epidemia de la COVID-19 no ha hecho sino recomendar y acelerar su establecimiento legislativo inmediato y urgente en el marco del actual derecho de la emergencia, aunque está pensada como institución jurídica de protección social de carácter permanente.

Vivimos en tiempos difíciles y de cambios estructurales –y también coyunturales–. El debate sobre la renta mínima ha venido para quedarse, porque está vinculado con procesos de envergadura como la crisis de la sociedad del trabajo, la «revolución 4.0» (la cuarta revolución industrial), los problemas de desigualdad y de las insuficiencias –a menudo inexistencia– de políticas redistributivas, el mismo giro neoliberal del capitalismo mundial –la historia realmente existente del mundo (neo)liberal es el desorden neoliberal en todos los ámbitos y dimensiones que afectan al sentido de la democracia constitucional, formal y sustancial–, las dificultades de los Estados sociales «estatales» (salvo, es obvio, las grandes potencias estatales) para gobernar y responder a los nuevos desafíos de nuestro tiempo. Sin duda el futuro del Estado social está en su continua renovación y adaptación, pero también en su capacidad para participar en la constitución de espacios de decisión política y jurídica transnacionales como es el caso de la UE. Es la época de los «grandes espacios» geopolíticos, y eso no parece que vaya a cambiar si se produce una mutación del modelo de globalización

neoliberal actual por un modelo más descentralizado, dada la internacionalización de las fuerzas productivas, la financiarización de la economía y la mundialización de los modos de producción del derecho a escala internacional, cuya expresión más significativa es la *lex mercatoria* y la crisis del constitucionalismo social ante los nuevos poderes soberanos con la formación de la forma de «Estado de mercado» o «Estado de competencia económica»¹. Hasta tal punto es así que se ha podido hablar de la emergencia de los «poderes salvajes» que se impone a los regímenes de democracia constitucional (Ferrajoli, 2011, pp. 21 y ss.). Ello está produciendo una ruptura del pacto social de la posguerra, como se hizo visible abiertamente con la gestión unilateral de la última gran crisis económica basada en la austeridad (recorte del gasto público, señaladamente el gasto en prestaciones y servicios sociales públicos) y un trasvase de riesgos hacia las clases trabajadoras. Poner al Estado y a la sociedad al servicio de las fuerzas que ejercen su potencia soberana en el mercado comporta una ruptura de los equilibrios propios de la democracia y del derecho social en su configuración más amplia, es decir, como forma de expresión jurídica específica del Estado social de derecho; o si se quiere decir con otras palabras más expresivas: subordinar la constitución social a la constitución de la economía².

Este es el contexto realmente existente. Dicho esto, hay que tener en cuenta que esta nueva medida prestacional del sistema de Seguridad Social es producto de un desarrollo histórico del propio sistema. Una característica de la Seguridad Social ha sido el carácter expansivo de su «ideal de cobertura» a la par que surgen nuevas necesidades, aspiraciones y sensibilidades en la política del derecho. Esto ha determinado que el catálogo de los derechos (en general y específicamente los derechos sociales) no sea cerrado, sino que esté abierto a nuevas necesidades y demandas de la sociedad o de determinados colectivos o clases sociales en la lucha por los derechos. En nuestro caso se trata de necesidades básicas de colectivos en situación de vulnerabilidad (concepto difuso que remite a las situaciones de pobreza absoluta o relativa, marginalidad, exclusión social por el trabajo, etc.) que se tutelan y protegen a través de la creación –invención– de nuevos derechos sociales de desmercantilización pública (Monereo, 1996). Se trata de derechos prestacionales que afectan al libre y pleno desarrollo de la personalidad como materialización y exigencia de la dignidad humana (art. 10.1 y 2 Constitución española –CE–) y, en relación con ello, del Estado social de derecho (arts. 1 y 9.2 CE). Derechos que presuponen acciones positivas por parte del Estado y de otros poderes públicos concernidos (y su proyección, señaladamente por lo que aquí más importa, en el bloque normativo regulador de los derechos a prestaciones sociales positivas garantizados constitucionalmente en los arts. 41 y ss.). Ese «ideal de cobertura» abierto al tiempo y a la cultura de los derechos se vincula al principio de

¹ Vid., ampliamente, Monereo (2015a, pp. 460 y ss. y 522 y ss.; 2017d, pp. 54-109) y bibliografía allí citada.

² Sobre las consecuencias sociales y políticas nefastas de esa puesta a disposición preferente del Estado democrático al servicio del mercado advirtió ya clásicamente Polanyi (1989, pp. 121 y ss.), pero también otros autores anteriores desde la economía crítica institucionalista como Thorstein Veblen. Puede consultarse al respecto, Monereo (2010).

progresividad consagrado en la Carta Social Europea revisada (Estrasburgo, 3 de mayo de 1996), al establecer que: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la Seguridad Social, las partes se comprometen: [...] a esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de Seguridad Social» (art. 12.3)³.

En situaciones de crisis económica, sanitaria o ecológica, que inexorablemente desembocan en una crisis social, debe tenerse en cuenta que el derecho internacional de los derechos humanos impone límites a los Estados para que todos los derechos sean respetados y la introducción de posibles excepciones –emergencia excepcional– sea motivada obedeciendo a la *ultima ratio* (asumiendo la carga de la prueba los Estados actuantes) y de carácter estrictamente temporal. Pero también en la perspectiva positiva impone a los Estados que realicen todos los esfuerzos posibles a su alcance para hacer frente a las nuevas situaciones de necesidad y demandas sociales legítimas de protección social (Monereo, 2017d, pp. 137 y ss.). En este sentido, la renta mínima actúa como uno de los posibles ejes vertebrados de los compromisos que constitucionalmente se le imponen al Estado social de derecho, en orden a la garantía efectiva de la dignidad de las personas y la lucha contra las desigualdades y situaciones de desventaja sociales intolerables (Monereo, 2019, pp. 161 y ss. y 235 y ss.). Es evidente que con esta medida no se trata de dismantelar los programas del estado del bienestar actualmente existente, sino de completarlo, mejorándolo. El enfoque ideológico-jurídico que inspira a la nueva renta mínima estatal, al IMV, no se hace desde la ideología neoliberal de sustituir los instrumentos de protección social de autodefensa de la sociedad frente a la lógica excluyente del mercado, sino desde el principio de solidaridad de autodefensa de la sociedad democrática, a través de la creación de un suelo o red de seguridad mediante un dispositivo que garantiza una prestación económica y prestaciones accesorias y complementarias encaminadas a la inclusión social por el trabajo decente –digno de la persona que trabaja– y libremente elegido (arts. 35.1 CE; 34 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; 1, 2, 3, 4, 9, 10, 12 y 30 Carta Social Europea revisada). Existen, desde luego, otros modelos de deconstrucción y dismantelamiento neoliberal respecto al papel de las garantías de rentas mínimas condicionadas y también de la muy distinta figura de la renta básica incondicionada. Aparte de ser rechazables este tipo de propuestas, cabe subrayar que no tienen cabida y son inadmisibles en las constituciones sociales con Estado social y democrático de derecho y, desde luego, con el estándar de garantía jurídica multinivel de los derechos sociales fundamentales (*vid.* arts. 1, 10.1 y 2, 9.2, 96 y 41 y ss. CE). Por tanto, ello exigiría reformas constitucionales «regresivas» realizadas a través de los procedimientos constitucionalmente previstos (no de simples «mutaciones tácitas»), y la derogación o «neutralización» sistemática del referido estándar mundial multinivel de garantía jurídica de los derechos fundamentales. Y eso no es factible en una democracia constitucional, ni tampoco en el vigente modelo jurídico-político de derecho internacional público.

³ *Vid.* Monereo (2017a).

2. El modelo autonómico de rentas mínimas y sus insuficiencias

En el desarrollo diacrónico de la protección social en las dos últimas décadas sobresale positivamente la transición en muchos países desde los dispositivos asistenciales tradicionales hacia las rentas mínimas de inserción (Monereo, 2015b), las cuales, a su vez, evolucionan internamente de «primera» a «segunda generación».

Esta transición supone un importante cambio conceptual de las rentas mínimas, pues se trata de figuras en las que convergen, *a priori*, dos derechos distintos, pero integrados en un «derecho función» de estructura compleja: el derecho al aseguramiento de un nivel mínimo de renta y el derecho a la provisión de itinerarios de inserción (diseño de proyectos individualizados, actividades formativas, trabajos de colaboración social, etc.). Ello dota a las rentas mínimas de inserción de un carácter diferente y alternativo a los sistemas tradicionales. Estos derechos, que descansan en lógicas contradictorias solo en apariencia (reparadora y proactiva), se conjugan así como manifestación del «derecho social a la inserción», pero –se insiste– como derecho de estructura y función jurídica compleja.

Es posible, pues, distinguir entre los ingresos mínimos de la «primera generación» y los de «segunda generación». El proceso de recreación –cuando no «reinención»– de las rentas mínimas de inserción se ha acrecentado con la evolución hacia las «rentas de solidaridad activa», cuyo paradigma es el ordenamiento francés. La *revenu minimum d'insertion* (RMI), que se aprobó por Ley de 1 de diciembre de 1989, fue reemplazada por la *revenu de solidarité active* (RSA), creada por Ley de 1 de diciembre de 2008, generalizando la renta de solidaridad activa y reformando las políticas de inserción. A su vez, la RSA ha sido afectada –reemplazándola– por una nueva prestación denominada *prime d'activité*, aprobada por Ley de 17 de agosto de 2015. La RMI presentaba en el modelo francés también dos componentes: un componente de garantía de recursos y otro de inserción. A diferencia de la RMI, la RSA y la «prima de actividad» jerarquizan expresamente las formas de inserción: hacen de la inserción profesional la forma prioritaria de inserción y presentan la inserción social como una inserción por defecto. Acentúa, así, el elemento «proactivo» profesional, pero dejando en un segundo lugar, en las prioridades o preferencias, el elemento de la reinserción social.

Todo ello en el sentido de que la función básica de los primeros es la de satisfacer las necesidades vitales de las personas consideradas, tratándose de prestaciones económicas con contraprestaciones ligeras por parte del beneficiario, tales como la aceptación de ofertas de empleo. Este tipo de rentas mínimas presenta algunos serios inconvenientes, bien porque no logran eliminar el estigma de la asistencia, bien porque se prefiere la ayuda material a las medidas de fomento de la inserción, con lo que se corre el riesgo de que los pobres queden en una situación de dependencia permanente del régimen de protección social (el conocido riesgo de la «cronificación»). Frente a estos sistemas, ha surgido otro tipo de ingresos mínimos «de segunda generación», en los que, junto al riesgo de la pobreza, entendida como una insuficiencia de medios económicos, se contempla también el de la exclusión

social o profesional. En este sentido, los ingresos mínimos se conciben como una estrategia de lucha contra la pobreza y la exclusión social en la perspectiva de la inserción, dado que se vincula el disfrute del subsidio con medidas complementarias de inserción social.

Es el nuestro un modelo de renta de inserción descentralizado y en gran medida desvertebrado por la inexistencia de una normativa estatal de renta mínima garantizada y, en todo caso, la falta de una mínima coordinación entre las rentas autonómicas. Por tanto tienen una configuración jurídica automática (dejando a salvo la figura distinta de la renta activa de inserción en el marco de la protección por desempleo, la cual está integrada en el sistema de Seguridad Social). En todos los casos, y como regla general, estamos ante rentas condicionadas a la concurrencia de determinados requisitos (señaladamente, comprobación del estado de necesidad y la indisponibilidad de recursos suficientes para atenderla) y que tienen un carácter subsidiario respecto de otros instrumentos de garantía de rentas obtenidas por el sujeto y la unidad familiar o unidad de convivencia, pues su finalidad es satisfacer las necesidades básicas tanto del sujeto beneficiario como de los restantes miembros que integran esa unidad de convivencia. Las rentas mínimas de inserción se dirigen, pues, a las personas y a sus familias o unidades de convivencia. Pero sí hay un aspecto individualizador independiente del subsidio económico (proyectado hacia la unidad de convivencia), cual es la obligación del beneficiario (y correlativo deber de los poderes públicos de instrumentar lo necesario para garantizar su efectividad) de suscribir un compromiso de actividad encaminada a la reinserción (actividades formativas y aquellas que se determina que propicien o faciliten la inserción profesional). En esta perspectiva, la renta mínima de inserción mira a garantizar la efectividad del derecho al trabajo de las personas excluidas o que están incorporadas al mercado de trabajo.

Así, la Ley 14/2017, de 20 de julio, de la renta garantizada de ciudadanía (que desarrolla el art. 24.3 Estatuto de Autonomía de Cataluña –LO 6/2006, de 19 de julio–: «Las personas o las familias que se encuentran en situación de pobreza tienen derecho a acceder a una renta garantizada de ciudadanía que les asegure los mínimos de una vida digna, de acuerdo con las condiciones que legalmente se establezcan»), sería un buen exponente paradigmático de estos rasgos configuradores. La renta garantizada de ciudadanía constituye la manifestación de varios principios: del principio de igualdad, entendido como la eliminación de cualquier discriminación en el acceso a la prestación; del principio de equidad, puesto que el reconocimiento y la aplicación de la prestación se plantean como respuesta a la situación de necesidad desde una vertiente de redistribución de los recursos y de discriminación positiva; del principio de empoderamiento y autonomía de las personas en sociedad, entendido como el conjunto de prestaciones económicas y servicios que las fortalecen y les permiten salir de las situaciones de pobreza y necesidad, que deberían ser siempre transitorias y no cronificadas; y del principio de universalidad, solidaridad y complementariedad, pues se garantiza su acceso a todas las personas que reúnen los requisitos exigidos, constituye una manifestación de solidaridad y de justicia social y complementa los ingresos de sus destinatarios en situaciones de carencia de medios. Asimismo, responde al principio de subsidiariedad, puesto que la prestación se reconoce cuando no es posible

el acceso a otros mecanismos de protección, ya sea porque ha finalizado su cobertura o porque no han sido concedidos (preámbulo Ley 14/2017).

Tienen derecho a la renta garantizada de ciudadanía las personas que cumplan los requisitos regulados por la ley (art. 5.1 Ley 14/2017). No es una verdadera «renta básica». Esta ley considera destinatarios a los titulares y beneficiarios de la renta garantizada de ciudadanía (art. 5.2 c). Entiende por titular la persona en favor de la cual se aprueba la prestación económica de la renta garantizada de ciudadanía y, en su caso, un plan individual de inserción laboral o de inclusión social (art. 5.2 a), y por beneficiarios las personas que forman parte del mismo núcleo como miembros de la respectiva unidad familiar (art. 5.2 b). Se deja constancia, por otra parte, de que «una unidad familiar solo puede dar derecho a un único expediente de prestación de renta garantizada de ciudadanía» (art. 5.4)⁴.

Paradigmática resulta, igualmente, la renta mínima de inserción social de Andalucía (DL 3/2017, de 19 de diciembre). El enfoque y el modelo seguido –más allá de algunas similitudes– es matizadamente distinto al implantado en la comunidad autónoma de Cataluña.

El objeto del decreto-ley es regular la prestación económica orientada a la erradicación de la marginación y la desigualdad y a la lucha contra la exclusión social, denominada renta mínima de inserción social en Andalucía, que deberá incorporar un itinerario a través de un plan de inclusión sociolaboral, en los términos establecidos en el artículo 42.1 y 2 g) de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de servicios sociales de Andalucía (art. 1 DL 3/2017).

La ordenación normativa explicita la finalidad de este instrumento de protección social al indicar que los fines de la renta mínima de inserción social en Andalucía son los siguientes: a) reducir la tasa de pobreza y de exclusión social en Andalucía, especialmente la pobreza infantil; b) mejorar las posibilidades de inclusión social y laboral de las personas en situación de pobreza, exclusión social o riesgo de estarlo, especialmente de aquellas que tienen menores a su cargo y teniendo en cuenta la diferente situación de los hombres y las mujeres; y c) aumentar el grado de autonomía personal y familiar y atender la satisfacción de las necesidades básicas para una vida digna de la unidad familiar (art. 6 DL 3/2017).

En cuanto a las personas titulares y beneficiarias, conforme al artículo 6 de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, tendrán derecho a la renta mínima de inserción social en Andalucía las unidades familiares cuyas personas miembros tengan vecindad administrativa en Andalucía, se encuentren en situación de pobreza, exclusión social o riesgo de estarlo, y cumplan

⁴ Se aporta (art. 6.1 Ley 14/2017) un concepto instrumental de unidad familiar:

A los efectos de lo establecido por la presente ley se considera unidad familiar la formada por una o más personas que mantienen entre ellas vínculos familiares por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, así como por adopción o acogimiento, o vínculos de convivencia asimilados a los vínculos mencionados, excluyendo los que sean de simple vecindad compartida. La relación de parentesco se cuenta a partir del titular.

los requisitos establecidos en el artículo 7 del decreto-ley, así como aquellas que, aun no cumpliendo alguno de los requisitos, se encuentren en situación de urgencia o emergencia social. Podrán ser personas titulares de la renta mínima de inserción social en Andalucía las personas solicitantes y perceptoras con vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Andalucía y que forman parte de una unidad familiar pluripersonal o bien constituyan por sí mismas una unidad familiar unipersonal (art. 3 DL 3/2017).

El tercer modelo o paradigma relevante es el vasco de la renta de garantía de ingresos. Su regulación básica se establece en la Ley 18/2008, de 23 de diciembre, para la garantía de ingresos y para la inclusión social, y por el Decreto 147/2010, de 25 de mayo, de la renta de garantía de ingresos (desarrollo de aquella). El objeto de la renta de garantía de ingresos es una prestación periódica de naturaleza económica, dirigida tanto a la cobertura de los gastos básicos para la supervivencia como a la de los gastos derivados de un proceso de inclusión social o laboral, y destinada a las personas integradas en unidades de convivencia que no dispongan de ingresos suficientes para hacer frente a dichos gastos (art. 1 Ley 18/2008). La renta de garantía de ingresos se configura jurídicamente como una prestación periódica de naturaleza económica, dirigida a las personas integradas en una unidad de convivencia que no disponga de ingresos suficientes para hacer frente tanto a los gastos asociados a las necesidades básicas como a los gastos derivados de un proceso de inclusión social (art. 11 Ley 18/2008; por su parte, el art. 2 delimita los objetivos perseguidos). Se estructura, además, como un verdadero derecho subjetivo: «La renta de garantía de ingresos se configura como un derecho subjetivo para todas aquellas personas que cumplan los requisitos específicamente regulados para el acceso a la prestación en la modalidad que resulte de aplicación» (art. 12 Ley 18/2008). De estas características destaca la configuración de un derecho de estructura jurídica compleja, pues se habla de un «doble derecho» (art. 3 Ley 18/2008), en virtud del cual se reconoce a las personas tanto el derecho a acceder a medios económicos suficientes para hacer frente a las necesidades básicas de la vida como el derecho a disfrutar de apoyos personalizados orientados a la inclusión social y laboral. No excluye la posición de «deber», pero sí parece que este se sitúa en un segundo plano.

El segundo elemento a retener también tiene que ver con el modelo de atención personalizada y de proximidad, ajustado al enfoque comunitario de la atención y la puesta en valor de su carácter preventivo (adviértase la relevancia que adquiere la dimensión preventiva en el cuadro finalista de la medida social instaurada). Así, en ese marco, otorgará prioridad a las actuaciones de prevención, facilitará, siempre que resulte posible y conveniente, la atención de las personas en su entorno habitual y garantizará la adaptación de las intervenciones a las necesidades de la persona o de la unidad convivencial, el carácter integral de dichas intervenciones y la continuidad de los itinerarios de atención (art. 4 Ley 18/2008).

La titularidad del derecho se configura en términos muy amplios, distinguiendo entre personas titulares, destinatarias y perceptoras. Serán titulares de las prestaciones económicas de derecho y, en su caso, de los instrumentos de inclusión regulados en la ley las personas a nombre de quienes se tramita y concede la prestación y en quienes recae el

derecho a la prestación o al convenio de inclusión. Tendrán la consideración de personas destinatarias de las prestaciones económicas de derecho y del convenio de inclusión las personas que formen parte de la misma unidad de convivencia que la titular. En el caso de las ayudas de naturaleza subvencional, tendrá la consideración de beneficiaria la persona a nombre de quien se tramita y a quien se concede la ayuda. Con carácter general, serán perceptoras de las prestaciones económicas de derecho las personas titulares de las mismas. En el caso de las ayudas de naturaleza subvencional, serán perceptoras, con carácter general, las personas beneficiarias de las mismas (art. 8 Ley 18/2008).

Por otra parte, destinataria de las medidas es también la «unidad de convivencia», concepto instrumental que palpablemente se distingue de la unidad familiar (art. 9, en relación con el art. 8 Ley 18/2008).

Un aspecto muy importante en la lógica interna de las instituciones es el relativo a la centralidad que ostenta el «convenio de inclusión» (art. 7 Ley 18/2008).

Ciertamente, sobre la base del título competencial de «asistencia social», las comunidades autónomas han asumido la competencia en materia de renta de inserción. El resultado práctico ha sido una expansión de las medidas asistencializadoras de las comunidades autónomas, al amparo de una interpretación flexible del artículo 148.1.20.^a de la CE, que ha permitido incluir la innovadora figura de las rentas mínimas de inserción. El Tribunal Constitucional (TC) ha apreciado ya desde los orígenes de la instauración de este tipo de medidas la legitimidad de la inclusión en la competencia de asistencia social autonómica, entendiendo que no forman parte del sistema de Seguridad Social, operando con técnicas diferentes a las que han venido caracterizando a la Seguridad Social clásica (muy marcada de los ya relativizados criterios de previsualidad y de contributividad) (Sentencias del TC –SSTC– 146/1986, de 25 de noviembre, 76/1986, de 9 de junio, 13/1992, de 6 de febrero, 239/2002, de 11 de diciembre, 226/2012, de 29 de noviembre, 227/2012, de 29 de noviembre, etc.), y también dando cuenta de la posterior evolución contemporánea hacia una Seguridad Social asistencial o no contributiva (realzando el componente asistencialista de la misma Seguridad Social). Estableciendo, esta línea, una distinción operativa entre una asistencia social «interna» al sistema institucional de la Seguridad Social y otra «externa» que sería de competencia exclusiva de las comunidades autónomas (SSTC 76/1986, de 9 de junio, 13/1992, de 6 de febrero, 239/2002, de 11 de diciembre, 226/2012, de 29 de noviembre, 227/2012, de 29 de noviembre). Admitido que las comunidades autónomas tienen una competencia propia en materia de asistencia social (asistencia externa al sistema de Seguridad Social) y que la Seguridad Social junto a la dimensión contributiva incorpora un componente asistencial, la delimitación de fronteras es más delicada obedeciendo a una decisión no meramente técnico-jurídica, sino también de política del derecho. De manera que no será suficiente distinguir entre previsión social y asistencia social (esta se caracteriza, como es conocido, por la atención preferente a las situaciones objetivas de necesidad, por la inexistencia de la contributividad –al menos en vía principal–, y tendencialmente por incorporar una lógica universalista, aunque según el tipo de medidas puede remitirse a sujetos específicos y estar condicionada al cumplimiento

de determinados requisitos; su concesión está normalmente condicionada –hay que tener en cuenta que el principio de la condicionalidad incorpora un criterio de intercambio funcional entre prestaciones y sujetos protegidos que da lugar a un sistema de obligaciones recíprocas–, sino que es preciso establecer mecanismos de atribución competencial que garanticen espacios efectivos vitales de regulación de la materia asistencial tanto para las comunidades autónomas como para la Seguridad Social asistencial. El debate y las iniciativas actuales en favor de un «sistema de rentas mínimas garantizadas en todo el Estado», con el que se atienda prioritariamente a los cerca de 740.000 hogares que no tienen ningún tipo de ingresos, en los que viven 1,4 millones de personas; o incluso la más ambiciosa propuesta de implantación a nivel estatal –y en el marco de la Seguridad Social– de una «renta básica» o ingreso de ciudadanía universalista (e incondicionado; que en su lógica interna sobrepasa la idea misma de la asistencia social clásica abarcando una renovada asistencia social universalista que podría formar parte, potencialmente en términos constitucionales, de la Seguridad Social asistencial ex art. 41 CE), ilustrarían por sí mismos el hecho de que las fronteras son próximas y que lo que debe procurarse es respetar las respectivas garantías constitucionales de competencias en materia de asistencia social entre el Estado y las comunidades autónomas buscando soluciones coherentes y equilibradas (arts. 148.1.20.^a y 149.1.17.^a CE, en relación con el art. 41 y concordantes del texto constitucional). Es relevante hacer notar que conforme al artículo 34.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea:

Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social [...] para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el derecho comunitario y por las legislaciones y prácticas nacionales⁵.

Con base en el artículo 148.1.20.^a de la CE, las comunidades autónomas han venido asumiendo competencias en materia de asistencia social y servicios sociales, en cuyo marco autonómico se ha incluido la renta mínima de inserción con distintas denominaciones. En todo caso, es necesario replantear el modelo en un doble sentido: racionalizando la heterogeneidad de rentas de inserción (con distintas denominaciones, por otra parte) establecidas en las comunidades autónomas, simplificándolo y coordinando los distintos tipos de medidas, por un lado, y, por otro, pensar seriamente en establecer una renta básica a nivel de todo el Estado social autonómico, que pudiera ser completada o mejorada por cada comunidad autónoma. Por lo demás, no es baladí hacer notar que ese reajuste de la medida se impondría porque una renta básica incluida dentro de la Seguridad Social asistencial (en su vertiente no contributiva) provocaría automáticamente la incorporación al Reglamento 883/2004, de 29 de abril, en cuyo artículo 3.5 se excluye expresamente de las normas de coordinación comunitaria a las prestaciones asistenciales. Aparte de

⁵ Vid. Monereo (2012a).

ello, existen iniciativas, todavía muy poco desarrolladas, de establecer una «renta mínima europea»⁶. El impulso más significativo es la Resolución del Parlamento Europeo de 24 de octubre de 2017, sobre las políticas encaminadas a garantizar la renta mínima como instrumento para luchar contra la pobreza, 2016/2270/(INI).

Debe ser objeto prioritario de la iniciativa legislativa y de la concertación social la propuesta de un sistema de rentas mínimas garantizadas en España. Las actuales prestaciones sociales de índole asistencial se caracterizan por la diversidad y las diferencias territoriales y por un nivel de cobertura claramente insuficiente. Las instituciones de la UE vienen promoviendo desde hace tiempo diversas propuestas para el desarrollo de sistemas de rentas mínimas y otros instrumentos de lucha contra la pobreza y la exclusión social. La propia Comisión Europea ha propuesto reforzar la relación entre rentas mínimas y activación laboral, diseñando el concepto de «inclusión activa» («conjunto de procesos sociales e institucionales que desarrollan el derecho de todo ciudadano a la plena integración en la sociedad, al ejercicio de sus derechos sociales y de manera particular a la inserción laboral y social») e instando a las políticas públicas y a los agentes sociales a promover acciones y programas que hagan frente a las importantes insuficiencias de los sistemas de protección contra el riesgo de pobreza o exclusión, riesgos sin duda modificados e incrementados como consecuencia de la intensidad y la duración de la crisis económica.

Hay que tener en cuenta que el debate sobre la instauración de una «renta mínima europea» ya está planteado en el marco de las instituciones de la UE. Así, el CESE entiende que, atendiendo a las previsiones de conformación de los mercados de trabajo y a la difícil coyuntura actual, el establecimiento de una renta mínima europea contribuirá a la cohesión económica, social y territorial, a la protección de los derechos humanos fundamentales, al equilibrio entre los objetivos económicos y sociales y al reparto equitativo de los recursos y la renta. Realza que es acuciante la necesidad de garantizar una renta mínima adecuada en la UE mediante una directiva marco dirigida a combatir la pobreza y la exclusión social, facilitando la inserción en el mercado de trabajo, tal y como han solicitado también el Comité de las Regiones y varias organizaciones de lucha contra la pobreza y la exclusión social, e insta a la Comisión Europea a emprender una acción concertada que responda a la resolución adoptada por el Parlamento Europeo –Resolución del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2011, sobre la plataforma europea contra la pobreza y la exclusión social, 2011/2052(INI), DOC 153E de 31 de mayo de 2013, pp. 57-78–. La renta mínima garantizada es una ayuda a los ingresos que no está basada en el pago de cotizaciones (contributividad) y que proporciona una red de seguridad para las personas que no pueden optar a las prestaciones de la Seguridad Social. Como última salvaguarda contra la pobreza y exclusión

⁶ *Vid.*, señaladamente, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE) sobre la renta mínima europea e indicadores de pobreza (Dictamen de iniciativa), 2014/C 170/04 (DOCE 170, de 5 de junio de 2014).

social, está indisolublemente unida al derecho a llevar una vida digna de las personas que no tienen otra forma de asegurar sus ingresos y al de las personas que están a su cargo⁷.

En consecuencia, en el marco de las políticas legislativas concertadas se debe situar la propuesta de un sistema de rentas mínimas garantizadas común para toda España (Estado social autonómico), que tenga carácter estructural y voluntad de permanencia y que se regule mediante una ley estatal. Se trataría con ello de hacer efectivo el derecho a percibir unos ingresos mínimos de subsistencia y de establecer medidas de apoyo dirigidas a conseguir la inclusión sociolaboral, reconociendo este derecho con carácter subjetivo.

3. El IMV como renta mínima dentro del sistema institucional de la Seguridad Social no contributiva

3.1. El problema social subyacente como telón de fondo

Como se constata en la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, España se encuentra entre los países de la UE con una distribución de la renta entre hogares más desigual. Existe un elevado nivel de desigualdad, con situaciones de pobreza extrema y no solo de desventaja social. Se aportan datos significativos al respecto y se indica que, aunque las causas de estas altas tasas de desigualdad y pobreza son múltiples, un factor común es el débil efecto redistributivo del conjunto de la intervención del Estado en España en comparación con la mayoría de los países de nuestro entorno. Dicha debilidad deriva en parte del menor desarrollo y financiación de partidas con claro impacto redistributivo (en especial la ausencia de una política estatal de garantía última de ingresos, como existe en la mayor parte de los países europeos), y en parte también por el diseño concreto que han tomado las políticas públicas.

Ante esta realidad, han sido las comunidades y ciudades con estatuto de autonomía las que han ido configurando diferentes modelos de políticas de rentas mínimas. Estos sistemas han desempeñado un papel muy relevante para la atención de las personas en situación de vulnerabilidad, tanto en los momentos de crisis económica como en las etapas de crecimiento. Sin embargo, se trata de modelos muy diferentes entre sí, con variaciones muy sustanciales en su diseño, y especialmente en sus grados de cobertura y nivel de protección. El resultado ha sido una heterogeneidad significativa en el acceso a las prestaciones

⁷ Vid. el Dictamen del CESE sobre la renta mínima europea e indicadores de pobreza (Dictamen de iniciativa), aprobado los días 10-11 de diciembre de 2013, 2014/C 170/04; y el Dictamen del CESE sobre «Por una Directiva marco europea sobre la renta mínima» (Dictamen de iniciativa), aprobado en Pleno número 541, el 20 de febrero de 2019 –SOC/585-EESC-2018-02210.00-00-AC-TRA (EN) 1/16– (ponente: Georges Dassis).

sociales de las personas en situación de necesidad, muchas de las cuales continúan sin ser suficientemente cubiertas por nuestro estado del bienestar. Estas debilidades del sistema de garantía de ingresos español han sido puestas de manifiesto de manera recurrente en informes y recomendaciones procedentes de las instituciones europeas. Así, en la Recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas de 2018 de España, se afirma que:

El impacto de las transferencias sociales [...] en la reducción de la pobreza es inferior a la media europea y está disminuyendo. Los sistemas de renta mínima garantizada se caracterizan por grandes diferencias en las condiciones de acceso en las distintas autonomías y por la fragmentación de los múltiples sistemas nacionales dirigidos a distintos grupos de demandantes de empleo, que están gestionados por distintas Administraciones (considerando 12).

En la Recomendación de 2019, se afirma que «tanto la proporción de personas en riesgo de pobreza y exclusión social como la desigualdad de ingresos están disminuyendo, pero permanecen por encima de la media de la Unión [...]. La tasa de pobreza infantil, aunque decreciente, sigue siendo muy alta» (considerando 14).

También en el marco comunitario, el Pilar europeo de derechos sociales, adoptado en la Cumbre social en favor del empleo justo y el crecimiento, celebrada en Gotemburgo en noviembre de 2017, pretende dar a los ciudadanos europeos unos derechos sociales nuevos y más efectivos. Este Pilar europeo de derechos sociales establece veinte principios fundamentales, uno de los cuales (principio 14) está dedicado a la renta mínima, señalando que:

Toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a unas prestaciones de renta mínima adecuadas que garanticen una vida digna a lo largo de todas las etapas de la vida, así como el acceso a bienes y servicios de capacitación. Para las personas que pueden trabajar, las prestaciones de renta mínima deben combinarse con incentivos a la (re)integración en el mercado laboral.

Por otra parte, con el fin de prevenir y luchar contra la pobreza y la exclusión social en España, por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de marzo de 2019 se aprobó la Estrategia nacional de prevención y lucha contra la pobreza y la exclusión social 2019-2023. Entre otros elementos, la estrategia identifica la reducción de la desigualdad de rentas entre los principales desafíos de las sociedades europeas y en España en particular.

Estos problemas ya existían, por causas estructurales y deficiencias del sistema general de protección social pública, pero a mayor abundancia la necesidad de instaurar una medida de renta mínima o de IMV como política destinada a corregir estos problemas se ha visto «acelerada» por la crisis sanitaria de la COVID-19 y el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Más allá del impacto directo sobre la actividad

económica, la pandemia ha desembocado en una profunda crisis social, que afecta especialmente a las personas en situación de vulnerabilidad. De ahí, el establecimiento como medida de urgencia –y en el marco del derecho de la emergencia actual, aun siendo una medida de carácter estructural y permanente– de un mecanismo de garantía de ingresos de ámbito nacional. Este mecanismo, articulado a partir del mandato que el artículo 41 de la CE otorga al régimen público de Seguridad Social para garantizar la asistencia y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad, asegura un determinado nivel de rentas a todos los hogares en situación de vulnerabilidad con independencia del lugar de residencia. Materializando esa finalidad se aprueba el IMV como prestación económica de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva.

Es en este contexto –como se percibe, de carácter estructural y no limitado a la situación coyuntural de la tragedia de la pandemia de la COVID-19– donde hay que enmarcar el Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital (BOE de 1 de junio de 2020)⁸ (LIMV). El real decreto-ley tiene por objeto la creación y regulación del IMV como prestación dirigida a prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas que vivan solas o integradas en una unidad de convivencia, cuando se encuentren en una situación de vulnerabilidad por carecer de recursos económicos suficientes para la cobertura de sus necesidades básicas. El IMV se configura como el derecho subjetivo a una prestación de naturaleza económica que garantiza un nivel mínimo de renta a quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad económica (es decir, con referencia a las personas más desfavorecidas, los pobres –en sentido absoluto, indigentes, o relativo, con insuficiencia grave de recursos–, los marginados y los excluidos por falta de trabajo o por ser «trabajadores pobres») en los términos que se definen en el real decreto-ley. El IMV es una nueva prestación de la Seguridad Social que va acompañada de estrategias de inclusión focalizadas. Esta prestación, que será de carácter permanente dentro del cuadro del catálogo prestacional de la Seguridad Social, tiene como principales objetivos la redistribución de la renta, con la intención de erradicar la pobreza extrema, y la inclusión social y participación en el mercado laboral de las personas en situación de vulnerabilidad. El IMV es la respuesta del Gobierno de coalición al problema estructural de pobreza que existe en España y que hasta ahora no ha sido suficientemente atajado por las políticas y medidas protectoras existentes, como han puesto de manifiesto en numerosas ocasiones las recomendaciones remitidas a España desde diferentes organismos internacionales⁹ y, por supuesto, la doctrina científica. Su puesta en marcha se ha

⁸ Convalidado por Resolución de 10 de junio de 2020, del Congreso de los Diputados (BOE de 12 de junio de 2020).

⁹ No es baladí hacer notar que esta medida del IMV ha sido valorada muy positivamente por la directora del Fondo Monetario Internacional, Kristalina Georgieva, quien en respuesta a la pregunta: «España ha aprobado una renta mínima vital para familias vulnerables. ¿Cree que debería ser una herramienta permanente o solo adscrita a esta crisis?», responde con contundencia:

Primero, bravo. España ha adoptado una medida apropiada para proteger a las personas más vulnerables de esta crisis y, segundo, sí, tiene lógica hacerla permanente. Con la advertencia de que hay

acelerado¹⁰ para ayudar a cubrir las situaciones de vulnerabilidad causadas por la COVID-19, que se suman a las de las familias que ya se encontraban en dificultades previamente.

El IMV adopta una decisión de política del derecho de gran envergadura, porque asume como propia y legítima la iniciativa de establecer una nueva medida de garantía de rentas que antes solo estaba encomendada a las comunidades autónomas a través de sus instrumentos «asistenciales» con distintas denominaciones. Es obvio que no estamos ante una «recentralización», sino más bien ante una racionalización motivada por la necesidad de establecer una solución homogénea y coherente para todo el territorio español, cubriendo las limitaciones intrínsecas y extrínsecas de las rentas mínimas disponibles por las comunidades autónomas. Con ello se realiza la finalidad propia de la Seguridad Social tal como viene establecida en el artículo 41 de la CE.

El IMV es toda una política social que constituye un nuevo pilar prestacional de nuestro sistema institucional de Seguridad Social (art. 41 CE y normas concordantes del bloque normativo constitucional regulador de la Seguridad Social) y que se engarza alrededor de una prestación, de forma que, más allá de la ayuda monetaria, incluye estrategias de inclusión, en coordinación con las comunidades autónomas y los ayuntamientos, que posibiliten a las personas en situación de vulnerabilidad económica transitar a una situación mejor que les permita una inclusión social efectiva en una sociedad democrática. Los beneficiarios contarán con incentivos a la contratación y también se creará un «sello social» para las empresas que les ofrezcan formación y empleo.

Además, se fomentará la participación en el mercado laboral con incentivos. Cuando el titular de la prestación no tenga empleo y lo encuentre, parte de su salario estará exento

también instrumentos regionales y se tiene que hacer algo de trabajo para asegurarse de que hay una coherencia, de que no se producen solapamientos que generen injusticias. La pobreza en España es más alta en comparación con la eurozona, especialmente entre los niños. Un 21 % de la población se encuentra bajo el umbral de la pobreza, cuando en la UE es menor del 17 %. En cuanto a gente en riesgo de pobreza, España estaba en el 26 % y la UE en el 22 %. En otras palabras, España ha hecho un trabajo importante para mejorar en igualdad y este es un buen instrumento. Al salir de esta crisis debemos construir estabilizadores de protección social (Mars, 2020).

¹⁰ Vid. Coalición progresista (PSOE/Unidas Podemos): «Un nuevo acuerdo para España», Madrid, 30 de diciembre de 2019 (<<https://ep00.epimg.net/descargables/2019/12/30/87348523b35b92d92f5702e3cc84d950.pdf>>). En cualquier caso, ya había iniciativas en el marco del derecho internacional y en la propia UE. No solo es su amparo directo el artículo 34 de la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de la Unión Europea, sino también el instrumento de «derecho blando» (*soft law*), el cual ha adquirido una gran relevancia en el «derecho comunitario», aunque en sí importante en el plano de la política del derecho, del Pilar europeo de derechos sociales –dicho instrumento se aprobaría en la Cumbre de la UE de noviembre de 2017. Para un estudio sobre el alcance comprensivo de las rentas mínimas en el artículo 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, vid. Monereo (2012a); y reforzando el análisis de la necesaria perspectiva de la garantía multinivel de los derechos fundamentales, vid. Monereo y Ortega (2017). Asimismo, Monereo (2017c).

transitoriamente en el cálculo de la prestación. En el caso de que esté ocupado, cuando su salario se incremente, la cuantía de la prestación se reducirá en una cantidad inferior. En el caso de que el titular no esté ocupado, se exigirá la inscripción como demandante de empleo para el acceso a la prestación.

Para el reconocimiento de la prestación se tendrán en cuenta los ingresos del año inmediatamente anterior, aunque para atender las situaciones de vulnerabilidad generadas por la pandemia de la COVID-19 también se podrá reconocer para solicitudes cursadas durante 2020 teniendo en cuenta la situación de ingresos de este año.

El resultado del IMV y de las distintas estrategias y políticas de inclusión será evaluado anualmente por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF), mediante la emisión de la correspondiente opinión.

3.2. Elementos constitutivos del instituto jurídico del IMV

1.º *Finalidad*: lucha contra la desigualdad a través de la garantía de ingreso y la igualdad de oportunidades. La ordenación es nítida en su propio tenor literal, cuando delimita el objeto del real decreto-ley (art. 1), indicando que:

[...] tiene por objeto la creación y regulación del ingreso mínimo vital como prestación dirigida a prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas que vivan solas o integradas en una unidad de convivencia, cuando se encuentren en una situación de vulnerabilidad por carecer de recursos económicos suficientes para la cobertura de sus necesidades básicas.

Subyace la idea-fuerza de establecer una prestación económica que cubra el riesgo general de pobreza y de exclusión social.

Esta prestación nace con el objetivo principal de garantizar, a través de la satisfacción de unas condiciones materiales mínimas, la participación plena de toda la ciudadanía en la vida social y económica, rompiendo el vínculo entre ausencia estructural de recursos y falta de acceso a oportunidades en los ámbitos laboral, educativo o social de los individuos. La prestación no es por tanto un fin en sí misma, sino una herramienta para facilitar la transición de los individuos desde la exclusión social que les impone la ausencia de recursos hacia una situación en la que se puedan desarrollar con plenitud en la sociedad. Aunque la situación de privación económica que sufren las personas a las que va dirigida esta medida esté en el origen de su situación de vulnerabilidad, la forma concreta que tomará su inclusión social variará en función de las características de cada individuo: para algunos, será el acceso a oportunidades educativas, para otros, la incorporación al mercado de trabajo o la solución a una condición sanitaria determinada. Este objetivo de inclusión condiciona de manera central el diseño de la prestación, que, incorporando las mejores prácticas internacionales,

introduce un sistema de incentivos buscando evitar la generación de lo que los expertos en política social han llamado «trampas de pobreza», esto es, que la mera existencia de prestación inhiba el objetivo de inclusión social y económica de los receptores. Para aplicar este sistema de incentivos resulta fundamental la cooperación con las comunidades autónomas y entidades locales en el despliegue de unos itinerarios de inclusión flexibles y adaptados a cada situación para los beneficiarios del IMV, dado que, en el ejercicio de sus competencias, pueden acceder de manera más directa a las realidades concretas de los perceptores a través de los servicios sociales, pieza clave en la articulación del sistema. El sector privado también será copartícipe del diseño de estos itinerarios de inclusión, estableciéndose un sello de inclusión social que acredite a todas aquellas empresas que ofrezcan oportunidades de empleo y formación a los perceptores del IMV. El IMV no es, pues, una política dirigida apriorísticamente a grupos o individuos concretos, sino que, atendiendo a aquellos que en un momento determinado sufren situaciones de exclusión y vulnerabilidad, protege de forma estructural a la sociedad en su conjunto. Esta política actuará así como un seguro colectivo frente a los retos que nuestras sociedades enfrentarán en el futuro próximo: carreras laborales más inciertas, nuevas vulnerabilidades, transformaciones económicas asociadas a la robotización o el cambio climático, y en general una mayor volatilidad en los ingresos y los empleos, problemas frente a los que casi nadie será inmune, pero que afectarán especialmente a los grupos sociales más vulnerables (*vid.* exposición de motivos LIMV).

2.º *Prestación de Seguridad Social no contributiva* y, por tanto, inserta en el sistema institucional de la Seguridad Social¹¹. Debe destacarse al respecto una multiplicidad encadenada de títulos competenciales. Este real decreto-ley –establece la disp. final novena, relativa al título competencial–:

[...] se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.1.ª, 13.ª, 14.ª, 17.ª y 18.ª de la Constitución española, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales; bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica; hacienda general y deuda del Estado; legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social; y bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y el procedimiento administrativo común.

Adviértase que la «legislación básica» ex artículo 149.1.17.ª de la CE presupone la posibilidad de que las comunidades autónomas puedan dictar una legislación no básica ostentando, de asumirla, una competencia compartida que va más allá de la simple ejecución de la competencia «exclusiva» estatal por los órganos administrativos de dichas comunidades

¹¹ Esta configuración jurídica de la medida había sido realizada ya expresamente por la doctrina científica. *Vid.* Monereo (2018a, pp. 98 y ss.; 2018b).

autónomas (Monereo, 2002, p. 1.495). La STC 239/2002, de 11 de diciembre (BOE de 10 de enero de 2003), vino a dar una apertura constitucional a la competencia autonómica para completar las medidas de Seguridad Social establecidas por la legislación estatal (en cuyo fallo se desestiman los conflictos positivos de competencia promovidos por el Gobierno de la Nación frente a los Decretos de la Junta de Andalucía 284/1998, por el que se establecen ayudas económicas complementarias a favor de pensionistas por jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas, y 62/1999, de modificación del Decreto 284/1998) y declarar que la competencia controvertida corresponde a la comunidad autónoma.

No estamos ante una prestación de carácter asistencial, ni tampoco ante una prestación técnica de servicios sociales, aunque requiera de prestaciones serviciales de carácter accesorio y se utilice en su materialización la colaboración activa de las comunidades autónomas. La legitimidad y oportunidad constitucional es evidente atendiendo a los títulos competenciales, los cuales se vinculan directa y funcionalmente con el artículo 41 de la norma fundamental.

La medida del IMV –y su progresivo perfeccionamiento– supondrá un avance importante en la construcción expansiva de nuestro modelo de Seguridad Social. Su establecimiento permitirá equilibrar la configuración de un modelo integrado por una doble esfera, contributiva y no contributiva, en el que esta segunda ha sido hasta ahora un elemento secundario en términos de conjunto. El IMV supondrá una profundización de este último ámbito no contributivo de la Seguridad Social.

La Constitución ofrece un marco especialmente favorable para la profundización de este vector no contributivo de la Seguridad Social, sin detrimento del segmento contributivo. Así lo ha declarado el TC respecto al artículo 41 de la CE (en interpretación sistemática con los arts. 1 y 9.2), que concibe la Seguridad Social como una «función del Estado» que atiende a cambiantes situaciones de necesidad (SSTC 37/1994 y 65/1987). Pero también atendiendo al ideal de cobertura que se recoge en el estándar multinivel de garantía del derecho a la Seguridad Social (arts. 10.2 y 96 CE) (Monereo, 2012a; 2014; 2017b).

Aunque hay que establecer las líneas más nítidas de demarcación, conviene retener que conforme al artículo 8.2:

A efectos de este real decreto-ley, no computarán como ingresos los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las comunidades autónomas, y otros ingresos y rentas de acuerdo con lo previsto en el artículo 18.

Por lo tanto, la regla es de compatibilidad. Ahora bien, admitido que no estamos ante una medida asistencial del artículo 148.1.20.^a de la CE, sino ante una medida típica de Seguridad Social no contributiva o asistencial interna a dicho sistema institucional, la cuestión residirá

en establecer los nexos de relación y las posibilidades de «legislación no básica» que ofrece el artículo 149.1.17.^a de la CE, pues solo hay una reserva de competencia exclusiva en lo que se refiere literalmente a la «legislación no básica» (a diferencia de lo que acontece respecto de la legislación laboral *ex art.* 149.1.7.^a CE). También el desarrollo reglamentario podría establecer vías de engarce y de solución preventiva de posibles conflictos de competencia, que en términos de principio aquí no existen –recuérdese que con arreglo a lo previsto en el art. 8.5 LIMV, reglamentariamente se podrán establecer, para supuestos excepcionales de vulnerabilidad que sucedan en el mismo ejercicio, los supuestos y condiciones en los que podrán computar los ingresos y rentas del ejercicio en curso a los efectos de acceso a esta prestación. Pero habría que entrar más sutil y nítidamente en el acoplamiento estructural y funcional entre los respectivos ámbitos competenciales del Estado (Seguridad Social no contributiva) y de las comunidades autónomas (asistencia Social)–.

Es esta una medida que perfecciona el «ideal de cobertura» en la lógica evolutiva que ha inspirado siempre el desarrollo de la Seguridad Social: la invención de sistemas prestacionales que hagan frente a las nuevas necesidades sociales dentro de la socialización pública (o nacionalización estatal) de su cobertura solidaria¹².

El IMV o renta mínima vital configurada como prestación no contributiva de Seguridad Social permite una protección pública homogénea para todas las personas –individuales o en unidades de convivencia– en todo el Estado español, sobrepasando el carácter invertido y dispar actual de las rentas mínimas territorializadas por comunidades autónomas. Ello sin perjuicio de reconocer la aportación extraordinaria que se ha llevado a cabo por el Estado social autonómico en esta materia. Pero esta nueva renta mínima de ámbito estatal inserta en el sistema de Seguridad Social era ya necesaria para hacer frente a las situaciones protegidas y superar los límites de las rentas mínimas autonómicas.

Siendo ello así, lo más lógico es que esta prestación específica se incluyera directamente en el Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), y como un capítulo separado del título VI, relativo a las «Prestaciones no contributivas». Tanto más, dado que se configura no como una prestación de carácter excepcional respecto al sistema general vigente, sino como una prestación permanente del sistema. Por tanto, es criticable técnicamente que no se haya insertado en dicho título. Y debería hacerse lo antes posible para subsanar esta deficiencia de técnica legislativa, que tiene además el inconveniente de política del derecho de hacer visible una supuesta provisionalidad de una medida (y esto la deja mal situada) que en su concepción ya originaria no la tiene (a pesar de algunas presiones políticas). Pero nunca es tarde si la dicha es buena: hay que incluir lo antes posible –sin esperar más tiempo innecesariamente– esta medida en la LGSS, lo cual es también importante para dotarla de una mayor visibilidad y ante todo estabilidad en el sistema jurídico.

¹² *Vid.*, en la perspectiva histórica de desarrollo de las políticas de Seguridad Social, Monereo (2012b).

3.º La *financiación es íntegramente estatal* con cargo a presupuestos generales del Estado. La financiación del IMV se realizará a cargo del Estado mediante la correspondiente transferencia a los presupuestos de la Seguridad Social (cap. VI LIMV).

4.º La *gestión es pública y residenciada en el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)* para garantizar su homogeneidad al igual que las demás prestaciones del sistema de Seguridad Social, sin perjuicio de la colaboración en la gestión por parte de las comunidades autónomas; las cuales –no se olvide– al amparo del artículo 149.1.17.^a de la CE pueden asumir una legislación no básica, que lógicamente respete ese núcleo esencial básico, sin el cual se produciría una disfuncional regulación asimétrica de esta institución prestacional de Seguridad Social. El INSS será el organismo competente para el reconocimiento y control de la prestación, sin perjuicio de la posibilidad de suscribir convenios y de las disposiciones adicionales cuarta y quinta de la LIMV. La tramitación del procedimiento se realizará por medios telemáticos. Hay que evitar que los procedimientos burocráticos de reconocimiento del derecho al IMV acaben siendo intimidatorios y estigmatizadores desincentivando la incorporación al programa de ayuda social proactiva.

5.º *Derecho subjetivo perfecto* de las personas protegidas. Se establece (art. 2.1 LIMV) que:

El ingreso mínimo vital se configura como el derecho subjetivo a una prestación de naturaleza económica que garantiza un nivel mínimo de renta a quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad económica en los términos que se definen en el presente real decreto-ley. A través de este instrumento se persigue garantizar una mejora de oportunidades reales de inclusión social y laboral de las personas beneficiarias.

Lógicamente, es un derecho subjetivo perfecto a la prestación económica (y vale decir también a las accesorias) cuando se acreditan los requisitos exigidos legalmente, porque se trata de una medida condicionada a un déficit de recursos económicos del sujeto o de la unidad de convivencia tomada como supuesto de hecho de la norma.

Su orientación es decididamente universalista y regida por un principio de automatidad, no se requieren los requisitos instrumentales de afiliación, alta y cotización. Sí acreditar la residencia y la situación de necesidad en los términos exigidos por la ordenación legal. La ordenación legal distingue entre personas beneficiarias –art. 4 LIMV: a) las personas integrantes de una unidad de convivencia en los términos establecidos legalmente; b) las personas de al menos 23 años y menores de 65 años que viven solas, o que compartiendo domicilio con una unidad de convivencia en los supuestos del art. 6.2 c) no se integran en la misma, siempre que concurren determinados requisitos explícitamente previstos– y personas titulares (art. 5 LIMV: las personas con plena capacidad de obrar que la soliciten y la perciban, en nombre propio o en nombre de una unidad de

convivencia. En este último caso, la persona titular asumirá la representación de la citada unidad. La solicitud deberá ir firmada, en su caso, por todos los integrantes de la unidad de convivencia mayores de edad que no se encuentren incapacitados judicialmente) del IMV, que pueden no coincidir.

Son sujetos titulares también los extranjeros, conforme al artículo 19.2 de la LIMV:

La residencia legal en España se acreditará mediante la inscripción en el registro central de extranjeros, en el caso de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, Espacio Económico Europeo o la Confederación Suiza, o con tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión o autorización de residencia, en cualquiera de sus modalidades en el caso de extranjeros de otra nacionalidad.

Este requisito puede plantear graves problemas sobre todo respecto de las personas migrantes en situación administrativa irregular; y hay que tener en cuenta que muchas de estas personas están realizando trabajos precarios que las sitúan abiertamente dentro de esa categoría de marginalidad que suele llamarse «trabajadores pobres». Esta exclusión puede ser criticable desde la perspectiva de los derechos sociales y del principio de igualdad y no discriminación; y desde luego plantea el gran problema de erradicar el trabajo informal o irregular (que para el jurista es típicamente un trabajo en condiciones de ilegalidad y contrario al «trabajo decente» o digno). Hay que tener en cuenta la lógica *in fine* que inspira artículos como el 36.5 de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Pero también el artículo 2 ter («Integración de los inmigrantes»).

6.º *Carácter condicionado al nivel de rentas obtenidas* por el sujeto o la unidad de convivencia. No se trata, por tanto, de una renta básica incondicionada como derecho de ciudadanía plena e indiferenciada en relación con la situación económica de las personas destinatarias. Se trata, pues, de un sistema de renta mínima basado en la solidaridad social bajo condicionamiento de la comprobación de recursos de la persona individual o de la unidad de convivencia.

7.º *Medida de carácter permanente* dentro del catálogo de prestaciones no contributivas del sistema de Seguridad Social. Lo cual se comprende porque atiende a situaciones de necesidad social consideradas institucionalmente como de carácter estructural, aunque agravadas por la crisis social generada por la pandemia de la COVID-19. Ciertamente, esta medida se adapta (art. 2.2 LIMV):

En desarrollo del artículo 41 de la Constitución española, y sin perjuicio de las ayudas que puedan establecer las comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias, el ingreso mínimo vital forma parte de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social como prestación económica en su modalidad no contributiva.

Ya se ha señalado antes que debería insertarse expresamente en el cuadro de prestaciones no contributivas de la LGSS.

8.º La *acción protectora* se resuelve en una *prestación económica* que se fijará y se hará efectiva mensualmente en los términos establecidos en la LIMV y en sus normas de desarrollo (por establecer todavía).

En cuanto a la determinación de la cuantía mensual de la prestación de IMV que corresponde a la persona individual o a la unidad de convivencia, vendrá determinada por la diferencia entre la cuantía de la renta garantizada, según lo establecido en la LIMV y su normativa de desarrollo, y el conjunto de todas las rentas e ingresos de la persona beneficiaria o de los miembros que componen esa unidad de convivencia del ejercicio anterior, en los términos establecidos en los artículos 8, 13 y 17, siempre que la cuantía resultante sea igual o superior a 10 euros mensuales (art. 10 LIMV).

Implícitamente se consagra un principio de adecuación social finalista respecto de la cuantía económica del IMV. Lo cual se expresa en dos sentidos: por un lado, en un ingreso mínimo garantizado que se califica de «vital», lo que indica que quiere garantizar no simplemente un nivel de «subsistencia» en la cobertura de las necesidades, sino un nivel digno de vida, aunque ciertamente se expresa con una cuantía de intensidad mínima. En segundo lugar, el principio de adecuación social finalista se expresa en la ordenación normativa al señalar que: «Se articula en su acción protectora diferenciando según se dirija a un beneficiario individual o a una unidad de convivencia, en este caso, atendiendo a su estructura y características específicas» (art. 3 b) LIMV). Es importante señalar que la norma elude el concepto de «familia» (que de por sí ya ha adquirido un alcance más amplio abarcando distintos tipos de familia con diversos modos de formalización jurídica, las llamadas de «hecho» también están «juridificadas»), aunque evidentemente lo comprende en el más amplio concepto normativo de «unidad de convivencia», conforme a la delimitación imperativa ex artículo 6 de la LIMV, que establece un concepto legal general al que se añaden una serie de excepciones tipificadas como tales que confirman ese concepto y regla general. El concepto general se expresa en los siguientes términos (art. 6.1 LIMV):

Se considera unidad de convivencia la constituida por todas las personas que residan en un mismo domicilio y que estén unidas entre sí por vínculo matrimonial o como pareja de hecho en los términos del artículo 221.2 de la LGSS, o por vínculo hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad, adopción, y otras personas con las que conviva en virtud de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente.

Por su parte, se establecen «como excepción» a la regla anterior una serie de supuestos específicos de «consideración de unidad de convivencia a los efectos previstos en este real decreto-ley» (art. 6.2). El carácter excepcional supone que no admite nuevas inclusiones,

ni tampoco interpretaciones extensivas, ni analógicas exorbitantes del fin explicitado en la normativa¹³.

9.º *Carácter no sustitutivo* respecto de las medidas de «ayuda social» (la técnica de ayuda es la que se utilizó para que las comunidades autónomas pudiesen asumir competencias en materia de rentas mínimas de inserción, o ingresos de solidaridad o salario social, que con distintas denominaciones han ido evolucionando hacia una asistencia social moderna que reconoce derechos subjetivos a las prestaciones económicas y serviciales dispensadas)¹⁴. En cualquier caso, está pendiente, a través de la normativa reglamentaria que la LIMV prevé, llevar a cabo una racionalización de la articulación entre esta y otras ayudas.

10.º Medida de *carácter subsidiario*, pues solo actúa, por un lado, cuando se está por debajo del nivel mínimo de ingresos que se garantiza y, por otro, cuando se esté por debajo de ese nivel mínimo solo se completa hasta llegar a él; y, asimismo, cuando se reciben otras prestaciones como, por ejemplo, las rentas mínimas de inserción. En efecto, se dispone (art. 3 a) LIMV) que el IMV:

Garantiza un nivel mínimo de renta mediante la cobertura de la diferencia existente entre la suma de los recursos económicos de cualquier naturaleza de que disponga la persona beneficiaria individual o, en su caso, los integrantes de una unidad de convivencia, y la cuantía de renta garantizada para cada supuesto en los términos del artículo 10.

11.º En cuanto a la *duración*, es *potencialmente indefinida* atendiendo a la misma duración/superación de la situación de necesidad objetiva objeto de cobertura (cuestión distinta es que si tiene éxito y se supera la situación de necesidad fijada en el nivel mínimo de rentas legalmente establecido, desaparecerá el presupuesto de hecho de la norma y con él el derecho actual del IMV, sin perjuicio de que el sujeto pueda actualizar ese derecho si vuelve a encontrarse en cualquier momento ante la situación de necesidad).

12.º *Condicionabilidad*. Incorpora una posición de deber jurídico recíproco, que se refleja en los requisitos de acceso (art. 7 LIMV), en la indicación de los deberes que los sujetos protegidos asumen en el desenvolvimiento dinámico del disfrute de la prestación y en el régimen de infracciones y sanciones (arts. 33 y 34 LIMV). Por un lado, deber del sujeto protegido sobre el que recaen «cargas» anudadas al derecho relativas a la aceptación de ofertas de trabajo adecuado y a actividades formativas o de reciclaje profesional. Por otro lado, también conlleva, al mismo tiempo, el deber público de poner todos los medios necesarios para facilitar la incorporación al mercado de trabajo (vinculado al derecho al trabajo).

¹³ Para los límites intrínsecos de la interpretación analógica, *vid.* Atienza (1986, pp. 15 y ss. y 179 y ss.).

¹⁴ El carácter complementario y no sustitutivo de una renta de subsistencia estatal respecto de las rentas mínimas autonómicas había sido mantenido por Monereo (2018a, p. 111).

Por consiguiente: la «activación» adquiere una doble vertiente, subjetiva del sujeto para esa puesta a disposición y objetiva del poder público/Administración pública actuante para poner los medios adecuados para garantizar la inclusión social y el derecho al trabajo.

13.º *Incorporación de medidas proactivas* que tienen que ver con el objetivo básico de superación de las situaciones de falta de integración en la sociedad (señaladamente, pobreza o marginalidad «descalificadora») o de exclusión social por el trabajo (su falta o insuficiencia dada su precariedad manifiesta). En efecto, se indica (art. 3 d) LIMV) que el IMV:

Se configura como una red de protección dirigida a permitir el tránsito desde una situación de exclusión a una de participación en la sociedad. Contendrá para ello en su diseño incentivos al empleo y a la inclusión, articulados a través de distintas fórmulas de cooperación entre Administraciones.

Pese a su carácter modesto, el IMV corresponde a las nuevas necesidades y técnicas emergentes de paso de la Seguridad Social «pasiva» a la «activa» (el Estado social activo). El dato normativo es que este tipo de «derechos sociales» prestacionales se reconfiguran como derechos sociales «condicionados» al cumplimiento de deberes jurídicos de actuación adicionales por parte de los sujetos protegidos o beneficiarios¹⁵. Estas medidas proactivas son fundamentales y no deben considerarse como simples medidas de acompañamiento (aunque están poco enfatizadas, en la ordenación reglamentaria es previsible y deseable que se concreten).

Lo que, es obvio, presupone la suscripción de un compromiso por parte de los sujetos protegidos, generador de deberes u obligaciones jurídicas asumidas al acceder a la prestación que condicionan el derecho (lo que puede dar lugar a la suspensión del derecho ex art. 14 o incluso a la extinción del mismo ex art. 15 LIMV).

Se contempla la promoción de estrategias de inclusión de las personas beneficiarias del IMV, en coordinación con todas las Administraciones involucradas. Asimismo, se prevé la firma de convenios con otros órganos de la Administración, con comunidades autónomas y entidades locales, pudiendo estos convenios regir la cooperación en el procedimiento administrativo, en el desarrollo de estrategias de inclusión o en cualquier otro ámbito de relevancia para los fines del IMV.

El programa de IMV deberá fomentar la resiliencia de la persona o unidad de convivencia protegida –más allá de la necesaria labor de supervisión–. La resiliencia confiere poder y capacidad para resistir y recuperarse de la situación de vulnerabilidad derivada de la pobreza o exclusión social desde el punto de vista de las personas y en vista de la imagen inclusiva que de ellas se proyecta en la sociedad de inclusión.

¹⁵ En la perspectiva histórica del desarrollo diacrónico de las políticas de Seguridad Social, puede consultarse Monereo (2012b, pp. 271 y ss.).

14.º El IMV es intransferible (art. 3.6 LIMV):

No podrá ofrecerse en garantía de obligaciones, ni ser objeto de cesión total o parcial, compensación o descuento, retención o embargo, salvo en los supuestos y con los límites previstos en el artículo 44 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

15.º Por último, el IMV es compatible con el trabajo. Es más: el modelo legal promueve esa compatibilidad, pues lo que desea es la inclusión social a través del trabajo, no desincentivarlo. Adviértase que el IMV pretende ser una medida de estructura jurídica y finalista compleja que combina medidas pasivas (prestación económica que garantice un nivel de subsistencia digno, situada en la dirección de garantizar el derecho a la existencia) y medidas activas (formación/capacitación profesional y mecanismos que propician la incorporación o reinserción en el mercado de trabajo, en la línea de garantizar el derecho al trabajo). En este sentido se la puede calificar como una nueva y típica renta activa de inserción. El artículo 8.2 de la LIMV establece que:

A efectos de este real decreto-ley, no computarán como ingresos los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las comunidades autónomas, y otros ingresos y rentas de acuerdo con lo previsto en el artículo 18 [sobre cómputo de los ingresos y patrimonio].

Por su parte, se añade en los apartados 4 y 5 del artículo 8 que:

4. Con el fin de que la percepción del ingreso mínimo vital no desincentive la participación en el mercado laboral, la percepción del ingreso mínimo vital será compatible con las rentas del trabajo o la actividad económica por cuenta propia de la persona beneficiaria individual o, en su caso, de uno o varios miembros de la unidad de convivencia en los términos y con los límites que reglamentariamente se establezcan. En estos casos, se establecerán las condiciones en las que la superación en un ejercicio de los límites de rentas establecidos en el punto 2 del presente artículo por esta causa no suponga la pérdida del derecho a la percepción del ingreso mínimo vital en el ejercicio siguiente. Este desarrollo reglamentario, en el marco del diálogo con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, prestará especial atención a la participación de las personas con discapacidad y las familias monoparentales.

5. Reglamentariamente se podrán establecer, para supuestos excepcionales de vulnerabilidad que sucedan en el mismo ejercicio, los supuestos y condiciones en los que podrán computar los ingresos y rentas del ejercicio en curso a los efectos de acceso a esta prestación.

Cabe comentar, adicionalmente, que no solo se trata de evitar que se desincentive la incorporación al mercado de trabajo (lo cual se sitúa, quiérase o no, en una lógica de «activación subjetiva»), sino también reforzar el aspecto positivo –y menos de control disciplinario– consistente en el fomento del trabajo como derecho de integración social (art. 35.1 CE), lo cual se sitúa en una lógica garantista de «activación objetiva». Es harto significativo que la exposición de motivos destaque la idea de activación y los mecanismos de control posible del fraude; aunque, ciertamente, no descuida la idea-fuerza de la inclusión social por el trabajo profesional. La compatibilidad con el trabajo es importante para evitar el «riesgo moral» de que el IMV actúe como un desincentivo para aceptar una oferta de trabajo adecuado (y no lo es tanto si es poco remunerado) y contrarrestar la «trampa de la pobreza» y la «trampa de la precariedad». La compatibilidad trabajo-IMV pretende evitar ese «riesgo moral» entre posibles costes de transacción.

Queda pendiente, todavía, una reflexión sobre la mejora de esta nueva medida de protección social –IMV– para alcanzar sus fines idóneos (por el momento se reside más en las situaciones de extrema necesidad, cuando habría que esperar más que se avanzara hacia una renta mínima garantizada condicionada que vaya más allá de la lógica del «mínimo vital» para penetrar en una lógica de fomento de la integración social plena, aunque sin alcanzar todavía el objetivo utópico –que no significa irrealizable– de una renta básica universal «incondicionada»), lo cual implica, entre otras cosas, la mejora de su cuantía y la racionalización interna de las prestaciones no contributivas del sistema de Seguridad Social. Al tiempo habrá que racionalizar todas las prestaciones mínimas del sistema de protección social en los niveles no contributivos y asistenciales, con las prestaciones familiares y su conexión con el importe del salario mínimo interprofesional; sin que se afecte al nivel o vector contributivo profesional que tiene su lógica propia, incluida la noción de «suficiencia contributiva» referenciada a las rentas de activo dejadas de percibir con los correctivos correspondientes. Por el momento, las prestaciones por hijo o menor a cargo han sido integradas en el IMV (disp. trans. séptima LIMV). Pero a la par que el IMV se convierte en una más intensa renta mínima garantizada de carácter también condicionado, el proceso de racionalización de las prestaciones no contributivas y asistenciales deberá ir avanzando. Siempre que se respete el mantenimiento de la Seguridad Social contributiva y su catálogo de prestaciones, pues nuestro modelo de Seguridad Social no es «residual» sino «institucional» orientado en el nivel contributivo a dispensar prestaciones próximas a las rentas de activo (concepto de «suficiencia contributiva», frente a la noción de «suficiencia no contributiva y asistencial» que atiende ante todo a garantizar una subsistencia digna sin necesidad de otorgar prestaciones equivalentes a las rentas de activo) (Monereo, 2002; 2018a).

Parece que el legislador es consciente de la necesidad de una mejora de la racionalización del conjunto de prestaciones basadas ante todo en técnicas de ayuda social (prestaciones no contributivas y mecanismos asistenciales). Pues se prevé que, con el objetivo de evitar duplicidades de cara al ciudadano y en aras de una mayor efectividad de la política, la puesta en marcha del IMV exigirá también una progresiva reordenación del conjunto de

ayudas estatales cuyos objetivos se solapan con los de esta nueva política. Este proceso de reajuste se iniciará con la eliminación de la actual prestación de la Seguridad Social por hijo o menor acogido a cargo sin discapacidad o con discapacidad inferior al 33 %. La progresiva reorganización de las prestaciones no contributivas que deberá abordarse en los próximos años permitirá una focalización en colectivos particularmente vulnerables que contribuya a una mayor redistribución de la renta y la riqueza en nuestro país. Desde esta perspectiva, el IMV supone el inicio de un proceso de reorganización de las técnicas de ayuda de nuestro modelo general de protección social pública.

Por otra parte, esta importante medida de garantía de ingresos –que opera como un estabilizador social y permite instaurarla con carácter homogéneo en toda España– está lejos todavía de ser suficiente y va a dejar vacíos de cobertura protectora. Hay que proseguir en esta línea hacia una más completa renta mínima garantizada a nivel estatal, incluso yendo más allá de la relevante –pero inactuada– iniciativa legislativa popular que fue propuesta por los dos sindicatos más representativos de nuestro país. Y ello con independencia de que se refuercen los distintos mecanismos de garantías de rentas contributivas (desempleo y jubilación, señaladamente), cuya intensidad o calidad protectora debe mejorar para homologarnos con otros países europeos de referencia comparables al nuestro.

Pero el IMV constituye un paso histórico en sí ya muy relevante para avanzar hacia una renta mínima garantizada suficiente en términos de intensidad protectora en el sentido previsto en el artículo 41 de la CE, por referencia al estándar multinivel de garantía de los derechos de Seguridad Social a que remite en vía interpretativa el artículo 10.2 de la CE. Permitirá atenuar o paliar –que no superar en términos satisfactorios– la situación de mayor desigualdad de ingresos en comparación con otros Estados europeos de referencia. Existe una alta cronificación del desempleo en una horquilla letal, porque el desempleo de larga duración afecta a jóvenes y personas maduras. En este sentido, el IMV actúa como suelo de protección social respecto de la pobreza y situaciones extremas de exclusión social, sobre el cual –y sin perjuicio de otras prestaciones complementarias– las comunidades autónomas podrían intervenir con carácter complementario conforme a sus necesidades y posibilidades de recursos. Pero si se quiere evitar el «estigma de la pobreza» –la «trampa de la pobreza» que impide salir de ella–, es necesario impulsar políticas activas de empleo¹⁶.

La Europa social de los derechos no puede quedarse solo en palabras; entre las medidas que garanticen una Europa social y cohesionada debe estar la aprobación de una Directiva marco sobre rentas mínimas, que garantice con fuerza normativa vinculante y desde el derecho social comunitario ingresos mínimos adecuados a todas las personas –y a las personas que formen parte de su familia o unidad de convivencia– en la UE. Con ello se garantiza también «el derecho a tener derechos» en el sentido de Hannah Arendt (Monereo, 2018a, pp. 118-119).

¹⁶ Un estudio completo y exhaustivo, en Monereo, Fernández y López (2016).

4. Valoración final y propuestas de mejora en el plano técnico-jurídico y de política del derecho

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y especialmente la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, discapacidad, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad –Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), art. 25–.

En definitiva, la creación de una renta mínima de inserción de ámbito estatal era cada vez más necesaria. Por otra parte, su implantación a nivel estatal es constitucionalmente legítima y tiene amparo en la normativa internacional (arts. 10.2 y 96 CE). La base constitucional para el establecimiento de una renta mínima garantizada o renta mínima de inserción a nivel estatal está legitimada y justificada en los artículos 41, 9.2 y 149.1.17.^a de la CE (y todos ellos interpretados con arreglo al garantismo jurídico multinivel que se impone deducir del art. 10.2 CE, norma interpretativa de apertura constitucional a dicho estándar garantista), para la protección de las personas frente a situaciones de necesidad no adecuadamente satisfechas por otros instrumentos o mecanismos de protección social pública (señaladamente, las rentas mínimas de inserción de las comunidades autónomas), con cargo a presupuestos generales del Estado (como ocurre con las prestaciones no contributivas o con la renta activa de inserción en el marco de la protección por desempleo). Nuestro texto constitucional, ex artículo 41 y normas concordantes del bloque constitucional de la Seguridad Social, configura un sistema mixto de Seguridad Social, con ámbitos contributivos y asistenciales o no contributivos, y con una marcada orientación a realzar el elemento o dimensión asistencialista o no contributivo. Es visible la plasmación de la tendencia hacia la universalización subjetiva y objetiva o prestacional pública y la consagración explícita del principio de suficiencia vinculado a la calidad de las prestaciones dispensadas por el sistema de Seguridad Social en su doble y heterogénea dimensión contributiva y asistencial.

Esta nueva prestación de Seguridad Social no contributiva, aparte de que puede ser completada por las comunidades autónomas, no impide la subsistencia de las rentas mínimas autonómicas si estas lo considerasen oportuno reclamando su competencia en materia de asistencia social garantizada constitucionalmente ex artículo 148.1.20.^a (*vid.*, STC 239/2002, de 11 de diciembre); o, en su caso, su facultad de dictar una «legislación no básica» al amparo del artículo 149.1.17.^a de la CE. La instauración de esta renta mínima garantizada (acompañada en la esfera del derecho laboral por una política del derecho cuyo objetivo sea el pleno empleo y la orientación hacia el «trabajo garantizado», decente o digno de la persona que trabaja; esto es, en contraposición con el trabajo precario) puede permitir completar las redes de la protección social pública atendiendo de

modo más eficiente y equitativo a la tutela de las situaciones de necesidad vinculadas al desempleo prolongado y a la exclusión social. Se trata de un subsidio condicionado a la situación de necesidad y la disponibilidad de recursos del sujeto protegido; un subsidio que, por supuesto, es necesariamente compatible con la realización de políticas activas de pleno empleo para todos. Se trata de garantizar el derecho a la existencia digna de una parte de la población descalificada socialmente como «población excedente» situada en los márgenes de la estructura social, sin excluir (más bien presuponer a medio/largo plazo) que en un futuro pudiera avanzarse reflexivamente hacia una renta básica o ingreso básico incondicionado universalista, que implicaría una refundación más intensa, en cierto sentido, de los actuales sistemas de protección social pública y del propio Estado social de derecho.

La exigencia de este tipo de rentas de subsistencia y de inserción laboral se impone frente al problema estructural –y no solo coyuntural– de lucha contra la pobreza y la exclusión social, ante las consecuencias de la «revolución 4.0» (cuarta revolución industrial), desestructuración del modelo estándar de trabajo propio del fordismo, o las situaciones derivadas de pandemias sanitarias o de las consecuencias negativas del cambio climático o el deterioro medioambiental. Es la era de la inseguridad social creciente (de la «sociedad del riesgo») y, en relación con ello, de la redefinición de los sistemas de protección social pública. Y en un contexto de progresivo vaciamiento (por no decir, desmantelamiento; cuando no de intentos de deslegitimación) de las instituciones de la solidaridad social propias del Estado social redistributivo e integrador ante la implantación de una sociedad de mercado de competencia generalizada con el desplazamiento paulatino del «Estado social» por la forma «Estado de mercado».

La renta mínima garantizada se configura como derecho subjetivo de Seguridad Social (una nueva prestación no contributiva de carácter proactivo por su orientación hacia la reinserción profesional y social) y, por tanto, gozando de la necesaria justiciabilidad a través del orden social de la jurisdicción¹⁷. La renta mínima garantizada puede ser una vía para la protección de las personas en edad de trabajar sin protección por desempleo o de personas en situación de riesgo de pobreza o exclusión social y supondrá un reforzamiento del sistema de protección social clásico del Estado social. Se configura como una prestación de Seguridad Social en su ámbito no contributivo o asistencial, con financiación íntegramente estatal y con cargo a imposición general. La prestación de renta mínima garantizada o ingresos mínimos será, de este modo, una prestación de último recurso –red de seguridad– a la que se accede tras agotar las prestaciones contributivas o asistenciales de desempleo o, en su caso, por no haber podido generar derecho a las mismas. El objetivo de la prestación de renta mínima garantizada es proteger adecuadamente a quienes queriendo y pudiendo trabajar carecen de empleo y sufren una situación de necesidad económica. La medida tendrá naturaleza estructural o

¹⁷ Puede consultarse, Monereo (2015b); Monereo y Molina (1999).

permanente en su cristalización normativa, no coyuntural. Se percibirá por la persona afectada de forma indefinida mientras se mantenga la situación de necesidad y tendrá una línea «proactiva», combinando el subsidio no contributivo con políticas activas de empleo.

La creación de una renta mínima garantizada a nivel estatal en la coyuntura actual (y como posible –y no exento de controversia– paso intermedio hacia el establecimiento a más largo plazo –de manera particularmente meditada– de una renta incondicionada o ingreso de ciudadanía) deriva de la constatación de las insuficiencias del tradicional sistema de protección por desempleo (prestación contributiva y subsidios asistenciales) y del conjunto heterogéneo e inorganizado de rentas mínimas autonómicas actualmente vigentes (rentas mínimas de inserción, actualmente existentes, que son, sin duda, legítimas al amparo del título competencial autonómico en materia de asistencia social –art. 148.1.20.^a CE– y tanto más después de la amplitud competencial que autoriza la doctrina establecida por la STC 239/2002, de 11 de diciembre).

La renta mínima garantizada será, verdaderamente, el último recurso de la red de seguridad de los sistemas de protección social pública. En el marco de la UE se está discutiendo sobre la implantación de una «renta mínima europea» –*vid.* Dictamen del CESE sobre la renta mínima europea e indicadores de pobreza» (Dictamen de iniciativa), 2014/C 170/04, aprobado en sesión plenaria de 10 de diciembre de 2013–. El CESE subraya la acuciante necesidad de garantizar una renta mínima adecuada en la UE mediante una directiva marco dirigida a combatir la pobreza facilitando la inclusión en el mercado de trabajo, tal y como han solicitado el Comité de las Regiones y varias organizaciones de lucha contra la pobreza, e insta a la Comisión a emprender una acción concertada que responda a la resolución adoptada por el Parlamento Europeo en 2011 –Resolución del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2011, sobre la plataforma europea contra la pobreza y la exclusión social, 2011/2052(INI), DO C 153E de 31 de mayo de 2013, pp. 57-78–.

La renta mínima garantizada es una ayuda a los ingresos que no está basada en el pago de cotizaciones y que proporciona una red de seguridad para las personas que no pueden optar a las prestaciones de la Seguridad Social. Como última salvaguarda contra la pobreza, está indisolublemente unida al derecho a llevar una vida digna de las personas que no tienen otra forma de asegurar sus ingresos y al de las personas que están a su cargo (familiares o miembros de la «unidad de convivencia»). La renta mínima garantizada no debe confundirse con el «salario mínimo», que se fija por medio de la legislación o de los convenios colectivos (otras políticas distintas al respecto son: a) una renta básica universal, que es una ayuda permanente, de cuantía fija, que se paga a intervalos preestablecidos a cada ciudadano adulto, independientemente de su situación económica o social o de su disponibilidad para el trabajo; y b) un impuesto negativo sobre la renta, basado en el concepto de «tipo impositivo marginal»). La medida es compatible con otras iniciativas de la lucha contra la pobreza y la desigualdad a través de otros tipos de medidas de reforma legislativas, como señaladamente a través de la fiscalidad progresiva y su gestión por la Agencia Tributaria.

El fundamento principal de la renta mínima garantizada europea estaría en el artículo 34.3 (en relación con el art. 1 que establece que: «La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida») de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (con rango normativo asimilado al de los tratados fundamentales de la Unión ex art. 6.1 Tratado de la Unión Europea –TUE–), conforme al cual:

Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes.

Para el CESE, los nuevos regímenes de renta mínima deberían ir acompañados de políticas generales y disposiciones específicas, como las políticas activas del mercado laboral, destinadas a ayudar a las personas sin empleo a reincorporarse en el mercado de trabajo, servicios de colocación, una gestión de las prestaciones y los programas relativos al mercado laboral, como la formación y la creación de empleo apoyadas por estrategias de activación adecuadas, para dar mayores oportunidades a las personas en busca de empleo. Son esenciales, asimismo, unos organismos eficaces de organización del mercado laboral, atención sanitaria y políticas de vivienda, así como servicios públicos asequibles y accesibles de gran calidad¹⁸. El establecimiento de una renta mínima de inserción permitiría combatir la pobreza y ciertos niveles de desigualdad, e incluiría junto a las ayudas o subsidios económicos la aplicación de políticas activas de empleo, sin que, por tanto, entre en juego el prejuicio de que la medida pueda desincentivar la búsqueda de empleo por parte de los sujetos protegidos.

Su implantación se situaría en la línea de política del derecho impulsada por el denominado Pilar europeo de los derechos sociales, pero yendo más allá de una mera convergencia de objetivos para abrazar una línea de armonización comunitaria de rentas mínimas garantizadas. A tiempo, tras un periodo de experimentación del modelo de solidaridad social condicionada y selectiva (renta mínima de inserción y fórmulas similares), habría que avanzar hacia la implantación de una renta básica universal e incondicional (sin prueba de recursos y sin contrapartidas), que completase el sistema de protección social del Estado social de derecho; es decir, un modelo de solidaridad social incondicional y universal. Es un nuevo modelo de solidaridad social introducido en el corazón del Estado social de derecho. Se trataría de una garantía contra la exclusión social y de defender la libertad real para todos. Esta técnica de protección social formaría parte de las condiciones materiales de la libertad (garantizando solo en parte las condiciones materiales de la existencia de los individuos), y será posible confirmar nuevamente y en la práctica que la generosidad de las transferencias o prestaciones sociales no constituye un desincentivo para trabajar (ni generalizable ni sustancialmente relevante). La implantación como un nuevo derecho social de

¹⁸ Sobre este alcance prestacional del artículo 34.3 de la Carta de la Unión Europea, *vid.* Monereo (2012a).

desmercantilización de las personas en todos los ámbitos donde se desarrolla su personalidad y dignidad humana debe ser el objetivo principal de un renovado Estado social de derecho.

El Dictamen del CESE «Por una Directiva marco europea sobre la renta mínima» apuesta por su decidida implantación. Su punto de partida es ahora más contundente, pues se indica que los textos fundamentales de la Unión y sus compromisos, como la Estrategia Europa 2020, que pretende reducir en 20 millones el número de personas en riesgo de pobreza, no han arrojado los resultados esperados. La aplicación del principio de subsidiariedad, con el método abierto de coordinación (MAC) como único instrumento, resulta, por tanto, insuficiente para alcanzar los objetivos fijados. Establecer un marco europeo vinculante para una renta mínima decente en Europa que permita generalizar, apoyar y convertir en decentes (adecuados) los sistemas de renta mínima de los Estados miembros constituiría, por tanto, una primera respuesta europea importante al grave y persistente problema de la pobreza en Europa.

La renta mínima decente en Europa a través de un instrumento normativamente vinculante como es la directiva marco (el recurrir a la legislación de la UE encuentra un fundamento jurídico en el art. 153.1 c) y h) Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–) está justificada por la necesidad de garantizar el acceso a todos los que precisan ayuda y de que esta se adecue a sus necesidades reales. La renta mínima decente es también un instrumento al servicio de la integración/reintegración laboral de las personas excluidas y de la lucha contra el fenómeno de los trabajadores en situación de pobreza, pese a tener empleo.

Los sistemas de renta mínima hay que concebirlos en términos no de carga, sino de inversión social. Los sistemas de renta mínima decente benefician no solo a las personas necesitadas, sino también a la sociedad en su conjunto. Garantizan que las personas que los necesitan se mantengan activas dentro de la sociedad, les ayudan a reconciliarse con el mundo laboral y les permiten vivir dignamente. Unas rentas mínimas decentes son indispensables para conseguir una sociedad más igualitaria, constituyen la base real de la protección social y garantizan una cohesión social que beneficia a toda la sociedad. Los sistemas de renta mínima apenas representan un porcentaje reducido del gasto social, pero arrojan un retorno de inversión considerable, mientras que la ausencia de inversión tiene repercusiones muy negativas para las personas y conlleva costes elevados a largo plazo. Forman un conjunto de estímulos eficaces, ya que el dinero gastado revierte inmediatamente en la economía, frecuentemente en los sectores que más acusan la crisis. Como resultado de la interacción entre las rentas mínimas y el salario mínimo, también contribuyen a garantizar salarios decentes y a evitar el aumento del número de trabajadores pobres.

En cuanto al modelo de renta mínima o renta de subsistencia, se trata de una renta mínima garantizada de carácter condicionado y no de una renta básica universal e incondicionada (se advierte que no se debe confundir el concepto de «renta mínima decente», objeto del dictamen, con el de «renta universal» abonada a todos los miembros de una colectividad –municipio, región o Estado– sin requisitos relativos a sus recursos o su situación laboral.

Además, aunque la mayoría de los países cuentan con sistemas de renta mínima, aún debe examinarse su adecuación con respecto a las necesidades, ya que en la mayoría de los casos sigue siendo un problema. Alemania y Francia obran en este sentido).

Interesa destacar que ahora se vincula directamente la renta mínima europea con el concepto de «trabajo decente» impulsado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Se ha trabajado ya mucho sobre la renta mínima y se han expresado numerosas posiciones al respecto. Mediante este dictamen, el CESE insiste en el concepto de «renta mínima decente» (ingresos mínimos para llevar una vida digna, por encima del umbral de pobreza), inspirándose en el concepto de «trabajo decente» de la OIT¹⁹. De ahí que se haga referencia a una «renta mínima europea decente».

La OIT ha insistido en el contexto de la pandemia de la COVID-19 en la necesidad de la protección de los ingresos de las personas. Añadiendo que:

Hay que aplicar reformas institucionales y políticas en profundidad para facilitar la recuperación sobre la base de la demanda y aumentar la resiliencia por medio de sistemas de protección social universal eficaces que constituyan factores estabilizadores automáticos en los planos económico y social frente a la crisis. Ello contribuirá asimismo a recuperar la confianza en las instituciones y en los gobiernos.

Por lo demás, se subraya, la COVID-19 tendrá una amplia repercusión en el mercado laboral. Más allá de la inquietud que provoca a corto plazo para la salud de los trabajadores y de sus familias, el virus y la consiguiente crisis económica repercutirán adversamente en el mundo del trabajo en tres aspectos fundamentales: la cantidad de empleo (tanto en materia de desempleo como de subempleo); la calidad del trabajo (con respecto a los salarios y el acceso a protección social); y los efectos en los grupos específicos más vulnerables frente a las consecuencias adversas en el mercado laboral. Es manifiesto que será preciso establecer políticas orientadas al pleno empleo en el marco de una recuperación económica y desde luego poner en valor que los sistemas de protección social refuerzan la resiliencia y permiten hacer frente a emergencias a corto plazo en el plano social, así como mitigar los efectos de crisis venideras (y el coronavirus no se ha ido). Los sistemas de Seguridad Social eficaces y eficientes son factores estabilizadores económicos y sociales muy eficaces en los planos económico y social en particular si se implantan antes de que se produzca una crisis. Cabe reconocer nitidamente la función que desempeña la protección social para fomentar la demanda agregada en situaciones de crisis y mitigar las desigualdades sociales que propician la justicia social y la paz social (OIT, 2020; este comunicado institucional de la OIT proporciona una evaluación preliminar de las posibles repercusiones de la COVID-19 en el mundo del trabajo y se propone un conjunto de medidas a nivel político y jurídico para mitigar esas

¹⁹ <<https://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang-es/index.htm>>.

repercusiones negativas y facilitar una recuperación sólida, eficaz y solidaria). De este modo es posible establecer una relación virtuosa entre las medidas sociales (racionalidad social) y las medidas económicas (racionalidad económica) bajo un enfoque integrador propio del Estado social de derecho (Monereo, 2017c, pp. 213 y ss.).

A los fundamentos jurídicos ya aludidos se añade que revisten especial importancia las referencias jurídicas de los tratados, como, por ejemplo, el artículo 3 del TUE, que cita entre los objetivos de la UE el pleno empleo y el progreso social, pero también la lucha contra la exclusión social y la discriminación y el fomento de la cohesión económica, social y territorial, así como la solidaridad entre los Estados miembros; el artículo 9 del TFUE, que precisa que:

En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana;

y, más concretamente, el artículo 151 del TFUE, que abre el título X sobre la política social y que menciona como objetivos de la Unión y de los Estados miembros:

[...] el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones.

Objetivos que resultan realizables por la Unión en la medida en que esta (art. 153.1 TFUE):

[...] apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: [...] c) la seguridad social y la protección social de los trabajadores; [...] h) la integración de las personas excluidas del mercado laboral; [...] j) la lucha contra la exclusión social; [y] k) la modernización de los sistemas de protección social [...].

El enfoque de los objetivos a perseguir con esta institución se apoya en los trabajos de economistas como Amartya Sen (Sen, 2010), sobre lo que él mismo denomina «*capabilities*» (enfoque de las capacidades), compuestas por tres elementos: salud/esperanza de vida; saber/nivel de formación; nivel de vida. Lo que implica que asume una determinada idea en cuanto a la realización de la justicia social a través de un sistema de derechos y de garantías de las capacidades humanas. Es también el enfoque básicamente análogo que ha mantenido Martha Nussbaum (Nussbaum, 2007; 2011).

También se intuye que la introducción de una renta mínima garantizada podría conducir a una racionalización de las ayudas sociales en determinados países. Y reténgase que se hace referencia a las prestaciones basadas en la ayuda social, técnicas de ayuda que

asumen la lógica de la compensación típica de la asistencia social y de las prestaciones no contributivas de Seguridad Social y no la lógica de la sustitución como sería el caso de las prestaciones contributivas de los regímenes profesionales típicos de previsión y Seguridad Social contributiva. Este enfoque es, por ejemplo, el que subyace a la propuesta de «renta universal del trabajo» formulada en el plan de lucha contra la pobreza presentado por el presidente de la República Francesa, que pretende «garantizar una base mínima de dignidad a todos los que puedan beneficiarse de ella, fusionando el mayor número de prestaciones sociales». Del mismo modo, el debate iniciado en Alemania sobre la introducción de una renta mínima de solidaridad contribuiría a la lucha contra la pobreza, en particular para los desempleados de larga duración, al simplificar el sistema de ayudas sociales. El Gobierno ya ha reservado 4.000 millones de euros con esta finalidad hasta 2021.

Por otra parte, la instauración de una renta básica o ingreso universal no debe ser (en la lógica del reformismo democrático-social) una pretendida alternativa al objetivo irrenunciable del pleno empleo de calidad y a la lucha por el trabajo garantizado, pues se trata de dos objetivos plena y necesariamente compatibles en una perspectiva de profundización en la mejor tradición del constitucionalismo democrático-social con Estado social activo²⁰. La renta básica –o ingreso básico– incondicional supondría una decisiva reforma modernizadora y de mejora de los actuales sistemas de estados del bienestar, pero no una alternativa sustitutoria de la Seguridad Social contributiva tal como la conocemos, la cual deberá ser mantenida respetando su propia lógica de sustitución de las rentas de activo dejadas de percibir durante la etapa de vida activa del sujeto protegido.

La renta básica a nivel de la UE, finalmente, tendría la virtualidad de hacer más visible la idea –o, mejor, proyecto político– de construir una Europa de los derechos basada en la garantía de los derechos sociales fundamentales, siendo esta una parte relevante de la base normativa común de una Europa social como «derecho a la existencia digna de la persona». He aquí la posible emergencia de un *welfare* posnacional en el espacio geopolítico de la Unión. Pues, en definitiva, el derecho a una renta básica acaba por asumir la función de un «derecho a tener derechos» en el sentido de Hannah Arendt (Arendt, 1993; y, basándose en su pensamiento como punto de partida, Rodotà, 2014). Por tanto, estamos ante una institución que va más allá del discurso de implantar una simple «malla de seguridad» –una «última red de protección social»–, pues –sin dejar de ser eso– se sitúa en el marco de una política de rentas que autentificaría una libertad real para todos y el disfrute efectivo del conjunto de los derechos fundamentales.

La Europa social no puede quedar solo en palabras. Entre las medidas que garanticen una Europa social y cohesionada debe estar la aprobación de una Directiva marco europea sobre rentas mínimas que garantice con fuerza normativa vinculante y desde el derecho social comunitario ingresos mínimos adecuados a todas las personas –y a las personas que formen

²⁰ Vid., al respecto, Raventós y Casassas (2011); Van Parijs (1996); Van Parijs y Vanderborght (2017).

parte de su familia o unidad de convivencia– en la UE. La intensificación del proceso de construcción europea afectaría a la viabilidad política y jurídica de la propuesta de avanzar en un modelo social para una Europa social, que se haga merecedora de esa denominación, y con ello merezca una mayor adhesión y legitimación política de los pueblos europeos. Aquí la UE actuaría como una unión de transferencias redistributivas, siendo la renta básica –o ingreso básico– un pilar para la supervivencia y perfección del llamado «modelo social europeo». Y contribuiría a evitar la competitividad basada en las ventajas legislativas de los sistemas de protección social nacionales, es decir, evitaría, en gran medida, la tentación de reducir la protección social dispensada en nombre de la competitividad (Van Parijs y Vanderborght, 2017, pp. 296 y ss.). Por lo demás, la renta básica no exige dismantelar el resto del sistema de protección social pública, sino tan solo una racionalización de las prestaciones no contributivas y asistenciales a menudo desorganizadas, superpuestas y desvertebradas. Y a esa racionalización habría que añadir un incremento ponderado del papel de los impuestos en la financiación del sistema (señaladamente en el vector no contributivo del sistema de Seguridad Social en el que se insertaría la renta mínima garantizada). De nuevo nos encontramos con un problema de decisión sustancialmente política, pues de lo que se trata es de cómo acrecentar y distribuir los recursos necesarios para garantizar los derechos sociales y a través de ellos mejorar la vida de las personas. Ello se resuelve, pues, en la exigencia de adaptación permanente –creativa, y no simplemente reactiva– de las técnicas de protección social a los cambios socioeconómicos y tecnológicos en orden a la cobertura de las necesidades de las personas.

Eso sí, implicaría, aparte de la racionalización y más acentuado modelo público mixto de financiación, un marco de planificación económico-social que la complete como garantía de ingresos (incluidas esas medidas de fiscalidad progresiva). Es dar cuenta de la preferencia del fin impulsando los medios de viable realización para alcanzarlos.

Con todo, la renta mínima garantizada no es una simple «fórmula mágica» de la ciencia jurídica; es un nuevo instrumento de gestión de lo social necesario para evitar la desprotección efectiva de un cada vez más amplio número de personas expulsadas del mercado de trabajo o en situación de exclusión social o de pobreza (a la que el trabajo precario no es capaz de liberar), que de lo contrario quedarían en la periferia, esto es, en los márgenes de la sociedad.

Al tiempo y tras una larga fase de experimentación de una renta mínima europea y estatal, podría pensarse en un objetivo de más largo alcance, a saber: ante los cambios estructurales en curso, los sistemas de Seguridad Social deberían incorporar (en una dirección que permite el art. 34 Carta de la UE y las recomendaciones de la OIT) una nueva rama de prestaciones más ambiciosa y compleja como es la renta básica. La implantación de la renta básica universal e incondicionada ha encontrado un apoyo en el Consejo de Europa (Resolución 2197/2018, de 23 de enero, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa) y en el Parlamento Europeo (Resolución del Parlamento Europeo de 24 de octubre de 2017, sobre las políticas encaminadas a garantizar la renta mínima como instrumento para la lucha contra la pobreza y la exclusión social). La renta básica aparece como una medida jurídico-institucional necesaria para repensar no solo la Seguridad Social, sino también

el estado del bienestar en nuestra época, el cual debe alcanzar siempre sus objetivos de garantizar el derecho a la existencia digna de la persona a través de una renovación constante de sus instrumentos técnicos de organización de las tutelas dispensadas²¹. Esta renta básica o ingreso universal puede ser viable técnicamente y posible desde el punto de vista económico-financiero a condición de que se renueve el pacto social de la posguerra mundial (la crisis institucional del pacto social de la posguerra, que determinó la construcción de los estados del bienestar, es hecho verificado desde hace varias décadas²²) sobre el alcance de la desmercantilización que a través de los derechos sociales ha de garantizar el Estado social y de recrear los sistemas de Seguridad Social nacionales y fomentar un impulso a la solidaridad en el nuevo horizonte de una «economía-mundo» que ha alcanzado el nivel que conocemos de «globalización», en cuyo marco se ha ampliado el «mercado-mundo» que tiende a la mercantilización y remercantilización de las protecciones sociales estructuradas principalmente en el ámbito nacional. Es esta una nueva expresión por la lucha permanente en una sociedad democrática por garantizar la seguridad de la existencia de la cuna a la tumba para todas las personas (el ideal de Beveridge más allá de sus limitaciones liberales); el necesario impulso hacia una mayor redistribución de la renta que añade a los mecanismos estándar tradicionales una prestación consistente en la renta básica universal e incondicionada, la cual tiene la virtualidad de garantizar un cierto nivel de desmercantilización y con ello también una autonomía básica de las personas. Se comprenderá, así, que esta medida, lejos de una idea utópica ingenua, podría permitir –en unión con otras– la renovación (o si se quiere reinención) del modelo de Estado social contemporáneo en una sociedad cada vez más fragmentada y compleja en su estructuración y en un contexto de construcción y dominio del capitalismo global²³, que hace visible un largo giro del capitalismo de posguerra al neoliberalismo (Piketty, 2013; Streeck, 2016, pp. 38 y ss., 59 y ss. y 99 y ss.).

Y todo ello, se insiste, sin pretender en absoluto que sea una alternativa a las prestaciones de la Seguridad Social contributiva: una gestión de la reducción por reemplazo de estas por esta nueva renta garantizada universalista e incondicional no parece deseable, ni tampoco factible en una sociedad democrática que la rechazaría. Por lo demás, hay que tener en cuenta que los fenómenos a los que responde no son coyunturales, ni pasajeros en gran medida, sino un producto de nuestra época que hunde sus raíces en la exclusión y marginación social crecientes de amplias capas de la población que evidencia una desconexión y ruptura de la sociedad entre los de abajo y los de arriba; un fenómeno que introduce una fractura desestabilizadora tanto desde la perspectiva social como desde la política, y que

²¹ El fundamento de esta concepción dinámica del estado del bienestar en Monereo (1996, pp. 19 y ss. y 159 y ss.).

²² Para el advenimiento de la forma «Estado de mercado» en el marco de un capitalismo financiero especulativo, puede consultarse Altvater (2012, pp. 155 y ss.); Harvey (2007, pp. 73 y ss.); Monereo (2015a, pp. 460 y ss.).

²³ Es suficiente reparar en las reflexiones de Stiglitz (2012). Raventós (2007) hace referencia a la renta básica como una de las condiciones materiales de la libertad real.

debilita profundamente los pilares en los que se sustentan las democracias constitucionales. Esta medida merece ser considerada seriamente como una de las alternativas posibles a la crisis social realmente existente y la que se intuye en el porvenir de instauración de un mundo neoliberal. El derecho a una renta básica –así concebido– es un elemento importante de un proyecto de política del derecho encaminado hacia la reconstrucción de la sociedad civilizada.

Se trata de crear desde el Estado democrático las condiciones para que el futuro del trabajo y de los sistemas de protección social sea construido y modelado al servicio de las personas que integran la comunidad política. Medidas como las orientadas a la política de pleno empleo de calidad y a mejorar la integración y los sistemas de solidaridad social deben formar parte del programa del Estado democrático (y, por extensión, de la UE, que debe caminar hacia una Europa de los derechos) de reconstrucción y remodelación (porque no será suficiente «reconstruir», sino también «reinventar» nuevos órdenes de organización de la actividad socioeconómica) de la economía y de las instituciones jurídicas que rigen la sociedad. El tiempo del desmantelamiento de los derechos sociales y de la precarización debería acabarse y recuperar la lógica de la legislación de compromiso social de un «nuevo contrato o pacto social para este siglo veintiuno en curso» (que es en lo que, por cierto, consiste la iniciativa de política del derecho que está postulando la OIT). Salvo que se quiera –con lógica autodestructiva– el retorno de una sociedad del riesgo basada en la aceptación irresponsable de «incertidumbres fabricadas».

Referencias bibliográficas

- Altwater, E. (2012). *El fin del capitalismo tal y como lo conocemos*. Barcelona: Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo.
- Arendt, H. (1993). *La condición humana*. Barcelona: Paidós.
- Atienza Rodríguez, M. (1986). *Sobre la analogía en el derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Madrid: Civitas.
- Ferrajoli, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional* (prólogo y traducción de Perfecto Andrés Ibáñez). Madrid: Trotta.
- Harvey, D. (2007). *Breve historia del neoliberalismo*. Madrid: Akal.
- Mars, A. (2020). Kristalina Georgieva: «El ingreso mínimo español es un buen instrumento por la igualdad». <elpais.com> (15-06-2020). Recuperado de <<https://elpais.com/economia/2020-06-14/kristalina-georgieva-el-ingreso-minimo-espanol-es-un-buen-instrumento-por-la-igualdad.html>>.
- Monereo Pérez, J. L. (1996). *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*. Madrid: Consejo Económico y Social de España.
- Monereo Pérez, J. L. (2002). El derecho a la Seguridad Social. En J. L. Monereo, C. Molina y M.^a N. Moreno (Coords.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España* (pp. 1.425-1.524). Granada: Comares.

- Monereo Pérez, J. L. (2010). *La teoría crítica social de Thorstein Veblen: sociedad opulenta y empresa de negocios*. Granada: Comares.
- Monereo Pérez, J. L. (2012a). Artículo 34. Seguridad Social y ayuda social. En C. Monereo Atienza y J. L. Monereo Pérez (Coords.), *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (pp. 893-938). Granada: Comares.
- Monereo Pérez, J. L. (2012b). Los (pre)supuestos histórico-institucionales de la Seguridad Social en la constitución social del trabajo. En G. Rojas Rivero (Coord.), *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Protección Social* (pp. 203-328). Albacete: Bomarzo.
- Monereo Pérez, J. L. (2014). Derecho a la Seguridad Social y asistencia social (art. 22 DUDH; art. 9 PIDESC). En C. Monereo, J. L. Monereo y A. Aguilar (Coords.), *El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la Declaración universal de los derechos humanos, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes* (pp. 515-541). Granada: Comares.
- Monereo Pérez, J. L. (2015a). *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*. Barcelona: Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo.
- Monereo Pérez, J. L. (2015b). La renta de «subsistencia». En especial, la renta de inserción como derecho social. En A. P. Baylos, J. Cabeza, J. Cruz y F. Valdés (Coords.), *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el periodo 1999-2010. Libro homenaje a María Emilia Casas* (pp. 713-755). Madrid: La Ley.
- Monereo Pérez, J. L. (2017a). Derecho al trabajo (artículo 1). En C. Monereo Atienza y J. L. Monereo Pérez (Coords.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea* (pp. 361-393). Granada: Comares.
- Monereo Pérez, J. L. (2017b). Derechos a la Seguridad Social (artículo 12). En C. Monereo Atienza y J. L. Monereo Pérez (Coords.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea* (pp. 629-659). Granada: Comares.
- Monereo Pérez, J. L. (2017c). La garantía internacional y europea de los derechos a la Seguridad Social y asistencia social. En M.^a A. Vicente Palacio (Coord.), *Estudios sobre Seguridad Social. Libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet* (pp. 187-221). Madrid: Atelier.
- Monereo Pérez, J. L. (2017d). *La metamorfosis del derecho del trabajo*. Albacete: Bomarzo.
- Monereo Pérez, J. L. (2018a). *La renta mínima garantizada. De la renta mínima a la renta básica*. Albacete: Bomarzo.
- Monereo Pérez, J. L. (2018b). La renta mínima para las familias sin recursos. En *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral. II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social* (tomo II) (pp. 831-856). Murcia: Laborum.
- Monereo Pérez, J. L. (2019). *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*. Murcia: Laborum.
- Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C. (1999). *El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico*. Granada: Comares.
- Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G. (2017). Derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social (artículo 30).

- En C. Monereo Atienza y J. L. Monereo Pérez (Coords.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea* (pp. 925-958). Granada: Comares.
- Monereo, J. L., Fernández, J. A. y López, B. M. (Dirs.). (2016). *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Nussbaum, M. C. (2007). *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós.
- Nussbaum, M. C. (2011). *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*. Barcelona: Paidós.
- OIT. (2020). El COVID-19 y el mundo del trabajo: repercusiones y respuestas. Recuperado de <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_739158.pdf>.
- Piketty, T. (2013). *Le Capital au XXIe siècle*. Paris: Éditions du Seuil.
- Polanyi, K. (1989). *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*. Madrid: La Piqueta.
- Raventós, D. (2007). *Las condiciones materiales de la libertad*. Barcelona: Ediciones de Intervención Cultural/EI Viejo Topo.
- Raventós, D. y Casassas, D. (Eds.). (2011). *La renta básica en la era de las grandes desigualdades*. Barcelona: Ediciones de Intervención Cultural/EI Viejo Topo.
- Rodotà, S. (2014). *El derecho a tener derechos*. Madrid: Trotta.
- Sen, A. (2010). *La idea de justicia*. México: Taurus.
- Stiglitz, J. (2012). *El precio de la desigualdad*. Madrid: Taurus.
- Streeck, W. (2016). *Comprando tiempo. La crisis pospuesta del capitalismo democrático*. Buenos Aires-Madrid: Kartz Editores.
- Van Parijs, P. (1996). *Libertad real para todos: qué puede justificar el capitalismo si hay algo que pueda hacerlo*. Barcelona: Paidós.
- Van Parijs, P. y Vanderborght, Y. (2017). *Ingreso básico. Una propuesta radical para una sociedad libre y una economía sensata*. México: Grano de Sal.



El Convenio 190 OIT y su trascendencia en la gestión preventiva de la violencia digital y ciberacoso en el trabajo

Fernando de Vicente Pachés

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Director académico del Espacio Jurídico de Estudios Laborales UJI.
Universidad Jaume I*

Extracto

En la evolución de las relaciones laborales, el trabajo telemático y la utilización de los dispositivos tecnológicos se han incrementado de manera significativa. La violencia digital y ciberacoso en el trabajo surgen como consecuencia de una inadecuada utilización de las tecnologías de la información y comunicación, especialmente de internet, las redes sociales y la telefonía móvil, presentes de manera frecuente en el ámbito de las relaciones personales y cada vez en mayor medida en las relaciones del mundo del trabajo.

El objetivo de este estudio consiste en exponer una serie de ideas y reflexiones en relación con el fenómeno de la violencia digital y ciberacoso en el trabajo y la repercusión del Convenio OIT 190 en la prevención de estos riesgos psicosociales emergentes, desde el momento que esta norma internacional reconoce expresamente el derecho de toda persona a un entorno de trabajo libre de violencia y acoso.

La violencia y acoso digital que se produce en las organizaciones productivas es cada vez más un grave problema de salud laboral en el ambiente de trabajo. La incidencia de esta forma de acoso en la salud de las personas trabajadoras tiene la suficiente entidad como para exigir un tratamiento jurídico específico en la normativa preventiva de riesgos laborales, siendo la tutela preventiva el instrumento adecuado para evitar que la violencia digital y el ciberacoso en el trabajo se extiendan progresivamente.

Palabras clave: riesgo laboral psicosocial; prevención y salud; violencia digital y ciberacoso en el trabajo; política de uso de redes; Convenio 190 OIT.

Fecha de entrada: 11-05-2020 / Fecha de aceptación: 21-05-2020

Cómo citar: Vicente Pachés, F. de. (2020). El Convenio 190 OIT y su trascendencia en la gestión preventiva de la violencia digital y ciberacoso en el trabajo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 448, 69-106.





ILO Convention 190 and its significance in the preventive management of digital violence and cyberbullying at work

Fernando de Vicente Pachés

Abstract

In the evolution of industrial relations, telematic work and the use of technological devices has increased significantly. Digital violence and cyberbullying at work arise as a result of inadequate use of information and communication technologies, especially internet, social network and mobile telephony, frequently present in the field of personal relations and increasingly in the relations of the world of work.

The objective of this study is to present a series of ideas and reflections on the phenomenon of digital violence and cyberbullying at work and the impact of ILO Convention 190 on the prevention of these emerging psychosocial risks, from the moment when this international norm expressly recognizes the right of every person to a working environment free from violence and harassment.

Violence and digital harassment in productive organizations is increasingly a serious occupational health problem in the workplace. The impact of this form of harassment on the health of working people has enough entity to require specific legal treatment in the preventive regulations of occupational risks, with preventive protection being the appropriate instrument to prevent digital violence and cyberbullying at work from spreading progressively.

Keywords: psychosocial work risk; prevention and health; digital violence and cyberbullying at work; political use of networks; ILO Convention 190.

Citation: Vicente Pachés, F. de. (2020). ILO Convention 190 and its significance in the preventive management of digital violence and cyberbullying at work. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 448, 69-106.





Sumario

1. Algunas cuestiones previas: la violencia digital y el ciberacoso en el trabajo como riesgos psicosociales expresamente reconocidos en el Convenio 190 OIT
2. Presupuestos que caracterizan a la violencia y el ciberacoso en el trabajo: configuración del ciberacoso en el trabajo tras el impacto del Convenio 190 OIT
3. El Convenio 190 OIT: nueva norma jurídica internacional necesaria para la prevención de la violencia y el ciberacoso en el trabajo
4. La protección frente a la violencia y acoso digital desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales regulada en el Convenio 190 OIT
 - 4.1. La obligación de identificar los peligros y evaluar (valorar) los riesgos de violencia y (ciber)acoso
 - 4.2. La obligación de adoptar las medidas de prevención y protección para erradicar o minimizar los riesgos de violencia y (ciber)acoso
5. Conductas y prácticas comunes de violencia y acoso digital en el trabajo: doctrina judicial actual en materia de violencia y ciberacoso laboral
 - 5.1. Difundir en internet imágenes o datos delicados de la víctima
 - 5.2. Dar de alta en espacios web para ridiculizar o estigmatizar a la víctima
 - 5.3. Usurpar la identidad de la víctima y en su nombre realizar comentarios ofensivos
 - 5.4. Acceder a dispositivos tecnológicos y usurpar información personal de la víctima
 - 5.5. Realizar en redes sociales comentarios ofensivos, opiniones y declaraciones insultantes o amenazantes
 - 5.6. Acciones de presión para actuar conforme a las solicitudes del acosador digital

Referencias bibliográficas

Lo esencial en esta sociedad de conectividad es la formación del sujeto moral y el respeto a la dignidad humana.

Adela Cortina

1. Algunas cuestiones previas: la violencia digital y el ciberacoso en el trabajo como riesgos psicosociales expresamente reconocidos en el Convenio 190 OIT

Este estudio pretende exponer en qué consiste el fenómeno del ciberacoso en el trabajo en cuanto riesgo psicosocial emergente y cómo se ha convertido en una nueva forma de ejercer la violencia en el trabajo que debemos combatir y eliminar desde el ámbito de la tutela preventiva. Y más, desde el momento en que en la evolución de las relaciones laborales el peso del trabajo telemático –tanto dentro como fuera de las empresas– es cada vez mayor.

El ciberacoso o acoso digital en sus múltiples formas (laboral, moral, sexual, sexista, discriminatorio...) es un fenómeno que genera cada vez más alarma social y ha ampliado en mayor medida las formas de ejercer la violencia digital en las relaciones personales y profesionales. A ello hay que sumar la proliferación de las nuevas modalidades de trabajo, como el teletrabajo, que se ha visto incrementado exponencialmente como consecuencia de la situación excepcional generada en el mundo del trabajo por la epidemia de COVID-19.

El acoso digital que se produce en las organizaciones productivas es un grave problema de salud laboral en el ambiente de trabajo. De ahí la importancia de que a través de una norma internacional de tanta trascendencia como es el Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Recomendación 206 OIT se reconozca el derecho de toda persona a un entorno de trabajo libre de violencia y acoso, quedando comprendidas las conductas de violencia y acoso realizadas por medio de las tecnologías de la información y comunicación (TIC)¹. La obligación supondría liberar el entorno laboral de riesgos psicosociales tan nocivos y contaminantes como la violencia y el ciberacoso o acoso digital y afrontarlos desde dentro de un sistema de gestión preventiva eficaz de estos riesgos. El Convenio 190 OIT ha supuesto un hito normativo, una regulación pionera que supondrá

¹ En una reunión celebrada el 2 de marzo de 2020, España anunció su compromiso formal de ratificar este Convenio 190 OIT, por lo que una vez iniciado este proceso de ratificación sería el segundo país en dar el paso y, en consecuencia, el convenio empezaría a desplegar sus efectos.

un cambio de modelo en la lucha contra la violencia y acoso en el mundo del trabajo y una necesaria reforma de nuestra normativa de prevención².

La incidencia del acoso cibernético en la salud de las personas trabajadoras tiene la suficiente entidad como para exigir un tratamiento jurídico específico en la normativa preventiva de riesgos laborales, pues ha de ser la tutela preventiva el instrumento adecuado para evitar que el ciberacoso en el trabajo se extienda progresivamente, ya que la existencia de este riesgo laboral de naturaleza psicosocial implica que las organizaciones actúen para que este no se produzca, analizando y evaluando el riesgo y adoptando cuantas medidas se precisen en prevención del mismo –como tendremos ocasión de exponer más adelante–, a fin de evitar daños en la salud de las personas trabajadoras, garantizando así un ambiente de trabajo sano y seguro.

Con la aparición del Convenio 190 OIT, sería momento oportuno para que se recogieran de manera explícita los riesgos psicosociales en nuestra norma de prevención, en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL), como norma marco y que, al mismo tiempo, se desarrollaran a través de una disposición reglamentaria las obligaciones concretas de las empresas con respecto a este tipo de riesgos (Velázquez, 2019). Abordar el ciberacoso en la normativa podría hacer que empleadores y trabajadores cobraran conciencia de su gravedad y también aportaría cierta claridad sobre cómo prevenir y combatir adecuadamente este fenómeno. Los tribunales también podrían interpretar de la manera adecuada la legislación contra el acoso cuando sucedan casos de ciberacoso.

La violencia en el trabajo, como es sabido, puede adoptar múltiples y variadas formas. Puede tratarse de agresiones físicas o de amenazas, o de violencia psicológica, manifestándose a través de intimidación, hostigamiento o acoso –moral, sexual, sexista– por diversos medios y formas. Actualmente, uno de estos medios son las TIC (o, en terminología más actual, las TRIC, en clara alusión a las nuevas tecnologías de relación, información y comunicación): internet, las redes sociales y, cada vez en mayor medida, la telefonía móvil.

Por eso podemos hablar de una nueva forma de acoso en el trabajo que va en aumento, el acoso a través de TRIC, que denominamos –de forma sintetizada– con variedad de términos y expresiones: acoso digital, acoso cibernético, acoso virtual, acoso en red, acoso *online*, acoso por medio de TRIC, o la más conocida o utilizada de «ciberacoso» en el trabajo (De Vicente, 2018; Molina, 2019a).

² La OIT publicó, en febrero de 2020, el primer documento de trabajo en relación con el ciberacoso con el título ««Actualización de las necesidades del sistema»: mejora de la protección frente al ciberacoso y a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo posibilitados por las TIC» (<https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/departments-and-offices/workquality/WCMS_736237/lang-es/index.htm>). Este estudio examina las fuentes legales en torno al ciberacoso en el mundo del trabajo, revisa las medidas adoptadas en los países para contrarrestar el acoso y analiza cómo podrían utilizarse para abordar también el ciberacoso. El estudio concluye con sugerencias preliminares sobre las posibles formas de contrarrestar el ciberacoso.

La realidad es que el acoso, en sus múltiples formas, ha existido desde siempre, si bien ahora con la aparición y el uso masivo de internet, las redes sociales y la telefonía móvil el acoso se introduce en una nueva dimensión, en un nuevo contexto, en un espacio virtual donde da la impresión de que no existen límites. Se ha producido como una mutación del acoso a otro espacio, que no es otro que el espacio virtual. Hemos pasado del acoso físico (*offline*) al acoso digital (*online*), dos formas de acoso que no se excluyen y que, lamentablemente, conviven en la actualidad en el ámbito de las relaciones de trabajo.

Lo rápido y lo ilimitado en cuanto a la difusión de una información o de unas imágenes (sean reales o falsas), la inmediatez e instantaneidad, la persistencia en los ataques por los acosadores, el aparente anonimato de estos dispositivos de comunicación, la aparente mayor facilidad de ocultación de las conductas delictivas... hacen que el fenómeno del ciberacoso sea un problema que está aumentando vertiginosamente y en constante evolución.

Por otra parte, ningún grupo de trabajadores, sector o industria está exento de sufrir esta nueva forma de acoso, esta violencia digital o virtual, aunque algunos grupos y sectores laborales, lógicamente, por su actividad en sí misma en el uso frecuente de estas tecnologías corren mayor riesgo de sufrirla que otros³. Es cierto que especialmente vulnerables son todas las personas que tienen la condición de empleados, si bien lo padecen en mayor medida las mujeres, colectivo al que el Convenio 190 OIT protege de manera especial –de ahí que se ha acuñado el término «ciberviolencia de género»–, los trabajadores jóvenes –por su condición de nativos digitales– y las personas que se encuentran en una situación social y laboral de por sí más vulnerable⁴.

Las consecuencias del acoso digital pueden ser de distinta naturaleza y afectar a varios ámbitos. El ciberacoso laboral se ha convertido en un claro problema en las relaciones de trabajo, tanto para las entidades empresariales como para la salud de la persona trabajadora. No solamente afecta a los empleados y empleadores, sino también a los lugares de trabajo, los compañeros, las familias y, en definitiva, a la sociedad en general.

³ Como quienes trabajan en plataformas que dependen de las calificaciones de su rendimiento por los clientes, ya que las plataformas asignan tareas y trabajos futuros en función de las calificaciones y también ponen fin a su relación de trabajo a aquellos cuyas calificaciones caen por debajo de determinado promedio. Los trabajadores en plataformas, por lo tanto, pueden sentirse obligados a aguantar los comportamientos abusivos de los clientes por temor a perder su empleo.

⁴ El apartado 9 de la Recomendación 206 OIT, que complementa al Convenio 190 OIT, señala expresamente que:

Los miembros deberían adoptar medidas apropiadas para los sectores o las ocupaciones y las modalidades de trabajo más expuestos a la violencia y el acoso, tales como el trabajo nocturno, el trabajo que se realiza de forma aislada, el trabajo en el sector de la salud, la hostelería, los servicios sociales, los servicios de emergencia, el trabajo doméstico, el transporte, la educación y el ocio.

Para la persona trabajadora afectada y víctima de esta modalidad de acoso, no tiene siempre las mismas consecuencias, ni provoca las mismas reacciones, debido fundamentalmente a que las diferencias entre las habilidades, capacidades y recursos para afrontar las situaciones de acoso virtual pueden ser muy distintas; no obstante, sus consecuencias en la salud son devastadoras en la mayor parte de los casos. La violencia digital en el trabajo puede ser gravemente perjudicial para el estado de salud de la persona trabajadora. Las víctimas de esta forma de acoso presentan cuadros más o menos severos de estrés, depresión, ansiedad, trastornos emocionales y de la conducta social, conflictos familiares, distorsiones cognitivas, trastornos psicósomáticos y otras afecciones que, en caso límite, pueden desembocar en el suicidio, como el de la mujer trabajadora de la empresa Iveco por la difusión de unos vídeos sexuales e íntimos en los que ella aparecía.

Por otra parte, para la empresa, los procesos de violencia y acoso por medios tecnológicos se traducen en un mayor absentismo laboral, en un deterioro de la productividad y de la calidad del servicio prestado, deterioro de las relaciones laborales y, en general, un clima laboral tóxico, irrespirable e inhumano. En ocasiones, se encuentran en la necesidad de contratar a trabajadores sustitutos de la persona trabajadora víctima de esa violencia virtual, en la obligación de pagar subsidios por incapacidad temporal y eventuales indemnizaciones a los trabajadores acosados en el caso de incurrir en responsabilidades. Asimismo, por no prevenir este tipo de conductas pueden producirse quejas, reivindicaciones y litigios contra la empresa que, entre otras consecuencias, pueden perjudicar su reputación e imagen corporativa y, por consiguiente, un impacto negativo en la productividad.

En definitiva, evidenciamos que la violencia laboral digital es, lamentablemente, un fenómeno cada vez más presente en nuestras organizaciones. La violencia laboral a través de dispositivos digitales de todo tipo y naturaleza está incrementándose. La realidad es que las tensiones, las agresiones, las diferentes formas de acoso forman ya parte de la vida laboral de muchos centros de trabajo. Estos comportamientos y agresiones se producen actualmente también a través de dispositivos digitales o tecnológicos que terminan por generar un mal clima laboral o ambiente de trabajo con importantes repercusiones en la salud y bienestar de los trabajadores, afectando a las relaciones de trabajo y a la propia productividad de la empresa. Y el Convenio 190 OIT es un nuevo instrumento normativo de utilidad para la prevención y protección frente a estas agresiones en un mundo del trabajo digitalizado.

2. Presupuestos que caracterizan a la violencia y el ciberacoso en el trabajo: configuración del ciberacoso en el trabajo tras el impacto del Convenio 190 OIT

La realidad es que no hay todavía una definición unánime o de consenso de ciberacoso o acoso cibernético en el trabajo, lo que induce a errores de regulación y gestión en el seno de las empresas (Molina, 2019a, p. 57), pero sí podemos describir las notas o elementos

que caracterizan al ciberacoso como tipo jurídico, para, de alguna manera, tratar de identificarlo o delimitarlo. No existe ninguna definición única de ciberacoso, o de acoso, que esté aceptada internacionalmente. Pero en cambio se sigue utilizando «ciberacoso» como término genérico para designar una serie de comportamientos agresivos que tienen lugar a través de las TIC (OIT, 2020, p. 7).

Por lo que respecta a la diferenciación entre los conceptos de violencia y (ciber)acoso, la OIT mantiene una definición unificada, dado que –como analizaremos– el artículo 1.1 del Convenio 190 OIT establece un concepto único de violencia y acoso en el trabajo, si bien recomienda a las legislaciones de cada país miembro que –si así es su deseo– diferencie ambos conceptos.

Es importante partir de la idea de que la violencia digital supone –tal y como se ha indicado– diversas acciones intimidatorias a través de internet o en la red, si bien ello no significa que todos los casos de intimidación y agresión a través de las redes supongan necesariamente que estemos siempre ante un supuesto claro y evidente de ciberacoso en el trabajo, dado que se tendrán que dar los elementos o presupuestos que lo sustentan o delimitan. Por ello, debemos distinguir entre situaciones de violencia o intimidación digital y las típicas de ciberacoso en el trabajo.

En una definición básica de ciberacoso, y de primera aproximación, quedarían comprendidos el conjunto de comportamientos mediante los cuales una o varias personas –o incluso una organización– usan las TRIC para hostigar a una o más personas. Dichos comportamientos incluyen, aunque no de forma excluyente, conductas, amenazas y falsas acusaciones, suplantación de la identidad, usurpación de datos personales, daños al ordenador de la víctima, vigilancia en red y por dispositivos tecnológicos de las actividades de la víctima, uso de información privada e imágenes para chantajear o extorsionar a la víctima, etc.

Con carácter genérico, el término «ciberacoso» se ha utilizado para describir conductas agresivas llevadas a cabo a través de las TIC, y puede incluir imágenes, vídeos, correos electrónicos o sitios de redes sociales, entre otros. El ciberacoso en el mundo del trabajo es un fenómeno relativamente reciente e inexplorado, a pesar del uso generalizado de las TRIC en los entornos y modalidades de trabajo actuales⁵.

El profesor Molina Navarrete nos proporciona –siguiendo una evolución doctrinal, constitucional y normativa– una definición de «violencia cibernética en el trabajo» (2019a, p. 73) tomando como base jurídica la normativa –de futuro– ahora objeto de nuestro estudio, como es el Convenio 190 OIT, entendiendo por tal el:

⁵ Royakkers (2000), en otra de las definiciones más referidas, mantiene –desde una perspectiva general y no laboral– que el ciberacoso es «una intromisión en la vida íntima de la persona utilizando los medios digitales, fundamentalmente las posibilidades que ofrece internet, las redes sociales y la telefonía móvil».

[...] conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables [conductas actuales], o las amenazas de ellos [intimidación con conductas futuras], se manifiesten de una sola vez [agresión ocasional] o repetida [acoso], susceptibles de causar un daño [personal o económico] cualquiera que sea su motivación, incluida la razón de sexo, mediante las comunicaciones por medio de tecnología digital y relacionadas con el trabajo (art. 1 a) en relación con el art. 3 d) Convenio 190 OIT).

Por lo tanto, en esta definición extraída de la que se desprende del Convenio 190 OIT se introducen varios elementos –o presupuestos que caracterizan o configuran el acoso digital o ciberacoso en el mundo del trabajo– que deben ser tenidos en cuenta y debidamente clarificados para comprender nítidamente este fenómeno:

- 1.º Es una agresión/conducta violenta utilizando las TRIC –consistente en intimidar, atacar, humillar, difamar, vigilar, chantajear a la persona trabajadora–. Es la violencia ejercida por medio de dispositivos digitales o tecnológicos tan comunes en nuestras vidas como el WhatsApp, el correo electrónico, la mensajería instantánea (SMS), las páginas web, las tabletas, los blogs, los foros, las redes sociales –como Facebook, Instagram, Twitter...–, los chats internos de las empresas, YouTube, y tantos otros en una lista que sería casi interminable. Pues bien, a través de todos estos medios tecnológicos o digitales la persona trabajadora podría ser acosada y sufrir diversas conductas de ciberviolencia.

Es intrascendente que los medios utilizados para la agresión sean de titularidad privada, esto es, es totalmente indiferente que los medios personales para cometer la conducta agresora sean de la persona trabajadora o sean medios de titularidad de la empresa, medios propios de la organización productiva.

Los avances tecnológicos, indiscutiblemente, han revolucionado al mundo y el mundo del trabajo no podía ser la excepción. En las organizaciones productivas, dentro y fuera de ellas, son habituales espacios de trabajo donde se desarrollan actividades con un uso extendido de las redes sociales, de internet, del correo electrónico, del uso de la mensajería instantánea o del WhatsApp o cualquier otro medio o dispositivo digital: blogs, foros, chats... desde los que se pueden acometer acciones de violencia y acoso.

- 2.º La agresión por medio de estos dispositivos digitales suele realizarse de forma repetida (acto reiterado), o puede tratarse de un solo acto, una única agresión, una agresión ocasional o puntual (como los casos de ciberacoso sexual y sexista), donde una sola vez puede ser suficiente para estimar la conducta antijurídica y de gran intensidad dañosa, como el caso de publicar fotos o un vídeo íntimo o sexual que puede en un instante ser visto por numerosas personas y permanecer en el tiempo mientras no sea eliminado o borrado.

En ocasiones, al igual que el acoso laboral presencial, se trata de comportamientos repetidos de manera sistemática y continua. La frecuencia de los comportamientos

lesivos –aunque también ha sido un presupuesto cuestionado– es una nota definitoria fundamental del acoso digital, esto es, la frecuencia de los ataques, en su repetición, la persistencia en el acto de acoso. Si bien, para ciertas formas de ciberacoso –como el ciberacoso sexual y el sexista–, no es siempre estrictamente necesaria esta reiteración o repetición para estimarla y calificarla como conducta acosadora, de manera que una única conducta ilícita sería suficiente para su consideración como conducta inaceptable y punible.

En el mismo Convenio 190 OIT sobre violencia y acoso en el mundo del trabajo se insiste en esta idea, señalando que la expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo:

[...] designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez (agresión ocasional) o de manera repetida (acoso), que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico.

En otras ocasiones, se está ante una conducta que, además de repetirse o reiterarse, se mantiene durante un cierto tiempo. La frecuencia y prolongación en el tiempo evidencian –en determinadas conductas ciberacosadoras– que se está ante un comportamiento unificado, planeado y programado que persigue un único objetivo: vejear, humillar, acechar, chantajear... sin importar la destrucción de la víctima. La duración de los ataques, la prolongación o persistencia en el tiempo –lo que viene a denominarse como «efecto acumulativo»– produce en la propia víctima la sensación de inseguridad, de indefensión y que su temor vaya en aumento.

También es necesario clarificar que cuando hacemos referencia a la reiteración en el tiempo de la agresión, este elemento debe ser matizado, dado que las conductas de ciberacoso normalmente y por su forma de ejecución (a través de la red) permanecen de por sí en el tiempo, esto es, tienen una mayor durabilidad temporal, sus efectos se prolongan en tanto no se borren o eliminen del espacio virtual o cibernético en el que «habitan» (si es que realmente desaparecen o se perpetúan en la red). Además de que la acción de acoso digital cuenta con una amplia difusión pública al llegar a un número indefinido de personas y en breve escaso tiempo, por la propia viralidad de su transmisión, lo que supone, asimismo, una mayor potencia lesiva de esta forma de acoso que la diferencia del acoso físico o presencial.

- 3.º La agresión puede provenir de sujetos internos o externos al ámbito de trabajo. El ciberacoso laboral se caracteriza por ser realizado –generalmente– por uno o varios compañeros de trabajo –caso más habitual– o por superiores –si bien, aunque se produce, es menos común–, e incluso por terceras personas ajenas o externas al propio lugar de trabajo (caso de clientes, usuarios, proveedores...), es decir, los ciberacosadores pueden provenir tanto del entorno laboral como del entorno

extralaboral, esto es, extramuros de la empresa. El Convenio 190 OIT hace referencia expresa en su artículo 4 a estas terceras personas ajenas al entorno laboral, al señalar que todo Estado deberá adoptar un enfoque inclusivo para prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo y este enfoque debería tener en cuenta la violencia y el acoso que «impliquen a terceros».

Algunos tipos de violencia digital –tal y como se ha indicado– tienden a producirse más en sectores específicos. Los sectores como educación (profesorado), personal médico-sanitario, las actividades de contacto directo con el público (sector servicios y ocio), los medios de comunicación (cine, radio, televisión), el periodismo (presentadores de televisión), el mundo del espectáculo, la política, deportistas de élite, teleoperadoras o *telemarketing* son algunos de los sectores entre cuyo personal se registran casos frecuentes de violencia externa⁶.

- 4.º Es indiferente que la agresión se realice dentro como fuera de la jornada y del tiempo de trabajo. Es suficiente constatar que la acción o conducta agresora tenga lugar «con ocasión de la prestación de trabajo», en definitiva, que existe algún vínculo o punto de conexión relevante con el trabajo. La agresión por dispositivos móviles puede hacerse desde cualquier lugar y en todo momento. Por consiguiente, puede realizarse tanto dentro como fuera de la jornada y del tiempo de trabajo, como establece expresamente el Convenio 190 OIT, siendo suficiente constatar que la acción tenga lugar «durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del trabajo».

Si algo caracteriza a esta forma de acoso son sus amplias posibilidades desde donde poder acometerlo o perpetrarlo, pues la acción o conducta agresora en red puede generarse en cualquier momento y desde cualquier lugar, carece de las limitaciones de espacio y tiempo, por lo que es indiferente si se realiza tanto dentro como fuera de la jornada y del tiempo de trabajo.

Por tanto, la noción de violencia y acoso en el «mundo del trabajo» abarca conductas relacionadas con el trabajo «en cualquier momento y lugar» sin límites espaciales y temporales para combatir el ciberacoso, fenómeno que pone de manifiesto cómo la tecnología puede desdibujar las fronteras entre la vida personal y laboral y cómo se pueden producir conductas agresivas mucho más allá de los límites del «lugar de trabajo». Para ello, hace falta entender de manera amplia el «mundo del trabajo» y las cuestiones relacionadas con el trabajo.

⁶ El suicidio de la luchadora profesional Hana Kimura, de 22 años, gran promesa sobre el cuadrilátero y concursante del *reality Terrace House Tokyo*, un programa de Netflix que se convirtió en un éxito internacional y que tras la muerte de la joven ha sido cancelado. Hana Kimura sufría ciberacoso. El caso ha abierto un intenso debate en Japón sobre la necesidad de endurecer las medidas contra los abusos en las redes sociales.

- 5.º Las conductas agresivas son susceptibles de causar un grave daño a la víctima en su salud, su integridad física y psíquica, como indica el Convenio 190 OIT: «causen o sean susceptibles de causar un daño físico, psicológico, sexual, profesional o económico». En consecuencia, el daño (personal o económico) puede o no haberse materializado, no siendo, por tanto, necesario un resultado dañoso de la acción agresora. El ciberacoso produce daños físicos o psicológicos de gravedad. Es, tal y como se ha incidido, un grave problema de salud laboral, reconocido como nuevo riesgo psicosocial emergente. Las consecuencias son graves dado que pueden generar en la persona cuadros de ansiedad, estrés postraumático, depresión, incapacidad para el trabajo e incluso el suicidio (caso Iveco).

Debemos tener presente que se trata de una intromisión disruptiva, en el sentido de inapropiada o inaceptable (como dice el Convenio 190 OIT) y abrupta. Es decir, el acosador ejerce su poder sobre elementos que la víctima considera privados y personales (unas fotos o vídeos personales e íntimos, una información, su vida privada...). Con esta irrupción, de forma súbita, el ciberacosador trata de poner en evidencia aspectos de la vida personal de la víctima que esta desearía mantener en el ámbito de lo más estrictamente privado. El riesgo de que aspectos de la vida íntima como fotos, vídeos o datos privados de todo tipo sean distribuidos entre un número indeterminado de usuarios de internet es una poderosa herramienta de dominación y sumisión a la que se enfrenta la víctima. Se produce un «poder desigual» entre las víctimas y los perpetradores y una desconexión o desentendimiento emocional, ya que los agresores, a diferencia del acoso presencial, no se enfrentan directamente a las reacciones y emociones de sus víctimas.

- 6.º Otro elemento clave en determinadas formas de acoso digital o ciberacoso laboral es que este se produce tras la negativa de la víctima, en contra de la voluntad de la víctima, esto es, sin su consentimiento. El acosador persiste, así, en su comportamiento a pesar de que la persona acosada haya explicitado su negativa a continuar recibiendo mensajes, llamadas, comentarios o cualquier otra información procedente del ciberacosador.

Sin embargo, y a diferencia de la versión del acoso *offline* o presencial, en muchos casos la víctima no conoce quién es el ciberacosador o agresor, si bien, como suele ser común, se trata en muchas ocasiones de una persona de su ámbito o entorno cercano en un sentido amplio, estando también entre los posibles sospechosos los compañeros de trabajo, amigos, excompañeros, mandos directivos o supervisores. Las posibilidades que ofrece internet para la ocultación de la identidad, así como la distancia física entre la persona agresora y la víctima, implican la imposibilidad de manifestar dicha negativa. En muchos casos, los SMS, los correos electrónicos, los wasaps enviados por el acosador se realizan desde un número oculto, los comentarios en las redes sociales del acosado o acosada se realizan desde una cuenta con identidad falsa o no explícita, etc. Esto no solo implica que la víctima no puede mostrar su rechazo, sino que no sabe a quién mostrarlo. Esta indefensión es una fuente de incertidumbre con efectos muy negativos y perversos sobre el equilibrio psicológico de la víctima.

3. El Convenio 190 OIT: nueva norma jurídica internacional necesaria para la prevención de la violencia y el ciberacoso en el trabajo

La OIT, después de dos sesiones de discusión en la Conferencia Internacional del Trabajo (durante los años 2018 y 2019), va a aprobar finalmente en junio de 2019 el Convenio número 190 sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Norma jurídica internacional a la que se acompaña, como viene haciéndose de forma habitual, de una recomendación, la Recomendación número 206, que complementa a este Convenio 190 OIT, con la finalidad de facilitar pautas interpretativas para su mejor puesta en práctica por parte de los Estados y de las empresas.

Este Convenio 190 OIT se convierte en el instrumento principal para poder abordar y gestionar eficazmente desde las organizaciones productivas la prevención de riesgos tan emergentes en el entorno laboral como la violencia y el acoso, también del acoso en su versión digital o virtual, al que denominamos, entre sus múltiples acepciones, «ciberacoso laboral» (acoso en red, acoso cibernético, acoso *online*, acoso por medio de TRIC, etc.). Y viene confirmado desde el momento en que el mismo convenio precisa que se aplica a la violencia y acoso en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo y son realizadas por medio de TIC (art. 3 d). Es importante observar que no hay obstáculos físicos o temporales aplicables a esta disposición, que abarca comunicaciones en todas sus formas, siempre que estén relacionadas con el trabajo.

Con esta norma internacional se recuerda a los Estados y organizaciones productivas o empresas que tienen la importante responsabilidad de promover un entorno general de tolerancia cero frente a la violencia y el (ciber)acoso con el fin de facilitar la prevención de este tipo de comportamientos y prácticas, y que todos los actores del mundo del trabajo, en consecuencia, deben abstenerse de recurrir a la violencia y el acoso, prevenirlos y combatirlos.

Y en este mismo sentido, en este convenio se recoge el derecho de toda persona a un entorno de trabajo libre de violencia y acoso, reconociendo, asimismo, que la violencia y el acoso en el trabajo pueden constituir una violación o un abuso de los derechos humanos, que la violencia y el acoso son una amenaza para la igualdad de oportunidades, que son inaceptables e incompatibles con el trabajo decente y que en el mundo del trabajo afectan a la salud psicológica, física y sexual de las personas, a su dignidad, y a su entorno familiar y social.

Tanto el Convenio 190 como la Recomendación 206, partiendo de un enfoque global o integral, definen los contenidos básicos que debe incluir la legislación de los Estados sobre violencia y acoso en el trabajo, poniendo de relieve que la violencia y el acoso en el trabajo deben tener un tratamiento común y coherente dentro de cada legislación nacional, evitando un tratamiento parcial y disperso, y que las normas que lo regulen deben tener un alcance multidisciplinar, abarcando normas de diversa naturaleza (de trabajo, empleo, seguridad y salud en el trabajo, igualdad y no discriminación, derecho penal...).

En el apartado de definiciones, el artículo 1.1 del Convenio 190 OIT establece un concepto único de violencia y acoso en el trabajo, así se dispone que:

La expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género.

Si bien matiza, a continuación, que la definición de ambos términos podrá hacerse por separado en las legislaciones nacionales cuando desarrollen los compromisos adquiridos tras su oportuna ratificación, de manera que si es voluntad de los Estados: «[...] la violencia y el acoso pueden definirse en la legislación nacional como un concepto único o como conceptos separados».

Un primer aspecto importante de la definición de violencia y acoso sobre el que incide el Convenio 190 OIT es la reiteración o no de las conductas, cuando delimita que las conductas de violencia y acoso pueden ser un acto único o, en cambio, un acto reiterado y prolongado en el tiempo. El convenio 190 OIT –como terminamos de comprobar– insiste en este aspecto, pudiendo tratarse de una conducta repetida o de una sola vez y única. La agresión por medio de los dispositivos digitales –como hemos tenido ocasión de analizar– suele realizarse de forma repetida (acto reiterado y mantenido en el tiempo), pero también puede tratarse de un solo acto, una única agresión, una agresión aislada u ocasional (como los casos de cibercoso sexual), donde una sola vez puede ser de gran intensidad dañosa, como el hecho de publicar fotos o vídeos íntimos o sexuales que en un instante pueden ser vistos por multitud de personas y permanecer en el tiempo mientras esas fotos o vídeos no se han borrado.

Otro aspecto interesante de esta definición que nos aporta el Convenio 190 OIT es que con ella se objetiviza el concepto de violencia y acoso en el trabajo, perdiendo trascendencia el elemento de la intencionalidad en la acción acosadora, no siendo requisito determinante o necesario la intencionalidad del sujeto de causar un daño o de destruir a la víctima como elemento constitutivo o requisito esencial para la calificación de este tipo de conductas. Este matiz es significativo dado que supone desviarse del criterio seguido hasta ahora por la doctrina judicial mayoritaria –que ha exigido la intencionalidad de causar un daño– adoptando un criterio más próximo al contemplado en la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 56/2019, de 6 de mayo, en un caso de acoso moral que sufrió un empleado público, en la que respecto del requisito de la intencionalidad se señala claramente que:

[...] con carácter general, la protección constitucional de los derechos fundamentales no puede quedar supeditada a la indagación de factores psicológicos y

subjetivos de arduo control, pudiendo bastar la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido por la norma (FJ 5.º c).

Por otra parte, el daño, el resultado dañoso, tampoco es un elemento o requisito esencial del concepto de acoso en el trabajo, ya que es suficiente con que la conducta acosadora sea susceptible de producir el daño –sea este físico, psíquico, sexual o económico– sin necesidad de que se materialice o se actualice, siendo suficiente con constatar la existencia de un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse. Y, en este sentido, la definición de violencia y acoso en el trabajo recogida en el Convenio 190 OIT es clara –como ya se expuso–, pues «designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico».

También, debemos subrayar de este Convenio 190 OIT, la importante perspectiva o dimensión de género que asume esta norma internacional, esto es, la especial atención hacia las cuestiones de género, incluyendo un concepto propio y diferenciado de «violencia y acoso por razón de género», consciente esta norma internacional de que el colectivo femenino sufre en mayor medida estas formas de violencia y acoso, teniendo en cuenta también los supuestos más numerosos de violencia y acoso que se producen a mujeres por medio de dispositivos tecnológicos o digitales. En este sentido, se indica que: la expresión «violencia y acoso por razón de género» designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual. Por tanto, quedarán perfectamente comprendidos los supuestos de ciberacoso sexual en el trabajo y los de ciberacoso en el trabajo por razón de sexo o género (Molina, 2019b), a los que habría que adicionar, y tener en cuenta, los relativos al acoso digital o cibernético en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género⁷.

Por todo ello, se establece, igualmente, como principio fundamental, que todo Estado deberá adoptar un enfoque inclusivo, integrado y que tenga en cuenta las consideraciones de género para prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo (art. 7). Este enfoque inclusivo debería tener en cuenta la violencia y el acoso que impliquen a terceros,

⁷ Y, en este mismo sentido, de manera clarificadora se recoge en el preámbulo del Convenio 190 OIT el reconocimiento de que:

[...] la violencia y el acoso por razón de género afectan de manera desproporcionada a las mujeres y las niñas, y [...] también que la adopción de un enfoque inclusivo e integrado que tenga en cuenta las consideraciones de género y aborde las causas subyacentes y los factores de riesgo, entre ellos los estereotipos de género, las formas múltiples e interseccionales de discriminación y el abuso de las relaciones de poder por razón de género, es indispensable para acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

cuando proceda, y consiste, en particular, en: a) prohibir legalmente la violencia y el acoso; b) velar por que las políticas pertinentes aborden la violencia y el acoso; c) adoptar una estrategia integral a fin de aplicar medidas para prevenir y combatir la violencia y el acoso; d) establecer mecanismos de control de la aplicación y de seguimiento o fortalecer los mecanismos existentes; e) velar por que las víctimas tengan acceso a vías de recurso y reparación y a medidas de apoyo; f) prever sanciones; g) desarrollar herramientas, orientaciones y actividades de educación y de formación, y actividades de sensibilización, en forma accesible, según proceda, y h) garantizar que existan medios de inspección e investigación efectivos de los casos de violencia y acoso, incluyendo a través de la Inspección de Trabajo o de otros organismos competentes (art. 7).

El acoso sexual en el ámbito laboral –tanto el de chantaje como el acoso sexual ambiental– también pueden materializarse, lógicamente, a través de dispositivos digitales o tecnológicos, al crear a través de estos instrumentos un entorno claramente intimidatorio, hostil, degradante u ofensivo. Estaríamos, en esencia, frente a lo que podríamos denominar «ciberacoso sexual en las relaciones de trabajo» (*cibersexual harassment*) e, incluso, «ciberacoso por razón de sexo o género» (*cibergender harassment*) (De Vicente, 2018, p. 117).

La referencia a los grupos vulnerables y a los grupos en situación de vulnerabilidad, como es el caso del colectivo de mujeres, nos dice la Recomendación 206 (art. 13) que «debería interpretarse de conformidad con las normas internacionales del trabajo y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables»⁸.

Las víctimas de ciberacoso son en buena medida personas de ambos sexos, si bien mayoritariamente lo padecen las mujeres en una proporción muy superior a la de los hombres. Mientras que los varones principalmente son insultados o sufren amenazas en la red, las

⁸ Y en la misma Recomendación 206 OIT (art. 20) se constata igualmente la importancia de tener conocimientos y formación en cuestiones de género, al señalarse expresamente que:

Los inspectores del trabajo y los agentes de otras autoridades competentes, según proceda, deberían recibir formación específica sobre las cuestiones de género para poder detectar y tratar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluidos los peligros y riesgos psicosociales, la violencia y el acoso por razón de género y la discriminación ejercida contra determinados grupos de trabajadores.

Y que –art. 23 b) y e)– los Estados miembros deberían financiar, elaborar, aplicar y difundir:

[...] directrices y programas de formación que integren las consideraciones de género para asistir a jueces, inspectores del trabajo, agentes de policía, fiscales y otros agentes públicos a cumplir su mandato en lo que respecta a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, así como para asistir a los empleadores y a los trabajadores de los sectores público y privado, y a sus organizaciones a prevenir y abordar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo; [y] planes de estudios y materiales didácticos sobre violencia y acoso, con inclusión de la violencia y el acoso por razón de género, que tengan en cuenta la perspectiva de género, en todos los niveles de la educación y la formación profesional, de conformidad con la legislación y la situación nacional.

mujeres padecen agresiones de naturaleza sexual (ciberacoso sexual y ciberacoso por razón de sexo o sexista). Y hay más agresores hombres que mujeres, por las relaciones de poder y desigualitarias existentes y porque el acoso es una forma de generar dominación, sumisión y relaciones desiguales.

La Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea constató (encuesta de 2014) que el 23 % de las mujeres había manifestado sufrir «acoso o abuso en red» al menos una vez en su vida y que una de cada diez mujeres ha sido víctima de violencia en la red desde los 15 años. El estudio sobre «Ciberviolencia y discurso de odio *online* contra las mujeres», publicado en 2018 por el Parlamento Europeo, pone de relieve que «el 20 % de las mujeres jóvenes de la Unión Europea han sufrido ciberacoso sexual». Los estudios e informes en Europa demuestran claramente que el 90 % de las personas que sufren acoso sexual (presencial y en red) son mujeres. Y más del 65 % de las víctimas no se atreven a denunciar. Un gran número de casos de ciberacoso sexual o sexista no llega a denunciarse como consecuencia del miedo a represalias, a cambios de puesto, a ser despedidas, la dificultad para conseguir pruebas, unos insuficientes canales de denuncia, el deficiente seguimiento y protección de las víctimas. Dudas, culpa, malestar; dar el paso de denunciar supone, en la mayoría de los casos, una lucha interna. El temor a no ser creídas; de ahí la importancia de que en los protocolos preventivos de acoso de las organizaciones existan canales adecuados de denuncia, el dar curso a las quejas o denuncias... Por otra parte, hay una respuesta reducida desde el ámbito judicial y desde las organizaciones productivas. Las resoluciones judiciales de condena son escasas y la protección penal tiene lugar solo en casos muy graves de acoso sexual. El movimiento #MeToo expuso una situación endémica de acoso y abuso en los lugares de trabajo, y permitió que las mujeres –de todas las edades, nacionalidades y procedencias sociales y económicas– compartieran sus historias de abuso. Este movimiento ayudó a sacar a la luz los abusos constantes a las mujeres en el lugar de trabajo y evidenció que el sistema no puso freno a esa situación. Y ello, a pesar de los recientes casos de condena por agresiones sexuales como el del productor de cine estadounidense Harvey Weinstein.

El ámbito personal de aplicación y protección de este Convenio 190 OIT es la relación de trabajo. Este convenio protege a los trabajadores y a otras personas en el mundo del trabajo, con inclusión de los trabajadores asalariados, así como a las personas que trabajan, cualquiera que sea su situación contractual, las personas en formación (contratos para la formación y el aprendizaje, contratos en prácticas, personas becarias y estudiantes realizando prácticas externas –prácticas no laborales– de una determinada titulación o grado) incluidos los pasantes y los aprendices, los trabajadores despedidos, los voluntarios (regulado en la legislación española en la Ley 45/2015, de 14 de octubre), las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo (candidatos de empleo que carecen de la condición de trabajadores y, en consecuencia, de protección y están en situación de mayor vulnerabilidad), y los individuos que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador, en clara referencia a los directivos e incluso extensivo a los trabajadores por cuenta propia o autónomos. Este convenio se aplica

a todos los sectores, público o privado, de la economía tanto formal como informal, en zonas urbanas o rurales (art. 2).

El ámbito subjetivo de protección de este convenio se extiende a las relaciones de empleo público, independientemente de cuál sea su naturaleza (contractual, estatutaria, eventual, administrativa...). En definitiva, se protege a todas las personas que entran en relación o contacto con la empresa o con las instituciones públicas. Se ha criticado su irrealismo por su pretensión de aplicación no solo a la economía formal, sino también a la economía informal, donde será difícil identificar claramente al empleador responsable en la vertiente preventiva e interna (Molina, 2019a, p. 416).

Por lo que respecta al ámbito espacial y funcional de la protección frente a la violencia y el acoso, el convenio se aplica a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que ocurre o acontece «durante el trabajo», esto es, en tiempo de trabajo y cualquiera que sea el lugar en el que se produzca –fuera o dentro de la empresa–, «en relación con el trabajo», con ocasión o en conexión con la actividad que se realiza, o «como resultado del mismo», esto es, cuando tiene su causa u origen en la actividad de trabajo prestada, sin necesidad de que se sufra la conducta violenta o (ciber)acosadora ni durante el trabajo ni en el lugar de trabajo. El convenio, en consecuencia, hace referencia a la responsabilidad de la empresa en lo relativo a las conductas que tengan lugar durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo.

Y el convenio es explícito en cuanto a la determinación de estos espacios relacionados con el trabajo, dada la amplitud de los conceptos utilizados en la norma, señalando: a) en el lugar de trabajo, inclusive en los espacios públicos y privados cuando son un lugar de trabajo; b) en los lugares donde se paga al trabajador, donde este toma su descanso o donde come, o en los que utiliza instalaciones sanitarias o de aseo y en los vestuarios; c) en los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo; d) en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de TIC; e) en el alojamiento proporcionado por el empleador, y f) en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo (violencia o acoso *in itinere*).

Uno de los espacios de protección de la violencia y acoso es el que se produce en los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo. Ello se debe a las cada vez más numerosas actividades recreativas entre las personas que trabajan en una empresa, se desarrollen estas dentro o fuera de la jornada o dentro y fuera de la misma empresa. En el precepto habría que entender englobados la organización de torneos deportivos, la promoción de asistencia a gimnasios financiados por la empresa o cualquier otro tipo de celebraciones con la finalidad de mejorar la comunicación, el «clima laboral» y bienestar de las personas trabajadoras de una empresa. Este aspecto pone en evidencia los contornos tan difusos existentes actualmente entre lo social y lo laboral, esto es, las dificultades de deslindar entre las relaciones laborales y sociales, entre lo que queda dentro del ámbito personal y el laboral (De Vicente, 2005).

Podemos observar –y este es un aspecto trascendental en nuestro objeto de análisis– cómo se reconoce y garantiza expresamente en la norma –dedicándole un apartado propio y específico– la protección frente a la violencia y acoso a través de las TIC, de manera que está protegiendo específicamente las formas de violencia y acoso por medio de dispositivos digitales o tecnológicos (art. 3 d). De conformidad con lo dispuesto en este precepto, la protección del convenio comprendería indiscutiblemente el ciberacoso en el trabajo, que puede ocurrir dentro o fuera del lugar de trabajo y que pudiera realizarse indistintamente con medios de titularidad o propiedad de la empresa o con medios individuales o de titularidad propia de la persona trabajadora. La redacción del supuesto es de una gran amplitud, literalmente «en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo», siendo únicamente relevante que exista algún vínculo o punto de conexión significativo con el trabajo. En consecuencia, sería merecedora de protección cualquier forma de comunicación tecnológica que pudiera poner en peligro o riesgo la salud, la dignidad o integridad de las personas trabajadoras.

Y, en esta línea, finalmente, el convenio pone también de relieve que todo Estado que lo ratifique deberá respetar, promover y asegurar el disfrute del derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso (art. 4) y deberá adoptar una legislación que defina y prohíba la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, y con un enfoque inclusivo e integrado, primando la faceta o dimensión preventiva (de prevención de riesgos laborales), obligando a las empresas a poner en práctica las políticas oportunas de gestión eficaz frente a la violencia y acoso, comprendiendo, igualmente, también el ciberacoso o acoso por medio de dispositivos digitales. El reconocimiento y garantía de este derecho desde la dimensión preventiva pasamos a abordarlo de forma detallada en el epígrafe siguiente de este estudio.

4. La protección frente a la violencia y acoso digital desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales regulada en el Convenio 190 OIT

El Convenio 190 OIT dedica un capítulo específico (el IV) a la protección y prevención de la violencia y acoso. Por lo que respecta al disfrute del derecho a un entorno laboral libre de violencia y (ciber)acoso desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales, el precepto más relevante y regulador de esta materia es el artículo 9, que dispone expresamente que todo Estado deberá adoptar una legislación que exija a los empleadores tomar medidas apropiadas y acordes con su grado de control para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

Y desde esta perspectiva preventiva para combatir la violencia y acoso, el convenio concreta –a modo de listado– que las empresas y organizaciones deberán: a) adoptar y aplicar una política del lugar de trabajo relativa a la violencia y el acoso; b) tener en cuenta la violencia y el acoso, así como los riesgos psicosociales asociados, en la gestión de la seguridad y

salud en el trabajo; c) identificar los peligros y evaluar los riesgos de violencia y acoso, con participación de los trabajadores y sus representantes, y adoptar medidas para prevenir y controlar dichos peligros y riesgos; y d) proporcionar a los trabajadores y otras personas concernidas, en forma accesible, según proceda, información y capacitación acerca de los peligros y riesgos de violencia y acoso identificados, y sobre las medidas de prevención y protección correspondientes.

Si observamos la redacción contenida en este precepto (art. 9) del convenio, podemos afirmar que, en realidad, no existen notables diferencias con lo que se contempla ya en nuestra normativa de prevención, principalmente como se regula en la LPRL. Sin embargo, ello no significa minusvalorar o menospreciar lo consagrado en el Convenio 190 OIT y concluir que esta norma aporte poco o nada a lo que ya viene regulado por nuestra normativa de prevención de riesgos laborales. Sino que, por el contrario, entendemos que el Convenio 190 OIT está incluyendo de forma expresa en la LPRL y reforzando la obligación de desarrollar una protección eficaz ante la violencia y acoso y, por supuesto, frente al ciberacoso en las relaciones de trabajo. Aspecto este que tiene su trascendencia en cuanto existiría en nuestra normativa, en la LPRL, un reconocimiento expreso de los factores y riesgos psicosociales como son la violencia y acoso. Si bien es cierto que un reconocimiento expreso por obra y gracia de esta norma internacional no va a suponer de inmediato garantizar de por sí su puesta en práctica en todas las organizaciones o en el mundo del trabajo en general. Creemos que para ello, esto es, para garantizar una protección eficaz y contar con una auténtica política de empresa en prevención de la violencia y (ciber)acoso, son necesarias acciones de mayor envergadura, de mayor compromiso y sensibilización por parte de todos los interlocutores sociales a la hora de afrontar estos factores de riesgo psicosocial.

Por consiguiente, el Convenio 190 OIT viene a reforzar la importancia de una gestión eficaz e integral en materia preventiva, de tener diseñadas unas políticas de empresa y adoptar medidas para prevenir y controlar tales riesgos (violencia y ciberacoso), puesto que la prevención, tal y como se expuso, debe ser el instrumento más adecuado para evitar que el ciberacoso proliferen en los centros de trabajo. La calificación del ciberacoso como riesgo psicosocial en el trabajo conlleva que los empresarios y las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio, en cuanto «deudores de seguridad o de protección», deben actuar para que este riesgo no se produzca, analizando y evaluando el riesgo existente y adoptando cuantas medidas sean necesarias en prevención del mismo, contando con una política de empresa frente a la violencia y (ciber)acoso, con la participación de los trabajadores y sus representantes, a fin de evitar un daño –a la salud, a la dignidad, a la integridad– de las personas trabajadoras, garantizando así un ambiente de trabajo sano y seguro.

Así pues, el empleador –empresario o Administración pública– es responsable de garantizar a sus trabajadores un entorno laboral seguro y libre de riesgos, incluido también, tal y como reconoce el convenio, el «derecho a un entorno laboral libre de violencia y acoso». De esta forma, entre las obligaciones establecidas por nuestra LPRL –en total paralelismo con lo dispuesto en el convenio OIT– cabe entender comprendida la de prevenir la violencia

y el ciberacoso, dado que estos comportamientos representan un serio riesgo psicosocial profesional capaz de ocasionar graves daños sobre la salud de los trabajadores afectados.

De acuerdo con el artículo 14 de la LPRL, como es sabido, es obligación del empresario y de las Administraciones públicas la prevención de los riesgos laborales garantizando «una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo», adoptando en el marco de sus responsabilidades «cuantas medidas sean necesarias» para tal fin, siguiendo un sistema de gestión y planificación de las actividades preventivas y valiéndose de una organización y los medios necesarios. Con estos mismos criterios, sin aportar novedades sustanciales, se manifiesta y reconoce igualmente el Convenio 190 OIT (arts. 4 y 9).

En la misma línea, la Recomendación 206 señala que los Estados deberían especificar en la legislación, según proceda, que los trabajadores y sus representantes deberían participar en la elaboración, la aplicación y el seguimiento de la política del lugar de trabajo mencionada en el artículo 9 a) del convenio, y dicha política debería: a) afirmar que la violencia y el acoso no serán tolerados; b) establecer programas de prevención de la violencia y el acoso, si procede, con objetivos medibles; c) definir los derechos y las obligaciones de los trabajadores y del empleador; d) contener información sobre los procedimientos de presentación de quejas e investigación; e) prever que todas las comunicaciones internas y externas relacionadas con incidentes de violencia y acoso se tengan debidamente en consideración y se adopten las medidas que correspondan; f) definir el derecho de las personas a la privacidad y la confidencialidad, como se establece en el artículo 10 c) del convenio, manteniendo un equilibrio con el derecho de los trabajadores a estar informados de todos los riesgos; y g) incluir medidas de protección de los denunciantes, las víctimas, los testigos y los informantes frente a la victimización y las represalias.

En este sentido, comprobamos que las organizaciones productivas –dentro del marco de la LPRL y de lo que se desprende del Convenio 190 OIT– continúan, en definitiva, teniendo fundamentalmente una doble obligación en materia preventiva:

- La obligación de identificar el riesgo y valorarlo.
- La obligación de adoptar las medidas procedentes para erradicarlo o minimizar este tipo de riesgos.

4.1. La obligación de identificar los peligros y evaluar (valorar) los riesgos de violencia y (ciber)acoso

Una vez que la dirección de la empresa u organización tiene conocimiento de conductas de violencia y acoso, estará obligada a intervenir, analizando la situación y adoptando las medidas correctoras procedentes. En esta valoración de las condiciones objetivas se debía entrar a considerar especialmente las cuestiones de orden o factor organizativo (relaciones

de poder, distribución de roles a mujeres y hombres, formas de organizar el trabajo, relaciones entre personas...) que son en esencia –según el parecer de expertos– las principales causantes de este tipo de conflictos y de agresiones ciberacosadoras.

Por ello, en este mismo sentido, en la evaluación de riesgos en el lugar de trabajo que menciona el artículo 9 c) del Convenio 190 OIT se señala que se deberían tener en cuenta los factores que aumentan las probabilidades de violencia y acoso, incluyendo los peligros y riesgos psicosociales. Y concretamente que debería prestarse especial atención a los peligros y riesgos que: a) se deriven de las condiciones y modalidades de trabajo, la organización del trabajo y de la gestión de los recursos humanos, según proceda; b) impliquen a terceros como clientes, proveedores de servicios, usuarios, pacientes y el público; y c) se deriven de la discriminación, el abuso de las relaciones de poder y las normas de género, culturales y sociales que fomentan la violencia y el acoso (art. 8 Recomendación 206 OIT).

Por otra parte, se hace hincapié en la necesidad de identificar riesgos y evaluarlos en sectores específicos o formas de ejercicio de la actividad laboral más expuestos a estos riesgos, exigiendo a los Estados la adopción de medidas apropiadas para los sectores o las ocupaciones y las modalidades de trabajo más expuestos a la violencia y el acoso, tales como «el trabajo nocturno, el trabajo que se realiza de forma aislada, el trabajo en el sector de la salud, la hostelería, los servicios sociales, los servicios de emergencia, el trabajo doméstico, el transporte, la educación y el ocio» (art. 9 Recomendación 206 OIT).

A estos sectores habría que adicionar los sectores profesionales específicos que sufren ciberacoso, entre los que se encuentran el profesorado, personal médico-sanitario, personal de medios de comunicación, personal político, teletrabajadores... y otros tantos a los que hemos hecho referencia anteriormente.

4.2. La obligación de adoptar las medidas de prevención y protección para erradicar o minimizar los riesgos de violencia y (ciber)acoso

Estas medidas pueden ser de diferentes modalidades y de mayor o menor calado, en correspondencia con las que se refieren en el propio Convenio 190 OIT. En el marco de la política de prevención de riesgos laborales, la dirección de la empresa, esencialmente, debe:

- 1.º Delimitar adecuadamente cuáles son las actitudes y situaciones consideradas como de violencia y acoso digital en el trabajo. Determinar a modo de catálogo o inventario cuáles son las conductas constitutivas de acoso cibernético. Definir qué se entiende por violencia digital y ciberacoso en el mundo del trabajo, considerándose para ello esencial por su utilidad la definición que nos proporciona el Convenio 190 OIT y la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad

efectiva entre mujeres y hombres (LOIMH). Asimismo, es trascendental impulsar una política educativa de concienciación y sensibilización frente a esta nueva forma de acoso. En esta misma línea de delimitación e identificación de conductas, el Convenio 190 OIT dispone la obligación de «proporcionar a los trabajadores y otras personas concernidas, en forma accesible, según proceda, información y capacitación acerca de los peligros y riesgos de violencia y acoso identificados».

- 2.º Prohibir de forma tajante y expresa dicho tipo de conductas, dejando constancia clara de que los comportamientos considerados como de violencia y (ciber)acoso no serán permitidos en el seno de la empresa y serán objeto de su oportuna atención y debida sanción. En definitiva, tolerancia cero frente a la violencia y las diferentes manifestaciones de ciberacoso en el entorno de trabajo. Si bien no podrán únicamente limitarse a la prohibición expresa de estas conductas de violencia y acoso digital, sino que será necesario incluir expresamente procedimientos o protocolos específicos para prevenirlas o, por lo menos, reducir los daños derivados de las agresiones (daños a la dignidad, integridad, intimidad, no discriminación y salud de las personas trabajadoras).
- 3.º Adoptar las medidas precisas para establecer canales y procedimientos adecuados de comunicación y denuncia. Esto significa que las personas trabajadoras puedan recibir y aportar la información necesaria (también de forma anónima) sobre la existencia de ciberacoso en la empresa, incluso dando facilidades de comunicación y manifestando que, si alguna persona trabajadora se cree víctima de esa situación, lo ponga de inmediato en conocimiento de la empresa. Investigar y tratar de eliminar o reducir el factor contaminante o tóxico del entorno laboral desde el primer momento (incluso en ausencia de denuncia) es una acción considerada fundamental para su erradicación o disminución. En este sentido, el Convenio 190 OIT incide en este aspecto al establecer la obligación de garantizar un fácil acceso a vías de recurso y reparación apropiadas y eficaces y a mecanismos y procedimientos de notificación y de solución de conflictos en los casos de violencia y (ciber)acoso en el mundo del trabajo, que sean seguros, equitativos y eficaces (art. 10 b). Y entre ellos menciona:
 - Procedimientos de presentación de quejas e investigación y, si procede, mecanismos de solución de conflictos en el lugar de trabajo.
 - Mecanismos de solución de conflictos externos al lugar de trabajo (en referencia a la tutela administrativa).
 - Juzgados o tribunales (en referencia a la tutela judicial).
 - Medidas de protección de los querellantes, las víctimas, los testigos y los informantes frente a la victimización y las represalias.
 - Medidas de asistencia jurídica, social, médica y administrativa para los querellantes y las víctimas.

Y teniendo en especial consideración la dimensión de género, al indicar específicamente que se debe prever que las víctimas de violencia y acoso por razón de género en el mundo del trabajo tengan acceso efectivo a mecanismos de presentación de quejas y de solución de conflictos, asistencia, servicios y vías de recurso y reparación que tengan en cuenta las consideraciones de género y que sean seguros y eficaces; así como reconocer los efectos de la violencia doméstica (en clara referencia a lo que nosotros denominamos «violencia de género») y, en la medida en que sea razonable y factible, mitigar su impacto en el mundo del trabajo (art. 10 e) y f) Convenio 190 OIT).

Asimismo, el artículo 10 g) del Convenio 190 OIT reconoce el derecho de resistencia de los trabajadores (*ius resistentiae*) ante situaciones de riesgo grave e inminente por violencia y acoso (en correspondencia con lo preceptuado en nuestra norma preventiva en el art. 21 LPRL) al señalar que los Estados deberán:

Garantizar que todo trabajador tenga el derecho de alejarse de una situación de trabajo sin sufrir represalias u otras consecuencias indebidas si tiene motivos razonables para considerar que esta presenta un peligro grave e inminente para su vida, su salud o su seguridad a consecuencia de actos de violencia y [ciber]acoso, así como el deber de informar de esta situación a la dirección.

Y en conexión con lo ordenado en este precepto (y con lo preceptuado en el art. 44 LPRL), se establece igualmente la obligación de velar por que la Inspección de Trabajo y otras autoridades pertinentes estén facultadas para actuar en caso de violencia y acoso en el mundo del trabajo, incluyendo el dictado de órdenes que requieran la adopción de medidas de aplicación inmediata, o que impongan la interrupción de la actividad laboral en caso de peligro inminente para la vida, la salud o la seguridad de los trabajadores, a reserva de cualquier recurso judicial o administrativo que pueda prescribir la legislación (art. 10 h) Convenio 190 OIT).

- 4.º Deberá informar y formar suficiente y adecuadamente a trabajadores, a directivos y mandos intermedios sobre violencia y acoso digital, para que sean capaces de detectarlo y, si se produce algún supuesto, actuar en consecuencia. La formación deberá estar adaptada al nivel de responsabilidad y competencias que se tengan en la empresa. En este sentido, el artículo 11 b) del Convenio 190 OIT señala expresamente que:

Se proporcionen orientaciones, recursos, formación u otras herramientas sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluyendo la violencia y el [ciber]acoso por razón de género, a los empleadores y a

los trabajadores y a sus organizaciones respectivas, así como a las autoridades competentes, en forma accesible, según proceda⁹.

Obligación de información y de formación que se refuerza incidiendo el convenio en la obligación de «proporcionar a los trabajadores y otras personas concernidas, en forma accesible, según proceda, información y capacitación acerca de los peligros y riesgos de violencia y acoso identificados».

- 5.º Todas estas obligaciones descritas se suelen condensar –en muchos casos– en los denominados «protocolos de actuación y prevención frente al acoso» (moral, sexual, sexista, discriminatorio) donde deberemos incluir de manera específica y concreta también la violencia y acoso digital laboral o ciberacoso (art. 48 LOIMH). En consecuencia, deben adecuarse las políticas internas de gestión de tales riesgos y de usos sociales razonables sobre los modos de conducta en redes sociales que tienen por finalidad fomentar un clima de respeto y tolerancia en el entorno laboral, garantizando la salud psicosocial de los riesgos asociados a las TRIC y, al mismo tiempo, cuidando la reputación social y productividad empresarial.

Aquí podemos traer a colación la protección a través de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), en desarrollo del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales (Preciado, 2019). En el artículo 88 de la LOPDGDD (en conexión con los arts. 20 bis Estatuto de los Trabajadores y 14 j) bis Estatuto Básico del Empleado Público) se indica claramente que los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales, esto es, tener establecidas en la empresa políticas de uso razonable de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (NTIC). Ello acorde con la obligación recién referenciada de educación-capacitación de sus empleados en el uso responsable de las NTIC, pues se debe «proporcionar a los trabajadores y otras personas concernidas, en forma accesible, según proceda, información y capacitación acerca de los peligros y riesgos de violencia y acoso identificados, y sobre las medidas de prevención y protección correspondientes [...]» en relación con la aplicación de estas políticas empresariales.

Los protocolos está claro que no garantizan la prevención eficaz y en su totalidad del ciberacoso, pero es cierto que su inexistencia en las organizaciones productivas

⁹ Y en la Recomendación 206 OIT (art. 23 d) se establece que los Estados deberán elaborar, aplicar y difundir:

Campañas públicas de sensibilización [...] que hagan hincapié en que la violencia y el acoso, en particular la violencia y el acoso por razón de género, son inaceptables, denuncien las actitudes discriminatorias y prevengan la estigmatización de las víctimas, los denunciantes, los testigos y los informantes.

aumenta el riesgo de sufrirlo y la gravedad de los daños (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– del País Vasco 1809/2015, de 6 de octubre).

Y es que, actualmente, aunque existen por parte de las organizaciones productivas –públicas y privadas– numerosas actuaciones y protocolos de gestión de la prevención del acoso en general, debe instarse a los poderes públicos –al legislador, fundamentalmente– y a los agentes sociales negociadores e interlocutores de estos protocolos preventivos del acoso a que incorporen explícitamente el tratamiento de la violencia digital y el ciberacoso en el trabajo, con el fin de poder combatir el problema desde su origen como se merece y de la manera más eficaz posible. En este sentido, se ha demandado por parte de UGT una regulación específica para combatir el ciberacoso laboral y ha destacado el Protocolo general de actuación, firmado en septiembre de 2019 por el Ministerio de Trabajo y la Agencia Española de Protección de Datos, que insta a los agentes sociales a que, a través del diálogo social, acuerden un protocolo específico para actuar en el supuesto de acoso digital en el trabajo.

- 6.º Si se comprueba la existencia de violencia y acoso digital en la empresa, deberán aplicarse las medidas disciplinarias adecuadas en función de la gravedad del caso de que se trate, que podrá llegar a sancionarse con despido si la gravedad del acoso lo hiciera necesario, y todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 d) del Convenio 190 OIT, que establece la obligación de «prever sanciones, cuando proceda, para los casos de violencia y acoso en el mundo del trabajo».

El ordenamiento jurídico laboral contempla una doble responsabilidad del empresario respecto de las conductas de acoso digital o ciberacoso laboral. De un lado, existiría una responsabilidad por acción, como consecuencia de una conducta activa del propio empresario o de sus empleados; y de otro, una responsabilidad por omisión, resultante de la inactividad del empresario por consentir y no adoptar las medidas preventivas y protectoras necesarias para evitar conductas de acoso a través del uso de TRIC. Una política activa ejemplar y disuasoria contra el acoso denunciado tiene un efecto de exclusión o, al menos, de reducción de la responsabilidad empresarial (STC 250/2007).

Por otra parte, cada vez son más frecuentes los pronunciamientos judiciales que estiman la responsabilidad de las empresas por falta de medidas preventivas de los riesgos psicosociales o de total ausencia de gestión preventiva de entornos de naturaleza psicosocial tóxicos (STC 56/2019), e incluso en supuestos en los que exista o no una situación real de acoso.

Otro instrumento para prevenir y actuar frente al acoso por medios tecnológicos o digitales es la inclusión en la normativa interna de las organizaciones productivas, a modo de políticas internas de empresa, de normas éticas o códigos éticos o de conducta, esto es, de concretas obligaciones y compromisos, a modo de «buenas prácticas» o guías en relación con el proceder de la persona trabajadora en

el momento de emitir opiniones, comentarios o manifestaciones que se pudieran publicar en internet y en las redes sociales (fuera o dentro de la empresa). Según un estudio de Manpower, solo un 20 % de las empresas encuestadas a nivel mundial contaban con una política formal sobre el uso de internet y de redes sociales. En nuestro país, el porcentaje de empresas que contaban con un mecanismo de actuación frente al uso de redes sociales se reducía a un escaso 10 %.

La tecnología amplifica y potencia el daño, por ello la sugerencia o recomendación suele ser que cualquier empresa debe tener un protocolo, reglamento o documento de funcionamiento con respecto al uso de los canales corporativos sociales y también, y muy importante, respecto a lo que puede y debe hacer cada persona en su ejercicio libre de expresión con sus cuentas en redes sociales.

Dichos protocolos deben ser informados a cada persona y deben estar accesibles para ser consultados. Los códigos internos de usos de las redes sociales son protocolos de presencia en redes sociales con pautas de relación de los empleados con los canales corporativos e indicaciones sobre el uso de los canales personales fuera de un entorno laboral. Las empresas deberán tener un criterio claro definido sobre cómo actuar. Si bien es importante tener presente que se admite que el trabajador en redes pueda realizar comentarios, emitir opiniones, escribir textos o difundir imágenes en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, siempre que no descalifiquen a la empresa o a personas vinculadas con esta. En consecuencia, no se puede prohibir genéricamente que se emitan declaraciones o comentarios por parte de los trabajadores en redes sociales ajenos a la empresa o sobre la realidad de sus condiciones de trabajo.

En este sentido, el artículo 87.3 de la LOPDGDD, en relación con el ejercicio del derecho a la intimidad y el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral (Orellana, 2019) –en clara referencia a instrumentos digitales propiedad de la empresa de uso privado por los trabajadores–, recoge expresamente que:

Los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente y que en su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores.

Además, para reforzar el papel que desempeñan los representantes legales, incide en que «los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral» (art. 91). Por consiguiente, por medio de la negociación colectiva podrán desarrollarse estas políticas de uso razonable de las TIC a los efectos de evitar agresiones en red.

Afortunadamente son cada vez más numerosos los convenios colectivos que recogen una perspectiva preventiva del acoso, promoviendo procedimientos específicos de gestión de los conflictos psicosociales. Ahora, el paso siguiente es que esos mismos convenios colectivos tengan en cuenta y regulen los supuestos de ciberacoso o acosos cibernéticos.

5. Conductas y prácticas comunes de violencia y acoso digital en el trabajo: doctrina judicial actual en materia de violencia y ciberacoso laboral

La violencia digital laboral es, lamentablemente, un fenómeno cada vez más presente en nuestras organizaciones. La violencia laboral a través de dispositivos digitales de todo tipo y naturaleza es hoy en día cada vez mayor y prueba de ello son los numerosos pronunciamientos judiciales. La realidad es que las tensiones, las agresiones, las diferentes formas de acoso (moral, sexual, sexista, discriminatorio...) forman ya parte de la vida laboral digital de muchos centros de trabajo y el Convenio 190 OIT, desde esta perspectiva preventiva, debe servir de instrumento firme para tratar de erradicarlas o reducirlas a la mínima expresión. Todos estos comportamientos y conductas que vamos a exponer se producen actualmente a través de dispositivos tecnológicos que generan indiscutiblemente un clima o ambiente tóxico de trabajo con importantes repercusiones en la dignidad, intimidad y salud de las personas trabajadoras, afectando a las relaciones de trabajo y a la propia productividad de la empresa.

Los supuestos existentes de violencia y ciberacoso son amplísimos. Y es difícil realizar un listado –cerrado y definitivo– de todas y cada una de las conductas o comportamientos de violencia digital y acoso cibernético que se producen. Además, el propio desarrollo de las TRIC, tan avanzado y tan rápido, conlleva necesariamente que cada poco tiempo los ciberacosadores encuentren nuevas formas de intimidar y hostigar a través de la red.

Los supuestos que se exponen a continuación están extraídos, en algunos casos, de pronunciamientos judiciales (en su mayoría de tribunales laborales y penales), pero también hay otros supuestos que se han producido y, a pesar de su existencia, no han llegado formalmente a los tribunales, entre otras razones, por ausencia o falta de denuncia.

Debemos partir de la idea de que hay conductas que, aunque tienen su trascendencia o dimensión laboral –en ocasiones, merecedoras de una sanción laboral como pudiera ser el despido–, no siempre debemos identificarlas o considerarlas a todas como auténticas conductas o situaciones de violencia digital y ciberacoso laboral. Entre otras razones porque en determinados casos y circunstancias se exigiría cierta reiteración en la conducta (así como otros elementos o presupuestos definitorios de este tipo de conductas) y una gravedad para afectar en cierta medida a la salud, la integridad y dignidad de las personas víctimas que han

sido hostigadas, ofendidas o injuriadas. A menudo detrás de muchos comportamientos en redes se evidencia la existencia de entornos laborales enrarecidos y de excesiva conflictividad laboral que, sin poder ser calificados de auténticos supuestos de acoso digital o cibernético, sí son situaciones que indiscutiblemente deberán ser tenidas en cuenta desde una protección integral y una gestión eficaz de los entornos laborales, tal y como promueve el Convenio 190 OIT.

Con estas advertencias, presentamos a continuación una muestra de las prácticas que podemos considerar más comunes de violencia digital y acoso en red que se han producido (o pudieran producirse) en las empresas y, en general y por extensión, en el ámbito de las relaciones de trabajo.

5.1. Difundir en internet imágenes o datos delicados de la víctima

La conducta ilícita consiste en distribuir o difundir en internet una imagen comprometida –que puede ser real o trucada– o datos susceptibles de perjudicar a la víctima. Se trata de subir a internet una imagen comprometida, así como otros datos personales delicados que pueden perjudicar o avergonzar a la víctima, y darlos a conocer en su entorno de relaciones personales o profesionales.

La manipulación de fotografías del acosado o acosada es otro medio o práctica bastante frecuente; el acosador puede retocar o modificar una imagen con el objetivo de subirla a diferentes espacios de internet con la finalidad de herir, asustar y menoscabar la dignidad de su víctima. En este sentido, hablamos de extorsión cuando las fotografías o vídeos (que pueden ser de contenido íntimo-sexual o no) en manos de la persona inadecuada pueden constituir un elemento para extorsionar o chantajear a la persona protagonista de esas imágenes. El chantaje consiste en la utilización de tales imágenes para obtener algo de la víctima amenazando con su publicación.

A esta modalidad de extorsión en red también se la conoce como «pornovenganza» (*revenge porn*) o venganza sentimental, consistente en la publicación –a través de la telefonía móvil o cualquier otro dispositivo de mensajería instantánea– de fotografías o vídeos íntimos de la expareja una vez terminada la relación afectiva o sentimental. Son los supuestos denominados o considerados como de *sexting* o de sextorsión.

Sexting es una palabra tomada del inglés que une «sex» (sexo) y «texting» (envío de mensajes de texto vía SMS desde teléfonos móviles). Aunque el sentido original se limita al envío de textos, el desarrollo de los teléfonos móviles ha llevado a que actualmente este término se aplique al envío, especialmente a través del teléfono móvil, de fotografías y vídeos con contenido íntimo, tomadas o grabados en ocasiones por las propias personas protagonistas de los mismos.

Un caso conocido de pornovenganza en el ámbito laboral (Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 17 de Barcelona de 8 de enero de 2018, proc. abreviado 143/2012) fue el del subinspector de la Guardia Urbana de Barcelona, quien fue juzgado por haber difundido una foto de carácter sexual con su expareja, también agente de la Guardia Urbana, para vengarse de ella por haber puesto fin a su relación. La imagen fue enviada por el subinspector a todos los contactos de la agente compañera¹⁰.

El *sexting* en sí mismo no es una figura delictiva, lo que se penaliza –y así se ha tipificado como delito en nuestro Código Penal– es la difusión de esas imágenes íntimas sin autorización de la persona afectada y cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad de la persona que envió las fotografías o vídeos. El supuesto de *sexting* más estremecedor ocurrido en nuestro país fue el de la trabajadora de la empresa Iveco que se suicidó en su casa, tras llevar más de 1 mes bajo presión por estar circulando entre sus compañeros de trabajo unos vídeos sexuales en los que ella aparecía con su expareja, con la que tuvo una relación sentimental 5 años atrás. Durante más de 10 días, la trabajadora tuvo que soportar por los pasillos de su puesto de trabajo cómo resonaban las burlas, risas y comentarios de compañeros del centro y cómo se acercaban a su puesto de trabajo para cerciorarse de que era ella la que salía en las imágenes. El vídeo se difundió viralmente, circulaba de móvil a móvil a la velocidad de la luz y cada vez entre un mayor número de compañeros¹¹. Un supuesto de *sexting* con uno de los finales más dramáticos posibles como es la muerte de la persona¹².

5.2. Dar de alta en espacios web para ridiculizar o estigmatizar a la víctima

Otra práctica ilícita frecuente consiste en dar de alta a la víctima en un sitio o espacio web de internet donde puede estigmatizarse y ridiculizarse a la víctima como persona. Puede

¹⁰ Un caso reciente de sextorsión conocido y proveniente de personas ajenas y externas al entorno laboral ha sido el del entrenador del Málaga, CF, que, además de padecer la difusión de un vídeo íntimo personal, le causó, lamentablemente, el despido al trabajador por parte de la dirección del club.

¹¹ Tras cumplirse 1 año del suceso, el Juzgado de lo Penal número 5 de Alcalá de Henares ha sobreesido provisionalmente el caso por «falta de autor conocido» del delito de descubrimiento y revelación de secretos al no poderse identificar la primera persona responsable de divulgar el vídeo y porque no había denuncia en el delito de trato degradante por el que investigaba la jueza. Queda pendiente de resolverse la investigación que la Inspección de Trabajo abrió después de que CC. OO. Industria de Madrid presentara una denuncia contra Iveco España al considerar que no aplicó el protocolo de acoso ni cumplió con la LPRL, a pesar de tener conocimiento por la propia víctima de lo que estaba sucediendo.

¹² El *sexting* se ha tipificado como delito en nuestro actual Código Penal tras la reforma de 2015, concretamente en su artículo 197.7, castigando a quien, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia y cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.

servir como ejemplo una web donde se escogen determinadas cualidades de la persona (inteligencia, atractivo, aspecto físico, etc.) presentando la posibilidad de cargarla del máximo número de votos o puntos por parte de los que visiten ese espacio web. También recibe el nombre de «web apaleador», esto es, web creada a propósito para agredir a la víctima, menospreciándola de manera pública y con el claro objetivo de ridiculizarla. De esta forma y desde este espacio en internet se anima a los participantes que acceden a que hostiguen e intimiden a la víctima¹³.

5.3. Usurar la identidad de la víctima y en su nombre realizar comentarios ofensivos

El comportamiento supone usurpar la identidad de la víctima y, en su nombre y desde el anonimato, hacer comentarios ofensivos o participaciones inoportunas en chats, en redes u otras plataformas digitales, de tal modo que despierte reacciones adversas hacia quien en verdad es la víctima. La identidad de la persona en estos casos queda totalmente en entredicho. La persona ciberacosadora emite opiniones o comentarios en red en nombre de la víctima con la finalidad de insultar o desprestigiar.

El procedimiento consiste en acceder de forma ilegal a la cuenta de correo electrónico, red social, chat o red de mensajería instantánea, suplantando la identidad de la víctima para los fines expuestos e incluso insultar a los contactos de la víctima misma.

En la Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Cartagena (Murcia) 517/2011, de 6 de julio, se justificó el despido de un trabajador que procedió a crear un perfil en la red social Facebook a nombre de un superior jerárquico, sin su conocimiento ni consentimiento, utilizando sus datos personales y emitiendo en su nombre expresiones objetivamente injuriosas sobre la empresa en la que ambos prestaban sus servicios, con la intención de difundirlas.

En la STSJ de Galicia 977/2012, de 23 de febrero, un trabajador publicó un vídeo en un blog subtitulando la famosa escena de la película *El hundimiento*, identificando a Hitler con el administrador único de la compañía; en su discurso ficticio este administrador insultaba a los trabajadores de la empresa y admitía haber sobornado a algunos clientes.

¹³ Estas prácticas recuerdan los orígenes de Facebook, pues siendo su fundador estudiante en Harvard creó una página web ilegal –denominada Facemash (germen del actual Facebook)– con el objetivo de comparar a mujeres en virtud de su atractivo físico, creando una competición donde había que votar a la más atractiva o sensual. Por estas prácticas fue acusado de violar la seguridad del campus, infringir derechos de autor por el uso de las fotos y lesionar la privacidad de los estudiantes.

5.4. Acceder a dispositivos tecnológicos y usurpar información personal de la víctima

Estaríamos ante la figura más cercana del denominado «*hacking*», en referencia a todos aquellos supuestos posibles de monitorización de los actos de la víctima, al objeto de robar datos y rastrear movimientos por la red o a través de programas espía para vigilar llamadas y, en general, para el control de todas y cada una de las actividades que realizan sus víctimas.

En ocasiones, la conducta consiste en entrar o asaltar el correo electrónico, el ordenador o cualquier otra herramienta o dispositivo tecnológico de la víctima e incluso de sus familiares (tableta, teléfono móvil, etc.) accediendo a todos sus mensajes, archivos y demás datos personales y colgar en la red sus documentos, audios e imágenes (vídeos, fotos) de carácter privado.

5.5. Realizar en redes sociales comentarios ofensivos, opiniones y declaraciones insultantes o amenazantes

Lamentablemente, es esta una de las prácticas más comunes en la red y que ha supuesto su aparición y tratamiento en numerosos pronunciamientos judiciales. Consiste, fundamentalmente, en enviar mensajes ofensivos y hostigadores a través de *e-mails*, SMS, tuits, wasaps, o redes sociales o espacios de internet, en general, que utilizan habitualmente la víctima y compañeros de trabajo e incluso terceras personas ajenas a la empresa u organización. Si hacemos un recorrido por los pronunciamientos de nuestros tribunales, nos encontramos en la actualidad con los casos siguientes:

En la STSJ de Castilla y León/Valladolid 435/2010, de 21 de abril, se calificó como procedente un despido por el hecho de proferir amenazas –bajo el seudónimo «la Cosa Nostra»– en un foro de internet a un directivo (jefe de personal) de la empresa en la que trabajaba. Como señala la mencionada sentencia: «no estamos propiamente ante una expresión de ideas u opiniones, legítimas o no, ni ante la transmisión de información, veraz o no, sino ante un llamamiento a la intimidación de un directivo de la empresa».

En la STSJ de Galicia 4798/2014, de 8 de octubre, se declara procedente el despido de un trabajador que presta servicios en la Casa Sacerdotal de la Diócesis de Ourense por publicar en Facebook expresiones que incluso «bien pudieran integrarse en la calumnia». Otros pronunciamientos de nuestros tribunales en los que el trabajador es despedido por comentarios en Facebook graves e injuriosos con insultos a superiores o responsables de la empresa los localizamos en las SSTSJ de Aragón 350/2016, de 18 de mayo, y de Cataluña 6585/2015, de 6 de noviembre. En esta última, se observa un caso típico de menosprecio y trato denigrante de la compañera de trabajo por su mera condición de mujer (la llama «sinvergüenza» y «zorra»), por lo que podríamos estar ante un supuesto, desgraciadamente bastante común en redes, que podríamos calificar o catalogar de ciberacoso laboral sexista o de violencia sexista.

En la STSJ de Murcia 278/2014, de 31 de marzo, se declaró procedente el despido de una persona trabajadora por injurias a la empresa a la que calificó de «tirana» y de acosar a trabajadores y robarles su prestación de incapacidad temporal. En otras ocasiones, los comentarios por red no tienen la entidad o gravedad suficiente para ser merecedores de despido, como el caso de la trabajadora que hizo comentarios burlescos en su red de Facebook respecto a la pregunta de un cliente sobre si en la empresa retocaban fotos a fin de eliminar granos de la cara.

En la STSJ de Andalucía/Málaga 817/2014, de 22 de mayo, se declara procedente el despido de un trabajador por colgar en el muro de Facebook varios comentarios críticos, con expresiones injuriosas y amenazantes, dirigidos a la empresa en general y a una compañera de trabajo, tales como «esta hija de puta ha jugado con la comida de mis hijos siendo mentira todo lo que ha hecho [...] es una rastrera de mierda».

En la STSJ de Cataluña 5613/2015, de 30 de septiembre, el tribunal declara igualmente procedente un despido porque una trabajadora envió expresiones vejatorias e insultos a una compañera vía telefónica y por WhatsApp, y a la hija de esta última a través de su cuenta en la red social Facebook; a lo que se añadieron ofensas verbales y escritas que dirigió a compañeros de trabajo.

En la STSJ de Murcia 448/2017, de 26 de abril, se declara la procedencia del despido al darse los requisitos de gravedad y culpabilidad necesarios, pues la trabajadora a través de Facebook y de una entrevista de radio profirió ofensas verbales al gerente de la empresa, extralimitándose en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, siendo el motivo u origen de las descalificaciones el impago de los salarios de varios meses y el silencio de la empresa frente a las protestas de las trabajadoras.

Otro caso significativo es el de la STSJ de Cataluña 191/2016, de 3 de marzo, en donde un trabajador fue despedido por motivos disciplinarios. El trabajador, cantante del Gran Teatro del Liceo de Barcelona y encontrándose en situación de excedencia voluntaria, realizó desde su cuenta de Facebook distintas manifestaciones y comentarios contra la entidad y algunos trabajadores de la misma. El tribunal analiza las distintas manifestaciones vertidas por el actor y los términos usados para realizar las denuncias de determinadas actuaciones y maneras de proceder por parte del Gran Teatro del Liceo. A este respecto, la sala las califica de malsonantes y sacadas de contexto, desagradables y «sin duda reprochables moralmente», pero refiere a continuación que las mismas han de valorarse teniendo en cuenta la situación en la que se encontraba el actor, el momento y las circunstancias en que se llevaron a cabo, en definitiva, valorar si las mismas tenían o no un claro ánimo de injuriar o, por el contrario, se hicieron con el simple ánimo de crítica o denuncia.

Un tema relacionado con esto, y actualmente nada pacífico, es el relativo al control empresarial de las actuaciones y comportamientos del trabajador en las redes sociales y cómo afecta al ejercicio del derecho a la libertad de expresión del trabajador, esto es, si una empresa puede sancionar también por emitir el trabajador opiniones personales en redes sociales

que nada tienen que ver con la empresa o con la relación laboral, pues se han considerado ilegítimos los controles empresariales ilimitados de la actividad del trabajador en internet por el hecho de haber incluido una cláusula en el convenio colectivo, acuerdo o código de conducta que sanciona la realización de comentarios que puedan vulnerar la imagen o reputación de la empresa, y se ha llegado a estimar inadmisibles un control injustificado de las publicaciones de los trabajadores en la red, sin que se limite, claramente, su libertad de expresión (Serrano, 2019).

En este sentido, se admite que el trabajador pueda realizar comentarios, emitir opiniones, escribir textos o difundir imágenes que no descalifiquen a la empresa o a personas vinculadas con esta, caso de compañeros, directivos o responsables. De esta forma, los trabajadores pueden revelar sus auténticas condiciones de trabajo en las redes sociales sin vulnerar la imagen, el honor o la reputación de la empresa y siempre que la crítica se haga sin que se propague al exterior y quede en el ámbito interno de la empresa, sin repercusión de terceros, tal y como entiende la STSJ de Madrid 883/2013, de 16 de diciembre. Por consiguiente, no se puede prohibir genéricamente que se emitan declaraciones o comentarios por parte de los trabajadores en redes sociales ajenas a la empresa o sobre la realidad de sus condiciones de trabajo.

Y así, en la STSJ de Navarra 45/2014, de 21 de febrero, el tribunal, aplicando la teoría gradualista, estima improcedente el despido por los comentarios en Twitter de un trabajador descalificantes sobre la forma de proceder de la empresa en situaciones de conflicto ante el agravamiento de las condiciones laborales, pues «no parece que dichos comentarios hayan llegado a tener la publicidad y extensión suficiente para haber llegado a ser conocidos por el gran público y llegar a dañar la imagen de la compañía ante proveedores y clientes».

En la STSJ de Andalucía/Málaga 86/2018, de 17 de enero, el tribunal admite la nulidad del despido de una trabajadora por vulneración de los derechos de libertad de expresión y de libertad sindical de la trabajadora. La trabajadora había sido despedida por comentarios en Facebook llamando al gerente de la empresa «dueño del cortijo» y a los trabajadores «palmeros». En otro supuesto, se condenó a un ayuntamiento por vulnerar la dignidad y libertad sindical de un delegado sindical por los comentarios proferidos por el jefe de personal en una red social criticando el uso que hacía del crédito horario, diciendo del delegado sindical que «[...] el liberado sindical conocido como el chicharra, es una pérdida de tiempo, es un caso perdido, un especialista en vivir del cuento y del chismorreo».

En la STSJ de Andalucía/Granada 1647/2016, de 30 de junio, la trabajadora de un ayuntamiento es despedida por manifestaciones en el perfil de Facebook contra el alcalde y el equipo de gobierno. El tribunal, en este caso, califica el despido de improcedente por considerar que existe falta de proporcionalidad en la sanción impuesta a la trabajadora al considerar que existe un derecho a criticar y escrutar las acciones y actitudes de esos funcionarios en lo que atañe a la función pública. La trabajadora se ha limitado a llevar a cabo una opinión personal y dichas expresiones ni son ofensivas ni merecen la sanción impuesta.

En la STSJ de Castilla-La Mancha 443/2016, de 8 de abril, el trabajador fue despedido por publicar comentarios ofensivos de claro contenido sexual y sexista respecto de otras compañeras en Facebook («y el resto del día, lo he dedicado a ver a Amparo y Felicidad [...] y a pensar cositas guarras, hasta que me ha dicho el compañero que sudaba mucho y, claro, el mono cada vez más apretado [...]») a sabiendas de que eran esposas de empleados de la empresa e incitando a que entrasen a leerlo en esta red social. De ahí la importancia que tiene la protección especial de la calidad de clima laboral en relación con las mujeres en el trabajo, como recoge la STSJ de Canarias/Las Palmas 246/2018, de 6 de marzo.

En la STSJ de Andalucía/Sevilla 932/2017, de 23 de marzo, un jefe de sección realiza un comentario y ofensas de contenido tan obsceno de una empleada en una foto del muro de Facebook que justifican el despido inmediato del mismo («joder... Ascensión q ganas d follarte bien y que chilles xq t estoy partiendo el coño en dos»). Las expresiones se consideran tan soeces y de tal envergadura que justifican la procedencia del despido y por crear un entorno claro y manifiestamente ofensivo para la trabajadora. En el derecho irlandés, sirva como ejemplo, un comentario en redes de naturaleza obscena –fuera del trabajo y en tiempo de ocio del trabajador– es considerado acoso sexual. Se trata del caso *Teggart vs. TeleTech UK Limited*¹⁴, en el que un trabajador de un *call center* fue despedido después de hacer comentarios ofensivos sobre una compañera en Facebook. Los comentarios sugerían que la empleada había sido sexualmente promiscua con otros compañeros. Tras una investigación formal y exhaustiva por parte de la compañía, Teggart fue despedido por mala conducta, por perjudicar la reputación de la compañía –se calificó su conducta de un grave y culpable incumplimiento de la política de empresa– y por haber acosado en redes a su compañera de trabajo.

En la STSJ de Galicia de 29 de mayo de 2019 (rec. 682/2019), el trabajador, mientras reprimina a su responsable de personal por una encerrona que había sufrido en una reunión, graba con el móvil a su compañero de trabajo que estaba practicando marcha deportiva, quien no le autoriza la grabación solicitándole que deje de grabar y ante tal situación persecutoria y acosadora se ve obligado a marcharse cogiendo un taxi. El trabajador subió el contenido del vídeo a Facebook con la finalidad de hacerlo público, vídeo que circuló por diversos grupos de WhatsApp de trabajadores del centro de trabajo teniendo posteriormente el responsable de personal que someterse a burlas y comentarios jocosos del resto de compañeros.

Como podemos comprobar, los aspectos que se tienen en cuenta para justificar la procedencia o no del despido son: 1) si se han utilizado expresiones ofensivas o injuriosas; 2) cómo se han realizado, si son verbales o por escrito; 3) el lugar y contexto en el que los comentarios o expresiones se han hecho; y 4) el alcance y difusión de tales manifestaciones o comentarios.

¹⁴ <<http://www.xperthr.co.uk/editors-choice/call-centre-worker-fairly-dismissed-for-offensive-facebook-comments-about-colleague/112847/>>.

En consecuencia, observamos que, con el tiempo, comienza a existir una doctrina judicial en nuestro país que, aplicando la teoría gradualista, trata de valorar diferentes elementos tales como la gravedad de la conducta, el tiempo y el lugar de la infracción, la publicación y el grado de difusión o extensión, entre otras circunstancias, a la hora de calificar la existencia o no de un incumplimiento laboral que pudiera acarrear la sanción de despido del trabajador.

5.6. Acciones de presión para actuar conforme a las solicitudes del acosador digital

Se trata de acciones de presión permanente a través de TRIC para actuar conforme a las solicitudes del agresor –compañero, jefe, cliente, tercera persona ajena a la organización productiva, etc.–. Sirva como ejemplo el hecho de «enviar más de 1.000 wasaps» pidiendo de manera insistente tener una relación o presiones para realizar actos de naturaleza sexual a cambio de obtener un determinado puesto de trabajo, tal y como se recoge en la STSJ del País Vasco 947/2014, de 13 de mayo:

[...] el demandado comenzó a coger más confianza con la demandante, a agarrarla, obligándola a agacharse para besarla, a darle palmadas en el culo, a contarle detalles de su relación íntima con su mujer, a decirle que se había enamorado de ella, a enviarle mensajes telefónicos con propuestas sexuales, llegando a enviar a la actora unos 1.000 mensajes entre el 9 de enero y el 24 de febrero de 2013.

Una de las más comunes y dañinas consiste en las críticas continuadas y la revelación de intimidades de la pareja tras extinguirse la relación afectiva a modo de venganza o revancha como consecuencia de la ruptura de la pareja o relación entre compañeros o excompañeros de trabajo. Una práctica que, desgraciadamente, va en continuo aumento. Cabe advertir que este tipo de conductas de ciberacoso –además de en personas jóvenes– se produce cada vez más sobre mujeres de edad adulta o mayores, que se ven controladas, acosadas, humilladas, amenazadas y sometidas mediante el uso de las TRIC por parte de quienes en algún momento mantuvieron o siguen manteniendo una relación de amistad o afectiva.

Es también una práctica frecuente acosar a través de llamadas telefónicas silenciosas, o con amenazas, insultos, con expresiones intimidatorias, colgando repetidamente la comunicación cuando contestan, llamar a horas inoportunas o intempestivas, como el caso de llamar a altas horas de la madrugada. Las amplias posibilidades que brinda la actual telefonía móvil han sabido ser empleadas perversamente por los ciberacosadores. La más tradicional es la de las llamadas ocultas realizadas a horarios inoportunos. Pueden ir desde llamadas silenciosas a amenazas graves que incluyen insultos, gritos o mensajes intimidatorios.

Un supuesto de acoso digital fuera del horario laboral o del lugar de trabajo lo ratifica la STSJ de La Rioja 14/2016, de 22 de enero. En este caso, el tribunal avala el despido disciplinario de una empleada que, con ocasión de la celebración del fin de año, envió más de 60 mensajes de WhatsApp a su compañero de trabajo a altas horas de la madrugada y en los días inmediatamente posteriores. El motivo principal era el deseo de la trabajadora de mantener una relación sentimental o afectiva con su compañero de trabajo, que este rechazaba por estar comprometido en una relación con otra mujer.

En la STSJ del País Vasco/Bilbao 1646/2017, de 18 de julio, se le aplica al trabajador la máxima sanción de suspensión de empleo y sueldo por una actuación de hostigamiento para con una compañera (referencia ruptura sentimental), donde se reconoce la autoría de mensajes, llamadas y wasaps, a través del teléfono empresarial, a determinadas horas desconsideradas. Incluso la trabajadora manifiesta haber recibido regalos y cartas en su lugar de trabajo.

Como hemos tenido ocasión de exponer, y así lo recoge el Convenio 190 OIT, el acosador puede perseguir a su víctima fuera de la jornada y más allá del horario laboral. Si la persona acosada tiene WhatsApp y el acosador tiene su número de móvil, algo normal y habitual, no existirá límite alguno para que invada su espacio y tiempo, como una obsesión o fijación del acosador con su víctima, en supuestos cercanos al denominado *cyberstalking* en el lugar de trabajo o persecución digital en el trabajo (*cyberstalking at work*, que pudiera traducirse como ciberacecho o ciberpersecución), como una comunicación hostigadora, repetida e insistente.

En la STSJ de Cataluña 5206/2018, de 5 de octubre, el trabajador (jefe de cocina) enviaba a su compañera de trabajo (camarera) mensajes de WhatsApp a última hora del día e incluso de madrugada, solicitándole que le enviara una foto de ella o que le dijera lo que estaba haciendo en ese preciso momento y cuánto la echaba de menos y la extrañaba esa noche. Ante la negativa por parte de la compañera de trabajo, el trabajador empezó a mantener una actitud más hostil de forma continuada, incluyendo comentarios sexistas.

En esta misma línea, de ciberacecho o ciberpersecución de la persona en el ejercicio de su actividad profesional, se sitúa el caso en el que un cliente acosó a una procuradora del turno de oficio con más de 20.000 mensajes, hechos por los que fue condenada a 4 años de cárcel por un delito continuado de acoso, amenazas graves y quebrantamiento de medidas cautelares. Además, se le prohibió acercarse a menos de 500 metros de la víctima y se determinó una indemnización de 12.000 euros por los perjuicios morales causados¹⁵. Curiosamente se ha producido un elevado número de casos de letrados –profesionales de la abogacía y procuradores de los tribunales– que son amenazados por sus clientes. Todo se inició cuando a este hombre le asignan en un proceso judicial a la procuradora con la

¹⁵ <<https://www.elconfidencialdigital.com/articulo/Judicial/anos-carcel-acosador-envio-mas-20000-mensajes-procuradora-turno-oficio/20200302192955139893.html>>.

que él contacta. En este caso, estaríamos ante un claro supuesto de ciberacoso sexual en el trabajo (cercano al *cyberstalking*), en la actividad profesional de esta procuradora, acoso procedente de una tercera persona o cliente. A partir de este momento, la víctima comienza a vivir 1 año y medio de acoso mediante todo tipo de mensajes de WhatsApp, SMS, llamadas e, incluso, llegando a personarse en su casa. Los mensajes, de contenido claramente «ofensivo e intimidatorio» como «quiero hacerte el amor hoy por todo tu cuerpo», «no puedo hacer nada sin ti», «quiero verte», «solo me importas tú», etc., también quedan reflejados en el fallo. Estas comunicaciones, según la sentencia, provocaron en ella «una sensación de temor e intranquilidad con grave alteración del estado anímico de la vida personal y familiar de la trabajadora-procuradora». La letrada vio alterada su vida normal, teniendo que adoptar medidas preventivas inusuales en su actividad profesional.

Referencias bibliográficas

- Molina Navarrete, C. (2019a). *El ciberacoso en el trabajo. Cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*. Madrid: La Ley-Wolters Kluwer.
- Molina Navarrete, C. (2019b). Redes sociales digitales y gestión de riesgos profesionales: prevenir el ciberacoso sexual en el trabajo, entre la obligación y el desafío. *Diario La Ley*, 9452.
- OIT. (2020). Actualización de las necesidades del sistema: mejora de la protección frente al ciberacoso y a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo posibilitados por las TIC. Recuperado de <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/departments-and-offices/workquality/WCMS_736237/lang-es/index.htm>.
- Orellana Cano, A. M.^a (2019). *El derecho a la protección de datos personales como garantía de la privacidad de los trabajadores*. Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi.
- Preciado Domènech, C. H. (2019). *Los derechos digitales de las personas trabajadoras. Aspectos laborales de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos y garantía de los derechos digitales*. Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi.
- Royakkers, L. (2000). The Dutch Approach to Stalking Laws. *California Criminal Law Review*, 3, 1-14.
- Serrano García, J. M.^a (2019). El derecho a la libertad de expresión del trabajador a través de las nuevas tecnologías y el derecho a la reputación de la empresa. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 217, 101-126.
- Velázquez Fernández, M. P. (2019). [El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: principales novedades y expectativas](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEJF*, 437-438, 119-142.
- Vicente Pachés, F. de. (2005). Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo: concepto y fundamento. Una primera aproximación a las diversas formas de control empresarial. En I. García Ninet (Dir.) y F. de Vicente Pachés (Coord.), *El control empresarial en el ámbito laboral* (pp. 17-47). Valencia: CISS.
- Vicente Pachés, F. de. (2018). *Ciberacoso en el trabajo*. Barcelona: Atelier.



El nuevo estatus de persona trabajadora con discapacidad sobrevenida en la negociación colectiva: balance crítico y propuestas de mejora

Antonio Álvarez Montero

*Catedrático de Escuela Universitaria de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Extracto

Junto a las normas que declaran el derecho de los discapacitados a no ser discriminados en el trabajo, encontramos otras normas que los expulsan de hecho del mercado de trabajo. Por ello, la negociación colectiva se convierte en el instrumento idóneo para asegurar que las personas discapacitadas, como grupo social vulnerable, tengan acceso al trabajo en condiciones de igualdad.

En este estudio hacemos una revisión de los contenidos en materia de discapacidad de prácticamente todos los convenios colectivos vigentes y publicados hasta marzo de 2020 en todos los ámbitos: acuerdos interconfederales, convenios colectivos sectoriales, provinciales y de empresa de ámbito estatal y de la comunidad autónoma de Andalucía.

En el análisis abarcamos todas las referencias que se hacen en esos textos normativos para atender a las personas con discapacidad desde los complementos económicos de diversa naturaleza hasta la reincorporación a la empresa en puesto de trabajo adecuado. Y todo ello con el objetivo de dar a conocer a los interlocutores sociales las mejores prácticas y, en el futuro, facilitar su implementación y, en su caso, mejora.

Palabras clave: discapacidad sobrevenida; negociación colectiva; empleo; no discriminación.

Fecha de entrada: 04-05-2020 / Fecha de revisión: 20-05-2020 / Fecha de aceptación: 20-05-2020

Cómo citar: Álvarez Montero, A. (2020). El nuevo estatus de persona trabajadora con discapacidad sobrevenida en la negociación colectiva: balance crítico y propuestas de mejora. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 448, 107-143.





The new status of working people with disabilities in collective bargaining: critical balance and proposals for improvement

Antonio Álvarez Montero

Abstract

Of the disabled not to be discriminated against in the workplace, we find other rules that effectively expel them from the labour market. Thus, collective bargaining becomes the ideal instrument to ensure that disabled people, as a vulnerable social group, have access to work under equal conditions.

In this paper we review the disability content of virtually all collective agreements in force and published up to March 2020 in all areas: inter-federal agreements, sectorial, provincial and company collective agreements at a State level and in the autonomous community of Andalusia.

In the analysis we cover all the references made in these regulatory texts to attend to people with disabilities, from economic complements of various kinds to the reincorporation into the company in a suitable job. And all this with the aim of making the social partners aware of the best practices and, in the future, facilitating their implementation and, where appropriate, improvement.

Keywords: people with disabilities; collective bargaining; employment; discrimination.

Citation: Álvarez Montero, A. (2020). The new status of working people with disabilities in collective bargaining: critical balance and proposals for improvement. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 448, 107-143.





Sumario

1. Introducción
 2. Tratamiento en acuerdos interprofesionales
 3. Contenidos específicos de la negociación colectiva sectorial y de empresa a nivel estatal y andaluz
 - 3.1. Planteamientos generales: las personas con discapacidad sobrevenida en perspectiva convencional de gestión de la diversidad
 - 3.2. Negociación colectiva y tratamiento de la «discapacidad sobrevenida»: un análisis desde la vertiente cuantitativa
 - 3.3. Contenidos de la negociación colectiva referidos a la «discapacidad sobrevenida»: análisis y valoración
 - 3.3.1. El lento, pero cierto, camino hacia la visibilidad en los convenios del colectivo de personas con discapacidad sobrevenida
 - 3.3.2. Igualdad de trato y no discriminación de las personas con discapacidad en la relación de trabajo
 - 3.3.3. Medidas de «acoplamiento» o de «readaptación profesional» del personal con discapacidad sobrevenida: la movilidad funcional
 - 3.3.4. Movilidad geográfica de la persona trabajadora con discapacidad sobrevenida: un supuesto convencional de permanencia
 - 3.3.5. Formación: una cuestión capital altamente ausente
 - 3.3.6. Garantías de seguridad económica para las personas trabajadoras con discapacidad sobrevenida: ¿indemnidad o devaluación retributiva?
 - 3.3.7. Cuota de reserva legal de contratación de personas con discapacidad
 - 3.3.8. Suspensión de la relación laboral con derecho de reserva de puesto
 - 3.3.9. Otras previsiones convencionales en materia de discapacidad sobrevenida: en especial, la gestión flexible del tiempo de trabajo
 4. Selección de las mejores prácticas relativas a la continuidad en el empleo de las personas discapacitadas
 5. Recomendaciones a los negociadores sobre discapacidad sobrevenida
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

En el contexto de lograr la efectividad del derecho constitucional a la no discriminación y a la igualdad real y efectiva de todos, incluidas las personas con discapacidad, el trabajo constituye un elemento trascendental de integración y de garantía de igualdad. El trabajo para todas las personas cumple y constituye el cauce más idóneo y efectivo para satisfacer ese derecho fundamental. La tragedia que vivimos hoy, a raíz de la pandemia de la COVID-19, no hace sino reafirmarlo, aunque la legislación de emergencia trate de afrontar la decretada inactividad con medidas de garantía de rentas para hacer frente a la ausencia de las derivadas de un trabajo decente. Sin embargo, la protección en igual dignidad debe seguir haciendo de la garantía del empleo su orientación principal (*ex arts. 35 y 40 respecto al art. 10 Constitución española –CE–*).

Frente a esta convicción de partida, encontramos a cada paso una realidad normativa contradictoria, en especial respecto de ciertos colectivos hoy valorados como especialmente «vulnerables», que requieren de la solidaridad para la igualdad efectiva y de otros derechos (por todos, Miñarro, 2018, pp. 12 y ss.). Lamentablemente, tanto en situaciones de extraordinaria anormalidad, como de normalidad, las personas y grupos especialmente vulnerables, esto es, sujetos a una especial protección, van creciendo. Consecuentemente, esta necesidad de proliferación de estatutos de garantías especiales tiende a chocar con una realidad más deficiente. Así sucedería incluso con el grupo más clásico, las personas con discapacidad e, igualmente, acaece con una categoría particular nueva surgida de aquella: las personas trabajadoras con discapacidad sobrevenida.

En este sentido, en la generalidad de los supuestos de incapacidad sobrevenida, el estado de necesidad de la persona trabajadora suele afrontarse con una solución de «salida» del empleo, sin perjuicio de la protección de Seguridad Social en un buen número de casos, ni siquiera en todos. Pero incluso en el caso de que la persona trabajadora quedase en una situación jurídica de incapacidad permanente y consiguiente derecho a prestación de la Seguridad Social, «persiste su derecho al trabajo» y el derecho a la reincorporación a la empresa y adaptación de su puesto de trabajo salvo que suponga una «carga excesiva para el empresario» (art. 40 RDleg. 1/2013). A ello debemos añadir que la pérdida de salario, y por tanto de medios de sustento, no es el único derecho a proteger. Aceptado por todos que el trabajo digno satisface otros derechos como el de igualdad y no discriminación que están en la base de un desarrollo integral de la persona (Monereo, 2015; Ruiz, 2018, p. 502). En cuanto a las normas internacionales, entre otras la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que reconoce «el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás» y obliga a los Estados a promover «el mantenimiento en el empleo y reincorporación al trabajo» (Ribes, 2017).

Ante este estado de la cuestión brevemente descrito y partiendo de la paradójica realidad sociolaboral y jurídica, incluido un marco de tutela de las incapacidades «inadecuado para garantizar el principio de igualdad y no discriminación», estamos convencidos de que se puede y merece la pena transformar. Es un deber de «justicia» y una exigencia del derecho a la no discriminación del personal discapacitado. Y ello ante la evidencia contrastada de que promover el empleo originario o la reintegración en el mismo de las personas con discapacidad sobrevenida es una exigencia de los derechos constitucionales a la igualdad y la no discriminación, así como del principio de promoción del desarrollo personal e integración social que de forma preferente se alcanza a través de la realización de un trabajo digno (Vargas, Zufiur y González, 2016, pp. 180-181).

Esta insuficiente respuesta en la legislación ordinaria obliga a buscar y, en su caso, promover la permanencia en el empleo de las personas trabajadoras con discapacidad sobrevenida en la acción de los interlocutores sociales a través de la negociación colectiva. A falta de una legislación específica, incluso con ella, la fuente convencional, un poder originario constitucional de regulación normativa *ex artículo 37 de la CE*, emerge como un medio idóneo para superar el efecto, no directamente perseguido de expulsión de los discapacitados del mercado de trabajo.

Pues bien, pese a considerar la negociación colectiva como el cauce adecuado para favorecer la permanencia del personal discapacitado en el empleo, ni los negociadores sociales ni la doctrina han mostrado gran interés sobre la materia. Son escasos, aunque interesantes, los estudios realizados hasta la fecha sobre el tema que sostienen que los interlocutores no tienen la materia entre sus prioridades (Ribes, 2017, p. 370). O afirman que se le da un tratamiento relajado y displicente para «trasladar al ámbito del convenio el problema de integración laboral de estas personas con discapacidad» (Almendros, 2018, p. 468). En otros estudios se llega a unas conclusiones muy críticas y pesimistas calificando el estado de la cuestión de «panorama desolador» (Ruiz, 2018, p. 520).

Preocupación que llega también a los sindicatos cuando en diversos e interesantes estudios constatan, de un lado, el avance en el tratamiento de las personas discapacitadas en activo. Pero también lo mucho que queda por hacer cuando reconocen que muchos convenios colectivos en los que participan no recogen derechos de este personal discapacitado, incluso cuando el nuevo puesto de trabajo conlleva menos salario, que podría ser compensado con la prestación que recibe (UGT, 2018, 2019). En este sentido, un reciente trabajo sobre discapacidad sobrevenida viene a concluir e instar a la superación de las débiles respuestas actuales a la situación de un «nuevo colectivo con especial vulnerabilidad sociolaboral» (García, 2020). Tanto las políticas públicas como la negociación colectiva mantienen una respuesta generalista y parcial referida a la discapacidad en su conjunto y en la práctica centrada en la incorporación al trabajo de los discapacitados originarios a través de cuotas de reserva o de incentivos a la contratación y a «facilitar» la salida en buenas condiciones económicas para la discapacidad sobrevenida.

Basándose en la idoneidad de la negociación colectiva en todos sus ámbitos para alcanzar la permanencia en el trabajo de las personas discapacitadas, nos proponemos indagar la realidad actual de los contenidos de los convenios y poner de manifiesto las cláusulas referidas a la discapacidad para conocimiento general y para difusión entre los negociadores y, en su caso, que permitan superar la contradicción antes señalada. En definitiva, contribuir e incentivar la permanencia en el empleo del colectivo con discapacidad sobrevenida cualquiera que fuere la causa que la origine: enfermedad o accidente de trabajo o común, o simple deterioro de las capacidades motivadas por la edad o la intensidad y dedicación al trabajo.

Concretamente nuestro trabajo ha consistido en el análisis de las soluciones actuales de los acuerdos interprofesionales y de la práctica totalidad de los convenios colectivos estatales, de empresa y de sector, así como los de la comunidad de Andalucía (regionales, provinciales y de empresa), vigentes en la actualidad y publicados hasta marzo de 2020. En todos ellos nos hemos detenido y constatado las «referencias» a la discapacidad, desde las menos indirectas y tangenciales, como puede ser el mero refuerzo de las prestaciones económicas sustitutivas del salario en caso de incapacidad, a las más directamente orientadas a facilitar la reincorporación de los trabajadores a su puesto de trabajo o a otro compatible con sus nuevas capacidades.

Todo ello para procurar al discapacitado una posición de igualdad plena y efectiva respecto del resto de personal que evite las desventajas derivadas de la discapacidad contribuyendo a hacer posible la «igualdad de hecho y plena participación en la vida laboral»¹ con la reincorporación de los trabajadores discapacitados a la empresa manteniendo una relación laboral común².

2. Tratamiento en acuerdos interprofesionales

De acuerdo con las previsiones del artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores (ET), el establecimiento de criterios, pautas y materias prioritarias para orientar la negociación colectiva posterior se ha llevado a cabo a través de diversos acuerdos interprofesionales desde hace casi una década. En la actualidad se encuentra vigente el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva. En principio, en él nada se prevé de forma específica acerca de las personas discapacitadas. Por lo tanto, en esta materia mantiene plena vigencia el contenido del III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, que queda prorrogado

¹ Vid. artículo 2 g) del Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (BOE de 3 de diciembre), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

² Artículo 37.2 a) del Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

en todo lo que no se oponga al propio IV. En este acuerdo se incluyen recomendaciones respecto de la acción convencional para la mejora de la integración social y laboral de las personas con discapacidad. Y así, en su punto 6.º, bajo el epígrafe «Igualdad de trato y oportunidades», se hace referencia al colectivo, previendo que a través de la negociación colectiva se favorezca y contribuya:

[...] la incorporación al empleo de personas con discapacidad, atendiendo a las características de los sectores y las empresas, las capacidades y aptitudes de los trabajadores y la posible adaptación de los puestos de trabajo.

De otro lado, establece la contratación efectiva de las personas con discapacidad y cumplir con la cuota de reserva del 2 % en empresas de más de 50 personas en plantilla³. Cláusula que no va más allá de las previsiones legales previstas para todo discapacitado. Si bien trata de favorecer este objetivo cuando propone la identificación de las actividades y los puestos que pueden tener menos dificultades para su cobertura por personas con discapacidad.

Igualmente, el acuerdo promueve la creación de un marco equitativo para el desarrollo de las condiciones laborales de las personas con discapacidad, haciendo cuantos ajustes razonables sean necesarios para una correcta adaptación del puesto en función de la discapacidad de que se trate, con objeto de que puedan desarrollar su trabajo sin condicionantes que mermen o dificulten el uso de sus conocimientos y capacidades.

En el mismo tenor propositivo y mera recomendación, insta a la promoción de las acciones de formación profesional con el objetivo de que participen en condiciones de igualdad con el resto de personal. Así como facilitar la transición de los trabajadores de los centros especiales de empleo al empleo ordinario. Y, en fin, garantizar que las empresas colaboradoras que tengan un enclave laboral adecúen sus instalaciones y los puestos de trabajo a las necesidades de los trabajadores del centro especial de empleo, en los términos señalados en la normativa de prevención de riesgos laborales.

La debilidad del acuerdo está en la naturaleza de las previsiones y que no se acompañan de medidas específicas y concretas para el efectivo traslado a las mesas negociadoras en las que se concreten los contenidos garantistas.

En definitiva, el acuerdo representa un importante avance, puesto que «recoge por primera vez de forma expresa y específica cuestiones relativas a las personas con discapacidad», pero tras analizar su clausulado no va más allá de lo que establecen las «previsiones normativas sobre el empleo ordinario de las personas con discapacidad», constituyendo las mismas meras «declaraciones de intenciones» (Barbancho, Romeo y Yepes-Baldó, 2019).

³ El acuerdo reproduce y no fija mayor porcentaje ni mejor redacción que la prevista en el artículo 42 del Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

Justamente, tal enfoque de política convencional en la cumbre para personas con discapacidad sobrevenida sí aparece explícito en el Acuerdo Interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020 (AIC). Este se ocupa de esta cuestión sociolaboral con una mayor extensión y riqueza de contenidos⁴. El AIC da un tratamiento a la discapacidad en el marco del capítulo XI relativo a «igualdad».

Para ello hace un recorrido por los diferentes colectivos de personas trabajadoras que por diferentes razones son susceptibles de situarse en una posición de mayor debilidad en el acceso al empleo, promoción y condiciones de trabajo. El diseño y distribución del tratamiento lo lleva a cabo partiendo de cada colectivo concreto y fijando con detalle las «recomendaciones» a la negociación colectiva, de forma que incide en los aspectos que, a juicio de los negociadores, son más sobresalientes en los que puede verse comprometida la igualdad de tales personas.

Así, después de dedicar una amplia atención a la igualdad por razón de género, de fijar recomendaciones para garantizar el derecho a la igualdad de derechos del colectivo LGTBI (lesbianas, gais, bisexuales, personas transgénero e intersexuales) y de los colectivos con «diversidad de origen» (inmigrantes), se dedica un amplio espacio a la «discapacidad», en general, e incluyendo explícitamente también la «sobrevenida»⁵. Valoramos positivamente que el diseño del tratamiento en el AIC fije un esquema completo con varios objetivos de trascendental relevancia para promover la plena integración laboral de las personas discapacitadas. Así:

- De un lado, sitúa el objetivo último de toda acción para este colectivo en su inclusión en el empleo como una exigencia del derecho a la igualdad.
- De otro, destaca la necesaria reincorporación y recuperación de las personas con discapacidad sobrevenida, relegando otras medidas que pudiéramos llamar de «acción social» que indirectamente facilitan la salida del trabajo por invalidez.
- Y, por último, promueve medidas coadyuvantes como el compromiso de las partes firmantes a «posibilitar el acceso al empleo ordinario de calidad de las personas con discapacidad».

Para lograr todo ello –sin duda, pretensión ambiciosa– insta a los negociadores a incluir cláusulas convencionales que: declaren expresamente el objetivo de la contratación ordinaria de las personas discapacitadas; establezcan procesos de selección con criterios no

⁴ Vid. la Resolución TSF/2053/2018, de 4 de septiembre, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo Interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020 (DOGC de 7 de septiembre).

⁵ El capítulo XI, «Igualdad», para el colectivo con discapacidad establece: «Discapacidad 1. Las partes signatarias del AIC declaramos nuestro compromiso a posibilitar el acceso al empleo ordinario de calidad de las personas con discapacidad».

discriminatorios; adapten los puestos de trabajo para permitir la accesibilidad; flexibilicen de manera personalizada el tiempo de trabajo; y que la vigilancia de la salud responda a las necesidades de la persona discapacitada.

El objetivo, pues, del AIC es amplio, en sus términos y contenidos. Con él se deja acreditada la especial sensibilidad que las partes firmantes han tenido respecto del colectivo de personas trabajadoras que sufren procesos que las llevan a una «discapacidad sobrevenida», reforzando las previsiones legales que reclaman el derecho al trabajo de tales personas.

3. Contenidos específicos de la negociación colectiva sectorial y de empresa a nivel estatal y andaluz

3.1. Planteamientos generales: las personas con discapacidad sobrevenida en perspectiva convencional de gestión de la diversidad

Con carácter previo al análisis de los contenidos convencionales referidos a los supuestos de discapacidad sobrevenida debemos indicar que las cláusulas en ellos contenidas hacen mención a la discapacidad en sentido genérico. En síntesis se pueden resumir tres grupos de contenidos:

- Los contenidos relativos a facilitar y compatibilizar el trabajo con la atención a familiares dependientes. Es el grupo de normas de diferente naturaleza más numeroso presente en los convenios.
- El segundo grupo de normas se refiere a la contratación y condiciones de trabajo de las personas discapacitadas «de origen». Un contenido diverso y amplio que va desde reproducir la obligación porcentual legal, promocionar su presencia y cláusulas de no discriminación hasta la atención a la prevención de riesgos laborales.
- Y un tercer grupo de cláusulas, no menos frecuentes, que vienen a abordar las respuestas a la discapacidad sobrevenida originada por accidente o enfermedad laboral o de naturaleza extraña al mismo.

Preferentemente orientamos nuestro estudio a este último grupo de normas, con la finalidad de poder evaluar hasta qué punto las situaciones ligadas a la discapacidad sobrevenida de las personas trabajadoras vienen a formar parte de las discusiones y eventuales acuerdos de las mesas negociadoras, así como identificar buenas prácticas negociales en el actual momento de la negociación colectiva.

En una segunda observación previa debemos aclarar que nuestro ámbito de estudio se ha ceñido a los convenios colectivos cuyo ámbito funcional es el sectorial y de empresa, el ámbito territorial es el estatal y autonómico andaluz –incluyendo el nivel provincial–, y que hayan sido publicados en los boletines oficiales de tales territorios en el periodo de 1 de enero de 2018 hasta marzo de 2020.

Una tercera observación: son pocos los convenios colectivos que separan el tratamiento, sea más o menos amplio, de la «discapacidad» respecto de la «discapacidad sobrevenida». En general, la negociación colectiva afronta o se ocupa de las personas trabajadoras discapacitadas de forma fragmentaria y, preferentemente, orientada a las personas discapacitadas que inician una relación laboral, incluyendo sin mencionar explícitamente a las personas con discapacidad sobrevenida.

Una cuarta, relativa a la necesidad de mejora del lenguaje. Tanto los convenios estatales como autonómicos tienden a utilizar una terminología no solo muy plural y difusa (Kahale, 2016, p. 537), sino a veces «estigmatizante», que convendrá erradicar definitivamente. Así, a veces «hablan» de «personas trabajadoras disminuidas»⁶ o bien de «personal con capacidad disminuida» o «trabajador de capacidad disminuida»⁷, incluso con mayor precisión de «capacidad disminuida sobrevenida»⁸. Entendemos que se debe evitar el lenguaje de este tipo, que pone énfasis más en el efecto de pérdida de capacidades (o habilidades) funcionales y laborales de las personas que lo sufren que en la condición de persona trabajadora en la que sigue intacta su capacidad laboral, aunque necesitada de gestión adaptada a su diversidad funcional. Lo recomendable es utilizar siempre la expresión «personas con discapacidad sobrevenida», y atender a los cambios de capacidad y competencias que derivan de tal estado evitando el término de «condición disminuida» (Fernández, 2006, p. 46).

Entendemos que el escaso relieve, en muchos casos silencio, que se da a la discapacidad sobrevenida en los convenios está motivado, en cierta medida, por la convicción, culturalmente integrada de los negociadores, de que la persona discapacitada sobrevenida ya tiene una respuesta de la Seguridad Social para sustituir las rentas salariales. Ello haría innecesario el abordaje de otras medidas de garantía y protección de su relación laboral, dirigidas de forma específica a este colectivo de personas trabajadoras.

Estas respuestas fragmentarias y débiles no cuentan con el suficiente calado regulador como para que puedan ser atractivas para las personas trabajadoras afectadas por la discapacidad y menos que estén eficazmente ordenadas para alcanzar el fin que se proponen. Por supuesto, no alcanzan en extensión y profundidad a fijar un procedimiento integral que

⁶ Artículo 29 del Convenio colectivo de la construcción y obra públicas de Córdoba de 17 de septiembre de 2019.

⁷ Vid. artículo 42 del Convenio colectivo de almadrabas y construcción de Cádiz.

⁸ Vid. artículo 29 del Convenio colectivo de Siemens Healthcare, SLU.

incluya una política general de reincorporación de trabajadores, de adaptación de puestos, de formación, de flexibilidad en las condiciones de trabajo, etc. Frecuentemente se limitan a favorecer la reincorporación con importantes condiciones de naturaleza: temporal, esto es, durante un tiempo limitado; funcional, pues frecuentemente se las adscribe a grupos y categorías inferiores, sin primar acciones formativas o de capacitación que permitan una mayor adecuación o adaptación; o competencial, que puedan realizar todas las funciones del puesto.

Teniendo presentes tales consideraciones, el análisis de las previsiones recogidas en los convenios colectivos en relación con la «discapacidad sobrevenida» de las personas trabajadoras y las medidas establecidas para amortiguar los efectos que tal situación representa para el mantenimiento de la relación jurídica laboral pueden abordarse desde una doble perspectiva: cuantitativa y cualitativa. Procedemos a su análisis.

3.2. Negociación colectiva y tratamiento de la «discapacidad sobrevenida»: un análisis desde la vertiente cuantitativa

El análisis de las previsiones recogidas en los convenios colectivos objeto de nuestro estudio pone de relieve la escasa incidencia que esta materia tiene en las mesas de negociación. Esta afirmación es extensible a la negociación colectiva en todos los ámbitos sectoriales y territoriales.

En cuanto a los convenios de ámbito territorial estatal y respecto a los convenios publicados en el BOE dentro del periodo 2018 y marzo de 2020, en algún aspecto relativo a la problemática ligada a la discapacidad sobrevenida, desde la vertiente puramente cuantitativa y sin entrar por ahora en la valoración acerca de la oportunidad, alcance o naturaleza de la protección, podemos describir el siguiente «mapa de situación»:

- Los convenios colectivos publicados en el BOE en este periodo temporal alcanzan un total de 546, de los cuales 398 corresponden a convenios colectivos de ámbito de empresa, grupo de empresas o vinculadas por razones organizativas o productivas, y 148 son convenios colectivos de sector o subsector de actividad.
- De los convenios de empresa, grupo de empresas o vinculadas por razones organizativas o productivas, del total indicado de 398, únicamente 20 convenios recogen alguna regulación que atañe al colectivo de personas trabajadoras con «discapacidad sobrevenida», lo cual representa un 5 % del total de convenios publicados en tal periodo temporal.
- En relación con los convenios colectivos sectoriales o subsectoriales con ámbito territorial estatal, se han publicado en este periodo 2018-marzo 2020 un total de 148, de los cuales 47 prevén algún aspecto que incide sobre los efectos de la declaración de una «discapacidad sobrevenida» de una persona trabajadora en su relación laboral, lo que representa solo el 31,76 % del total.

Gráfico 1. Convenios colectivos de ámbito de empresa, grupo de empresas o empresas vinculadas publicados en el BOE en el periodo 2018/2020

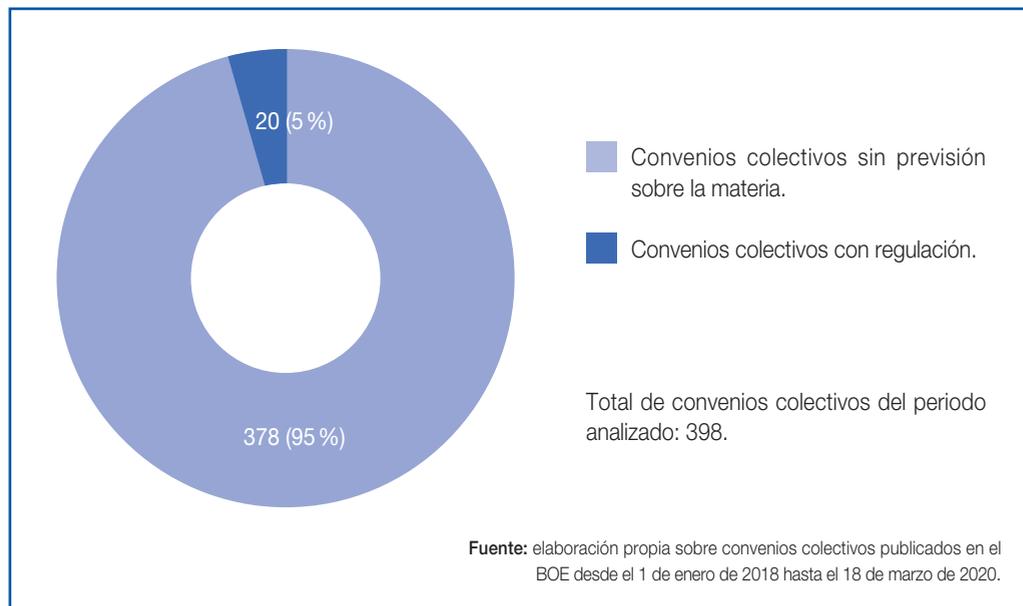
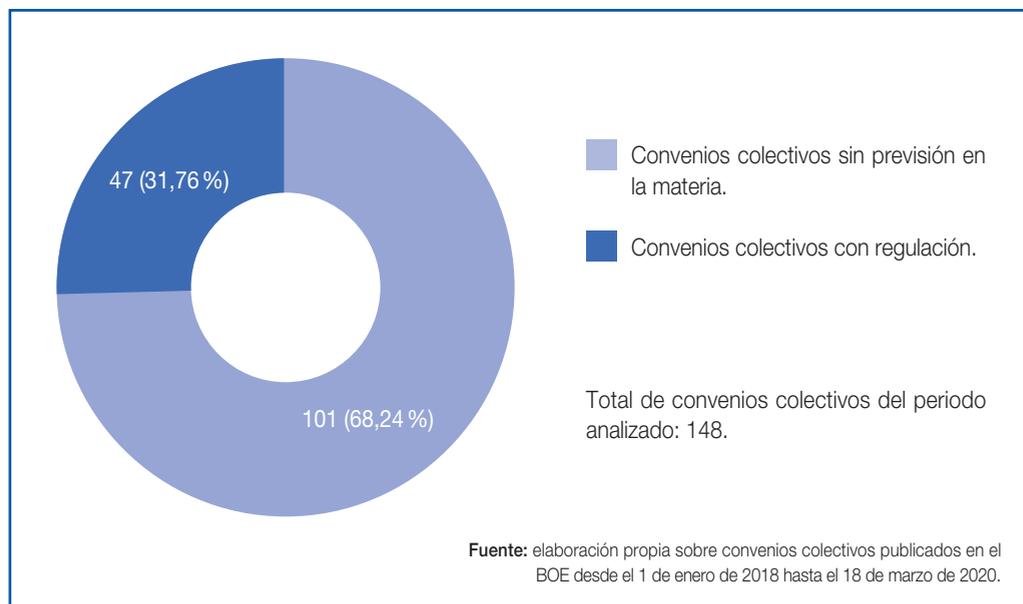


Gráfico 2. Convenios colectivos sectoriales publicados en el BOE en el periodo 2018/2020



En cuanto al nivel autonómico andaluz, el mapa negocial sobre cláusulas referidas a los supuestos de «discapacidad sobrevenida» presenta los siguientes parámetros:

Gráfico 3. Convenios colectivos de ámbito de empresa, grupos de empresas o de empresas vinculadas publicados en Andalucía en el periodo 2018/2020

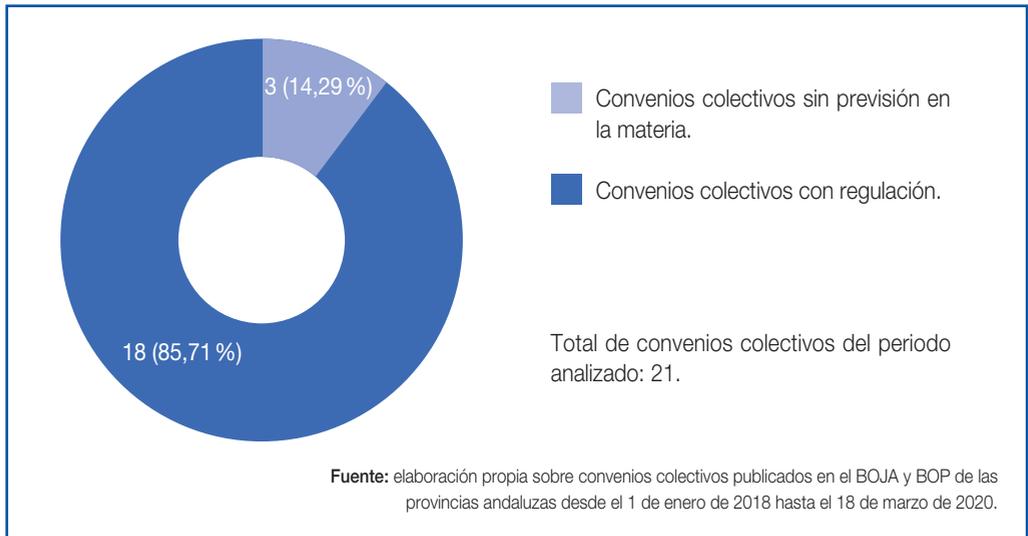
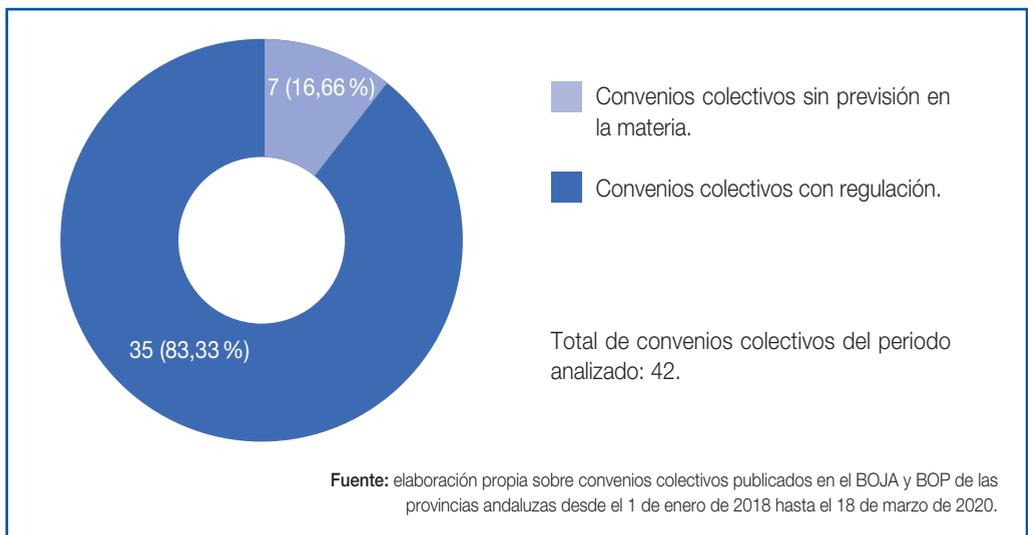


Gráfico 4. Convenios colectivos sectoriales publicados en Andalucía en el periodo 2018/2020



De estos datos, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- El porcentaje de convenios colectivos publicados en el BOE que recogen alguna previsión sobre esta materia es hasta 6 veces menor cuando se trata de convenios de ámbito de empresa (5 %) respecto de los convenios de sector de actividad (31,76 %), lo que nos permite afirmar que se trata de una cuestión que pasa casi desapercibida en la negociación empresarial. Además no se regulan mecanismos de desarrollo, complemento y ampliación del marco garantista que pueda preverse en sede supraempresarial.
- Por el contrario, en la negociación colectiva llevada a cabo en Andalucía, se aprecia una reseñable tendencia a la presencia de cláusulas que tratan en alguna medida la problemática ligada a la «discapacidad sobrevenida». Así, si hablamos de convenios colectivos sectoriales, el 83,33 % de ellos acometen algún tipo de regulación sobre esta materia; porcentaje muy parecido en convenios de empresa, grupos de empresas o empresas vinculadas (85,71 %). El contraste con la realidad negociada estatal es evidente, siendo casi 3 veces mayor en Andalucía en ámbito sectorial, y que se multiplica por 17 a nivel de empresa.
- Sobresale la negociación colectiva estatal sectorial con un porcentaje de convenios que contienen alguna materia relacionada con la «discapacidad sobrevenida» superior en un tercio al nivel empresarial. Dato relevante y positivo por cuanto la cobertura de personal y empresas es muy superior que si se hace empresa por empresa.
- Es importante poner de relieve (después se analizan específicamente) que cuando abordan las medidas se hace de manera asistemática, muy diluida en el texto del convenio y, en la mayoría de las ocasiones, sin responder de manera precisa a un encuadramiento específico que venga ligado a las situaciones de «discapacidad sobrevenida». Lo habitual es encontrar un abordaje parcial y puntual conforme se tratan cuestiones tales como la movilidad funcional, los complementos salariales, la formación, la prevención de riesgos laborales, etc., lo que dificulta la visibilidad de los destinatarios tanto de los discapacitados como de las representaciones de las personas trabajadoras –sindicales– y unitarias– que negocian en el ámbito de empresa.

3.3. Contenidos de la negociación colectiva referidos a la «discapacidad sobrevenida»: análisis y valoración

3.3.1. El lento, pero cierto, camino hacia la visibilidad en los convenios del colectivo de personas con discapacidad sobrevenida

Como hemos dicho con anterioridad, la negociación colectiva es un instrumento útil de gestión integradora y correctora, para afrontar los efectos expulsivos del trabajo que

el marco legislativo laboral fomenta indirectamente en los supuestos de discapacidad sobrevenida. A través de estos instrumentos normativos se articula un conjunto coherente y completo de medidas dirigidas a la protección efectiva del derecho social constitucional al trabajo de las personas afectadas temporal o permanentemente en su salud que pueden ver extinguida la relación laboral, puesto que en ciertas normas generales prima la defensa de la productividad empresarial por encima del derecho al trabajo en condiciones de igualdad. Por lo tanto, la negociación colectiva está en adecuadas condiciones para adaptar nuestro sistema jurídico a la evolución de la discapacidad y con un enfoque más equilibrado (Argüelles, 2017).

Pero también encontramos referentes legales significativos para la negociación colectiva. Así, conviene traer aquí las medidas que se pueden establecer como concreción del principio jurídico general de adaptación del trabajo a la persona, en línea con la previsión legal de tal principio preventivo ex artículo 15.1 d) de la Ley de prevención de riesgos laborales (LPRL). Aunque esta normativa tiene una concreción en el artículo 25 de la LPRL, lo es solo para personas especialmente sensibles a ciertos riesgos. Se acoge en ella un desarrollo integrador, pero limitados, subjetiva y funcionalmente, los riesgos laborales.

No es el único. Podemos encontrar también, entre otros, la potenciación del uso de las nuevas tecnologías para este colectivo, readaptación de funciones, recolocación del personal afectado, excedencia, suspensión del contrato, etc.

En este sentido conviene reseñar que el artículo 40 del Real Decreto legislativo 1/2013, en relación con el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre (DOCE L 303, de 2 de diciembre), obliga a establecer medidas en sentido amplio realizando ajustes o adaptaciones razonables en los puestos y lugares de trabajo de protección de las personas con discapacidad en general. Incluibles, si cabe con mayor razón, las personas con discapacidad sobrevenida. Las limitaciones jurisprudenciales al alcance de esta obligación⁹ exigen su garantía equilibrada en sede negocial.

La acción convencional puede conducir a una devaluación de las condiciones de trabajo que inicialmente venía disfrutando la persona trabajadora antes de sufrir la discapacidad (Goerlich, 1996, p. 64). Pero vista desde una vertiente positiva, incluso en ese caso, puede ser una vía adecuada para evitar la expulsión del trabajo que se abre en las normas del ET y la Ley general de la Seguridad Social y que la negociación colectiva puede evitar. Desde ese potencial protagonismo de la negociación, los contenidos más limitados en la actualidad son cuantos siguen.

⁹ La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2018 (rec. 160/2016) prima el considerando 17 de la Directiva 2000/78, con lo que hace una interpretación muy laxa y generosa, a favor de la empresa, de lo que se entiende por carga excesiva en la adaptación.

3.3.2. Igualdad de trato y no discriminación de las personas con discapacidad en la relación de trabajo

Ya dijimos que el principal –no único– marco de referencia para el tratamiento de las personas con discapacidad sobrevenida debe ser el derecho a la igualdad de trato, así como a la no discriminación.

El artículo 2 del Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, concreta este marco normativo. Así, integra tanto el principio de igualdad de oportunidades (art. 14 en relación con el art. 9.2 CE) cuanto el de la no discriminación de las personas discapacitadas en la relación de trabajo. De forma explícita se formula en el artículo 35.1 del Real Decreto legislativo 1/2013: derecho al trabajo en condiciones de «igualdad de trato y no discriminación» directa o indirecta. Para alcanzar ese objetivo se declara, en primer lugar, la nulidad entre otros preceptos y decisiones de «los convenios colectivos» que den lugar a «situaciones de discriminación» en materia de empleo y condiciones de trabajo. Y, en sentido positivo, se establece que los empresarios «están obligados a adoptar medidas adecuadas» de acceso, de adaptación de puesto, de promoción y formación sin que tales acciones supongan «una carga excesiva» para la empresa (art. 40 RDleg. 1/2013). A partir de estas exigencias legales, buen número de convenios incluyen cláusulas de igualdad y no discriminación por razón de discapacidad, aunque el tratamiento que se hace no es en realidad promocional, en muchos casos con una redacción deficiente, parcial, asistemática y meramente declarativa. Las cláusulas por discapacidad se plantean de manera genérica y vinculándolas a todos los aspectos de la relación laboral: acceso al empleo, clasificación, promoción y formación profesional, contratación, desarrollo de la prestación laboral, retribuciones, etc., sin medidas garantistas.

De igual modo, se detecta que en buena parte de las situaciones reguladoras se vincula la prohibición de discriminación y se incardina la misma dentro de las previsiones sobre la igualdad entre mujeres y hombres (art. 101 Convenio colectivo general de trabajo de la industria del textil y de la confección). O se incluyen dentro de los protocolos sobre prevención y actuación contra el acoso sexual y por razón de sexo (art. 57 Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida). Incluso en el marco de un plan de igualdad exigido por la ley y para definir el acoso se incluye la «discapacidad física o mental» (disp. adic. única Convenio colectivo de Santa Bárbara Sistemas, SA). O, en fin, se hace una previsión genérica sobre el principio de igualdad de trato y prohibición de la discriminación en el que se incluyen las situaciones de discapacidad, y, a continuación, todo ello se vincula casi en exclusiva a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (art. 120 VI Convenio colectivo general de ferralla).

Igualmente, se encuentran previsiones en las que se establece la nulidad de las cláusulas calificadas de discriminatorias con reiteración de lo que establece el artículo 35.5 del Real Decreto legislativo 1/2013, que prevé la nulidad de los preceptos de los convenios en los «ámbitos del empleo, en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo» (art. 7 Convenio colectivo de la provincia de Almería de estudios técnicos y oficinas de arquitectura).

Y, en fin, los supuestos de discriminación y acoso por razón de discapacidad, al igual que para el resto de situaciones de acoso por diferentes motivaciones, se recogen en los regímenes de sanciones y faltas, calificándolos como faltas muy graves¹⁰.

3.3.3. Medidas de «acoplamiento» o de «readaptación profesional» del personal con discapacidad sobrevenida: la movilidad funcional

Una de las cláusulas típicas en esta materia se refiere a establecer medidas para la «readaptación profesional» o también denominado «acoplamiento» de las personas en nuevos puestos encomendándoles nuevas funciones acordes con su nueva capacidad real. Esta medida de reclasificación profesional se configura jurídicamente como un supuesto concreto de movilidad funcional, con diversas variantes en la forma de reconocimiento. Así, en algunos casos se configura como un derecho a que la empresa las «acople» a puestos compatibles con sus capacidades (el art. 15 Convenio colectivo de Acerinox Europa, SA, establece que la empresa «acoplará necesariamente al trabajador» que pasará a efectuar otro trabajo).

En cualquier caso, lo que sí se aprecia es una multiplicidad de variantes sobre la forma y modo de configurar este derecho y sus titulares. En tal sentido, se pueden destacar, entre otras, las siguientes:

- Personal que haya sido declarado en situación de incapacidad permanente parcial¹¹, al que se le reconoce:
 - La reincorporación al mismo puesto, si la discapacidad no afecta al rendimiento normal y, si ello no es posible, mantener el nivel retributivo que tenía.
 - Si se acredita disminución del rendimiento, la persona discapacitada deberá ocupar un puesto de trabajo adecuado a su capacidad y, si no existiere, el empresario podrá reducir el salario hasta el 25 % con el límite del salario del convenio.
 - Si la persona en situación de incapacidad permanente parcial recobrara con posterioridad su total capacidad para su profesión habitual, tendrá derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo originario, si viniese ocupando uno de categoría inferior, si hubieran transcurrido menos de 3 años en dicha situación.

¹⁰ Vid., entre otros, el artículo 107 s) del VI Convenio colectivo general de ferralla; artículo 82.15 del Convenio colectivo general de trabajo de la industria del textil y de la confección; y artículo 66 del Convenio colectivo de Claved, SA.

¹¹ Artículo 20 del Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida.

- A quienes se hubiese reconocido una incapacidad permanente total o absoluta y tras recibir prestaciones de recuperación profesional hubieran recobrado su plena capacidad laboral, tendrán preferencia para su reingreso cuando se produzca la primera vacante en su categoría o grupo profesional.
 - La persona que esté afectada de una incapacidad permanente parcial y como consecuencia de ello incapaz de realizar alguna de las tareas o funciones propias de su grupo y/o puesto profesional, pero conserva capacidad en grado suficiente para desempeñar correctamente los cometidos y funciones fundamentales del mismo, se priorizará para ocupar puestos de trabajo propios de dicho grupo y/o puesto profesional que se consideren por los servicios médicos de empresa¹².
- Personal cuya capacidad se haya reducido por edad u otras circunstancias, antes de la jubilación, al que se le reconoce el derecho a ser destinado a trabajos adecuados a sus condiciones¹³. Se le reconoce derecho de preferencia, para cuya efectividad la empresa ha de proveer las plazas de portería, conserjería, vigilancia, etc., si no puede seguir desempeñando su trabajo con el rendimiento normal, manteniendo el derecho al salario de su categoría originaria.
 - Supuestos en los que, como consecuencia de los reconocimientos médicos o de las situaciones de incapacidad temporal prolongada¹⁴, se ponga de manifiesto que la persona trabajadora no está en condiciones de desarrollar las funciones esenciales de su ocupación. Si su situación física es compatible con el desempeño de otro puesto de trabajo, la empresa le ofrecerá bien la adaptación del puesto, bien el traslado a otro puesto de trabajo que la empresa determine, percibiendo el salario correspondiente al puesto de trabajo efectivamente desarrollado¹⁵.
 - A las personas que sean declaradas en situación de incapacidad permanente total y les sea reconocida una prestación inferior a un porcentaje concreto de su base reguladora¹⁶ se les reconoce el derecho a que la empresa les ofrezca un puesto de trabajo acorde a sus nuevas condiciones. Derecho condicionado a que exista dicho puesto, que no concurran circunstancias organizativas que lo impidan,

¹² Artículo 125.2 del II Convenio colectivo de empresas vinculadas para Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU, y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU.

¹³ Artículo 20 del Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida; artículo 52 del Convenio colectivo del sector de la construcción y obras públicas de Cádiz.

¹⁴ Artículo 40 del Convenio colectivo de Puertos del Estado y autoridades portuarias.

¹⁵ Artículo 33 del Convenio colectivo de las industrias del aceite y sus derivados de la provincia de Córdoba; artículo 52 del Convenio colectivo del sector de la construcción y obras públicas de Cádiz; o el artículo 11 del Convenio colectivo provincial del comercio de automóvil, caravanas, motocicletas, bicicletas y accesorios de Sevilla.

¹⁶ Artículo 59 del Convenio colectivo de Puertos del Estado y autoridades portuarias.

así como que la persona goce de aptitudes para el desempeño de la nueva ocupación. En este caso, se garantiza que el nuevo contrato sea a jornada completa, pero, de no ser así, se formalizará un contrato con unas retribuciones que, a través de las condiciones de trabajo, jornada, etc., le permitan alcanzar el 100 % de la base de cotización que tuviera acreditada antes de la declaración de incapacidad, y si el salario fuera menor, se podrá suscribir un convenio especial de cotización con la Seguridad Social con cargo a la empresa hasta alcanzar el 100 % de la cotización.

- Si la persona con «capacidad disminuida» deja de estar en condiciones físicas o psíquicas para continuar realizando eficazmente la tarea que venía desempeñando, debido a accidente, enfermedad o cualquier otra causa, aunque no haya necesitado obtener la baja de la Seguridad Social¹⁷, se asignará una tarea adecuada a su capacidad previa declaración de esta situación y previos los dictámenes y asesoramientos oportunos del servicio médico. La persona tendrá la opción de realizar actividad distinta y adecuada siempre que «exista puesto disponible»¹⁸. En la mayoría de los supuestos con «el nivel salarial retributivo que tenía»¹⁹.
- Persona trabajadora a la que se le declare una invalidez por el órgano pertinente de la Seguridad Social que le impida realizar las funciones propias de su categoría profesional²⁰, la empresa estará obligada, si existen vacantes en otras categorías profesionales, cuyas funciones en su totalidad puedan ser desempeñadas por esta persona, y previa solicitud de esta dentro del plazo máximo de 1 año a partir de la fecha en la que hubo resolución firme de invalidez, a la adjudicación de la vacante que hubiera solicitado.
- Personal que por discapacidad en sus condiciones físicas, psíquicas, intelectuales o sensoriales, o por otras circunstancias no se halle en situación de dar rendimiento normalmente exigible en su categoría, y le haya sido denegada la invalidez permanente total para la profesión habitual, se le reconoce un muy diluido derecho –se expresa en términos de «procurarán»²¹– a que las empresas lo destinen a trabajos adecuados a sus condiciones. En algunos supuestos que se limitan a la «capacidad física» disminuida por cualquier causa «se procurará acoplar»

¹⁷ Artículo 30 del Convenio colectivo sectorial para la limpieza de edificios públicos y locales de la provincia de Jaén.

¹⁸ Artículo 29 del Convenio colectivo de Siemens Healthcare, SLU.

¹⁹ Artículo 30 del Convenio colectivo sectorial para la limpieza de edificios públicos y locales de la provincia de Jaén; artículo 39 del Convenio colectivo para el comercio de maquinaria industrial, agrícola, material eléctrico de Sevilla; artículo 15 del Convenio colectivo de Acerinox, SA.

²⁰ Artículo 28 e) del II Convenio colectivo de la comunidad autónoma de Andalucía para el sector de aparcamientos y garajes (2016-2020).

²¹ Artículo 56 del Convenio colectivo estatal para las industrias lácteas y sus derivados.

manteniendo sus retribuciones con limitación cuantitativa al 5 % del personal del centro de trabajo²².

En definitiva, como se puede apreciar, y a modo de conclusión, de un lado, son pocas las cláusulas de garantía convencional del derecho de la persona trabajadora discapacitada sobrevenida a un «acoplamiento» profesional sin condicionantes. En la mayor parte de los casos se hace depender su efectividad bien de la existencia de vacante adecuada; del plazo dado para su ejercicio; de que la discapacidad tenga el reconocimiento de los «organismos pertinentes de la Seguridad Social»; de que exista previa valoración por los servicios médicos de la empresa; o, en fin, de que tales personas perciban subsidios o pensión inferiores al salario mínimo interprofesional vigente –otorgándose preferencia en cuanto al acoplamiento²³–.

De otro lado, se insiste en que el cambio funcional y la consiguiente reclasificación profesional sean acordes a la capacidad real de la persona trabajadora. Esta condición reconduce la acción de la empresa a ofrecer el desempeño de funciones y tareas de puestos de «categoría inferior» correspondiente a grupos profesionales de personal subalterno –ordenanzas, portería, conserjería, vigilancia–. Y ello sin prever en todos los supuestos cláusulas de «garantía económico-salarial» del puesto de origen, o algún tipo de seguro que cubra los supuestos de salario inferior al que tuviese acreditado o, en fin, haciendo referencia a las ayudas previstas «para promover la colocación de las personas discapacitadas» o para «compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad» (arts. 39 y 40 RDleg. 1/2013).

Y, en fin, en la mayoría de los supuestos en los que se establece el deber de ser acoplados en otra actividad distinta, no se refuerza con medidas de formación *ad hoc*²⁴ o de adaptación del puesto de trabajo a las eventuales limitaciones funcionales.

Siguiendo con el análisis de la diversidad con la que se trata la reincorporación del personal discapacitado, son muy pocos los convenios que establecen la adaptación de puesto de trabajo con conservación del nivel salarial y profesional. Así:

- En algunos casos establecen una cláusula nominada de «adaptación del puesto de trabajo» cuando en realidad están regulando el paso a una «actividad distinta» que *de facto* es de menor nivel de exigencia y de salario, puesto que impone al empresario respetar el salario anterior a la discapacidad²⁵.

²² Artículo 31 del Convenio colectivo de Santa Bárbara Sistemas, SA.

²³ Artículo 6.3 del Convenio colectivo de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares.

²⁴ De manera genérica se hace referencia al fomento de medidas que faciliten en materia de formación la participación del personal con discapacidad (por ejemplo, art. 76 Convenio colectivo único de la Administración General del Estado).

²⁵ Artículo 56 del Convenio colectivo provincial de comercio de Córdoba de 27 de noviembre de 2018.

- Pocos convenios establecen una regulación orientada hacia una atractiva elección de la persona discapacitada por la continuidad de su vida activa. En algún supuesto, la regulación del derecho da tratamiento cuidadoso, respetuoso e incentivador de la recolocación, puesto que la rodea de garantías económicas («conservando el nivel salarial»), de prevención de riesgos (adaptación física de puesto, pero también psicológica, evitando la marginación del personal discapacitado si se separa del resto) y cuantitativa (sin computar en el 2 % del mínimo legal de reserva)²⁶.
- En este sentido, y en el contexto de reserva legal para la generalidad de los discapacitados, son escasos, pero significativos, los convenios que prevén la adopción de medidas adecuadas para la adaptación de puesto y accesibilidad en función de las necesidades de cada persona discapacitada.

Ciertamente, los sujetos negociadores son conscientes de la carga para el empresario. De ahí que ponderen y condicionen su desarrollo concreto a que no conlleven «una carga excesiva para el empresario». En consonancia con lo previsto tanto en la legislación comunitaria como en la nacional, las cláusulas convencionales tienden a concretarlas, a fin de conciliar efectividad de la medida con seguridad jurídica. Sin embargo, a menudo tales concreciones remiten de forma general y abstracta a los criterios ya previstos en el artículo 40 del Real Decreto legislativo 1/2013²⁷ las «medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad» (platillo de razonabilidad del coste del ajuste), así como los costes financieros y de otra índole que ocasionen a la empresa (en el platillo o fiel de la excesiva onerosidad). En todo caso, se establece la necesidad de hacer la ponderación por «tamaño y volumen de la empresa»²⁸.

Por último, entendemos especialmente reseñable la regulación sobre movilidad funcional que establecen diversos convenios colectivos para personal laboral del sector público. Sería el caso del artículo 42 del IV Convenio único para el personal laboral de la Administración General del Estado. Resulta especialmente reseñable por su: a) especial desarrollo,

²⁶ Artículo 27 del Convenio colectivo del sector de manipulado y envasado de frutas, hortalizas y flores de Almería, en el que se prevé:

Las empresas conservarán el nivel salarial y profesional de los discapacitados que pasen a tener consideración de tales después de un accidente de trabajo, enfermedad o accidente no laboral, sobrevenido después de su ingreso en la empresa. En estas circunstancias, las empresas vendrán obligadas a reconvertir su puesto de trabajo para adaptarlo a las nuevas condiciones físicas del trabajador, sin que ello suponga la marginación de tales trabajadores, mediante la separación de sus compañeros en talleres o departamentos especiales. Estos trabajadores no se incluirán en el porcentaje del 2 % aducido en el primer párrafo del presente artículo.

²⁷ El concepto de carga excesiva se define previamente en el artículo 2 m) del Real Decreto legislativo 1/2013 bajo el término de «ajustes razonables» para la generalidad de situaciones.

²⁸ *Vid.* artículo 20 del Convenio colectivo provincial de la industria de la alimentación de Almería de 20 de septiembre de 2019.

b) por la amplitud de supuestos que abren el campo de aplicación a las diversas variables de lo que se puede considerar como discapacidad sobrevenida y c) por establecer un procedimiento para la movilidad funcional con palpables medidas garantistas que evitan la arbitrariedad en la decisión.

Aunque sin utilizar el término «discapacidad sobrevenida», se prevé una diversidad de situaciones, todas ellas reconducibles a una discapacidad sobrevenida, como son: la declaración de incapacidad permanente total; por disminución de su capacidad para el desempeño de su puesto de trabajo, o por razones de salud con posibilidades de rehabilitación.

En todos los casos, la movilidad se podrá instar a solicitud de la persona trabajadora o por decisión de la Administración. Como es natural, dado que siempre se dará la concurrencia de una dimensión de salud laboral (principio de adaptación del trabajo a la persona, más si tiene condiciones especiales o particulares, como es un estado de discapacidad), está previsto que intervenga en el procedimiento el servicio de prevención de riesgos laborales. Asimismo, dentro de esta misma óptica, si bien más en los casos singulares de la movilidad por razones de salud, y las consiguientes vías o posibilidades de rehabilitación de la persona trabajadora, está prevista la intervención de los servicios médicos, además del informe del ministerio en el que preste sus servicios la persona que se encuentre en tales circunstancias.

En fin, para este tipo de traslados se prevé que el mismo tendrá una duración inicial de 6 meses y será provisional, teniendo la Administración la obligación de reservar el puesto de trabajo que tuviera el trabajador o trabajadora en caso de que lo hubiera obtenido con carácter definitivo. Terminado este periodo de 6 meses, deberá optar de forma expresa entre el regreso a su puesto de trabajo o la continuidad en el nuevo puesto. En este último caso decaerá la mencionada obligación de reserva. A partir de entonces la ocupación del nuevo puesto de trabajo tendrá carácter definitivo cuando la persona interesada ocupara con tal carácter su puesto de origen (art. 42.7).

Menos completo, pero significativo, es el artículo 23 del VI Convenio colectivo del personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, que contempla una modalidad especial de movilidad funcional por «disminución de la capacidad»²⁹. En este mismo marco

²⁹ Artículo 23:

La movilidad por disminución de la capacidad del personal podrá llevarse a cabo a petición propia de la persona interesada o a instancia de la Administración, a otra categoría del mismo grupo profesional o inferior, siempre que se acredite la titulación exigida de acuerdo con el sistema de clasificación profesional, o a puesto de trabajo de la misma categoría profesional si las condiciones de trabajo del nuevo puesto favorecen su salud. Estas peticiones serán tramitadas y resueltas por la consejería competente en materia de función pública, previo informe emitido por tribunal médico y acuerdo de la Subcomisión de Salud Laboral, dando traslado a la Comisión del convenio, para su ratificación, de las peticiones. La movilidad podrá efectuarse dentro de la misma localidad o en

normativo se integran otras tipologías de movilidades funcionales que llama «por razones objetivas», que también pueden resultar de alguna utilidad a efectos de asegurar una mayor estabilidad en el empleo para personas con situaciones de enfermedad, o de discapacidad sobrevenida en sentido estricto, que pudieran verse perjudicadas por tales estados. De especial interés es la posibilidad de este tipo de novaciones de puesto de trabajo por razones de salud y posibilidades de rehabilitación de la persona trabajadora³⁰.

3.3.4. Movilidad geográfica de la persona trabajadora con discapacidad sobrevenida: un supuesto convencional de permanencia

Las diferentes circunstancias que vienen ligadas a supuestos de movilidad geográfica de personal con discapacidad sobrevenida es otra vertiente que no se aborda con asiduidad. En alguno de los escasos supuestos³¹ se prevé un derecho del discapacitado a no ser desplazado a otros centros de trabajo. Declarando la «prioridad de permanencia» en términos semejantes a los previstos en el artículo 68 b) del ET para los representantes del personal.

En otros se prevé por incapacidad para ocupar el puesto de trabajo, motivada por falta de rendimiento en cantidad o calidad, la posibilidad de que la empresa acuerde el traslado del trabajador, reconociéndose una serie de derechos y garantías para con la persona afectada, como son: que el traslado se realice a un puesto de trabajo acorde con sus facultades; que se le abonen los gastos que se le originen por tal motivo, incluyendo a la familia que con él conviva, así como los de transporte y enseres, que pueden considerarse

otra diferente, si ello favorece las condiciones de salud del trabajador o trabajadora, si bien dicho traslado estará condicionado a la existencia de vacante.

Cuando las circunstancias así lo requieran, será precisa la previa formación profesional pertinente para la adaptación al nuevo puesto de trabajo, que será facilitada por la Administración.

Incide también el Acuerdo de la Comisión negociadora del VII Convenio colectivo del personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, de 2 de noviembre de 2016, por el que se modifica el Acuerdo de 14 de noviembre de 2014, por el que se introducen modificaciones en el sistema de clasificación profesional.

³⁰ Así, se prevé que:

La Consejería competente en materia de función pública podrá conceder traslado a puestos de trabajo de la misma categoría profesional, por razones de salud y posibilidades de rehabilitación del trabajador o trabajadora, del cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad a la conyugal, de hijos e hijas o de familiares de primer grado, siempre que estén a su cargo, previo informe emitido por el tribunal médico y acuerdo de la Subcomisión de Salud Laboral, dándole traslado a la Comisión del convenio en idénticos términos al apartado anterior. Dicho traslado estará condicionado a la existencia de vacante.

³¹ Artículo 32 del Convenio colectivo provincial de derivados del cemento de Granada; o artículo 25 del Convenio colectivo provincial de derivados del cemento de Málaga.

reiteración de los mínimos previstos en el artículo 40.1.3.º del ET y, por tanto, con margen de mejora en la negociación; la percepción de una «gratificación» equivalente a 60 o 30 días de retribución, si existen personas a cargo que convivan con la persona trabajadora; y, por último, se reconoce el derecho a que la empresa le facilite vivienda en el lugar a que se traslade, o a que le compense económicamente la diferencia entre el importe de la renta de dicha vivienda y el que viniera pagando en su residencia anterior (art. 35 Convenio colectivo de La Voz de Galicia).

También es destacable la limitación, en términos de prohibición de adoptar tal medida, que se establece en relación con los traslados, respecto de las personas trabajadoras mayores de 58 años, que, si bien no deben considerarse como discapacitadas, sí que de algún modo hay una probabilidad mayor –a su juicio– de que puedan sufrir en algún momento una situación que las lleve a situarse en tal estado, salvándose la misma con las excepciones de que concorra mutuo acuerdo entre las partes, se adopte tal medida en orden a un expediente de regulación de empleo, o se trate de trabajadores de los niveles 15, 16 y 17 (por ejemplo, art. 11 a) Convenio colectivo de la industria azucarera). Y, de otro lado, de la misma forma se prohíben los desplazamientos para las personas trabajadoras «que tengan reconocida, por resolución firme del Instituto Nacional de la Seguridad Social, algún tipo de incapacidad permanente» (por ejemplo, art. 10.2.6.º Convenio colectivo nacional de la industria azucarera).

3.3.5. Formación: una cuestión capital altamente ausente

No hay duda alguna de la centralidad que, también para este colectivo, tiene una formación profesional adecuada, de modo que aprenda, en su caso, a desarrollar el mayor número posible de competencias y habilidades atendiendo a su nueva situación. El resultado será beneficioso para la persona trabajadora (con discapacidad sobrevenida) y para la empresa. Sorprende, por ello, que brillen por su ausencia las cláusulas de los convenios que incidan, de algún modo, sobre los aspectos ligados a la formación del personal discapacitado de forma sobrevenida. No obstante, encontramos una previsión sobre esta materia que viene conectada a los supuestos de movilidad por disminución de la capacidad del trabajador para el desempeño de su puesto de trabajo, estableciendo que será precisa la previa formación profesional, que será facilitada por la empleadora –en este caso, la Administración (tanto estatal como autonómica andaluza)–, para adaptar a la persona a las características del nuevo puesto de trabajo³². O, en la misma línea, se prevé que la adaptación del puesto de trabajo debe permitir entre otras cuestiones «acceder a la formación» para garantizar la plena igualdad en el trabajo³³.

³² Artículo 42.3.2.º del IV Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado y artículo 23 del VI Convenio colectivo del personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía.

³³ Artículo 20 del Convenio colectivo provincial de trabajo de la industria de la alimentación de Almería.

Otra de las previsiones sobre materia formativa es la que establece, para las personas trabajadoras que tengan limitada su presencia en el centro por razones de discapacidad y de salud (también para situaciones típicas de conciliación), el derecho a que no se las exima del carácter obligatorio de las acciones formativas, si se trata de su realización fuera de su jornada habitual. A tal fin se prevén ciertos límites temporales (un máximo de 16 horas en el año 2019 y 32 horas a partir del año 2020, sobre la jornada máxima prevista en el convenio colectivo)³⁴. Por último, nos encontramos la previsión que posibilita la adopción de medidas de acción positiva en materia formativa del personal discapacitado, lo cual se justifica en el objetivo de garantizar el principio de igualdad de trato y oportunidades en la incorporación a la formación del personal que cuenta con mayores dificultades de acceso a la misma³⁵.

3.3.6. Garantías de seguridad económica para las personas trabajadoras con discapacidad sobrevenida: ¿indemnidad o devaluación retributiva?

Los convenios colectivos analizados abordan con frecuencia y de diversas formas diferentes aspectos ligados a las retribuciones y complementos salariales que, de manera sintética, se pueden agrupar en los siguientes grupos de materias:

- Cláusulas convencionales que establecen unas cantidades que, si bien no lo dicen expresamente, están concebidas para «premiar» o incentivar el abandono del personal discapacitado, y que en determinados casos se otorgan también por el acceso a la jubilación. Así, en unos, se prevé la obligación de concertar un seguro para el supuesto de invalidez³⁶ y, en otros, se prevé el establecimiento de un «premio» consistente en una cantidad a tanto alzado en función del salario mensual de trabajador³⁷.
- La concertación de una póliza de seguro que cubra los riesgos de invalidez y de muerte es muy común en el contenido de los convenios colectivos. Prácticamente en todos los que la regulan observamos un contenido mimético, con variaciones

³⁴ Artículo 89 d) del Convenio colectivo general de la industria química.

³⁵ Artículo 81 del Convenio colectivo del transporte de mercancías por carretera de Almería, que prevé que «las acciones de formación podrán incluir acciones positivas respecto al acceso a la formación de trabajadores pertenecientes a determinados colectivos», entre otros, los trabajadores discapacitados.

³⁶ Artículo 60 del VI Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua (2018-2022); artículo 29 del Convenio colectivo de Orange Espagne, SAU; artículo 70 del Convenio colectivo estatal del sector de la prensa diaria.

³⁷ Artículo 66.8 del Convenio colectivo de las universidades andaluzas que establece que al producirse la jubilación o declararse la situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez tendrá derecho a un premio por importe mínimo de 3 mensualidades más 1 mensualidad por cada 5 años o fracción que exceda de los 15 años de referencia.

puntuales en cuanto a las cuantías –para moderar la cantidad en función del origen profesional o no y de la gravedad del resultado lesivo–, la naturaleza de las causas y la gravedad de las mismas³⁸. E incluso advirtiendo de que si no se concreta la póliza de seguro será la empresa la responsable directa del pago³⁹. En algunos casos además de suscribir una póliza de seguro para los resultados más graves de invalidez o fallecimiento, se prevé que la persona afectada o sus familiares recibirán una cantidad a cargo de la empresa fijada en el propio texto convencional, siendo buen ejemplo de ello la previsión en la que se concreta que la cuantía a entregar será el «importe de 8 mensualidades de su último salario más el mes completo en que se produce el siniestro»⁴⁰.

- Póliza de seguro complementaria de accidentes con importes graduados en función del resultado lesivo y de la naturaleza del evento que produzca la invalidez o muerte⁴¹ con distribución muy detallada de cantidades en función del resultado lesivo⁴². A veces limitado al accidente de todo tipo que tenga lugar «durante la jornada de trabajo» o 2 horas antes o después, al que se añade un subsidio por defunción de menor cuantía (308,1 €)⁴³.
- Igualmente es muy frecuente la fijación de la obligación de las empresas de completar la prestación por incapacidad temporal hasta el 100 % del salario por accidente laboral o en situaciones de hospitalización por accidente o enfermedad laboral o común⁴⁴. De un lado, es habitual que se incremente su cuantía progresivamente en

³⁸ Artículo 34 del Convenio colectivo provincial de Almería de dependencia mercantil; artículo 47 del Convenio colectivo provincial de trabajo de hostelería y turismo 2017-2020; artículo 48 del Convenio colectivo de la provincia de Almería de industrias de la alimentación; artículo 42 del Convenio colectivo del transporte de mercancías por carretera de la provincia de Córdoba; artículo 25 del Convenio colectivo de la provincia de Córdoba del transporte de viajeros por carretera; artículo 33 del Convenio colectivo de Siemens Healthcare, SLU.

³⁹ Artículo 28 del Convenio colectivo del metal de la provincia de Córdoba; artículo 50 del Convenio colectivo de la construcción y obras públicas de Córdoba.

⁴⁰ *Vid.* artículo 17 del Convenio colectivo del sector de aguas para riego de la provincia de Granada.

⁴¹ Artículo 53 del Convenio colectivo para el sector de la hostelería de la provincia de Córdoba; artículo 30 del Convenio colectivo provincial de comercio de Córdoba; artículo 18 del Convenio colectivo de empresas distribuidoras de energía eléctrica de la provincia de Córdoba; artículo 33 del Convenio colectivo de las industrias vinícolas, licoreras y alcoholeras de la provincia de Córdoba; artículo 38 del Convenio colectivo de las industrias del aceite y sus derivados de la provincia de Córdoba.

⁴² Artículo 13 del Convenio colectivo provincial del sector de la madera y el mueble de Córdoba; artículo 38 del Convenio colectivo del sector de autotaxi de la comunidad autónoma de Andalucía; artículos 24 y 35 del Convenio colectivo de acuicultura; artículo 26 del Convenio colectivo de consorcios de unidades territoriales de empleo; artículo 23 del Convenio colectivo de gestión de servicios de autotaxis.

⁴³ Artículos 54 y 55 del Convenio para el sector de la hostelería de la provincia de Córdoba.

⁴⁴ Artículo 33 del Convenio colectivo de empresas de autotaxis de Andalucía; artículo 22 del Convenio colectivo de empresas dedicadas a la gestión del servicio del taxi de Andalucía; artículo 53 del II Convenio colectivo para el sector del estacionamiento.

función de la duración de la incapacidad hasta alcanzar el 100 % del salario percibido con anterioridad⁴⁵.

En otros⁴⁶, se aplica el complemento pasados unos días de baja hasta los 12 meses, salvo en la incapacidad temporal por accidente de trabajo que se aplica desde el primer día. En algunos, en los primeros días de baja el complemento no llega al 100 % de los «emolumentos fijos», salvo por accidente laboral o enfermedad profesional que alcanza hasta el 100 % desde el primer día⁴⁷. De otro lado, en buena parte de los casos se tiene como salario de referencia el salario base más complementos de antigüedad y parte proporcional de pagas extraordinarias⁴⁸, siendo escasos los supuestos de convenios que llegan hasta el 100 % del salario completo del mes anterior. O se tiene en cuenta solo el «salario base convenio, más antigüedad y pagas extraordinarias»⁴⁹. En algunos supuestos, con peculiaridades en su literalidad, se coincide en prever si la incapacidad temporal proviene o tiene su origen en el trabajo o tiene naturaleza común, salvo que conlleve hospitalización en cuyo caso tiene el mismo tratamiento que si fuere con origen en el trabajo⁵⁰.

En algunos convenios colectivos se prevé el requisito de alcanzar una concreta antigüedad del personal afectado y que la función que le corresponda «fuera desempeñada por los compañeros del mismo»⁵¹. O bien se aplica el complemento solo durante un tiempo limitado⁵². Son escasos los supuestos en los que se establecen previsiones en las que se determinan toda una serie de requisitos, condiciones y

⁴⁵ Aunque se han constatado ciertas disfuncionalidades por posibles prácticas extintivas y consecuente «discriminación por razón de enfermedad» (Velasco, 2016).

⁴⁶ Artículo 28 del Convenio colectivo del sector de la alimentación de Almería.

⁴⁷ Artículo 21 del Convenio colectivo de la provincia de Córdoba del transporte de viajeros por carretera.

⁴⁸ Artículo 20 del Convenio colectivo de las empresas distribuidoras de energía eléctrica de la provincia de Córdoba; artículo 19 del Convenio colectivo de las industrias vinícolas, licoreras y alcoholeras de la provincia de Córdoba; artículo 12 del Convenio colectivo del sector de la madera y el mueble de Córdoba; artículo 19 del Convenio colectivo del metal de Córdoba; artículo 35 del Convenio colectivo de la industria almadrabera de Cádiz. Bajo el título de indemnización por incapacidad temporal, el artículo 38 del Convenio colectivo del sector provincial de la construcción y obras públicas de Cádiz; artículo 20 del Convenio colectivo del sector de viticultura para la provincia de Cádiz; artículo 30 del Convenio colectivo de establecimientos sanitarios de la provincia de Granada; artículo 33 del Convenio colectivo del sector del comercio de la provincia de Granada.

⁴⁹ Artículo 40 del Convenio colectivo de la limpieza de edificios y locales de la provincia de Córdoba.

⁵⁰ Artículo 30 del Convenio colectivo provincial de establecimientos sanitarios y clínicas privadas de Granada. En el mismo sentido, el artículo 19 del Convenio colectivo del metal de la provincia de Córdoba; artículo 20 del Convenio colectivo del transporte de mercancías por carretera, agencias de transporte de la provincia de Granada; artículo 18 del Convenio colectivo provincial del comercio de automóvil, caravanas, motocicletas, bicicletas y accesorios de Sevilla.

⁵¹ Convenio colectivo para el sector de la hostelería de la provincia de Córdoba.

⁵² Limitado a 3 meses como en el artículo 46 del Convenio colectivo provincial del campo de Córdoba.

porcentajes del complemento por incapacidad temporal, fijándose los porcentajes y duración de los mismos en función del tipo de contrato, el tiempo de trabajo y la naturaleza laboral o no de la lesión causante⁵³. En determinados casos, sobre el complemento por incapacidad temporal se prevé que no se abonará por la empresa «a partir del tercer proceso de incapacidad temporal» en 1 año natural⁵⁴.

En los convenios colectivos provinciales andaluces de la construcción se establece un «complemento por discapacidad» con devengo mensual variable en función del grado de discapacidad que en todo caso no puede superar el 33 %. Sorprende el importe exiguo para que sea considerado un incentivo efectivo a entrar o permanecer en el trabajo. A nuestro juicio, tales previsiones obedecen a la lógica de la «acción social» de la empresa en un intento de compensar los mayores gastos que pudiera tener este personal⁵⁵.

- Igualmente, se reconocen complementos salariales vinculados directa o indirectamente a dicha discapacidad. Entre los primeros, y con relativa frecuencia, algunos convenios colectivos reconocen un complemento salarial por discapacidad que expresamente consideran como un complemento de carácter personal del trabajador⁵⁶. Entre los segundos, hay complementos salariales que tienen por objeto compensar a la persona discapacitada en el marco de programas de desarrollo de políticas sociales⁵⁷.

En este marco de la acción social, en determinados convenios se establece una ayuda al personal discapacitado que parece dejar entrever que quieren compensar el menor poder adquisitivo al ocupar puestos de trabajo inferiores, aunque ello con un importe exiguo: 75 euros al mes de gratificación⁵⁸.

⁵³ Artículo 37 del Convenio colectivo de las industrias del aceite y sus derivados de la provincia de Córdoba.

⁵⁴ Convenio colectivo provincial de maquinaria industrial agrícola de Sevilla.

⁵⁵ Artículo 39 del Convenio colectivo provincial de trabajo del sector construcción y obras públicas de Almería. En redacción semejante, el artículo 42 del Convenio colectivo de la construcción y obras públicas de Córdoba.

⁵⁶ Artículo 47 del Convenio colectivo provincial de la industria de la construcción y obras públicas de Granada, en el que se reconoce la percepción como complemento personal; las cantidades se detallan en función del grado de discapacidad que tenga reconocido. En los mismos términos, el artículo 35 del Convenio colectivo provincial de la industria de la construcción, obras públicas y oficios auxiliares de Málaga; y el artículo 39 del Convenio colectivo provincial de construcción y obras públicas de Almería.

⁵⁷ El artículo 53 del Convenio colectivo provincial del comercio del metal y la electricidad de Jaén establece que las partes firmantes se comprometen a «programar actividades de información, formación y asesoramiento a las empresas y trabajadores incluidos en su ámbito funcional, sectorial y territorial para que puedan desarrollar esas políticas sociales». En los mismos términos se pronuncia el artículo 27 del Convenio colectivo provincial para derivados del cemento de Jaén; el artículo 48 del Convenio colectivo provincial de la hostelería de Jaén; y el artículo 19 del Convenio colectivo provincial de las industrias de la madera y corcho de Jaén.

⁵⁸ Artículo 21 del Convenio colectivo de la industria almadrabera de Cádiz.

3.3.7. Cuota de reserva legal de contratación de personas con discapacidad

Es frecuente encontrar en buena parte de los convenios colectivos analizados que cuando abordan la discapacidad hagan mención inmediata a la cuota de reserva legal de empleo del 2 % prevista legalmente. Cláusula dirigida en su redacción a los discapacitados externos a la empresa, pero que, como en otras menciones, ha de entenderse incluida la «discapacidad sobrevenida». Hecha esta afirmación, debemos matizarla en el sentido de que se recoge con más frecuencia en los convenios sectoriales, constatando su menor presencia en los convenios de empresa, que se limitan al compromiso de cumplir la cuota de reserva⁵⁹.

Para las empresas con plantilla inferior a 50 trabajadores, los convenios no recogen medidas de fomento del empleo de personas discapacitadas, limitándose sin más a remarcar la integración laboral de las personas con discapacidad. Es más infrecuente encontrar convenios que establezcan el modo de cómputo del número de personas de plantilla para aplicar el porcentaje.

En la práctica totalidad de los analizados, los negociadores se limitan a hacer una remisión genérica al 2 %, concretando que se calcula sobre la «totalidad de la plantilla»⁶⁰ cualquiera que sea el tipo de contrato, incluyendo los contratos de puesta a disposición por empresas de trabajo temporal⁶¹, con remisión expresa al Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre⁶². En determinados casos, en el 2 % de exigencia legal se incluye la recolocación de trabajadores con discapacidad sobrevenida, aunque dando preferencia a estos últimos⁶³.

⁵⁹ Así, en el artículo 41 del Convenio colectivo marco de UGT 2019/2020, se remite al cupo de reserva legal, aunque en términos de que se «garantizará su cumplimiento».

⁶⁰ Artículo 18 del Convenio colectivo para el sector de la hostelería de la provincia de Córdoba. O el VII Convenio colectivo del Diario ABC, SL, que en su artículo 22 dice que «la empresa observará la legislación vigente en materia de contratación de minusválidos». El artículo 33 del Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria establece que «las empresas del sector cumplirán el mandato legal».

⁶¹ Artículo 23 del Convenio colectivo del transporte de viajeros por carretera para Almería y su provincia; artículo 15 del Convenio colectivo para el sector del comercio del metal y la electricidad de la provincia de Jaén.

⁶² Artículo 39 del Convenio colectivo provincial de trabajo de comercio textil de Almería; artículo 24 del Convenio colectivo provincial de trabajo del sector construcción y obras públicas de Almería; artículo 23 del Convenio colectivo provincial del transporte de viajeros por carretera de Almería; artículo 15 del Convenio colectivo de Acerinox Europa, SA.

⁶³ Artículo 34 del Convenio colectivo para el sector de suministros industriales de Huelva.

Por el contrario, son pocos, pero significativos⁶⁴, los supuestos en los que el porcentaje de reserva se incrementa, de modo que los negociadores optan por ampliar el mínimo legal exigido en el artículo 42 del Real Decreto legislativo 1/2013.

3.3.8. Suspensión de la relación laboral con derecho de reserva de puesto

No hemos encontrado supuestos de reserva de puesto de trabajo más allá del mero traslado de la previsión legal recogida en el artículo 48.2 del ET⁶⁵. No obstante, sí que hay algún caso en el que se amplía el plazo de suspensión con reserva más allá de los 2 años hasta que finalice el expediente de revisión por mejoría de la incapacidad reconocida⁶⁶.

Incluso, hay cláusulas muy restrictivas cuando se prevé que en «el supuesto de incapacidad temporal, cesará el derecho de reserva si el trabajador es declarado en situación de invalidez permanente total o absoluta o gran invalidez, de acuerdo con las leyes vigentes sobre Seguridad Social»⁶⁷.

3.3.9. Otras previsiones convencionales en materia de discapacidad sobrevenida: en especial, la gestión flexible del tiempo de trabajo

Por último, a modo de «cajón de sastre», hay que destacar aquí otra serie de materias que se abordan en los convenios colectivos analizados que, si bien no vienen a constituir una línea consolidada de tratamiento convencional de la discapacidad sobrevenida, sí son manifestaciones reseñables que pueden completar el marco garantista de este colectivo para garantizar la permanencia en el trabajo.

En tal sentido, podemos citar previsiones en materia de régimen horario, que puedan situar a estas personas en situación desfavorable. Así, la empresa deberá tener en cuenta la capacidad real de este colectivo cuando se implante la flexibilidad horaria⁶⁸. En relación

⁶⁴ *Vid.*, en este sentido, el artículo 24 del XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad; artículo 26 del Convenio colectivo provincial de comercio de Córdoba; artículo 45 del Convenio colectivo de transporte de mercancías por carretera, agencias de transporte de la provincia de Granada, en los que se establece un porcentaje del 3 % de personas con discapacidad; artículo 53 del Convenio colectivo de la industria del calzado, en el que se prevé que dicho porcentaje llega al 5 % de la plantilla.

⁶⁵ Artículo 38 del VIII Convenio colectivo nacional de colegios mayores universitarios privados.

⁶⁶ Artículo 93 del Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

⁶⁷ Artículo 53.6.2.º del Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro. En términos similares, el artículo 64.1 del Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad.

⁶⁸ Artículo 23.4 del Convenio colectivo de la empresa Orange Espagne, SAU.

con las medidas de flexibilidad pactadas en el convenio no serán de aplicación a trabajadores que tengan limitada su presencia en el centro de trabajo por razones de seguridad y salud o discapacidad⁶⁹, reconociéndoles además un derecho de prioridad en la elección de turno a las personas con una discapacidad reconocida oficialmente⁷⁰.

En materia de prevención de riesgos laborales, en la práctica totalidad de los convenios que abordan la discapacidad en clave de seguridad y salud laboral, se aprecia una evidente tendencia a reiterar el texto del artículo 25 de la LPRL, sin aportar otras concreciones y garantías que las contenidas en el precepto legal⁷¹. Solo en un supuesto hemos encontrado que se prevé la atribución a la Comisión paritaria de la competencia para determinar un catálogo de puestos y su adaptación para personas con discapacidad⁷².

Por último, en un caso se establece el derecho a hacer uso de una plaza de aparcamiento al personal que, por razones de enfermedad o incapacidad, ratificadas por el servicio médico, tenga dificultades de movilidad. Derecho que se hará efectivo siempre que haya disponibilidad de plazas de aparcamiento⁷³.

4. Selección de las mejores prácticas relativas a la continuidad en el empleo de las personas discapacitadas

A lo largo de las páginas precedentes hemos recorrido, con cierto detalle, las cláusulas convencionales más relevantes, a efectos de mejorar la seguridad, económica y en el empleo, de las personas con discapacidad sobrevenida. En ellas hemos expuesto los convenios más significativos, con sus contenidos y textos más referenciales. De ellos se puede extraer, a nuestro juicio, una imagen bastante precisa de qué se está haciendo en la materia por la negociación colectiva, tanto andaluza como estatal, facilitando un buen material de referencia para las diversas unidades de negociación que traten de caminar por esa senda. En este epígrafe vamos a seleccionar un puñado de cláusulas que nos han parecido especialmente relevantes y que, por su adecuación y sencillez al tiempo, quizás puedan servir de especial ariete para penetrar de manera más generalizada o normalizada en el conjunto de las unidades de negociación de la comunidad autónoma de Andalucía y, más ampliamente, de nuestro país. Aunque todas ellas han salido ya en el análisis precedente efectuado,

⁶⁹ Artículo 43.3 del Convenio colectivo general de industrias químicas.

⁷⁰ Artículo 47.9 del Convenio colectivo general de industrias químicas.

⁷¹ Artículo 67.8 del Convenio colectivo estatal de perfumerías y afines; artículo 47 del Convenio colectivo sectorial de ámbito estatal de las administraciones de loterías.

⁷² Vid. artículo 31.2 d) del VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes.

⁷³ Artículo 38.5 del Convenio colectivo de Nokia Spain, SA.

ahora las reseñamos, con sus textos completos, a fin de facilitar su recuerdo y su traslación, si así se considera adecuado en las diversas unidades y sin perjuicio de la conveniencia o posibilidad de adecuación a cada ámbito específico –empresa y sector–.

Al respecto, en esta particular selecta reseña, nos parece muy acertado el ya citado artículo 27 del Convenio colectivo del sector de manipulado y envasado de frutas, hortalizas y flores de Almería, donde se prevé que:

Las empresas conservarán el nivel salarial y profesional [clara garantía de seguridad económica] de los discapacitados [aquí debería producirse un cambio a fin de garantizar un lenguaje inclusivo, sustituyendo el término por «personas trabajadoras con discapacidad sobrevenida»; haciendo extensivo este cambio terminológico en cualquier referencia a «trabajadores», «compañeros», etc.] que pasen a tener consideración de tales después de un accidente de trabajo, enfermedad o accidente no laboral, sobrevenido después de su ingreso en la empresa. En estas circunstancias, las empresas vendrán obligadas a reconvertir su puesto de trabajo para adaptarlo a las nuevas condiciones físicas [garantía de seguridad en el empleo y adaptación a la diversa capacidad sobrevenida] del trabajador, sin que ello suponga la marginación de tales trabajadores, mediante la separación del resto del personal en talleres o departamentos especiales. Estos trabajadores no se incluirán en el porcentaje del 2 % aducido en el primer párrafo del presente artículo.

En esta misma línea, ahora incorporando, si bien algo genéricamente, una regla relativa a facilitar la formación profesional de las personas con discapacidad, también cabría destacar el igualmente referido artículo 20 del Convenio provincial del sector de alimentación de Almería. Conforme al tenor de su párrafo segundo, una vez que ha establecido en el párrafo primero una regla recordatoria de la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad (práctica nada recomendable si no se va a establecer un porcentaje superior al legal, por más que pueda valorarse su efecto simbólico, a efectos de recordatorio de que existe esa obligación, muy incumplida):

[...] el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de o por razón de discapacidad, estando los empresarios obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación.

Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa.

En la misma dirección de poner igualmente el acento en las acciones formativas para las personas con discapacidad sobrevenida, clave para una adaptación más razonable y equilibrada, desde el lado de la persona trabajadora, no solo de la empresa, destaca el artículo 81 del Convenio colectivo del transporte de mercancías por carretera de Almería:

Las acciones de formación [se pone el acento, por lo tanto, en la capacitación de las personas con discapacidad, con lo que supone de inversión en mejora del catálogo de «capacidades» de la persona trabajadora y, por lo tanto, de aumento de «capital humano», en compensación de la pérdida de «capacidad» funcional y laboral] podrán [aquí debería utilizarse la fórmula imperativa, para hacerla más creíble y operativa: «deberán»] incluir acciones positivas respecto al acceso a la formación de trabajadores [el lenguaje inclusivo por razón de sexo debe también expandirse, dado el uso inadecuado], pertenecientes a determinados colectivos.

Entre ellos se incluye a las personas trabajadoras discapacitadas, pero debería hacerse más expreso y específico.

Finalmente, de especial interés resulta recordar el régimen de movilidad en el puesto de trabajo previsto por el artículo 42 del IV Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado –algo más completo y preciso a tales fines que el art. 23 IV Convenio colectivo del personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, también referido–, para canalizar los justos derechos de las personas con discapacidad en general y sobrevenida de forma particular.

5. Recomendaciones a los negociadores sobre discapacidad sobrevenida

Como exigencia de los principios de igualdad y no discriminación es necesario visualizar y poner de manifiesto la necesidad de que la negociación colectiva preste más y mejor atención a la discapacidad sobrevenida. A tal fin debe establecer criterios de permanencia en el empleo (privado y público) para los que les sobreviene tal estado, no solo reservas para el acceso de las personas con discapacidad adquirida u originaria. Se trata de adaptar los puestos de trabajo, cualificar (formar o «recapacitar», en la medida de lo posible, claro) a la persona trabajadora en función de su diversa o «nueva capacidad» y garantizar que, al menos en la mayor parte de los casos, no suponga una merma de sus condiciones laborales. Es evidente que siempre serán preferibles medidas de flexibilidad interna (novación de condiciones, aun a la baja) que la extinción. Pero no debería identificarse, sin más, adaptación razonable de puestos para evitar la extinción, que en más de un caso podría implicar incluso la nulidad de la decisión, con reducción salarial, coherente con una categoría o grupo profesional reasignado, sino que habrá de estarse a cada caso concreto (personalización del trato). Es por ello de trascendental importancia que en la negociación colectiva se incluyan

cláusulas en todos los ámbitos de negociación que mantengan –o devuelvan en el menor tiempo posible– a la persona con discapacidad «al circuito del empleo».

Con este objetivo y después del estudio de los convenios colectivos estatales y andaluces se constata, como ya lo hicieran otros estudios generales sobre discapacidad (no solo la sobrevenida) y negociación colectiva, que son muchos los que regulan algún aspecto relacionado con la discapacidad. Ahora bien, desde una perspectiva cualitativa, las menciones a la discapacidad reflejan una significativa orfandad por parte de las personas negociadoras. Así, o bien se ocupan sobre todo de reproducir los preceptos legales, sin que esta opción tenga gran eficacia práctica, ni tan siquiera de índole simbólico, como suele defenderse, o bien, a veces, incluso limitan, cuando no se dificulta su protección, al establecer requisitos o condiciones no previstas en la ley. A veces hay cierta «desidia» o «dejadez», como revelarían que se sigan manteniendo, si bien cada vez menos, hay que constatarlo, las cláusulas que agotan su sentido en puras remisiones a los textos de las normas legales.

En definitiva, a fin de corregir el desfase existente entre lo que aspira a proteger la norma jurídica (la igualdad efectiva de trato de las personas con discapacidad) y lo que, en la práctica, termina más bien protegiendo (la expulsión de la empresa de toda persona trabajadora que, a raíz de sobrevenirle una situación de alteración de su estado de salud y capacidades con previsible larga duración, se convierte en un riesgo para las razones de defensa de la productividad), la negociación colectiva debiera, de forma más normalizada y generalizada:

- Cuidar el lenguaje inclusivo y no estigmatizador en este ámbito, evitando los términos obsoletos y que rayan en la degradación personal. En todo momento debe hablarse de «personas con discapacidad» y de gestión de la «diversidad de capacidades» de las personas trabajadoras.
- El establecimiento convencional del deber de negociar colectivamente de buena fe un compromiso, por parte de cada empresa, en el marco de su responsabilidad social, de intervenir de forma decidida y en la búsqueda de la real y efectiva implantación de acciones encaminadas a reincorporar a las personas trabajadoras con discapacidad sobrevenida. En este sentido, el empresario deberá remover los obstáculos para ampliar el número de puestos idóneos, accesibles y sin riesgos.
- Para poner de relieve la necesidad de visualizar la atención a la discapacidad sobrevenida, la negociación colectiva debe priorizar la adaptación de los puestos, cualificar a la persona trabajadora en función de su «nueva capacidad» (primando la acción que le queda, no lo que pierde) y garantizar que solo como *ultima ratio*, si no es posible indemnizar, la adaptación suponga devaluación de sus condiciones laborales, como hoy sucede en la mayoría de los casos.
- Incluir en todos los acuerdos interprofesionales para la negociación colectiva, nacionales y autonómicos, que se puedan negociar en el futuro, un apartado expreso

con el mandato a los negociadores para que fijen en la negociación contenidos de empleo y condiciones de trabajo de las personas con discapacidad sobrevenida. Así se visibilizará más la situación de estas personas (unificando terminología dispar y obsoleta que encontramos) para un real reingreso de personas en situación de discapacidad sobrevenida.

- Se deben excluir las estipulaciones de simple remisión a la normativa o la reproducción de los textos legales con mayor o menor literalidad referidos a la discapacidad. Sobre todo, esta acción se ha de realizar en referencia a la obligación de establecer un porcentaje de reserva de empleo para las personas trabajadoras discapacitadas. Solo se debería contemplar las «mejoras» en número o en calidad de las medidas a implementar en las empresas, sin ser adecuada la pura remisión legal.
- En conexión con lo anterior, se deberían excluir de esos porcentajes el tratamiento y recuperación para el empleo de las personas con discapacidad sobrevenida. Con ello se consigue dar un tratamiento específico a estos trabajadores, sin límite cuantitativo alguno.
- Deberá fijar cláusulas de preferencia de este colectivo para organizar y realizar la actividad de teletrabajo, siempre que la evitación del desplazamiento y las mejores condiciones de lugar de trabajo faciliten y resulten más atractivas para estas personas. Con amparo en el artículo 34.8 del ET que promueve el recurso al teletrabajo para organizar jornadas más flexibles que faciliten la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, sin reducción de tiempo ni salario, la reincorporación al trabajo de las personas con discapacidad sobrevenida puede ser uno de los supuestos, puesto que obligan al empresario a hacer adaptaciones y ajustes que bien pudieran consistir en facilitarles el teletrabajo.
- Justamente, también sería recomendable el establecimiento de cláusulas específicas de conciliación de la vida familiar y laboral, para las personas con discapacidad sobrevenida, a fin de atender las necesidades concretas de estas personas y colectivos respecto del resto, incluso discapacidad congénita.
- Establecer e incentivar la adopción de medidas de formación, a fin de que faciliten no ya solo la incorporación al trabajo de las personas con discapacidad –originaria–, sino la continuidad de las sobrevenidas.
- Reconocer y garantizar un derecho subjetivo incondicionado de la persona discapacitada a ocupar –y conservar– un empleo compatible con su estado, previo el ejercicio de las obligaciones de adaptación (art. 15 LPRL; art. 40 RDleg. 1/2013).
- Prever cláusulas que faciliten y den preferencia a la movilidad funcional y geográfica del colectivo, buscando y creando puestos con tareas adecuadas a su capacidad, sin que ello suponga pérdida de retribuciones, previa petición de este/a, expresa y escrita, en este sentido.

- No incluir, o limitar a la mínima expresión, las cláusulas que restringen las condiciones de trabajo de estas personas y colectivos, salvo que deriven de la obligación objetiva de salud y seguridad en el trabajo, o constituyan una carga excesiva. De ahí la necesidad de poner el acento en las adaptaciones y ajustes razonables de forma individualizada, atendiendo a las características concretas del puesto, del entorno y de la persona. En este sentido, sería oportuno que se identificasen las actividades y puestos más acordes a los perfiles profesionales de las personas con discapacidad sobrevenida.
- Incluir a este colectivo como destinatario de medidas de acción social, a fin de suplementar las percepciones salariales que pudieran percibir.
- Mantener el derecho preferente de acceso a todos los puestos de trabajo compatibles con su estado sin limitación temporal alguna.
- Por último, debe ya darse prioridad a cláusulas que incluyan la perspectiva de género en el tratamiento de las personas con discapacidad sobrevenida, diseñando medidas de acción positiva concretas, que corrijan la doble condición de discriminación (acceso y permanencia) en el mercado laboral.

Referencias bibliográficas

- Almendros González, M. A. (2018). Cláusulas de empleo para personas con discapacidad en la negociación colectiva. En C. Sáez Lara (Coord.), *La negociación colectiva tras las reformas legales: especial referencia a Andalucía* (pp. 441-473). Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- Argüelles Blanco, A. R. (2017). Herramientas jurídicas para la igualdad de oportunidades laborales de las personas con discapacidad. En J. Moreno Gené y L. A. Fernández Villazón (Dirs.), *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social* (pp. 119-180). Pamplona: Aranzadi Thomson Reuters.
- Barbancho, F., Romeo, M. y Yepes-Baldó, M. (2019). IV AENC e integración de las personas con discapacidad: ¿nuevo impulso para la negociación colectiva? *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, 42, 197-220.
- Fernández Iglesias, J. (2006). *Guía de estilo sobre discapacidad para profesionales de los medios de comunicación*. Madrid: Real Patronato sobre Discapacidad.
- García Jiménez, M. (2020). [Discapacidad sobrevenida y exclusión sociolaboral: una correlación precisada de urgentes vías de corrección](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 446, 31-55.

- Goerlich Peset, J. M.^a (1996). La invalidez permanente del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo. *Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral*, 61, 53-68.
- Kahale Carrillo, D. T. (2016). La discapacidad en los convenios colectivos. En C. Sánchez Trigueros (Dir.), *La discapacidad en los convenios colectivos* (pp. 525-566). Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social.
- Miñarro Yanini, M. (2018). *La dimensión social del derecho de asilo: el estatuto de garantías de integración socio-laboral de los «refugiados»*. Albacete: Bomarzo.
- Monereo Pérez, J. L. (2015). La protección integral de los riesgos profesionales a veinte años de vigencia de la Ley de prevención de riesgos laborales: prevención «versus» reparación. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 3, 11-32.
- Ribes Moreno, M. I. (2017). ¿Cabe utilizar la negociación colectiva para integrar laboralmente a las personas con discapacidad? Una propuesta a la luz de la experiencia francesa. *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, 35, 357-388.
- Ruiz Santamaría, J. L. (2018). Medidas adoptadas en la negociación colectiva para el mantenimiento del empleo del trabajador con discapacidad sobrevenida. En C. Sáez Lara (Coord.), *La negociación colectiva tras las reformas legales: especial referencia a Andalucía* (pp. 501-524). Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- UGT. (2018). Discapacidad sobrevenida. Análisis y necesidades. Recuperado de <http://ugt-andalucia.com/c/document_library/get_file?uuid=237c0c11-0c31-482a-96d6-5b7bc80e6022&groupId=10157>.
- UGT. (2019). Los convenios deben proteger de forma especial a quienes adquieren una discapacidad sobrevenida. Recuperado de <<http://www.ugt.es/los-convenios-deben-proteger-de-forma-especial-quienes-adquieren-una-discapacidad-sobrevenida>>.
- Vargas, M., Zufiaur, J. M. y González, A. (2016). Discapacidad, empleo y negociación colectiva en España. Estudios y propuestas. *Revista Derecho Social y Empresa*, 4, 180-193.
- VelascoPortero, M.^aT. (2016). La discriminación por enfermedad o incapacidad temporal en los convenios colectivos. En C. Sánchez Trigueros (Dir.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. Estudios de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (pp. 567-587). Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social.



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

Principio de precaución y obligaciones preventivas en las empresas para la «nueva normalidad»: trazabilidad y blindaje digitales del riesgo de contagio, ¿misiones imposibles?

Análisis del Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Extracto

No es, ni mucho menos, la última manifestación de la legislación social de emergencia sanitaria en España (después se han dictado tres leyes de urgencia adicionales, y las que vendrán), pero el Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, sí constituye la principal «hoja de ruta» para conducir el tránsito de las personas y de las empresas hacia esa nueva situación, incierta, que llaman «nueva normalidad». Como deja en evidencia la actualidad, que conoce numerosos rebrotes de COVID-19 en los lugares de trabajo, luego trasladados al ámbito comunitario, y viceversa, una clave del éxito para el retorno será el grado de cuidado que se ponga en adoptar todas las medidas preventivas para evitar los contagios de COVID-19, sea por parte de las autoridades sanitarias, sea por parte de las empresas, sea también por parte de las personas trabajadoras. Precisamente, las primeras decisiones judiciales en este ámbito están extremando las exigencias de seguridad y salud en el trabajo, identificando un estándar de tutela que va más allá del principio de prevención tradicional para identificarse con el principio más moderno y comprometido de precaución. Al mismo tiempo, el desarrollo de la tecnología digital permite incrementar el nivel de seguridad tecnológicamente posible, pero tiene un precio alto en términos de achicamiento de la privacidad, por lo que urge lograr el debido equilibrio.

Palabras clave: principio de precaución; salud laboral; COVID-19; trazabilidad; policía digital.

Fecha de entrada: 22-06-2020 / Fecha de aceptación: 22-06-2020

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2020). Principio de precaución y obligaciones preventivas en las empresas para la «nueva normalidad»: trazabilidad y blindaje digitales del riesgo de contagio, ¿misiones imposibles? Análisis del Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 448, 145-168.



The precautionary principle and preventive obligations at work for the «new normality»: digital traceability and shielding of the risk of infections by COVID-19 (impossible missions?)

Analysis of Royal Decree-Law 21/2020, of June 9, on urgent prevention, containment and coordination measures to face the health crisis caused by COVID-19

Cristóbal Molina Navarrete

Abstract

Royal Decree-Law 21/2020, of June 9, on urgent measures of prevention, containment and coordination to deal with the health crisis caused by COVID-19 is not the latest manifestation of the abundant social legislation on health emergency in Spain (after three additional emergency laws have been enacted, and those to come). But that Royal Decree-Law, the object of our analysis, does constitute the main «road map» to guide the transit of people and companies towards this new, uncertain situation, which they call «new normality». Today, which knows numerous outbreaks of COVID-19 in workplaces, then transferred to the rest of the population, and vice versa, shows that a key to success in returning to work will be the degree of care that is taken in taking all measures preventive measures to avoid the spread of COVID-19, either by the health authorities, or by companies or by workers.

Precisely, the first judicial decisions in this area are exacerbating the demands for safety and health at work, identifying a standard of protection that goes beyond the traditional principle of prevention to identify with the precautionary principle, which is more modern and committed. At the same time, the development of digital technology increases the level of security that is technologically possible, but it comes at a high price in terms of reducing privacy. Therefore, it is urgent to achieve the proper balance.

Keywords: precautionary principle; occupational health; COVID-19; traceability; digital policía.

Citation: Molina Navarrete, C. (2020). The precautionary principle and preventive obligations at work for the «new normality»: digital traceability and shielding of the risk of infections by COVID-19 (impossible missions?). Analysis of Royal Decree-Law 21/2020, of June 9, on urgent prevention, containment and coordination measures to face the health crisis caused by COVID-19. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 448, 145-168.



Sumario

1. Introito: la crisis de salud pública (ambiente externo) mutada en cuestión de salud laboral (ambiente interno)
2. La llamada legislativa a un deber de cautela general frente al riesgo de contagio: la vigilancia epidemiológica precoz como clave de bóveda del nuevo edificio
3. La prevención frente al riesgo de contagio en el trabajo para la «nueva normalidad»: ¿interés común o fuente de conflictos laborales?
 - 3.1. Las obligaciones específicas de prevención de las personas empleadoras: ¿una fuente de facultades novatorias diferenciadas de las estatutarias en aras de la salud?
 - 3.1.1. Prevención basada en la flexibilidad de condiciones laborales: ¿habilitación legal específica o remisión implícita a la facultad novatoria estatutaria?
 - 3.1.2. La remisión legislativa a los acuerdos y protocolos de retorno seguro al trabajo: ¿una regla legal contradictoria con la persistente preferencia del teletrabajo?
 - 3.2. El reclamo del compromiso de los sujetos a proteger: las obligaciones para la persona trabajadora
4. El deber de trazabilidad eficaz de contactos y protección de datos: ¿más transparencia del estado de salud a cambio de mayor precaución?
 - 4.1. Trazabilidad del riesgo de contagio y deberes de cooperación informativa: una nueva dimensión de la vigilancia digital de la salud laboral
 - 4.2. Legitimidad del control de datos para la vigilancia preventiva de la salud laboral: ¿máxima seguridad tecnológicamente posible a cambio de privacidad?

Referencias bibliográficas

Ahora mismo, vivas donde vivas, tu segundo trabajo es ser trabajador de la sanidad pública [...]. De ti dependerá que muchas de las medidas aplicadas funcionen, y que tú las apliques ya sabemos –positivamente– que va a salvar vidas [...]. Y déjeme añadir algo muy importante: creemos que esta pandemia ha sido mala y lo ha sido, pero habrá otra, una mucho peor. Tenemos que estar preparados para la siguiente, porque va a ser más grande. Y tenemos que prepararnos para ella sin olvidar que esta no se ha ido: esta aún sigue aquí.

G. Benjamin

1. Introito: la crisis de salud pública (ambiente externo) mutada en cuestión de salud laboral (ambiente interno)

«Más vale un por si acaso que un quién pensaba». Esta es la formulación que recibe, desde hace largo tiempo, en la eterna sabiduría popular, en mi caso transmitida por mi madre –Clara– cuando éramos –al igual que mi hermana, hoy enfermera– niños, el denominado «principio de precaución» (art. 191 [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#)), olvidado en el inicio del estado de alarma y revalorizado cuando ha finalizado (ya harto tarde, sin perjuicio de aquello de que «más vale tarde que nunca»). Con ello, mi madre quería precavernos frente a todo riesgo potencial, de modo que la falta de certidumbre sobre su acaecimiento, o sobre su gravedad, también ante la notable inconsciencia sobre los peligros que se tiene en la juventud, no nos llevara luego a lamentarnos porque realmente lo sufriéramos. Sorprende cómo una regla tan elemental de cautela ante un posible peligro –aunque incierto científicamente– haya sido tan absolutamente orillada por las principales autoridades de la práctica totalidad del mundo frente a la COVID-19 (una suerte de secundaria «pandemia de imprudencia»).

Reconocido y garantizado –teóricamente, al menos– tanto en el derecho internacional cuanto en el derecho nacional, el principio de precaución da fundamento a un estándar de protección efectiva más elevado que el derivado del principio de prevención para la salud humana y el medioambiente ante la ausencia de certidumbre científica plena sobre un riesgo. Este principio –que no deja de tener sus muchos críticos, por ir (dicen) en contra del progreso– exige la máxima seguridad tecnológicamente posible, cuando haya una razonable probabilidad de un riesgo grave o irreversible, pese a no existir certeza científica sobre él. La cautela de seguridad y salud se impondría, así, al coste económico, si no es desproporcionado (por

ejemplo, [art. 7 Ley 17/2011, de 5 de julio](#), de seguridad alimentaria y nutrición; principio 15 [Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo](#); o [Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución, Bruselas, 2 de febrero de 2000, COM\(2000\) 1 final](#)).

El triste descubrimiento de la inexistencia de sistemas –nacional y global– de vigilancia epidemiológica capaces de asegurar el denominado sistema de control «triple T» de la Organización Mundial de la Salud («*test, track and trace*»: testa, localiza y traza todos los contactos), para romper las cadenas de transmisión de virus globales, y las deficiencias para la prevención de enfermedades contagiosas derivadas, más a mayor movilidad y contactos humanos tengan las sociedades y sus economías, provocará, al tiempo, unas consecuencias dramáticas en la vida económico-laboral y social. De este modo, un problema de salud pública muta en una gravísima crisis global, con impactos profundos en el mundo de las empresas y del trabajo, como se ha venido evidenciando estos meses de alarma-confinamiento-desescalada-nueva normalidad. La interacción entre el ambiente externo y el entorno interno al trabajo se estrecha.

Como siempre, los ejemplos de la más reciente actualidad ilustrarán, en la práctica, lo que se quiere afirmar con mayor alcance, de presente y de futuro. En Alemania, se informa día sí y día también del brote de coronavirus en un matadero, que no deja de crecer. En total, [1.029 personas empleadas de la multinacional Tönnies han dado, hasta ahora, positivo en una plantilla de 7.000 personas](#). Aunque, de momento, la infección solo se ha dado en el entorno laboral, las autoridades locales ordenaron el cierre de colegios además de la cuarentena masiva de la plantilla. No se descarta decretar el confinamiento de la población si se detectan casos más allá de la plantilla. En todo caso, la misión control desborda los servicios de la empresa e implica a los servicios públicos de salud y al ejército, desplazados a domicilios particulares y a la zona para ayudar en el rastreo de contactos (familiares, sociales, etc.) de las personas trabajadoras.

Simultáneamente hemos conocido que dos empresas españolas (plantas de tratamiento de frutos rojos pertenecientes a la sevillana Frigodar y a la navarra Natberry) concentran [el foco más grave de COVID-19 en Marruecos](#), confirmando las autoridades más de 500 personas contagiadas (la gran mayoría temporeras). Para las diferentes plantillas (que aglutinan, en algún caso, a más de 1.300 personas trabajadoras, la mayoría mujeres) se decretó la cuarentena domiciliaria, no permitiendo la salida en estas zonas a la población salvo en caso de «extrema necesidad». Aunque no hay seguridad aún de la cadena de transmisión, se cree que el origen está en el transporte, pues es el medio habitual para el traslado diario de personas trabajadoras a sus centros, de la propia empresa y de otras plantas de la zona, tratándose de furgonetas de reducida capacidad (20 personas).

Y los casos ilustrativos pueden seguir, también ya directamente en territorio español. Así, conocimos que una importante zona productora de fruta situada en la provincia de Huesca (semanas antes sucedió con empresas cárnicas) vivió importantes repuntes de la incidencia del coronavirus. Más de 30 nuevas personas infectadas, a raíz de testar el contagio de

8 personas trabajadoras de una empresa, lo que llevó al [Gobierno de Aragón a decretar la suspensión temporal de la actividad de la empresa](#). Diversas comarcas vecinas se vieron afectadas. Si bien hay casos de jóvenes afectados, por sus reuniones en lugares de ocio, la mayoría son temporeros y unos y otros fueron confinados, en tanto se hacen pruebas a las plantillas y se trazan contactos. Unos casos mostraron síntomas leves, otros asintomáticos. El Ayuntamiento habilitó un pabellón polideportivo para que cumplieran la cuarentena quienes no puedan en el domicilio.

Las experiencias conforman un catálogo más amplio y volveremos sobre ello. Ahora será suficiente con estas referencias para poner de relieve esta clave de comprensión de la política de salud de las personas frente al riesgo de contagio de COVID-19 (hoy, mañana de otros virus que ya se anuncian) en la llamada «nueva normalidad» y más allá, al menos hasta que haya vacuna: la protección eficaz a tal fin dependerá de la mayor conexión, interacción y cooperación posibles entre las autoridades públicas (fundamentalmente sanitarias, pero no solo), las empresas (como espacios donde las personas pasan más tiempo, salvo teletrabajo, y más contactos tienen, por lo general) y las propias personas trabajadoras (responsabilidad individual). Justamente, a esta exigencia de mayor integración de sistemas y entornos, así como de cooperación entre todos los actores, incluidas las personas individuales, no solo sujetos a proteger sino «principal arma contra la pandemia», llama el especialista mundial en salud pública norteamericano con que encabezamos este análisis, que igualmente recuerda que [conocimiento, ciencia y tecnología deben ser clave para un sistema preventivo eficaz](#) para el futuro inmediato.

A mi juicio, esta idea se refleja, aunque de forma difusa y totalmente insuficiente, en un entorno de [marginación del ambicioso marco legislativo del sistema de salud pública que fue aprobado en 2011](#), en el Real Decreto-Ley (RDL) de 9 de junio de 2020, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. La mayor parte de sus reglas tienen como personas destinatarias a la población en general, no solo a la población trabajadora, por ser aplicables a los varios espacios en los que el riesgo para la salud frente al contagio existe razonablemente (por ejemplo, obligación de usar las –latosas– mascarillas si no se puede asegurar la distancia física de seguridad, [art. 6](#)). No obstante, su dimensión laboral es mayor de lo que pudiera derivarse de los preceptos específicamente dedicados a los derechos y las obligaciones de personas trabajadoras y empresas en relación con la protección eficaz de la seguridad y salud en los entornos de trabajo, por lo que las medidas previstas para los entornos exteriores a los laborales serán relevantes para la eficacia de la prevención dentro de ellos, como la eficacia de las acciones preventivas en los lugares de trabajo serán claves para facilitar la salud de la población en general. En consecuencia, si bien es cierto que en este análisis de actualidad nos centraremos en los preceptos más netamente laborales, abordaremos su estudio desde esa perspectiva más interactiva e integrada, única que permite una adecuada comprensión de la ley de garantía de la prevención frente al contagio en la inaugurada «nueva normalidad».

2. La llamada legislativa a un deber de cautela general frente al riesgo de contagio: la vigilancia epidemiológica precoz como clave de bóveda del nuevo edificio

Como reconoce su –una vez más extremadamente largo y tedioso– preámbulo, el propósito fundamental de la nueva –después hemos conocido otra, y luego otra, y otra más, hasta hacer la 24– ley de urgencia, si bien ahora para ordenar la denominada «nueva normalidad», una vez finalizada la desescalada y la alarma, es requerir o promover:

[...] una serie de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación, dirigidas a garantizar el derecho a la vida y a la protección de salud mientras perdure la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, una vez expirada la vigencia del estado de alarma y de las medidas extraordinarias de contención, incluidas las limitativas de la libertad de circulación [...].

Así se reflejará en su [artículo 1](#), que añade una especial llamada de alerta a la finalidad de prestar especial atención a perseguir «prevenir posibles rebrotes». Las medidas de prevención e higiene, generales y sectoriales, están en el [capítulo II](#) (arts. 6 a 16). La seriedad de estas previsiones se comprobaría en la inclusión de un régimen sancionador ([capítulo VII](#)), si bien administrativo y que creó una fuerte polémica en torno a su efectividad real, discrepando el Ministerio de Justicia y el de Interior al respecto y con una intensa polémica ya judicializada.

En refuerzo del principio de protección de la salud, tras la previsión también en el preámbulo, el [artículo 4](#) reclamará, de toda la población en general, y de las empresas y personas trabajadoras en particular (implícitamente, por la clara referencia a los sectores contemplados en la norma, que incluye los centros de trabajo [ex art. 7](#)), «un deber general de cautela protectora» como una condición para la eficacia de las conductas preventivas, eliminando carencias pasadas a tal fin y consolidando los avances logrados durante el proceso de transición. Qué duda cabe que para que este deber de cautela pueda tener credibilidad debe estar sostenido por un sistema eficaz de «detección precoz, control de fuentes de infección y vigilancia epidemiológica», como reza el [capítulo V](#) (arts. 22 a 25); un sistema que, precisamente, habría brillado por su ausencia durante el momento más álgido de la pandemia, aunque se haya convertido en central en la fase final.

En suma, aunque refleja y ordena algunas de las medidas ya previstas en fases precedentes (muchas no son sino la conversión en palabra con valor de ley de decisiones tomadas en normas de «ventanilla ministerial», elevándolas de rango, conforme a una –deficiente– tónica general de esta legislación de emergencia), esta norma pretende abrir una nueva etapa tras la alarma que corrija las carencias preventivas identificadas al inicio. Su duración es incierta. En vigor desde el 11 de junio, durará –en todo el territorio nacional, aún modulable según la evolución de los contagios– hasta que el Gobierno decida que la crisis ha terminado ([art. 2.3](#)).

3. La prevención frente al riesgo de contagio en el trabajo para la «nueva normalidad»: ¿interés común o fuente de conflictos laborales?

Como se anticipaba, el [capítulo II](#) regula las «medidas de seguridad e higiene», fijando ciertas obligaciones genéricas atendiendo a los centros de trabajo como entorno particular respecto de otros comunitarios y llamando a la especificación, por las autoridades competentes (por ejemplo, para Cataluña, la [Resolución SLT/1429/2020, de 18 de junio](#), por la que se adoptan medidas básicas de protección y organizativas para prevenir el riesgo de transmisión y favorecer la contención de la infección por SARS-CoV-2), de las aplicables por ámbitos y sectores de actividad económica (servicios y establecimientos sanitarios, servicios sociales, comercios, hoteles y alojamientos turísticos, actividades culturales, deportivas, etc.). Si, según se advertía, el [artículo 6](#) establece la obligación de usar las mascarillas para todas las personas de 6 años en adelante, siempre que no pueda asegurarse la medida principal, la distancia física de seguridad, y salvo excepciones (su incumplimiento no solo puede dar lugar a sanciones administrativas, también puede tener una repercusión contractual, en cuanto ahora se incluye como obligación higiénica también para las personas trabajadoras si concurren los presupuestos del [art. 6](#)), es el [artículo 7](#) el que contempla las obligaciones específicas de prevención e higiene en los lugares de trabajo. Al igual que hace la [Ley de prevención de riesgos laborales \(LPRL\)](#), a la que remite genéricamente, contempla de forma separada las (7.1) obligaciones de las personas titulares de los centros de trabajo respecto de las propias de las (7.2) personas trabajadoras (en línea con el [art. 29 LPRL](#)).

3.1. Las obligaciones específicas de prevención de las personas empleadoras: ¿una fuente de facultades novatorias diferenciadas de las estatutarias en aras de la salud?

Inicia el redactado del [artículo 7.1](#) con una cláusula de remisión genérica, pacífica o banal, en apariencia, al típico «sin perjuicio del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales y del resto de la normativa laboral que resulte de aplicación». A partir de ahí, establece –más bien recopila– las medidas específicas de prevención e higiene frente al riesgo de contagio por COVID-19 para la persona titular de la actividad económica o, en su caso, «el director» (para tratarse de un Gobierno que se vanagloria de ser feminista, causa perplejidad que no contemple que puede ser una directora, por lo que el olvido del lenguaje inclusivo aquí es más injustificado que nunca) de los centros de trabajo.

Como vamos a ver de inmediato, la remisión genérica, sea a la [LPRL](#), sea al [Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#), no resultará tan pacífica como pudiera pensarse de inicio, pues, con relación a la aplicación de las medidas específicas de prevención frente al riesgo de contagio en aras de la salud no solo de cada persona trabajadora, sino del resto de personas relacionadas con ella (salvaguarda del interés general inherente a la salud pública, incluso

al precio de sacrificar, aun proporcionadamente, derechos –por ejemplo, [Auto del Tribunal Constitucional 40/2020, de 30 de abril](#), para derechos de acción colectiva con significación laboral–), la dimensión preventiva puede colisionar con la laboral.

En apretada síntesis, podrían agruparse las diferentes medidas previstas de prevención en los centros en torno a tres bloques:

1. Medidas netamente higiénicas, ya muy conocidas por contempladas de una manera recurrente en las órdenes, resoluciones y protocolos ministeriales previos (ventilación, limpieza y desinfección adecuadas a las características e intensidad de uso de los centros de trabajo, con arreglo a los protocolos que se establezcan en cada caso; puesta a disposición de las personas trabajadoras de agua y jabón, o geles hidroalcohólicos o desinfectantes, autorizados y registrados por el Ministerio de Sanidad, para la limpieza de manos).
2. Medidas organizativas y contractuales (adaptación de las condiciones de trabajo y de los entornos para asegurar la medida esencial preventiva, la distancia física, así como la potenciación del teletrabajo). La finalidad esencial es minimizar el contacto en los centros de trabajo (para los públicos es de interés la [Resolución del secretario de Estado de Política Territorial y Función Pública, de 17 de junio de 2020](#), de medidas a adoptar en los centros de trabajo dependientes de la Administración General del Estado con motivo de la nueva normalidad, de conformidad con el RDL 21/2020).
3. Medidas procedimentales (la adopción de los correspondientes protocolos para el retorno a los lugares de trabajo).

Sin duda, el segundo bloque es el de mayor trascendencia laboral. Nos ocuparemos por ello, básicamente, de él, sin perjuicio de algunas observaciones sobre el tercero, que cuenta con un marco específico de recomendaciones por parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En su [Nota orientativa](#) para una vuelta al trabajo de forma segura se promueve la adopción de «acuerdos de retorno seguro al trabajo» que no solo protejan de forma eficaz la vida y salud de las personas trabajadoras, sino que minimicen los riesgos de contagio futuro con la elaboración, previa participación colectiva, de políticas de empresa anticipatorias, ganando en confianza. Con ello se facilitará también la recuperación económica, conciliando, no oponiendo, salud y economía.

3.1.1. Prevención basada en la flexibilidad de condiciones laborales: ¿habilitación legal específica o remisión implícita a la facultad novatoria estatutaria?

En la [letra c\) del artículo 7.1 del RDL 21/2020](#) se prevé, como medida preventiva organizativa, la adaptación de las condiciones de trabajo (incluida la organización de puestos de

trabajo y, en su caso, su sistema de turnos), así como el uso de los lugares comunes, de forma que se garantice el mantenimiento de una distancia de seguridad interpersonal mínima de 1,5 metros. En este grupo deben incluirse las medidas para evitar la coincidencia masiva de personas (trabajadoras, clientes, etc.), factor de riesgo de contagio en los centros durante las franjas horarias de mayor afluencia de personas, internas y externas a aquellos –sobre todo los abiertos al público–. De no ser posible (juicio de razonabilidad y factibilidad de la obligación preventiva ex art. 16 [Convenio 155 OIT](#)), deberá proporcionar a las personas trabajadoras los equipos de protección individual (EPI) «adecuados al nivel de riesgo». Así se viene contemplando en las diferentes órdenes ministeriales reguladoras del proceso de desescalada (por ejemplo, [art. 5 Orden SND/399/2020, de 9 de mayo](#)). Existe el factor de riesgo de coincidencia masiva de personas cuando no haya expectativas razonables de que se respeten las distancias mínimas de seguridad (probabilidad de coincidencia masiva de las personas trabajadoras con relación a la afluencia de otras personas que sea previsible o periódica).

Aquí se plantea un nuevo problema jurídico que, por supuesto, tampoco esta legalidad basada en una técnica de «ventanilla administrativa» contempla y que deberán resolver, una vez más, y en su caso, los tribunales. Ciertamente, la norma legal habla de «adaptación», no de «novación». Por lo tanto, el régimen jurídico de este tipo de decisiones (cambios horarios, de régimen de turnos, etc.) debería situarse en el marco de la normativa de prevención de riesgos. El eventual cambio viene derivado no por causa de interés empresarial, sino de interés común, preventivo, conforme a una dinámica de gestión diferente a la «normal» (al menos la vieja) y que no admite elección. Por ello, aunque nada dice de forma específica, hay que entender que han de respetarse sus principios, incluido el de participación colectiva (por ejemplo, consulta a los trabajadores sobre la organización del trabajo en la empresa en todo lo relacionado con las consecuencias que pudiera tener para la seguridad y la salud de los trabajadores ex [art. 33.1 a\) LPRL](#)).

El problema se planteará cuando la adaptación requiera, para ser eficaz, un cambio más sustancial de horario o del régimen de turnos (alteración notable de los términos en que se ha venido desarrollando la prestación laboral, no meramente accidental o muy provisional). ¿Sería una novación ex [artículo 41 del ET](#)? No es la única cuestión dudosa al respecto. Recuérdese que se produce también con relación al derecho de adaptación razonable por razones de conciliación, sin que haya un acuerdo doctrinal judicial al respecto.

Quienes defienden que se reconduzcan por la vía del [artículo 41 del ET](#) esgrimen que no media una decisión empresarial en directa ejecución de un dictamen preventivo muy detallado y concreto. Los protocolos de prevención a los que se remite no tendrían la dimensión imperativa típica de las decisiones médico-sanitarias (Sentencia del Tribunal Supremo –[STS– de 18 de diciembre de 2013, rec. 2566/2012](#)). Al contrario, admite valoración discrecional del empleador, que podrá elegir entre varias razonablemente eficaces, mediando también una participación, al menos consultiva, de los sujetos colectivos. Las decisiones novatorias (o de gestión flexible) con finalidad preventiva (como puede ser un

cambio de turno, o un cambio horario de otro tipo) no constituyen una modificación sustancial de condiciones ex [artículo 41 del ET](#) si vienen legalmente impuestas, aunque tengan una notable relevancia ([STS 126/2019, de 19 de febrero](#)), o exigidas por mor de un protocolo de salud laboral, sí lo serían en otro caso ([STS de 26 de noviembre de 2015, rec. 347/2014](#)).

Ahora bien, a mi juicio, si es evidente que los cambios en la organización del tiempo de trabajo (horarios de entrada y de salida, turnos), adecuados como medidas preventivas según el [artículo 7 del RDL 21/2020](#), presuponen valoración (juicio de razonabilidad), demandando que el proceso decisonal incluya la consulta con la representación de las personas trabajadoras afectadas, no creo que por ello deje de ser una decisión en el marco de la LPRL, no del [artículo 41 del ET](#). En este sentido, de interés resulta traer a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia ([STSJ de La Rioja 165/2019, de 12 de septiembre](#)). Esta sentencia reconoce a la empresa libertad organizativa para elegir, entre un catálogo de medidas, cuál aplicar a una trabajadora cuyo reconocimiento médico no señala limitaciones para actividades concretas (por ejemplo, cargas de pesos por encima de cierto número, elevación de los brazos por encima de lo horizontal). Este se limita a señalar que debe evitar el turno de mañana por ser de mayor carga ergonómica (siendo *rara avis* su realización, suele hacerse por actividad, no por turno), obligando a la adaptación necesaria del puesto.

En suma, lo obligatorio es la adaptación, no la medida a adoptar de forma concreta, al no existir una recomendación a tal fin por el servicio de prevención. Sin embargo, reconoce la legitimidad del procedimiento seguido, al margen del [artículo 41 del ET](#), al tratarse de un deber de adaptación impuesto ex artículos [16](#) y [22](#) de la LPRL:

Así las cosas [...] partiendo de esa normativa [...] resulta evidente que la empresa una vez recibid[as] las conclusiones del reconocimiento médico realizado a la trabajadora [...], que la declaraba apta condicionada a evitar el turno de mañana, tenía la obligación de adaptar las condiciones de desarrollo de la actividad laboral a esas condiciones.

Se trata, por tanto, de una obligación empresarial de reorganizar turnos y condiciones asociadas a la obligación preventiva. Parece razonable, pues, considerarla excluida del [artículo 41 del ET](#).

Primero, nada tiene que ver la finalidad del precepto estatutario con este tipo de obligación adaptativa con fines preventivos. Segundo, y en consecuencia, no parece atendible el criterio del perjuicio individual de la persona trabajadora, hasta habilitar la garantía del derecho a extinguir el contrato con indemnización de 20 días por año si el cambio le resulta perjudicial. La decisión está justificada en razones preventivas, por lo que no hay un conflicto de

intereses directo entre empresa y persona trabajadora, sino una decisión de interés común y por determinación legal, aunque no sea automática¹.

Tercero, lógicamente, el cambio deberá ser en todo momento razonable, proporcionado a la finalidad preventiva, minimizándose los efectos contractuales a lo estrictamente necesario para la eficacia preventiva (evitar el factor de riesgo derivado de las aglomeraciones). Así lo han venido precisando, correctamente, las varias órdenes ministeriales reguladoras de la desescalada referidas (por ejemplo, [art. 4.3 Orden SND/399/2020, de 9 de mayo](#)), que solo legitimaban modificaciones en la medida necesaria para garantizar la posibilidad de mantener la distancia de seguridad interpersonal mínima entre los trabajadores, siendo esto responsabilidad del titular de la actividad económica o, en su caso, del director de los centros educativos y entidades, o de la persona en quien estos deleguen. Como vemos, el tránsito de norma ministerial a norma con valor legal lejos de suponer una mejora de la redacción ha oscurecido el mandato.

En la práctica, fueron numerosas las empresas que procedieron a esas adaptaciones (por ejemplo, se escalonan los turnos de trabajo en algunas grandes superficies; ciertas tiendas han sustituido la jornada partida por la intensiva para no duplicar las tareas de desinfección). En este tránsito, las alteraciones horarias pueden generar otro tipo de conflictos laborales, como sucede cuando las personas afectadas tienen cargas familiares y disfrutan de una reducción o adaptación de jornada. En estos casos, el cambio sí puede provocar dificultades y costes (por ejemplo, buscar a una persona para que cuide de sus hijos o mayores a cargo o acogerse, como alternativa, a un permiso no retribuido) que no pueden ser asumidos, sin más, por las personas trabajadoras, por lo que se impone una ponderación diferente de derechos constitucionales e intereses legítimos.

En principio, la empresa no puede modificar de forma unilateral la jornada reducida-adaptada por motivos de conciliación. Sí estaría facultada, habida cuenta de las circunstancias nuevas sucedidas, como la crisis del coronavirus, a abrir un proceso de renegociación temporal, para reconciliar razones empresariales con las de tipo personal. Los papeles se invierten, pues.

En efecto, sería ahora el empleador el que tendría una facultad-expectativa legítima de propuesta razonable y proporcionada a la persona trabajadora con reducción de jornada para novar el acuerdo conciliatorio precedente, o la situación anterior –si se impuso sin acuerdo, en el ejercicio de su derecho de adaptación ex [art. 34.8 ET](#), o incluso ex [art. 6 RDL 8/2020](#), relativo al Plan MeCuida–, por el estricto tiempo necesario para el ajuste. A mi juicio, y a diferencia de lo que sostiene otro sector doctrinal, no sería posible tampoco aquí acudir al procedimiento del [artículo 41 del ET](#), pese a que sí se trata de razones organizativas y productivas, pues su origen es diferente y están en juego derechos fundamentales

¹ En contra, Gómez (2020) y Rojo (2020).

de la persona trabajadora, cual es el derecho de adaptación razonable por razones de conciliación de la vida laboral y familiar.

3.1.2. La remisión legislativa a los acuerdos y protocolos de retorno seguro al trabajo: ¿una regla legal contradictoria con la persistente preferencia del teletrabajo?

La [letra e\) del artículo 7.1](#) contempla una obligación-facultad empresarial de adoptar medidas que presuponen una doble decisión organizativa empresarial de no fácil conciliación, pese, una vez más, a la apariencia de convivencia pacífica. La norma contempla tanto «la reincorporación progresiva de forma presencial» al trabajo como la «potenciación del uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad laboral sea posible». Cierto, a primera vista, la norma legal no ofrece novedad alguna, porque, por enésima vez, eleva a palabra de ley las sucesivas palabras de orden ministerial (por ejemplo, [art. 3 Orden SND/399/2020, de 9 de mayo](#), [Orden SND/414/2020, de 16 de mayo](#), y [Orden SND/458/2020, de 30 de mayo](#)). En estas normas se preveía:

[...] las empresas podrán elaborar protocolos de reincorporación presencial a la actividad laboral, siempre de acuerdo con la normativa laboral y de prevención de riesgos laborales, que deberán incluir recomendaciones sobre el uso de los equipos de protección adecuados al nivel de riesgo, la descripción de las medidas de seguridad a aplicar, la regulación de la vuelta al trabajo con horario escalonado para el personal, siempre que esto sea posible, así como la conciliación de la vida laboral y familiar.

También aquí comprobamos cómo la elevación de rango normativo de una medida no ha ido acompañada de mayor calidad técnica, sino todo lo contrario. De un lado, en estas normas ministeriales se incluye una garantía procedimental (derecho reflexivo) para canalizar el plan de retorno al trabajo en el tránsito a la «nueva normalidad»: el protocolo de reincorporación segura. Esta garantía procedimental, que mejora la transparencia y la participación colectiva, carece de referencia expresa en la norma legal, lo que no tiene justificación, por lo que es un nuevo déficit de técnica normativa en su haber. En vez de retomar la recomendación de la OIT, asegurando el carácter participado, incluso acordado, de ese protocolo de retorno, lo silencio.

Aunque [son varios los acuerdos colectivos establecidos a tal fin, en los distintos países, también en España](#), otras empresas siguieron un camino unilateral. La norma legal ha perdido una gran oportunidad para clarificar la situación y establecer un deber de consulta previa de los protocolos de retorno, cuando menos. De nuevo, habrá que integrar las deficiencias y lagunas de las leyes de emergencia con los principios jurídicos y, al respecto, bien sabido es que la [LPRL](#), que debe servir como principal fuente supletoria dada la finalidad preventiva que

anima esta regulación, asume un principio de participación colectiva en la toma de decisiones sobre salud y seguridad en el trabajo (arts. 33 y ss.). Justamente, se trata de uno de los principios que anima la citada recomendación de la OIT y la posición de los sindicatos a nivel internacional que están protagonizando este tipo de acuerdos de retorno seguro al entorno de trabajo desde el entorno domiciliario, donde, por lo general, se ha estado teletrabajando.

De otro lado, las normas ministeriales ya decaídas llamaban expresamente la atención sobre la necesidad de que esos protocolos-acuerdos de retorno progresivo al trabajo tuvieran en cuenta los imperativos de conciliación de la vida laboral y familiar. Una vez más, también el tránsito a palabra de ley ha supuesto una merma de claridad y calidad reguladora, porque no se contempla expresamente, pese a que se mantengan sus fundamentos normativos (arts. 14 y 39 Constitución española –CE–; art. 34.8 ET; art. 48 Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; art. 6 RDL 8/2020). En este caso, la razón jurídica llama a la preferencia de la modalidad no presencial como derecho (Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Mataró 251/2019, de 12 de septiembre, firme), también atendiendo a la necesaria perspectiva de género que debiera animar igualmente el precepto de urgencia comentado (por ejemplo, STSJ de Canarias/Las Palmas 1339/2019, de 17 de diciembre, para prestaciones por riesgo durante la lactancia natural).

Entramos así, de lleno, en el principal conflicto que suscita esta previsión legislativa, que no deriva tanto del vicio de las lagunas como del de antinomia o contradicción. En efecto, el artículo 7.1 e) del RDL 21/2020 habla de la facultad empresarial de «potenciación» del teletrabajo, pero no de «obligación de fomentar», como parecía deducirse de las órdenes ministeriales precedentes, ni, lo que es peor, de una regla de preferencia legal, como sí establecen tanto el artículo 5 (con carácter general) como el artículo 6 (para las razones concretas de adaptación del trabajo en aras de la conciliación) del RDL 8/2020. Más aún. Aunque la vigencia de esta preferencia se mantiene expresamente hasta septiembre, la pérdida de razón de ser de la causa que está en su fase, decayendo su eficacia temporal (disp. final décima RDL 8/2020 y art. 15 RDL 15/2020), ¿no devalúa, o incluso vacía, esa preferencia legal, devolviendo la decisión al ámbito empresarial ex artículos 38 de la CE y 20 del ET, con el contrapeso de su obligación de protección eficaz ex artículo 14 de la LPRL?

Sin poder entrar más de lleno en esta importante cuestión, que se oscurece y complica cada día más, conviviendo esta creciente zozobra –creada por una ley de urgencia que parece prescindir del teletrabajo en el paisaje de la «nueva normalidad», aparentando otras lo opuesto– con la apertura de consulta pública sobre el anteproyecto de ley del teletrabajo, sí conviene hacer una observación en torno a la implicación práctica de este conflicto. A saber: ¿habilita la ley de urgencia a la empresa para exigir el retorno al centro de trabajo, relegando el derecho de resistencia individual o sindical a ese retorno a casos manifiestos de riesgo grave e inminente de contagio ex artículo 21 de la LPRL? A mi juicio, sí. En todo caso, los conflictos están servidos y la reapertura del tiempo de la Justicia social podrá arrojar luz al respecto, aunque tarde todavía más de lo que sería deseable, como se expresó en el editorial.

Al respecto, de especial relevancia es traer a colación el [Auto del Juzgado Contencioso de Toledo 41/2020, de 20 de mayo](#), que sostiene una posición contraria a la expresada aquí, que no comparto, obviamente. La decisión jurisdiccional admite una medida cautelar contra la [Resolución de la Dirección General de la Función Pública sobre medidas organizativas y de prevención de riesgos laborales para la reincorporación presencial del personal](#), de la Junta de Castilla-La Mancha, que exigía el retorno bajo ciertas condiciones (necesidades de conciliación de personas con menores de 14 años a su cargo –o personas mayores dependientes–, flexibilización de jornada y adaptación de puestos y horaria –incluye cambio de turnos–, amplio catálogo de medidas preventivas, conforme a los protocolos y recomendaciones de la autoridad sanitaria). Esta resolución de justicia cautelar entiende, tras identificar los diferentes presupuestos que integran este aspecto concreto del derecho a la tutela judicial efectiva sin dilaciones, aunque sea provisionalmente, que:

[...] respecto de la ponderación de los intereses en conflicto, [...] la evitación de propagación del virus y el derecho a la protección a la salud que puede verse afectado por el riesgo de contagio ha de primar [...] frente a la reincorporación presencial de aquellos trabajadores que han venido desempeñando durante el confinamiento sus servicios de forma telemática.

No entramos en la cuestión procesal (siendo una medida preventiva, la competencia es social), tampoco en el fondo (el auto no se pronuncia, pues es una medida de índole cautelar ex [art. 135 Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa](#)). Ahora solo creemos oportuno dejar constancia de este tipo de usos garantistas de las preferencias de la ley de emergencia, pero sin una fundamentación solvente, que hace dudar de su corrección. En cualquier caso, se evidencia el peso de lo preventivo sobre lo laboral.

3.2. El reclamo del compromiso de los sujetos a proteger: las obligaciones para la persona trabajadora

De forma análoga al [artículo 29 de la LPRL](#), que asigna también obligaciones preventivas de riesgos a la persona trabajadora, que no es solo sujeto de derechos de protección, sino también de obligaciones de colaboración con el empleador para que esa protección sea realmente eficaz, el [artículo 7.2 del RDL 21/2020](#) establece obligaciones de autoprotección, además de cooperación, sea con el empleador, sea con las autoridades sanitarias, para la mayor eficacia de la política –pública y de empresa– de prevención de los contagios por COVID-19. En primer lugar, la norma de urgencia contempla la obligación de la persona trabajadora, que presente síntomas compatibles con la COVID-19, o que esté en aislamiento domiciliario debido a un diagnóstico por COVID-19 o que se halle en periodo de cuarentena domiciliaria por haber tenido contacto estrecho con alguna persona contagiada, de no acudir a su centro de trabajo. Ciertamente, puede entenderse como un derecho de protección para la persona trabajadora, pero realmente funciona como un deber de cooperación de

la persona trabajadora con la política de prevención de contagios para otras personas. De ahí que este derecho-deber asuma una dimensión prevalentemente obligacional, debiendo abstenerse la persona trabajadora de acudir a su centro («no deberán acudir [...]»). Si lo hace, el empleador estará obligado a exigirle que desista y regrese al lugar de cuarentena, so pena de una eventual sanción contractual.

Cómo no, esta previsión gubernativa con valor legal también adolece de una importante laguna: ¿en qué situación contractual queda esta persona empleada o, en su caso, en qué situación prestacional social queda, si se tiene en cuenta que la prestación excepcional por incapacidad temporal asimilada a una contingencia profesional finaliza el 30 de junio? ([disp. final primera RDL 13/2020](#) en relación con su [disp. final sexta](#)). Ciertamente, lo razonable sería considerar estas situaciones como propias de baja laboral por incapacidad temporal. Ahora bien, si decae la asimilación –excepcional– a contingencia profesional, no se contemplan en la actual regulación los periodos de observación o cuarentena como habilitadores de una prestación de incapacidad temporal, solo la afectación de la salud. La cuarentena domiciliaria por la sospecha de contagio, o por la mera posibilidad de haber estado en contacto con personas infectadas, no equivale a afectación de la salud, pues lo que se ve alterado es la movilidad. A su vez, por muy intensa que sea la obligación de protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo de sus personas empleadas ([STSJ de Andalucía/Sevilla 2216/2019, de 19 de septiembre](#)), tanto de la «sospechosa» de contagio, a inmovilizar, como de las restantes, a preservar, que correrían riesgo con su incorporación, no parece razonable cargar sobre la empresa, en tales situaciones, el coste de la inasistencia al trabajo, obligándola a pagar el salario ex [artículo 30 del ET](#). La obligación de protección también tiene límites ([STS 97/2019, de 7 de febrero](#)).

Por su parte, el [artículo 7.3](#) establece la obligación de la persona trabajadora que muestre síntomas compatibles con COVID-19 de acudir, a su opción, se entiende, al «teléfono habilitado por la comunidad autónoma o centro de salud correspondiente», como cualquier otra persona residente en España, o «en su caso», a «los correspondientes servicios de prevención de riesgos laborales». Consecuentemente, se trata de deberes de comunicación del estado de salud, con la consiguiente obligación informativa (al tiempo que sirve de inicio de la asistencia sanitaria, abre el protocolo de identificación o trazabilidad de contactos para identificar precozmente otros eventuales contagios). Pero la norma no le atribuye solo una obligación comunicativa, también le impone normas concretas de conducta, dotadas de una especial imperatividad: se colocará de inmediato una mascarilla y «seguirá las recomendaciones que se le indiquen, hasta que su situación médica sea valorada por un profesional sanitario».

En suma, la «nueva normalidad» no solo incrementa las obligaciones preventivas de las empresas (que ven, en caso contrario, multiplicarse las demandas judiciales, [como sucede con relación a los numerosos tajos de personas temporeras](#) repartidas por toda España), también de sus personas empleadas. A la autoprotección, respetando las medidas preventivas establecidas, se suma su obligación de cooperar activamente con el protocolo

de protección establecido en la empresa, a favor de la salud de todos. La [Guía de la OIT](#) reconoce que «para ayudar a reactivar cuanto antes las empresas y las economías, los trabajadores tendrán que colaborar con esas nuevas medidas», como condición para una recuperación rápida y equilibrada.

Pero ¿es suficiente garantía para la eficacia de estos protocolos la confianza en el buen funcionamiento de estos deberes de colaboración de buena fe? ¿No debería, más bien, la empresa adelantarse a esa información *a posteriori* (solo conocidos los síntomas, lo que puede ser tarde), de forma que pueda disponer de la misma más precozmente, con mayor anticipación? ¿Esta gestión informativa anticipatoria no iría tanto en beneficio de la salud de todos, dentro y fuera de la empresa, también de la confianza de la clientela, mejorando su ventaja competitiva en un entorno incierto y temeroso frente al riesgo de contagio de COVID-19 en la «nueva normalidad» y más allá? No parece, de ahí la importancia que adquieren las «pautas de comunicación digital» para la eficacia de los planes de retorno seguro al trabajo, de modo que se reduzca no solo el riesgo de, sino el propio miedo a, la inseguridad para minimizar contagios o, en su caso, identificarlos de forma precoz, reduciendo el riesgo para los demás. A tal fin, la tecnología digital será clave, guste más o menos, también para el objetivo económico de la recuperación.

4. El deber de trazabilidad eficaz de contactos y protección de datos: ¿más transparencia del estado de salud a cambio de mayor precaución?

4.1. Trazabilidad del riesgo de contagio y deberes de cooperación informativa: una nueva dimensión de la vigilancia digital de la salud laboral

Como anticipamos en la introducción de este análisis, el [RDL 21/2020](#) contempla de una forma incuestionable esta dimensión de fomento de la detección precoz del riesgo de contagio, si bien no lo especifica para el ámbito laboral. En el esquema legal, se presenta de forma difusa, diluida en el capítulo dedicado a la detección precoz ([capítulo V](#)). Se configuraría, pues, como un deber de vigilancia epidemiológica pública con colaboración privada, incluidas las empresas. Pero estas tienen su propio interés y sus obligaciones [ex artículo 22 de la LPRL](#) (vigilancia de la salud).

El [artículo 22](#) declara la COVID-19 (aunque utiliza el artículo para el género masculino, cuando se sabe que la patología es –gramaticalmente– de género femenino, mientras que el virus tiene –gramaticalmente– género masculino) como enfermedad (producida por la infección por el virus SARS-CoV-2) de declaración obligatoria urgente ([RD 2210/1995, de 28 de diciembre](#), por el que se crea la red nacional de vigilancia epidemiológica). Consecuentemente,

concita de inmediato la intensificación de obligaciones de información ([art. 23](#)), a cargo de las autoridades, pero también de cualquier entidad privada (por tanto, también mutuas, así como las empresas «cuya actividad tenga implicaciones en la identificación, diagnóstico, seguimiento o manejo de los casos COVID-19»), y «comunicación de datos» ([art. 25](#): laboratorios), a fin de garantizar una detección lo más temprana y útil posible ([art. 24](#)). A partir de la notificación de posibles casos, atribuyéndose ahora la misión protectora a la atención primaria, se realizará prueba diagnóstica por PCR (reacción en cadena de la polimerasa) u otra técnica de diagnóstico molecular, «tan pronto como sea posible desde el conocimiento de los síntomas». Por eso es tan importante no solo disponer de toda la información útil para la intervención eficaz, sino que se «transmita en tiempo y forma según se establezca por la autoridad sanitaria competente», en sus protocolos de vigilancia epidemiológica correspondientes.

¿Transmisión de información inmediata por qué y para qué? Porque resultará esencial para evitar que se extienda masivamente la enfermedad, dada su alta capacidad contagiosa. Sin la debida provisión de información no puede haber la necesaria «trazabilidad de los contactos» de las personas afectadas (incluso de las que se sospecha que pueden estar afectadas).

Esta exigencia procede del derecho agroalimentario y se incluye, por ejemplo, en el [artículo 6 de la Ley de seguridad alimentaria y nutrición](#), identificándose con la capacidad de rastrear todos los procesos (desde la adquisición de materias primas hasta la producción, consumo y eliminación) para conocer, fehacientemente, cuándo y dónde fue producido y por quién. En suma, es una «garantía de calidad de los productos» y obedece al aumento de la conciencia sobre la seguridad en los últimos años. Por eso, el imperativo de trazabilidad ha ido aumentando en importancia y se ha extendido a una amplia gama de campos diferentes al agroalimentario (por ejemplo, industria automotriz, electrónica, farmacéutica, etc.). La denominada «trazabilidad de cadena» (en epidemiología, la «cadena de transmisión») ofrece a las autoridades y empresas fabricantes el beneficio de una investigación precisa sobre productos defectuosos o nocivos, facilitando su inmediata retirada (cuando se aplica a la epidemiología la llamada cuarentena de las personas), y a los consumidores (mercado) un adecuado punto de referencia para seleccionar los productos más confiables, mejorando la ventaja competitiva de aquellas empresas que resultan más seguras ante el mercado, fiado en su capacidad de garantizar la calidad del producto, retirando los nocivos.

Si esa trazabilidad es, también en epidemiología, competencia plena de las autoridades sanitarias, conforme al [artículo 26 del RDL 21/2020](#), para que sea posible precisa información, completa y temporánea, de cualquier entidad o centro, por lo tanto, también las empresas y sus diversos centros de trabajo, en los que aquellas autoridades «identifiquen la necesidad de realizar trazabilidad de contactos». En tales casos, todos (también las empresas) tendrán obligación de facilitarles «la información de la que dispongan o que les sea solicitada relativa a la identificación y datos de contacto de las personas potencialmente afectadas». De este modo, sin información precisa no puede haber sistemas de gestión

eficaz del historial de contactos con una perspectiva global, que cubra todas las interacciones, reales y estimadas, constatadas y probables, de una o más personas, en nuestro caso, integrantes de plantillas de empresa.

Ahora bien, ¿es confiable para la empresa y para el mercado en que compite este sistema de gestión basado en mantener una posición puramente pasiva por parte de la empresa, a la espera de que se identifiquen las personas con síntomas o, en el actual escenario de incertidumbre aumentada, se demandará de las empresas una gestión más proactiva en torno a la detección precoz de situaciones y sobre su capacidad para trazar el historial de contagios de su plantilla y aislar el riesgo de la clientela? Es manifiesto que la demanda hoy es de un enfoque mucho más proactivo.

La pandemia parece controlada –que no erradicada– en España, al igual que en la Unión Europea. Pero el fin del estado de alarma no elimina la preocupación por la salud, exigiéndose respuestas para afrontar los nuevos miedos y la mayor incertidumbre, sobre todo lo que concierne al riesgo de contagio. Los importantes rebrotes de la enfermedad contribuyen a alimentar ese estado (objetivo y emocional) de inseguridad, más a más se abre la movilidad, incluso internacional.

El [artículo 7 del RDL 21/2020](#) presupone, como hemos visto, la necesidad de retorno a los lugares de trabajo, pero precisa de planes adecuados para que el regreso resulte exitoso, en términos personales, económicos y sociales. De ahí que se incorporen no solo nuevas obligaciones de tipo preventivo (ya vistas), sino un sistema de gestión eficaz basado en las técnicas de información y comunicación. Un imperativo de acción comunicativa que va más allá de informar de todas las medidas de seguridad a adoptar. El riesgo de propagación sigue siendo alto y requiere tomar medidas no ya solo de prevención, en un entorno claramente incierto todavía en el plano científico, sino más bien de precaución. Y para ello van tomando cuerpo dos instrumentos, poco a poco en expansión, no obstante sus disfunciones y riesgos. A saber:

- La certificación de «protocolo seguro COVID-19». Habiéndose revelado una auténtica tomadura de pelo «los certificados de establecimientos COVID-19-free», pues nadie puede garantizar ese escenario libre de virus, crecen las iniciativas, asumidas por los servicios de prevención externos más importantes en alianza con las empresas más significativas del mercado de la certificación, para implantar [sistemas de protocolo seguro COVID-19](#). Para ello, el equipo auditor visita las instalaciones del cliente con el objeto de analizar la adecuada implantación efectiva y despliegue de las medidas y requisitos reflejados en el protocolo de retorno seguro.
- La adopción de «códigos de salud digitales», a fin de permitir una información más completa y precoz sobre el estado de salud de las personas trabajadoras, así como la trazabilidad de sus contactos sociales, para intentar blindar las empresas frente al riesgo de contagio masivo. En este ámbito, al margen de la cuestión,

polémica, en relación con los denominados «pasaportes inmunológicos», dudosos en su eficacia y en su legitimidad ético-jurídica, lo que resulta irrefrenable es el desarrollo de [usos tecnológicos digitales para frenar el contagio a través de un rastreo más eficaz](#), por las empresas, no solo por las autoridades sanitarias (España ya ha probado en La Gomera su *app* a tal fin), de los contagios, así como para facilitar el cumplimiento de las medidas de seguridad.

De todo ello es consciente el comentado [RDL 21/2020](#), aunque, de nuevo, no resulte suficientemente explícito y coherente, ni con carácter general ni, menos, en el ámbito laboral. Por eso se conforma con una remisión genérica a la normativa de protección de datos ([art. 27](#)).

4.2. Legitimidad del control de datos para la vigilancia preventiva de la salud laboral: ¿máxima seguridad tecnológicamente posible a cambio de privacidad?

Una vez más, el [RDL 21/2020](#) reclama la legitimación del tratamiento de datos personales sobre los estados de salud de las personas atendiendo a títulos de interés público ([Informe de la Agencia Española de Protección de Datos –AEPD– 0017/2020](#)): la vigilancia epidemiológica frente a la COVID-19 para prevenir y evitar situaciones excepcionales de especial gravedad, atendiendo a razones de interés público esencial en el ámbito específico de la salud pública, y para la protección de intereses vitales de los afectados y de otras personas físicas al amparo de lo establecido en el [Reglamento \(UE\) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016](#) (RGPD). Los datos recabados serán utilizados exclusivamente con esta finalidad, garantizándose, además, la información a las personas interesadas ([art. 14 RGPD](#)). Los sujetos responsables de datos serán, pues, las autoridades sanitarias.

Como venimos evidenciando, es ahora innegable la voluntad e iniciativas por parte de las empresas de llevar a cabo controles análogos en aplicación del título previsto a tal fin por el artículo 9.2 h) del [RGPD](#): que el tratamiento sea necesario para fines de medicina preventiva o laboral, así como para la evaluación de la capacidad laboral de la persona trabajadora, y garantías de gestión por parte de profesionales sanitarios. En este renovado contexto, normativo y fáctico, no por casualidad la AEPD no cesa de intervenir, a fin de contener la demanda de conocer el estado de salud de sus personas empleadas respecto de la COVID-19 –por ejemplo, últimamente con relación al estado de ansiada inmunidad a través de la [información sobre anticuerpos](#)–. Ciertamente, sin ánimo perverso alguno, sino como una condición importante, aunque no única, para recuperar más rápidamente su actividad y generar la máxima confianza ante una temerosa clientela. Pero debe limitarse.

Ahora bien, del lado normativo, [la AEPD reconoce la aplicabilidad del artículo 9.2 h\) del RGPD](#) para dar base jurídica a una política empresarial de vigilancia digital de la salud

laboral, siempre que se respeten sus límites (finalidad específica y minimización de datos, además de confidencialidad). Además, la realidad evidencia la necesidad. Que el riesgo está ahí fuera es evidente.

Piénsese en el ya referido brote masivo en un matadero de Alemania. Dejo de lado, ahora, la cuestión sociolaboral general de la precariedad en la industria cárnica, que también afecta a Alemania, no solo a España. Así, [otro de los brotes de COVID-19 en Girona](#) afectó a una veintena de personas trabajadoras, y, en conjunto, a más de 30 personas, por sus relaciones o contactos con aquellas, de una empresa cárnica (Noel). Esta experiencia pone de manifiesto las limitaciones de eficacia del sistema reflejado en el [artículo 26 del RDL 21/2020](#). En efecto, el llamado «paciente 0», la primera persona trabajadora afectada, empezó a manifestar síntomas el 27 de mayo, mientras que la fecha de inicio de síntomas de sus contactos tuvo lugar entre el 3 y el 10 de junio, esto es, pasaron más de 10 días, multiplicando el riesgo de contagio, en entornos laborales (alta concentración de personal, intensidad de trabajo que dificulta el uso de EPI, bajas temperaturas) y sociales (población inmigrante que vive en domicilios con alta ocupación).

Llueve sobre mojado. A principios de mayo saltó la alarma por la noticia de [400 positivos en dos macromataderos de Binéfar](#) (Huesca). Era el resultado de test rápidos por las empresas al detectarse algún caso sospechoso. La prueba PCR los redujo a 34. En este ámbito, [la empresa Litera Meat acordó sindicalmente un protocolo para reducir el riesgo de contagio](#) con varias medidas, organizativas e higiénicas –en línea con lo previsto en el [RDL 21/2020](#)–, pero incluyendo la toma de la temperatura a la entrada del centro (cámaras termográficas). Además, dentro del plan de vigilancia de la salud ex [artículo 22 de la LPRL](#) acordó la incorporación, como un tipo de reconocimiento médico obligatorio, de la prueba serológica de la COVID-19, a fin de determinar el grado de inmunidad de la persona trabajadora.

Esta experiencia empresarial evidencia nuestra reflexión en torno a las limitaciones del [artículo 26 del RDL 21/2020](#). Empresa y sindicato asumen, de este modo, que la detección precoz, con la consiguiente anticipación de los tiempos de intervención, es clave para combatir el riesgo de contagio (más de 1.000 personas empleadas han sido testadas y no se han contabilizado nuevos casos positivos). El lamento compartido de dirección de empresa y sindicato reside en la quiebra de los protocolos de seguridad. Abandonado el centro (quiebra de la cadena de seguridad), el protocolo deviene, para muchos, misión imposible. Un buen número convive con otras personas trabajadoras de varios sectores y en viviendas no siempre dignas y con exceso de ocupación. Un problema que cargan a la responsabilidad pública, al mutar la obligación de cuidado preventivo fuera del trabajo, en propia de la salud pública (distanciamiento físico, higiene, etc.).

Precisamente, cámaras termográficas (para el acceso a los centros –también para otros espacios públicos, como los aeropuertos–) e inteligencia artificial (para acompañar el proceso de control en todas las fases de la relación de prestación de servicios) se convierten, cada vez más, en herramientas de gestión ordinaria de la lucha contra el riesgo de contagio. En

esta suerte de nueva «misión blindaje contra el coronavirus» parecen situarse muchas empresas y entidades, a fin de hacer de sus centros o espacios una suerte de fortín o búnker a prueba de contagios. Para ello recurren a la automatización, en la confianza de que una imagen de la «máxima seguridad tecnológicamente posible» redunde directamente en su reputación de mercado y, por lo tanto, en su competitividad. En menos de un segundo, un sistema de reconocimiento facial (o [a través del lagrimal](#)) puede determinar quiénes pueden cruzar «la cancela» de la fábrica (luz verde) y quién regresar a casa (luz roja), convirtiéndose en «una nueva frontera» (barrera) para el acceso al trabajo, o una condición de mantenimiento en él. Sustituyendo al personal de pistola térmica en mano (extendida también en España), ante los que inclinar la frente (no la rodilla), un algoritmo realizaría el resto del trabajo de prevención (decide si levanta o no la barrera). Eso sí, exige cooperación del personal, como venimos evidenciando, y promueve el sistema de gestión del [RDL 21/2020](#) (hacer caso a las indicaciones y no saltarse las barreras en caso contrario).

Sin perjuicio de sus eventuales fallos (margen de error, que existe), incluso de la mayor o menor utilidad de este tipo de controles (no existe certeza en torno a la utilidad del control de temperatura, pese a difundirse en diferentes escenarios, como en los aeropuertos), así como de los riesgos para la privacidad (requieren cumplir con la normativa de protección de datos), lo cierto es que, como ya ha sucedido en los países asiáticos (Vietnam, Singapur, China, etc.), tiende a imponerse la gestión tecnológica del riesgo de contagio, también por su mayor capacidad para la trazabilidad de estos procesos, donde se producen numerosas interacciones de diverso tipo (personales, sociales, espaciales, etc.). Precisamente, esta transición a la denominada «nueva normalidad» promueve todo tipo de invenciones y reinventaciones tecnológicas. Van desde el diseño de nuevos dispositivos hasta la recuperación de algunos más conocidos como los códigos QR (respuesta rápida), [cruciales al inicio del control de la pandemia en países como China](#) o Rusia (ciertamente no los más liberales y democráticos). No solo los acepta la AEPD ([Informe 0012/2013](#) –aún perpleja por no comprender bien cómo una entidad inmobiliaria consulta si se puede incluir información médica en un código de salud QR–), también tienen ya su reflejo en la negociación colectiva (art. 29 [Convenio colectivo de la empresa Brillosa, SL](#) –BOIB de 25 de mayo de 2017–).

Por supuesto, los servicios de prevención de riesgos y el mercado de la seguridad y salud en el trabajo ofrecen también este tipo de soluciones tecnológicas (utilizadas para múltiples usos, incluido el reclutamiento de personal) para facilitar el control de los estados de salud de las personas empleadas de las empresas que las contratan, incluyendo una [identificación precoz de eventuales focos de contagio](#). Otro ejemplo de desbordamiento del ámbito del [artículo 26 del RDL 21/2020](#), previsto para la vigilancia epidemiológica pública, no privada, si bien no se prohíbe para esta, siempre que se respeten las normas de protección de datos –base legitimadora, minimización de datos, gestión profesional, confidencialidad–, sería el caso del denominado «[Personal Code Health](#)» (Código de Salud Personal). Este instrumento resulta de la información cruzada de los resultados de la prueba COVID-19 de cada persona trabajadora con sus rasgos faciales (datos biométricos), de modo que

genera un código QR biométrico único. Aunque la razón principal sea la garantía del estado de salud, individual y de la plantilla, la publicidad sobre el dispositivo (*marketing* digital) no oculta, tampoco la OIT, su utilidad para facilitar la plena y acelerada reincorporación a la actividad económica de sus empresas cliente.

Como se decía, la **AEPD**, aun siempre dentro de su enfoque cautelador, ha expresado, si bien en relación con el «pasaporte de inmunidad que incluye datos sensibles de salud», que un uso bien gestionado de *apps* para registros de salud, que los mantenga actualizados y seguros, tiene utilidad siempre que el acceso a dicha información se realice por personal competente y no tenga más fin que la eficacia de la política –pública y empresarial– de control de la pandemia. De ahí que los protocolos de seguridad de las empresas sean especialmente relevantes cuando se decide implantar el uso de códigos QR. Por supuesto, como toda solución tecnológica, no todo son virtudes. Además de sus limitaciones de funcionalidad, tiene **riesgos**.

Primero, el de las violaciones o brechas de seguridad, ocultando contenidos a la persona trabajadora, redirigiendo a esta a páginas webs maliciosas o sustrayendo información personal de los dispositivos dado el uso generalizado de *smartphones*. Segundo, el de las limitaciones de los derechos de privacidad (también, en ciertas ocasiones, relativos a la discriminación), incluso de mayores cargas psicosociales (se exige de la persona trabajadora un deber de diligencia en su funcionamiento). En última instancia, como ha advertido el secretario general de Naciones Unidas, estos pequeños códigos de barras alientan sistemas de vigilancia digital invasiva.

Los conflictos en este ámbito ya están servidos igualmente, y, como suele ocurrir, no hay un criterio unívoco, ni dentro de las autoridades judiciales ni de estas con las autoridades hoy especializadas en la protección de datos, por ejemplo, la AEPD, que parece asumir una presencia muy significativa en este tiempo. Para ilustrarlo, baste con traer a colación la noticia relativa a la decisión de la sala de suplicación social valenciana de **legitimar el control de temperatura en las empresas (en el caso Carrefour España) por parte de los profesionales de la vigilancia de la seguridad privada** (de personas y cosas). Tratándose de datos biométricos y de salud, por lo tanto, especialmente protegidos, la solución del control mediante vigilancia de seguridad no parece la más recomendable desde una vertiente garantista de datos, pero sí se antoja mucho más eficaz, y económica, persuadiéndose la sala valenciana, frente a los recelos de la AEPD, de que vivimos tiempos de excepción y, por lo tanto, «a río revuelto, ganancia de pescadores» (por cierto, que acaban de ver mejoradas algo sus duras condiciones de trabajo, al exigirse contrato por escrito, **culminando la trasposición de la Directiva 2017/159, de 19 de diciembre de 2016**).

En definitiva, sin ignorar sus bondades en aras de una sociedad, y de una empresa, con mayores garantías de seguridad frente al riesgo de contagio por COVID-19, estos y otros útiles son una **tentación permanente para el refuerzo del principio de autoridad biopolítica de personas y sociedades**. Consecuentemente, a menudo, bajo la moderna



aparición digital de esta suerte de nuevos salvoconductos, ahora en versión digital, típicos de la época medieval, que determinen, sin las debidas garantías, qué personas (trabajadoras o no) pueden (podemos) hacer una vida normalizada, dentro y fuera del trabajo, y disponer de libertad de movimientos, incluso ahora que ha finalizado el estado de alarma. Al menos de momento.

Referencias bibliográficas

Gómez Abelleira, F. J. (7 de mayo de 2020). Modificaciones horarias por razones preventivas ligadas al COVID-19. [Entrada en un blog]. Recuperado de <<https://forodelabos.blogspot.com/2020/05/modificaciones-horarias-por-razones.html>>.

Rojo Torrecilla, E. (11 de junio de 2020). Emergencia sanitaria y legislación laboral. ¿Finaliza la saga Covid-19? [Entrada en un blog]. Recuperado de <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/06/emergencia-sanitaria-y-legislacion_11.html>.

Ejercicio y cómputo de los permisos retribuidos

Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo 229/2020
y 257/2020, de 11 y 17 de marzo

Jesús Lahera Forteza

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Complutense de Madrid*

1. Marco jurídico: los permisos retribuidos se disfrutan exclusivamente en días laborables

El artículo 37.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET) reconoce a las personas trabajadoras el derecho a solicitar permisos retribuidos en unos supuestos de hecho determinados y con unas duraciones tasadas:

- a) Quince días naturales en caso de matrimonio.
- b) Dos días por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo la persona trabajadora necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días.
- c) Un día por traslado del domicilio habitual.
- d) Por el tiempo indispensable, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo. Cuando conste en una norma legal o convencional un periodo determinado, se estará a lo que esta disponga en cuanto a duración de la ausencia y a su compensación económica.
- e) Para realizar funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente.

Cómo citar: Lahera Forteza, J. (2020). Ejercicio y cómputo de los permisos retribuidos. Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo 229/2020 y 257/2020, de 11 y 17 de marzo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 448, 169-174.

f) Por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto y, en los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, siempre, en todos los casos, que deban tener lugar dentro de la jornada de trabajo.

A este listado se deben sumar otros previstos en normas específicas, como los permisos de exámenes o los vinculados a la formación del [artículo 23 del ET](#). La negociación colectiva puede ampliar esta duración mínima legal y establecer, además, otros supuestos de hecho no previstos por la norma, como sucede con los frecuentes permisos retribuidos por asuntos propios.

En fechas recientes, la jurisprudencia española y europea han coincidido en afirmar que el ejercicio de estos permisos retribuidos es exclusivamente en días laborables.

La Sentencia del Tribunal Supremo ([STS](#) 229/2020, de 11 de marzo, declara, así, que los permisos «no anudan su finalidad con el derecho al descanso sino que están conectados con la causa que los provoca», de tal modo que «solo tienen sentido si sirve para atender a dicha causa», lo que implica «inmediatez entre la necesidad que cubre el permiso y su efectivo disfrute». De este modo, solo se activa el permiso retribuido si el «hecho causante sucede en tiempo de trabajo», pues si sucede en «vacaciones o en suspensiones contractuales» no tiene sentido la ausencia retribuida del trabajo. La [STS](#) 257/2020, de 17 de marzo, se pronuncia de manera similar al afirmar que «los permisos no tienen por finalidad conceder al trabajador un descanso, sino liberarle de acudir al trabajo sin pérdida de retribución ante la necesidad de atender a determinada situación» prevista por la ley o convenio colectivo, confirmando su no disfrute fuera de jornadas laborales.

Este enfoque ha sido fortalecido por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ([STJUE](#)) de 4 de junio de 2020, asunto [C-588/18](#), que resuelve una cuestión prejudicial presentada por la Audiencia Nacional (AN), al declarar que los permisos retribuidos «están indisolublemente ligados al tiempo de trabajo, como tal, de modo que los trabajadores no pueden reclamarlos en periodos de descanso semanal o de vacaciones retribuidas». La jurisprudencia europea descarta así, con buen criterio, extender a los permisos retribuidos su doctrina del no solapamiento de las bajas médicas, o de las suspensiones contractuales por maternidad/paternidad, con las vacaciones, postergando las fechas del descanso ([SSTJUE](#) de 20 de enero de 2009, asuntos acumulados [C-350/06](#) y [C-520/06](#); 10 de septiembre de 2009, asunto [C-277/08](#); 24 de enero de 2012, asunto [C-282/10](#); y 21 de junio de 2012, asunto [C-78/11](#)); doctrina actualmente recogida en el [artículo 38.3 del ET](#). Frente al no solapamiento entre bajas médicas y permisos de maternidad/paternidad, con protección social, y las vacaciones, para garantizar el descanso mínimo exigido en la [Directiva 2003/88/CE](#), los días de permisos retribuidos quedarían absorbidos en el periodo de descanso, porque su disfrute es imposible si no coincide su supuesto de hecho con una jornada laboral.

Tanto el TS como el TJUE coinciden en asociar el permiso retribuido con la jornada laboral y en descartar su ejercicio en días de vacaciones o descansos. La liberación de trabajar por la circunstancia prevista en la ley o convenio colectivo, siendo retribuido por la empresa, solo aparece, lógicamente, en días laborables. El permiso retribuido es atribuido, precisamente, para que la persona trabajadora pueda cubrir una necesidad, de conciliación familiar o personal, formativa, de deber público o de función sindical, en los términos de los artículos 37.3 y 23 del ET, sin perder la remuneración, estando justificada la ausencia al trabajo.

2. Supuesto de hecho: la controversia en inicio del permiso retribuido y su cómputo

En este marco jurídico, las SSTS [229/2020, de 11 de marzo](#), y [257/2020, de 17 de marzo](#), solucionan la controversia del ejercicio del permiso retribuido de matrimonio cuando la celebración es en descanso semanal o festivo, determinando el día inicial de ejercicio en cualquier otro supuesto de hecho. De igual modo, ambas sentencias abren la cuestión del cómputo de los días concedidos de permiso, que pueden ser laborables o naturales. Si bien en el caso del matrimonio resulta literalmente claro el cómputo en días naturales, en otros supuestos de hecho se plantea esta disyuntiva, que motiva los recursos planteados. Estas sentencias tienen el trasfondo de la cuestión prejudicial presentada por la AN en relación con los permisos retribuidos y el respeto a los derechos de descanso y vacaciones de la [Directiva 2003/88/CE](#), ya resuelta en la citada [STJUE de 4 de junio de 2020, asunto C-588/18](#), en el sentido de devengar exclusivamente su ejercicio en días laborables. La Sala Social de la AN tendrá ahora que decidir pleitos similares a los de los recursos planteados, acogiendo el criterio del TJUE y desde la referencia de esta jurisprudencia del TS.

3. Fundamentos jurídicos de la jurisprudencia analizada: disfrute del permiso el primer día laborable y la cuestión abierta del cómputo de días

La jurisprudencia, tanto española como europea, descarta, como se ha explicado, el devengo de permisos retribuidos durante vacaciones y suspensiones contractuales. Aplicando la misma doctrina, con rigor, la coincidencia del supuesto de hecho del permiso retribuido con el descanso semanal o festivo no daría lugar al ejercicio del derecho, porque no es tiempo de trabajo. La consecuencia en estos casos, sin embargo, no es la pérdida del derecho, sino el disfrute del permiso retribuido el primer día laboral si se mantiene la necesidad cubierta por el mismo.

Efectivamente, las SSTS [229/2020, de 11 de marzo](#), y [257/2020, de 17 de marzo](#), en el permiso de matrimonio de 15 días naturales, declaran, en este sentido, que si el hecho causante de la celebración es en día no laborable, como suele suceder, «la finalidad y la propia

esencia del permiso fuerzan a que tenga que iniciarse el día laborable inmediato». Se confirma así el criterio sentado ya por las SSTs de [12 de mayo de 2009 \(rec. 4/2008\)](#) y [13 de febrero de 2018 \(rec. 266/2016\)](#), frente a las SSTs de [17 de enero de 2008 \(rec. 24/2007\)](#) o, la más reciente, de [5 de abril de 2018 \(rec. 122/2017\)](#), que parecían inclinarse por el inicio del cómputo de días desde la fecha del hecho causante aunque fuera día no laborable. Por tanto, la primera cuestión controvertida tiene una respuesta jurisprudencial clara, al menos en el permiso de matrimonio, posponiendo el ejercicio del derecho al primer día laborable si el hecho causante se origina en día festivo o de descanso.

No sucede lo mismo con la segunda cuestión controvertida, el cómputo del permiso retribuido en días laborables o naturales. De la doctrina antes expuesta no se puede deducir, en ningún momento, un cómputo por días laborables, porque lo único que se afirma es que el permiso se ejerce en el primer día laborable. A pesar de ello, la [STS 229/2020, de 11 de marzo](#), parece dar un salto lógico en el vacío al afirmar, como derivada de esta doctrina, que «en consecuencia, lo normal es que los permisos se refieran a días laborables, salvo previsión normativa en contrario», que es precisamente lo que sucede en el matrimonio, donde el [artículo 37.3 a\) del ET](#) especifica que se conceden 15 días «naturales». Al no poder ser solicitados en descanso o festivo, porque no se trabaja, la sentencia deduce que los permisos se «conceden para su disfrute en días laborables». En dirección parecida, aunque de manera más matizada, se pronuncian las Sentencias de la AN [98/2018, de 13 de junio](#), [104/2018, de 20 de junio](#), y [115/2018, de 28 de junio](#), al diferenciar entre permisos largos, con días naturales, y permisos cortos, con días laborables. La ausencia de razonamientos jurídicos claros en las afirmaciones, *obiter dicta*, del TS deja esta cuestión, en todo caso, abierta, y tendrá que ser la jurisprudencia futura la que aclare el cómputo, en días laborables o naturales, de los permisos retribuidos.

4. Valoración de la jurisprudencia analizada: el mantenimiento de la necesidad del permiso retribuido y la regla general del cómputo en días naturales

En relación con la primera cuestión, el criterio jurisprudencial de primer día de devengo del permiso retribuido en día laborable es consecuencia lógica de la imposibilidad de ejercicio en día no laborable, donde la persona trabajadora no se puede liberar de trabajar con remuneración. La solución práctica es posponer al primer día laborable el ejercicio del derecho, si se mantiene la necesidad prevista, iniciándose el cómputo de los días establecidos, en este caso, los 15 días naturales. Es una solución razonable, porque descartar el ejercicio del derecho por la coincidencia en festivo iría en contra de la previsión legal o convencional, no quedando cubierta la necesidad de la persona trabajadora en posteriores días laborables, y porque iniciar el devengo en día no laborable sería incoherente con la consolidada doctrina de la imposibilidad de ejercicio en descansos. El equilibrio se encuentra, precisamente, en iniciar el cómputo del permiso retribuido el primer día laborable, descartando su ejercicio en vacaciones y suspensiones contractuales.

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

El mantenimiento de la necesidad en el primer día laborable debe ser contrastado en cada permiso legal o convencional. En el caso del matrimonio es evidente, porque la celebración de la ceremonia, en festivo o descanso semanal, y la concesión legal de 15 días naturales posteriores de permiso retribuido, permanece en el primer día laborable, de ahí que la solución jurisprudencial sea sencilla. En otros casos debe existir este tipo de verificación. Por ejemplo, la realización de un examen en día de descanso semanal no pospone el ejercicio del permiso correspondiente al primer día laboral, porque el hecho causante ha decaído, como sucedería con una mudanza en festivo ya ejecutada. Sin embargo, por poner un ejemplo contrario, un supuesto de hospitalización de hijo, iniciada en descanso semanal, activa el ejercicio del permiso por el trabajador el primer día laborable si se mantiene el hecho causante. En estos casos, al mantenerse la necesidad que debe ser cubierta, lo que sucederá, realmente es que la persona trabajadora solicitará el permiso en ese primer día laborable, porque en festivo o descanso carece de sentido la solicitud. No es tanto que se posponga el inicio del cómputo de la duración al primer día laborable, lo que en matrimonio puede ser aceptable, sino que la persona trabajadora solicita el permiso el primer día que puede hacerlo, que será lo habitual en el resto de permisos retribuidos.

La tesis del mantenimiento de la necesidad para posponer el permiso al primer día laborable, o solicitar el ejercicio del derecho, se confirma con la habitual costumbre política de celebrar elecciones, de cualquier tipo, en domingo, para evitar estos costes a las empresas. A nadie se le ocurriría solicitar el permiso de deber público el lunes por haber votado el domingo, pues el hecho causante ha decaído. Por tanto, esta jurisprudencia que pospone al primer día laborable el inicio del permiso de matrimonio no puede ser automatizada, porque conduciría a resultados absurdos. Lo importante es la necesidad, el mantenimiento del hecho causante, el primer día laborable, que es cuando resulta posible el ejercicio del derecho.

Por su parte, la cuestión abierta del cómputo en días naturales o laborables tendrá que ser solucionada, con mayor claridad y razonamiento jurídico, por la jurisprudencia futura. No se deberían mezclar los dos planos de análisis de este tipo de problema. Una cuestión es el primer día del cómputo del permiso que, por lo razonado, es el primer día laborable si persiste el hecho causante. Y otra cuestión, bien distinta, es si los días concedidos, en ley o convenio, son laborables o naturales. De la primera cuestión no se deduce que los días tengan que ser laborables. Es perfectamente compatible que el inicio sea en día laborable

y el cómputo sea en días naturales; de hecho es lo que sucede en el permiso de matrimonio que originan estas sentencias. Por tanto, este problema no está, de ninguna manera, cerrado, como se ha intentado transmitir en los ecos mediáticos de las mismas.

Se debe recordar que el [artículo 5.2 del Código Civil](#) establece la regla general de cómputo de días naturales –«no se excluyen los días inhábiles»–, lo que es de aplicación en el ámbito laboral, salvo que exista norma específica que lo excepcione. El [artículo 37.3 del ET](#) no excepciona esta regla general, porque en ningún momento menciona que los días concedidos sean «laborables o hábiles». La única mención es una redundancia de la regla general en el permiso de matrimonio, de 15 días «naturales», pero en el resto de supuestos no se establece que sean días «laborables». No cabe deducir, de esta redundancia en uno de los permisos, la excepción de la regla general civil en el resto, como de manera razonada mantiene la doctrina judicial (por ejemplo, la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 234/2006, de 21 de septiembre](#)). La misma solución es aplicable a la regulación convencional. La mención a «días», como en el [artículo 37.3 del ET](#), conduce a la regla general de «naturales», sin perjuicio de que se pueda establecer de manera expresa por la negociación colectiva que la concesión es de «días laborables».

El cómputo por días laborables, cuando ni la ley ni, en su caso, el convenio colectivo lo establecen expresamente, supondría una ampliación, por esta vía indirecta, de la duración de los permisos con cargo a la empresa, fuera de la intención del [artículo 37.3 del ET](#) o de la cláusula convencional que así se exprese. No hay que olvidar que el coste retributivo de no trabajar estos días lo asume la empresa y que no es lo mismo contabilizar días naturales o laborables. Por ejemplo, el desplazamiento en los hechos causantes del [artículo 37.3 b\) del ET](#) es de 4 días, que, si se contabilizan por laborables, puede dar lugar a ampliaciones significativas dependiendo del caso. Esta consecuencia económica la puede legítimamente determinar la ley o un convenio colectivo, pero debe hacerlo expresamente. Si opera el silencio, rige la regla general de los días naturales.

En conclusión, resulta claro, tras esta jurisprudencia, que el cómputo del permiso retribuido se inicia el primer día laborable si subsiste el hecho causante, pues solo se puede activar su ejercicio en jornada de trabajo para atender la necesidad del trabajador. Pero los días concedidos, en la ley o por la negociación colectiva, son, en principio, naturales, salvo previsión expresa contraria de un cómputo de días laborables.

Controversia en materia de sucesión de empresa y discontinuidad con la doctrina reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 189/2020, de 3 de marzo](#)

Luis Sánchez Quiñones

Abogado sénior.

Departamento laboral Ontier

1. Introducción. Marco normativo

Cuando parecía que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) abría una nueva vía en materia de sucesión de plantillas en la [Sentencia de 27 de febrero de 2020 \(asunto C-298/18, Grafe y Pohle\)](#), el Tribunal Supremo (TS) en su [Sentencia 189/2020, de 3 de marzo](#), desoye la doctrina comunitaria, apartándose netamente y sin ambages de la línea marcada por el TJUE, apenas unos días más tarde que aquel se pronunciase.

La cuestión controvertida se centraba en el mantenimiento de los derechos de los trabajadores previsto en el [artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) en relación con el artículo 1.1 de la [Directiva 2001/23/CE](#), sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, cuando no se ha producido una transmisión efectiva de medios materiales.

Al criterio proclive del TJUE de que, en caso de producirse la incorporación de la mayoría de la plantilla del cedente al cesionario, se podría considerar que media una sucesión de empresa, aun cuando la actividad no residiera en la mano de obra, alza uno contrario el TS ratificando lo que habían sido pronunciamientos previos de la Sala Cuarta, sosteniendo

Cómo citar: Sánchez Quiñones, L. (2020). Controversia en materia de sucesión de empresa y discontinuidad con la doctrina reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 189/2020, de 3 de marzo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 448, 175-181.

que la carencia de dichos medios empece la calificación de sucesión de empresa en los términos previstos en el [artículo 44 del ET](#).

Una discusión de evidente interés, puesto que se trata de un supuesto efectivamente habitual en nuestro ordenamiento, el cual además evidencia el carácter –sumamente reacio– del TS a asumir, en el corto plazo al menos, los pronunciamientos recientes del TJUE, invitando a una profunda reflexión sobre el alcance real que tendrá la doctrina comunitaria en el ámbito nacional.

2. Breve referencia al supuesto de hecho

La litis dimana de un procedimiento por despido incoado por el actor, quien había sido contratado en el año 2009 –bajo la modalidad de obra y servicio– para realizar su actividad en los servicios de explotación y mantenimiento de los sistemas de seguridad y control de los túneles del aeropuerto Madrid-Barajas, que incluían un servicio de vigilancia, siendo su empleadora la unión temporal de empresas (UTE) adjudicataria de los mismos, denominada Túneles Barajas.

En el año 2015 se produjo la extinción de la citada contrata, siendo adjudicados dichos servicios a una nueva UTE denominada Túneles Aena, extinguiéndose el contrato del demandante, comunicándole que debía operar el mecanismo de la subrogación en virtud de lo previsto en el Convenio colectivo general de la construcción (art. 27), en el Convenio colectivo del citado sector para la Comunidad de Madrid (art. 19) y en el [artículo 44 del ET](#).

Tras remitir la empresa saliente la relación completa de trabajadores a subrogar a la empresa entrante, esta le señaló que no procedía la citada subrogación por no ser el Convenio colectivo de la construcción aplicable al objeto de la contrata y por no estar previsto el instituto de la subrogación expresamente en el pliego de prescripciones técnicas de la contrata.

Del total de 20 trabajadores contratados por la empresa entrante, al menos 11 habían prestado servicios en la saliente. Asimismo, otros 5 trabajadores que prestaban servicios en las integrantes de la UTE saliente pasaron a prestar servicios bien para la UTE entrante o para las compañías que la integraban.

El demandante no fue subrogado por la entidad entrante. Las sentencias de instancia y suplicación absolvieron a la UTE saliente y sus integrantes, condenando a la nueva adjudicataria y a las empresas que la componían.

Contra la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 21 de marzo de 2017, se formularon sendos recursos de casación para unificación de la doctrina por ambas UTE ante la Sala Cuarta del TS.

3. Claves de la posición judicial

Básicamente la cuestión se contraía a determinar si el hecho de que la mayoría de la plantilla que había prestado servicios en la adjudicación con anterioridad al cambio de contrata hubiera sido incorporada por la UTE entrante, suponía la existencia de una subrogación de empresa en los términos previstos en el [artículo 44 del ET](#).

Recuerda el TS que la sucesión de empresa requiere la transmisión de un conjunto organizado de medios de producción o que la actividad a desarrollar pivote esencialmente sobre la mano de obra que ejecuta los servicios.

Aplicando dicha doctrina al caso concreto y a la vista de los servicios prestados –que exigían el despliegue de medios materiales, entrega esta que no se ha producido– y que la sala ya había resuelto un supuesto similar en la [Sentencia 78/2020, de 29 de enero](#), procede a estimar el recurso de la empresa entrante.

Asimismo, estima igualmente el recurso de la empresa saliente, declarando la procedencia de la extinción notificada en su día.

Sin perjuicio de que la sala haya seguido su propio criterio –reiterando lo ya dispuesto en su resolución del mes de enero de 2020–, lo cierto es que, en el ínterin entre ambas resoluciones, se ha producido un hecho de evidente relevancia, que no es otro que el pronunciamiento del TJUE recaído en el [asunto Grafe y Pohle](#).

El citado proceso analizaba un supuesto similar al examinado por la Sala Cuarta, versando sobre la concurrencia o no de sucesión empresarial, mediando la cesión de una concesión de líneas de autobús en las que no había mediado la transmisión de medios materiales, por razón de su obsolescencia.

A raíz de dicho supuesto, el TJUE señaló que la ausencia de adquisición de los medios materiales derivaba de la imposibilidad de su aprovechamiento, por lo que en puridad su adquisición podría haberse efectuado si no hubieran devenido inservibles por el transcurso del tiempo. Añadió que el servicio prestado era en términos generales análogo al preexistente y que la experiencia de los trabajadores adscritos al mismo, siendo un servicio de transporte operado en zonas rurales, requería de la experiencia de los trabajadores afectados.

Por tanto, concluye el TJUE que, si a esto se une que la mayoría de la plantilla había sido contratada por la nueva concesionaria y que la actividad continuaba sin interrupción, se podía calificar como sucesión empresarial, apreciando las circunstancias concurrentes en cada caso el tribunal nacional.

4. Trascendencia de la decisión más allá del caso concreto

Se plantea una interesante disquisición en torno a la posición del TS. Lo cierto es que la reciente doctrina del TJUE modifica sustancialmente –aun reconociendo, como es habitual, un margen de apreciación a los tribunales– los criterios que en materia de sucesión de empresa ha venido sosteniendo tradicionalmente el TS.

Hay que señalar que incluso para el propio TJUE el [asunto Grafe y Pohle](#) es novedoso, ya que los pronunciamientos previos existentes –algunos de los cuales son contemplados en la propia resolución ([asunto C-172/99, Liikenne, de 25 de enero de 2001](#))– y otros posteriores (asuntos [C-466/07, Dietmar Klarenberg, de 12 de febrero de 2009](#), y [C-458/12, Amatori y otros, de 6 de marzo de 2014](#)) habían bien denegado de forma directa o aceptado de manera muy restrictiva la aplicación del instituto de la sucesión de empresa, cuando no mediaba una transmisión de medios materiales o no existía un conjunto de medios productivos organizados *stricto sensu*.

Así, la doctrina del TS en materia de sucesión de empresa resulta sobradamente conocida. Exige que concurra una transmisión de medios materiales organizados (Sentencia del TS –[STS– de 14 de febrero de 2011, rec. 130/2010](#)) y, en su defecto, cuando no se produzca esa transmisión de medios materiales, requiere que se den los siguientes requisitos: 1) una empresa contratista o adjudicataria de servicios que suceda a la que desempeñaba anteriormente tales servicios o actividades por cuenta o a favor de un tercero; 2) el desempeño de actividades o servicios sustancialmente iguales a los que desarrollaba la contratista anterior; 3) la incorporación al desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata o adjudicación a una parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la entidad saliente; 4) que el activo principal para el desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata sea la mano de obra organizada u organización de trabajo (*cfr.*, en este sentido, [STS 460/2016, de 1 de junio](#)).

Asimismo, se acepta pacíficamente la sucesión empresarial en aquellos casos en los que medie una obligación convencional o en virtud de pacto colectivo ([STS 484/2018, de 9 de mayo](#)).

Entrando con más detalle en los pormenores de la sucesión de plantillas, el criterio mantenido por la [sentencia objeto del presente «diálogo»](#) ha sido mantenido igualmente por el TS en posteriores resoluciones, entre las que podemos citar la [STS 268/2020, de 6 de mayo](#) –en la que se deniega la existencia de sucesión de plantillas por entender que no media identidad suficiente para estimar concurrente la subrogación entre la mercantil saliente y la entrante– y la [STS 245/2020, de 12 de marzo](#).

Sin embargo, ambos criterios obvian –al igual que la [sentencia de referencia](#)– el criterio sostenido por el TJUE. Más allá de los pormenores de ambos casos, lo cierto es que tanto

en el supuesto analizado por el tribunal comunitario como en el nacional, la necesidad de medios materiales para el desempeño de la actividad parece estar fuera de toda duda, ya que con el mero concurso del personal –por muy especializado que esté– se antoja cuando menos imposible.

Pese a ello, el razonamiento alcanzado por el TJUE no deviene obstativo a esa ausencia de medios materiales. Y lo hace enlazando con las conclusiones emitidas por el abogado general, de las que –en líneas generales– pueden desprenderse tres aspectos esenciales: 1) la identidad de los servicios a prestar entre la empresa saliente y la entrante; 2) el *expertise* o *know-how* que el personal anteriormente adscrito a la contrata pudiera aportar al conjunto de la actividad económica explotada; 3) la adquisición de ese *expertise*, que dimanaría del ejercicio continuado de esa actividad por la plantilla, puede convertirse en el conjunto organizado de medios necesarios para proseguir con la actividad.

Y alcanza esa conclusión al precisar que, para determinar la existencia o no de sucesión de empresa, no se debe partir de la mera transmisión de medios materiales, sino que debe evaluarse en función del objetivo que persigue la [Directiva 2001/23](#) y que no es otro que garantizar y proteger los derechos de los trabajadores afectados, lo que exige –conforme a su opinión– un mayor grado de matización (considerando 31).

Ese grado de matización requiere valorar no solo la mera transmisión de los elementos materiales, sino las demás circunstancias técnicas, como las exigencias técnicas que el pliego pudiera tener sobre las condiciones del personal, o, en términos más abstractos, si el valor añadido de ese personal hace pensar que era un elemento esencial para prestar el servicio (considerandos 38 y 44).

Tales aspectos llevan al abogado general a minimizar el papel de los medios materiales necesarios para la prestación de los servicios, reduciendo la trascendencia de su entrega o no, habida cuenta que los mismos habían alcanzado su obsolescencia (considerandos 54 a 56).

Esa simplificación permite poner en valor los elementos inmateriales de la concesión y, en su caso, la particular relevancia que implica una plantilla experimentada y conocedora del servicio como fórmula, además, para evitar que se produzca un fraude en detrimento de los trabajadores mediante la mera negativa de la empresa entrante a asumir los medios materiales (considerando 58), consagrando el derecho a la protección de los trabajadores en caso de subrogación como punto de partida esencial para analizar los supuestos de sucesión de empresa.

Las consideraciones emitidas por el abogado general –reproducidas parcialmente por la sentencia dictada– apuntan a una nueva perspectiva que supone una modificación esencial en el análisis de la figura de la sucesión de empresa y que arrojan evidentes sombras sobre la [STS de 3 de marzo de 2020](#) y las posteriormente dictadas por el TS.

El hecho de plantear la [Directiva 2001/23](#) y el mantenimiento de los derechos de los trabajadores afectados por un cambio de empresario como el punto de partida desde el que analizar la transmisión empresarial obliga a efectuar una valoración más completa y compleja del supuesto de hecho analizado, reequilibrando el peso que los medios materiales e inmateriales pueden tener en el ámbito de la sucesión para que pueda ser catalogada como tal.

Así, la ausencia de transmisión y la necesidad fehaciente de que los medios materiales sean esenciales para poder llevar a cabo la actividad pueden perder peso ante el hecho de que la experiencia de los trabajadores o la capacitación profesional de estos evidencien una importancia trascendental o, al menos, singular en el marco de la actividad o servicio desempeñado.

En el caso examinado por la [STS de 3 de marzo de 2020](#), el objeto de los servicios a prestar incluía la explotación del sistema de control, la vigilancia sobre las instalaciones realizando las rutas e inspecciones presenciales necesarias, así como el mantenimiento de las mismas, tal y como obra en la relación de hechos probados comprendida en la misma, si bien no consta cuál era el porcentaje del servicio adscrito a la actividad de vigilancia, ya que estaba englobado en los más genéricos de explotación del sistema de control y mantenimiento preventivo.

No obstante lo anterior, se trata, por tanto, de una actividad que –indiscutiblemente– requiere la aportación de medios materiales, pero de la que se trasluce igualmente que existe una parte de la actividad que descansa en la mano de obra, por cuanto se trata de un servicio –vigilancia– que la propia Sala Cuarta ([STS 4/2019, de 8 de enero](#)) ha calificado tradicionalmente como sucesión de plantillas, a lo que cabe añadir que la inmensa mayoría de la plantilla que prestaba servicios para la UTE saliente fue incorporada al servicio de las empresas entrantes, independientemente de la adscripción o no a ese servicio de vigilancia.

El criterio de la [sentencia analizada](#) ha sido primar la necesaria aportación de medios materiales para declarar la inexistencia de sucesión de empresa, reputando que, en todo caso, la carencia de tales medios impide que se pueda declarar dicha sucesión. Sin embargo, apenas se hace referencia al hecho indubitado de que las empresas entrantes incorporaron de forma mayoritaria a la plantilla que ejecutaba los servicios con anterioridad.

Así, se advierte que, más allá de que efectivamente pudiera ser exigible la aportación de medios materiales, lo cierto es que la mano de obra tenía una relevancia no precisamente pequeña, al punto de que fue incorporada en su práctica totalidad. Es, por tanto, lo que efectivamente la Sala Cuarta obvia en su razonamiento, lo que sería el objetivo fijado por el TJUE en su sentencia y que no es otro que garantizar los derechos de los trabajadores afectados por un cambio de empresario. Trabajadores que, además, aportan un *know-how* relevante como demuestra el hecho de que se ha producido un trasvase que afecta a la mayoría de los mismos, al acontecer el cambio de contrata.

Por tanto, la valoración de los medios inmateriales que debiera haber contemplado la sentencia es inexistente, ya que la perspectiva del Alto Tribunal ha sido primar las necesidades de aportación material de la contrata pese a que en el conjunto de los hechos existía un servicio de vigilancia –paradigma de la sucesión de plantillas– y la experiencia y capacitación de los trabajadores afectados quedaban fuera de toda duda, puesto que se requirió su concurso para seguir explotando la actividad.

En resumen, la sentencia de la Sala Cuarta genera dudas respecto a su alcance. Pero, incluso aceptando la ponderación que realiza, no puede eludirse el hecho de que el examen de las situaciones de posible concurrencia de sucesión de empresa obligará a replantear en un futuro el dispar peso que venían recibiendo la aportación de medios materiales y la capacitación y experiencia en el marco de la actividad que puedan ostentar los trabajadores que prestaban servicios en la misma.

Dicha valoración exigirá un examen conjunto de tales extremos que puede ocasionar que nuestros tribunales puedan evolucionar a un reenfoque que redefina el concepto de sucesión de empresa, tal y como lo entendemos a día de hoy.

El uso de fotografías obtenidas de las redes sociales: nueva doctrina constitucional sobre la colisión del derecho fundamental a la propia imagen con el derecho a la información

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Constitucional 27/2020](#), de 24 de febrero

María Teresa Agut García

*Profesora asociada de Derecho Constitucional.
Universidad Jaume I*

1. Marco jurídico y límites del derecho a la propia imagen

Vivimos en un mundo tecnológico que está en constante evolución. Todos nosotros usamos a diario las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC), así como las redes sociales. Para muchas personas han llegado a adquirir una relevancia trascendental plataformas como Twitter, Facebook, Instagram o Tuenti, que ya forman parte de su propio quehacer diario y exponen este a todo aquel que quiera verlo; es el cambio social denominado web 2.0. Esto es, no nos restringimos a consumir información de internet, hemos superado la fase inicial, ahora nos hemos convertido en sujetos colaboradores: subimos datos e interactuamos con otros usuarios con los que compartimos numerosa información, somos *voyeurs*. No nos limitamos a facilitar nuestros datos personales, nuestras opiniones, sino que en numerosas ocasiones colgamos fotografías, vídeos, facilitamos el acceso a nuestra propia imagen y esta queda publicada, con carácter general, en la red para ser vista y compartida por todos aquellos que tienen acceso a dichas plataformas digitales. Conviene tener presente que Facebook encabeza el *ranking* mundial en número de usuarios, cuenta con un total de 2.271 millones, datos que aumentan día a día. Además, el porcentaje de internautas crece exponencialmente y ello está provocando cambios culturales trascendentales en nuestra sociedad y a nivel global –Boletín Oficial de las Cortes Generales. (1999). [Informe de la Comisión Especial sobre redes informáticas del Senado](#). Senado, núm. 812, 27 de diciembre–.

Cómo citar: Agut García, M.ª T. (2020). El uso de fotografías obtenidas de las redes sociales: nueva doctrina constitucional sobre la colisión del derecho fundamental a la propia imagen con el derecho a la información. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 27/2020, de 24 de febrero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 448, 182-190.

Sin embargo, a los efectos que ahora nos interesan, el empleo de las nuevas TIC puede conllevar que se produzcan intromisiones en algunos derechos fundamentales de los usuarios y puede suponer nuevos planteamientos y problemas jurídicos a los que, en todo caso, no sería ajeno el derecho laboral. En efecto, basta pensar en un trabajador que, pese a estar de baja laboral, cuelga en su perfil público de Instagram fotografías llevando a cabo algún tipo de actividad claramente incompatible con su estado de salud. ¿Estaría legitimado el empresario para proceder justificadamente a su despido?, ¿podrían ser utilizadas dichas imágenes como prueba en un procedimiento judicial posterior?, ¿servirían para que la Seguridad Social o la mutua instaran la devolución de prestaciones percibidas indebidamente por el trabajador?, ¿puede el empresario utilizar las fotografías que el trabajador cuelga en Facebook para promocionar su empresa? Estas son solo algunas de las muchas situaciones y correlativas dudas que podrían suscitarse.

En relación con este tema es especialmente relevante la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 27/2020, de 24 de febrero, en la que el Alto Tribunal, por primera vez, analiza si es posible hacer uso de las fotografías colgadas en las redes sociales por un tercero sin que haya mediado la autorización expresa de su titular. El TC resuelve sobre el derecho a la propia imagen; y, a pesar de que también podrían estar afectados el derecho a la intimidad personal y el derecho a la protección de datos de carácter personal, estos no fueron tratados por el tribunal al no haber sido alegados por ninguna de las partes implicadas.

Antes de abordar el supuesto de hecho que da lugar al pronunciamiento del TC, debemos tener presente que el derecho a la propia imagen es un derecho fundamental de la personalidad previsto en la Constitución española (CE) en su artículo 18.1, y ha sido objeto de desarrollo normativo por la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (LO 1/1982). En el ámbito internacional se reconoce en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, y en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950; y en el marco europeo se contempla en los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000, así como en diversas directivas de la Unión Europea.

De acuerdo con nuestra norma suprema y la doctrina constitucional (entre otras, SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, 117/1994, de 25 de abril, y 156/2001, de 2 de julio), dicho derecho a la propia imagen legitima a su titular a disponer de la representación de su aspecto físico que permite que sea identificado (en su aspecto positivo); y, a su vez, que este puede decidir y controlar qué información gráfica generada por sus rasgos físicos personales puede tener una dimensión pública con independencia de la finalidad perseguida con ello (en su aspecto negativo). Pese a que inicialmente fue considerado como parte del derecho a la intimidad, actualmente se entiende que es un derecho autónomo

con sustantividad propia. Constituye una concreción del derecho a la dignidad de la persona, que pretende proteger la vida privada y familiar de su titular, englobando con ello su dimensión moral y social.

Sin embargo, son numerosas las sentencias del TC y del Tribunal Supremo (TS) que han destacado que, al igual que el resto de derechos fundamentales, este no constituye un derecho absoluto e incondicionado, sino que en determinadas ocasiones debe ceder a favor de otros derechos o intereses constitucionalmente legítimos. De acuerdo con la [Sentencia del TS \(STS\) \(Sala Civil\) 146/2014, de 12 de marzo](#), el derecho a la propia imagen:

[...] se encuentra sujeto a las limitaciones derivadas de los demás derechos fundamentales –en relación con un juicio de proporcionalidad–, de las leyes –artículos 2.1 y 8 (cuyos supuestos tienen carácter enumerativo) de la LO 1/82–, de los usos sociales –artículo 2.1 LO 1/82–, o de la concurrencia de singulares circunstancias, diversas y casuísticas, de variada índole subjetiva u objetiva, que, en un juicio de ponderación y proporcionalidad, excluyen la apreciación de la ilicitud o ilegitimidad de la intromisión.

Por su parte, el [artículo 20.1 d\) de la CE](#) reconoce el derecho fundamental a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y en el marco internacional lo encontramos en el artículo 10.2 del [Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales](#). La doctrina constitucional ha señalado que cuando colisiona con el derecho a la intimidad, la libertad de expresión e información en nuestro Estado de derecho ha de tener una posición preeminente, toda vez que constituye una garantía esencial para la formación de una opinión pública libre, y es necesaria para alcanzar el pluralismo político que requiere el principio democrático. Para otorgarle dicha protección es necesario que el interés público sea constitucionalmente prevalente y que la libertad sea ejercitada por los profesionales de la información. La noticia ha de tener relevancia pública, bien por el carácter público de la persona a la que se refiere, o bien por el hecho en sí en que la persona se haya visto involucrada, y, además, los hechos e información en sí mismos deben ser veraces. No obstante, el valor preferente del derecho de información no implica dejar vacíos de contenido los derechos fundamentales de las personas afectadas o perjudicadas por esa información.

De acuerdo con lo dispuesto en el [artículo 7.5 de la LO 1/1982](#), se considera como una intromisión ilegítima la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el [artículo 8.2](#) del mismo texto legal; esto es: cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público; en segundo lugar, la utilización de la caricatura de acuerdo con el uso social; y, finalmente, cuando se trate de información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público y la

imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio. Por su parte, el [artículo 2.2 de la LO 1/1982](#) recoge que no se apreciará intromisión ilegítima en los supuestos expresamente autorizados por ley o cuando el titular del derecho otorgase su consentimiento expreso.

2. Supuesto de hecho

El 8 de julio de 2013, en la edición en papel y digital del diario *La Opinión-El Correo de Zamora*, se publicó bajo el título «Un hombre muere en Zamora al dispararse después de herir a su hermano de otro tiro» un reportaje sobre un suceso ocurrido en el domicilio familiar del perjudicado, consistente en el suicidio de su hermano después de haber disparado un arma de fuego contra él, provocándole diversas lesiones. Para hacerlo, el medio periodístico utilizó una fotografía del perjudicado obtenida de su perfil de Facebook sin su previo consentimiento.

El Juzgado de Primera Instancia número 10 de Bilbao estimó la demanda del actor y condenó a la parte demandada a abonar a la actora la suma de 30.000 euros en concepto de indemnización, tras concluir que se había producido una intromisión en el derecho a la intimidad del demandante al revelarse numerosos datos personales del actor y su familia que permitían su identificación; y asimismo consideró que existía una vulneración del derecho a la propia imagen del demandante al no haber contado con su consentimiento para la publicación de la fotografía, y esta no aportaba elemento informativo alguno de interés público. Para cuantificar la indemnización, el juzgado de primera instancia tuvo en cuenta la gravedad de la intromisión, la alta difusión del periódico en la provincia, la vinculación del demandante con dicho entorno y la influencia del reportaje en el estrés postraumático que este había sufrido. La resolución fue confirmada por la Audiencia Provincial de Vizcaya en Resolución de fecha 22 de septiembre de 2015, y el TS, en Resolución de fecha 15 de febrero de 2017, estimó en parte el recurso de casación interpuesto por el periódico. El tribunal consideró que la gravedad de la intromisión en la intimidad no era intensa, el interés de la noticia se acomodó a los cánones de la crónica de sucesos por lo que debía prevalecer el derecho a la información ejercitado por el medio de prensa; sin embargo, en cuanto al derecho a la imagen en la red social entendió que, aunque la fotografía fuera de libre acceso al público en general, ello no autorizaba a un tercero a reproducirla en ningún medio de comunicación sin contar con la previa autorización de su titular; por todo ello minoró la indemnización a la mitad.

3. Uso no autorizado de la imagen expuesta en redes sociales: la doctrina constitucional

Partiendo de lo anterior, el TC al resolver el recurso de amparo realiza un ejercicio de ponderación en el contexto actual para determinar qué derecho fundamental debe prevalecer:

el derecho a la propia imagen o el derecho fundamental a la información, valorando la importancia que han adquirido las nuevas TIC vinculadas al uso de internet y de las redes sociales.

En primer término, destaca el TC que la revolución tecnológica actual no puede afectar a los derechos de las personas; dichos derechos deben estar protegidos del mismo modo que lo estaban durante la era analógica, pero adecuándose a esas nuevas circunstancias. En dicho sentido, al hablar del derecho a la propia imagen señala que «el aspecto físico, en tanto que instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para el propio reconocimiento como persona, constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo», y, salvo que concurra un interés público, es requisito indispensable el consentimiento expreso del titular para hacer uso del mismo, excepto en los supuestos especiales que contempla la [LO 1/1982](#). La protección se extiende a las fotografías neutrales, es decir, aquellas que no contienen información gráfica sobre la vida privada o familiar del retratado, pero que sí exhiben su aspecto físico haciéndolo reconocible.

Razona el Alto Tribunal que el derecho a la información también es objeto de una especial protección, pero tan solo prevalece sobre el antedicho derecho en los casos en los que «exista un interés público en la captación o difusión de la imagen y este interés público se considere constitucionalmente prevalente sobre el interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen».

En el caso analizado, efectivamente, se trataba de una noticia veraz y que gozaba de interés público, pero, sin embargo, la imagen era la de una persona que no ejercía ningún cargo público o profesión de notoriedad y carecía de proyección pública, y no había sido captada durante un acto público o en un lugar abierto al público (excepción prevista en el [art. 8.2 a\) LO 1/1982](#)). Y en este sentido:

En modo alguno puede exigirse a nadie que soporte pasivamente la difusión periodística de datos tan relevantes sobre su vida privada cuyo conocimiento es trivial e indiferente para el interés público. Porque es notorio que la identificación de la víctima de la agresión fue, en el sentido más propio de las palabras, irrelevante a efectos de la información que se quiso transmitir.

La publicación de la fotografía y que se dieran a conocer los rasgos físicos de la víctima tan solo sirvió para saciar la curiosidad ajena. El tribunal tampoco consideró que la fotografía tuviera un carácter meramente accesorio e intrascendente o sin protagonismo, ni que la participación en el acontecimiento noticiable de la víctima fuera principal o protagonista, extremos que por sí solos hubieran legitimado que el derecho a la información prevaleciera (excepción prevista en el [art. 8.2 c\) LO 1/1982](#)). En tal sentido, la proyección pública de la víctima fue sobrevenida como consecuencia del trágico suceso publicado por el periódico, pero no existía con anterioridad a este.

En segundo lugar, respecto al consentimiento, a los efectos que ahora nos interesan, entiende el TC que el hecho de que el usuario compartiera información personal en las redes sociales no suponía implícitamente que renunciara a la protección de sus derechos, por ejemplo, sino que debía poder seguir controlando todos aquellos datos que le concernían. De este modo, una fotografía colgada en la red social no implica automáticamente que devenga pública; el entorno digital no es equiparable al concepto de «lugar público», «ni puede afirmarse que los ciudadanos de la sociedad digital hayan perdido o renunciado a los derechos protegidos en el art. 18 CE». Además, que tuviera una fotografía en un perfil público en ningún caso puede considerarse como un «acto propio» que suponga la exclusión del «consentimiento expreso», esto es: el titular tan solo consintió la exhibición de su fotografía en dicho entorno virtual, pero no en un periódico ([art. 2.1 LO 1/1982](#)).

Más aun, y no cuestión menor, el TC considera que tampoco cabe entender autorización expresa e inequívoca la autorización prestada por el usuario al suscribir el contrato para su registro en Facebook, ya que la misma no fue algo voluntario, sino obligatorio para poder hacer uso de la red social; y, en todo caso, estaríamos hablando de un contrato puro de adhesión, extremo que, por sí solo, impediría cumplir con los requisitos de voluntad libre, inequívoca, específica e informada que legitimarían el uso de la fotografía. Igual suerte corre el hecho de que el titular no configurara ni limitara la privacidad de su cuenta y esta estuviera abierta a terceros; tal opción aparece por defecto en la plataforma virtual, y, en todo caso, toda la información personal que incluyera en su perfil público tenía como única finalidad la interrelación social en dicho contexto.

4. Trascendencia y repercusión en el ámbito laboral

En suma, en el caso tratado, el TC otorgó prevalencia al derecho a la propia imagen frente al derecho a la libertad informativa por considerar que la información gráfica facilitada era ociosa o superflua, y declaró que se había producido una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la víctima del delito por parte del periódico. La publicación misma de la fotografía y que se dieran a conocer los rasgos físicos de aquella tan solo sirvió para saciar la curiosidad ajena, el morbo por el morbo, sin que tuviera función informativa alguna. Conviene destacar que en el mismo sentido resolvió el TS (Sala Civil) en [Sentencia 697/2019, de 19 de diciembre](#), en un asunto que guarda cierta similitud con el que nos ocupa, aunque la imagen obtenida de Facebook no era de la víctima del delito, sino del autor de los hechos. En tal supuesto, el diario *El Español* informó en un reportaje periodístico sobre la detención y posterior ingreso en prisión de un hombre acusado de abusar sexualmente de menores, incluyendo su fotografía. Aunque la persona adquirió una relevancia pública sobrevenida como consecuencia de los hechos, el TS entendió que ello no legitimaba que el medio periodístico pudiera utilizar su imagen cuando esta carecía de cualquier conexión con los hechos noticiables y, además, no se había producido la previa autorización de su titular.

En efecto, pese a que una persona exponga su intimidad y su imagen en una red social como Facebook, y permita el acceso libre a la misma por otros usuarios, ello no significa que pierda el control sobre los datos que le conciernen. Internet es un espacio amplio, donde hay millones de *terabytes* de información, pero no es pública y de libre uso por cualquier persona que tenga acceso a la misma. Destaca el TC que «salvo excepciones tasadas, por más que los ciudadanos compartan voluntariamente en la red datos de carácter personal, continúan poseyendo su esfera privada que debe permanecer al margen de los millones de usuarios» y «no pueden ver sacrificados por este solo hecho los derechos fundamentales cuya razón de ser última es la protección de la dignidad de la persona». A tal efecto, la información que dejamos en las redes sociales forma parte de nuestra intimidad y ello es así pese a que se encuentra ubicada en un entorno virtual y sea de libre acceso para aquellos que también hacen uso de las mismas redes. El entorno digital no puede ser equiparable al concepto de lugar público contenido en la [LO 1/1982](#). Como derecho fundamental, la propia imagen debe ser objeto de la máxima protección que otorga nuestro ordenamiento jurídico, tan solo cediendo en aquellos supuestos en los que el titular haya autorizado expresa e inequívocamente sobre su uso.

El empleo de las redes sociales está generando nuevos retos al derecho; este debe hacer frente a la vulnerabilidad a la que se ven expuestos derechos fundamentales como a la propia imagen, a la intimidad o a la protección de datos personales. Un simple gesto, como compartir fotografías e información de terceras personas sin su consentimiento, dependiendo del contexto, puede acarrear consecuencias muy graves. En este supuesto, pese a que el TC no se haya pronunciado expresamente sobre derecho a la protección de datos, señala que no podemos obviar que:

[...] cuando se toma una fotografía o se graba un videoclip, no solo se está creando una imagen, sino que esta incluye datos (metadatos) sobre quién ha hecho, dónde se ha hecho o incluso qué dispositivo se ha utilizado, los cuales pueden ser conocidos por cualquiera que tenga acceso a ella.

Debemos esperar a que el tribunal dé respuesta a las dudas suscitadas sobre dicho particular.

El ámbito laboral no es ajeno a estas cuestiones. Los avances tecnológicos de los medios telemáticos y las redes sociales están afectando a la gestión y a la organización del trabajo en la empresa. Desde una dimensión individual, la utilización de las TIC ha repercutido, entre otros, en la ejecución del trabajo y en las facultades de dirección, control y sanción por el empresario, pudiendo afectar en algunos supuestos a determinados derechos fundamentales, por ejemplo, el derecho a la propia imagen, a la intimidad, a la libertad de información y de expresión, al secreto de las comunicaciones o al derecho a la protección de datos personales. Y, desde una perspectiva colectiva, el uso de las TIC tiene un gran impacto en la acción sindical, amparado, como no podemos obviar, por el derecho constitucional de libertad sindical.

De este modo, no es difícil encontrar controversias judiciales suscitadas con ocasión del uso de medios tecnológicos, bien sea como consecuencia de una utilización indebida por parte de los trabajadores o bien como medio de control del empresario, ya que permiten a este ser conocedor de las conductas realizadas por sus empleados. Por todos es conocida la numerosa jurisprudencia existente relativa a uso de videocámaras y vigilancia por el empresario y la del consentimiento del trabajador. Sin embargo, por el momento, ni el TC ni el TS han resuelto ningún asunto en el que analicen expresamente el derecho a la propia imagen en el marco de la empresa con ocasión del uso de imágenes obtenidas en redes sociales. Asimismo, en los tribunales superiores, los asuntos relacionados con medios tecnológicos, las redes sociales e imágenes de trabajadores que traten el derecho a la propia imagen son poco habituales. Un ejemplo lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia ([STSJ de Madrid 701/2016, de 14 de septiembre](#), que confirma la sentencia que desestimaba la demanda interpuesta por los trabajadores de tutela de derechos fundamentales por el uso por la empresa de su imagen en Youtube y redes sociales (Facebook), así como en un vídeo promocional. Entiende que no se produce la vulneración del derecho a la propia imagen porque los trabajadores participaron voluntariamente en una fiesta organizada por la empresa con ocasión de la apertura de una nueva tienda y que conocían que allí se tomarían fotografías y se realizarían vídeos que posteriormente se utilizarían por la empresa con fines publicitarios. Los trabajadores lo sabían y además asistieron voluntariamente al evento. Más numerosas son las sentencias de los TSJ en relación con el uso de redes sociales que han tratado de los demás derechos a él vinculados, como son el derecho a la intimidad, el derecho al secreto de las comunicaciones, y en ellas, por regla general, las imágenes o fotografías publicadas en las redes sociales son admitidas como medio probatorio (los ejemplos más recientes, entre otros, los encontramos en las SSTSJ de [Madrid 97/2020, de 5 de febrero](#); [Galicia 64/2020, de 30 de diciembre](#); [Castilla-La Mancha 1675/2019, de 19 de diciembre](#); [Asturias 2476/2019, de 3 de diciembre](#); o [Cataluña 4064/2019, de 30 de julio](#)).

Otra cuestión de interés suscitada en torno al derecho a la imagen de los trabajadores es el uso de la videollamada en la prestación de los servicios, en la que es inevitable la cesión de la imagen del trabajador. La [STS 304/2019, de 10 de abril](#), revoca la sentencia de la Audiencia Nacional que consideró nula la cláusula incluida en los contratos de una empresa de *telemarketing* por la que los trabajadores consentían expresamente la cesión de su imagen tomada mediante cámara web. Entendió que violaba el derecho a la propia imagen de los empleados y que era necesario que prestara el consentimiento el trabajador cada vez que desempeñara dichas funciones, sin que fuera posible la utilización de cláusulas genéricas. Sin embargo, el TS descartó el carácter abusivo de la práctica empresarial y consideró que se requería el consentimiento del empleado para usar su imagen en el desempeño de las labores propias de su actividad y, por ello, resultaba válida aquella cláusula redactada al amparo de las obligaciones propias del ámbito funcional del convenio colectivo de aplicación.

Lo expuesto constituye tan solo una pequeña muestra de lo que viene sucediendo. No podemos obviar que los avances tecnológicos de las últimas décadas han supuesto cambios

trascendentales en todos los ámbitos, ni tampoco que, muy probablemente, los mismos continuarán en un futuro y seguirán suscitando nuevos debates jurídicos de todo orden. Un ejemplo reciente lo constituye la aprobación de la [Orden SND/297/2020, de 27 de marzo](#), por la que se encomienda a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, el desarrollo de diversas actuaciones para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que, entre otras cuestiones, encarga el desarrollo urgente y operación de una aplicación informática para el apoyo en la gestión de la crisis sanitaria, que permitirá la geolocalización del usuario con la finalidad de verificar que se encuentra en la comunidad autónoma en la que declara estar, y, además, podrá incluir en sus contenidos enlaces con portales gestionados por terceros con el objeto de facilitar el acceso a información y servicios disponibles a través de internet. Como resulta evidente, su aplicación en la práctica ha suscitado numerosas cuestiones en torno a la posible afección de diversos derechos fundamentales, como el derecho a la propia imagen, intimidad, protección de datos... Todavía es pronto para saber su alcance real, pero se vaticina un futuro incierto en el que nosotros mismos, nuestros movimientos y nuestros datos podrán ser controlados para salvaguardar intereses superiores.

¿Brecha salarial de género en el fútbol estadounidense?

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Central de California, de 1 de mayo de 2020 (caso Alex Morgan vs. Federación Soccer de los Estados Unidos, Inc.)

Pilar Conde Colmenero

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

1. Contexto deportivo y normativo del fútbol femenino estadounidense. Una comparativa con el escenario español

La situación del fútbol femenino en Estados Unidos no es comparable con la que vive esta modalidad deportiva en nuestro país, más aún si la examinamos en relación con el fútbol masculino. En España, el fútbol es el «deporte estrella» y los equipos masculinos, sobre todo, tienen una importante relevancia tanto nacional como internacional, mientras que el fútbol femenino es minoritario y no alcanza todavía una repercusión social ni mediática significativa. Sin embargo, el panorama estadounidense es bien distinto, porque a nivel nacional el fútbol masculino tiene una importancia secundaria respecto de otros deportes como el béisbol o el fútbol americano; y, paradójicamente, el balompié femenino sobresale respecto del resto de disciplinas deportivas practicadas por mujeres, ya que cuenta con numerosos seguidores y con un buen palmarés en campeonatos y certámenes.

En el plano internacional, el escenario tampoco cambia. Las norteamericanas poseen una brillante y competitiva selección, con una trayectoria jalonada de éxitos. Solo hay que revisar el historial de la Copa Mundial Femenina de la FIFA (Federación Internacional de Fútbol Asociación) para comprobar que en este moderno y exitoso campeonato, disputado en ocho ocasiones desde que fue creado en 1970, se han alzado con el trofeo solo cuatro países, uno de los cuales es Estados Unidos. La selección femenina de fútbol norteamericana, además de ser la actual campeona del mundo, es el equipo con más victorias, llegando

Cómo citar: Conde Colmenero, P. (2020). ¿Brecha salarial de género en el fútbol estadounidense? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Central de California, de 1 de mayo de 2020 (caso Alex Morgan vs. Federación Soccer de los Estados Unidos, Inc.). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 448, 191-198.

a acumular cuatro copas (seguida de Alemania, con dos triunfos, y, después, de Noruega y Japón, con uno) en los años 1991, 1999, 2015 y 2019. La selección española femenina de fútbol no atesora títulos en ese certamen mundial, que es referente internacional en la disciplina, y tampoco puede medir su palmarés con el obtenido por la selección nacional masculina. En consecuencia, aunque el fútbol femenino está empezando a despuntar en España y más allá de las fronteras nacionales, no alcanza aún los niveles de popularidad y triunfos que el balompié masculino, ni se habían puesto sobre la mesa (hasta hace bien poco) las posibles diferencias y discriminaciones profesionales entre jugadores y jugadoras.

Las exigencias de igualdad salarial en el fútbol femenino norteamericano no son nuevas y acumulan una larga trayectoria. Dada la repercusión internacional y mediática de la selección estadounidense, sus reclamaciones constituyen un referente de la lucha antidiscriminación no solo para las futbolistas, sino para las jugadoras de todo tipo de disciplinas deportivas. En el deporte femenino español, desde hace unos años estamos asistiendo a continuas reivindicaciones laborales (tanto individuales como colectivas) de las jugadoras y atletas de todas las disciplinas frente a los clubes, las federaciones e incluso el Consejo Superior de Deportes. En particular, las futbolistas han ejercido incluso el [derecho a la huelga con ocasión de las negociaciones por la firma del que sería su primer convenio colectivo](#) (finalmente cerrado en febrero de 2020). Un punto crucial en la suscripción de dicho convenio colectivo ha sido el acuerdo sobre los salarios base y demás cuestiones de directa repercusión económica (parcialidad de los contratos o derechos de imagen, por ejemplo).

Centrados en el marco normativo americano, hay que subrayar que el referente legal básico que cabe invocar en materia de igualdad en Estados Unidos es la Ley/Declaración de derechos civiles de 1964 (*Civil Rights Act of 1964* –CRA–), cuyo título VIII prohíbe la discriminación por motivos de raza, color u origen nacional en cualquier programa o actividad que reciba asistencia financiera federal. Recordemos que este trascendental texto, además de marcar un hito histórico en la erradicación de la segregación racial, se convierte en el baluarte de la lucha contra todo tipo de discriminación y, de manera decisiva, establece una serie de reglas de igualdad ciudadana en el ámbito civil, en el educativo y, también, en el laboral.

Concretamente en materia laboral, la CRA estableció que se consideraría ilegal cualquier contratación, despido o trato en el empleo, que implicase una discriminación motivada en la «raza, color, religión, sexo, u origen nacional», y reguló un procedimiento sumarísimo para castigar la ofensa y restablecer al empleado afectado en el puesto de trabajo del que fuese excluido. Al amparo de esta ley se creó la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo (EEOC) que funciona como una agencia federal del Gobierno estadounidense cuya misión es controlar y fiscalizar el cumplimiento de la legalidad sobre discriminación en los lugares de trabajo, generalmente investigando las denuncias de trato no igualitario por razón de raza, color, origen, religión, sexo, edad, discapacidad e información genética de un empleado.

Bien es cierto que la Declaración de 1964 tiene un importante antecedente normativo específico en materia de discriminación retributiva entre hombre y mujer. En efecto, 1 año antes de que viese la luz la CRA se había publicado la Ley de igualdad salarial (*Equal Pay Act of 1963* –EPA–) que proscribe la disparidad salarial por razón de sexo y regula la igualdad retributiva de los empleados, independientemente de su sexo. Por tanto, esta ley laboral inició el camino para el establecimiento de la paridad salarial hombre-mujer, consolidándose posteriormente, con la Ley de derechos civiles de 1964, la protección frente a todo tipo de discriminación (incluida la retributiva).

La EPA, en la sección 206 d.1, prohíbe expresamente a los empleadores discriminar:

[...] sobre la base del sexo pagando salarios a los empleados [...] a una tasa inferior a la tasa [pagada] a empleados del sexo opuesto por [...] igual prestación en trabajos [que requieren] igual habilidad, esfuerzo y responsabilidad, y que se realizan bajo condiciones de trabajo similares.

Para acogerse a la protección de esta ley, el empleado debe demostrar, primeramente: que se pagan salarios diferentes a los empleados del sexo opuesto; que los empleados realizan un trabajo sustancialmente igual en trabajos que requieren la misma habilidad, esfuerzo y responsabilidad; y que los trabajos se realizan en condiciones de trabajo similares.

En comparación con el estadounidense (y salvando las evidentes diferencias entre el sistema jurídico anglosajón y el sistema continental europeo), el entramado normativo español en materia de igualdad y no discriminación puede considerarse, como aquel, suficientemente sólido y garantista para permitir a las mujeres el ejercicio pacífico de su derecho a la paridad salarial. Eso no significa que *de facto* en nuestro país se haya conseguido erradicar toda discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral, puesto que, en el plano retributivo, y particularmente en la actividad deportiva profesional, las mujeres tienen aún importantes cotas de igualdad que conseguir.

Nuestro ordenamiento cuenta, por supuesto, con instrumentos que amparan expresamente el trato igualitario entre hombres y mujeres. Desde la proclamación constitucional del derecho a la igualdad como derecho fundamental protegido por garantías máximas (arts. 14 y 53.1 y 2 Constitución española), pasando por la [Ley orgánica 3/2007](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que despliega una protección transversal frente a la discriminación por razón de sexo en todo orbe de la vida, hasta descender a las previsiones laborales y de empleo público que descartan la desigualdad en el acceso al empleo, durante el contrato de trabajo y la extinción de la relación laboral (arts. 4.2 c) y 17 Estatuto de los Trabajadores –ET–; y art. 1.3 b) y d) [Estatuto Básico del Empleado Público](#)). Ciertamente, la equiparación de derechos hombre-mujer tiene un despliegue importante tras la incorporación de España a la Unión Europea en el año 1985 (Directivas [2004/113/CE](#), [2006/54/CE](#) y [2010/41/UE](#) y derecho originario).

En nuestro país, el ejercicio profesional de la actividad deportiva está sujeto también a la legislación que ordena el deporte ([Ley 10/1990](#), del deporte). Precisamente, en 2019 fue aprobado un [Anteproyecto de ley del deporte](#) que afronta, entre otras cuestiones, una revisión que permita el fomento del deporte femenino y su ejercicio en un escenario de igualdad, real y efectiva. Por lo demás, el salario y el resto de condiciones laborales de los deportistas se regulan particularmente en el [Real Decreto 1006/1985](#), que ordena la relación laboral especial de los deportistas profesionales, los convenios colectivos suscritos en las ligas profesionales de las distintas disciplinas (como es el caso del fútbol masculino, desde hace años, y recientemente en el fútbol femenino), los contratos individuales de los deportistas y, a nivel de selección nacional, los acuerdos entre las respectivas federaciones y los jugadores que representan a España en las competiciones internacionales (a semejanza de lo que ocurre en Estados Unidos). En competiciones oficiales internacionales hay que tener en cuenta sobre todo las previsiones de la [Ley del deporte](#) relativas al papel de las federaciones como entidad privada con funciones públicas, así como lo estipulado por el [Real Decreto 971/2007](#), sobre deportistas de alto nivel y alto rendimiento.

2. Breve descripción del supuesto de hecho

El pronunciamiento del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Central de California (*United States District Court, Central District of California*), resuelve el conflicto planteado por la Asociación de jugadoras de la selección nacional de fútbol femenino de los Estados Unidos (WNT) que acusa a la Federación de Fútbol de los Estados Unidos (USSF) de haber violado la EPA y el título VII de la CRA, por entender que existe una desigualdad salarial entre las jugadoras de la selección y sus homólogos masculinos.

Las jugadoras de la selección femenina, mediante el ejercicio de una acción colectiva (*action class*), plantean ante la referida instancia federal una demanda que las lleva a un escenario procedimental y probatorio, según el cual:

- a) Para que sea admitida como cierta la violación de la EPA, debe demostrarse que las jugadoras femeninas realizan idéntico trabajo, en las mismas condiciones y que reciben un salario menor que los jugadores masculinos.
- b) Para que sea admitida como cierta la violación de la CRA, debe demostrarse que la acusación agotó la vía extrajudicial, habiendo apelado previamente al arbitraje ante la EEOC por la discriminación en el salario recibido y demás condiciones de trabajo (estado de los campos de juego, alojamientos, viajes, seguro médico o entrenamientos).

En la cronología de los hechos que dieron lugar a la demanda destaca el inicio, en 2012, de la negociación del acuerdo denominado *Collective Bargain Agreement* (CBA), suscrito

entre la USSF y la WNT, donde se ordenan distintas condiciones de trabajo de las futbolistas profesionales, como son el salario mínimo anual, el reconocimiento de primas por partidos, el seguro médico y dental o las dietas por viajes.

En 2013, la USSF y la WNT firman un *Memorandum of Understanding* (o tratado de entendimiento) que viene a refrendar el acuerdo final sobre la suscripción del CBA de 2012. Finalmente, el pacto contempla el número mínimo de jugadoras que conformen el equipo de la selección, el salario anual de estas, un aumento del 15 % del sueldo de las jugadoras de la selección si dejan de cobrar en la liga de fútbol nacional, la cobertura médica, las bajas por enfermedad y el subsidio infantil. En la negociación, las jugadoras se habían propuesto el objetivo de garantizar un salario base.

A la altura de 2016, la WNT solicita la cancelación del CBA de 2012-2016 con el objetivo de introducir cambios y mejoras en los siguientes acuerdos con la federación, sobre todo en lo relativo a igualar las primas con las recibidas por sus colegas masculinos. Las jugadoras justifican su petición en el hecho de haber ganado la Copa del Mundial de Fútbol Femenino de 2015 y proponen basar el nuevo CBA en un *pay-to-play*, es decir, el abono de primas en función de los partidos jugados y los resultados obtenidos en los mismos. Definitivamente, en 2017, ambas partes firman un nuevo CBA que contempla tanto el aumento del número mínimo de jugadoras de la selección, como ciertas mejoras en las primas a percibir por parte de estas.

En el curso de las actuaciones judiciales, la WNT, que de partida consigue demostrar que agotó la vía extrajudicial de manera procedente ante la EEOC y que las futbolistas realizan idéntico trabajo en similares condiciones que los hombres (o más bien peores), no logra que el tribunal admita la acusación de discriminación salarial. El tribunal finalmente acoge y da por probado que la federación abona menos cantidad por ciertos partidos a las jugadoras (por *pay-to-play* menores que los de los hombres), aunque, sumando todos los conceptos salariales previstos en el CBA reformulado, las futbolistas llegan a obtener incluso más retribución que los hombres en el periodo comprendido entre 2015 a 2019, una vez aplicadas todas las mejoras salariales en cómputo global y como consecuencia de haber jugado más partidos y haberlos ganado. En cuanto a la posible vulneración del título VII de la CRA, se admite la desigualdad en lo que respecta a las condiciones que afectan a los viajes de la selección femenina (específicamente, vuelos chárter y alojamiento en hoteles), así como a la cobertura médica recibida y la asistencia y apoyo en los entrenamientos, no así en cuanto a la cuestión puramente salarial que es el objeto de la litis. Por tanto, según el tribunal no existe la brecha salarial denunciada, puesto que las jugadoras habrían ganado 24 millones de dólares en los últimos 5 años en comparación con los 18 millones obtenidos por los hombres.

3. Puntos clave de la decisión judicial

Como hemos comentado, el fallo de la instancia federal deniega las pretensiones planteadas por las jugadoras de la selección nacional contra la federación de fútbol en cuanto

a la supuesta desigualdad salarial respecto de sus homólogos masculinos. No obstante, la sentencia pone claramente de manifiesto que existen diferencias de trato en algunas de las condiciones en las que desarrollan su trabajo las futbolistas, evidenciando así la existencia real de un contexto no igualitario en el fútbol estadounidense. El pronunciamiento judicial entiende que las futbolistas han negociado su propio acuerdo con la federación diseñando un conjunto de percepciones salariales que, siendo menos ventajosas que las convenidas por los hombres, les han permitido ganar más que ellos, gracias al número de partidos con éxito que han jugado en el periodo de 5 años examinado. Es decir, las jugadoras han podido optar a las primas que estaban previstas en el acuerdo federativo, llegando a ganar incluso más que los futbolistas en cómputo final.

Por otra parte, y en cuanto a la probanza de determinados hechos, la WNT consigue demostrar dos de los requisitos previos para reclamar la violación del título VII de la CRA, es decir, que las futbolistas realizan idéntico trabajo que los futbolistas (trabajos que requieren la misma habilidad, esfuerzo y responsabilidad) y que lo hacen en condiciones similares (incluso peores comparativamente). El tribunal así lo admite, a pesar de ciertos argumentos sexistas esgrimidos por la federación a lo largo del procedimiento para justificar la desigualdad de pagos entre los jugadores de ambas selecciones, como, por ejemplo, el razonamiento según el cual el trabajo de los futbolistas exige un nivel más alto de destreza que el de las jugadoras.

Desde el punto de vista procesal, hay que subrayar que la selección femenina plantea una *action class* o demanda colectiva y que lo hace ante el tribunal federal (no estatal) que posee jurisdicción para conocer el caso. Recordemos que la *action class* es una acción colectiva genuinamente americana de larga tradición en Estados Unidos. En nuestro ordenamiento, un accionamiento semejante (de un colectivo de demandantes que poseen el mismo objeto y razón de pedir) surge más recientemente, bajo condiciones y requisitos diferentes a los del sistema estadounidense. Con unos limitados antecedentes en leyes especiales (en materias muy particulares como la publicidad ilícita, la competencia desleal y las cláusulas abusivas reguladas en la Ley general de defensa de consumidores y usuarios) y con una eficacia también limitada (solo respecto de la cesación, que no a la tutela indemnizatoria), la acción colectiva acaba irrumpiendo en la reforma de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) de 2000 y en la modificación de 2007 (arts. 15, 11 y 11 bis LEC) donde se consolida con carácter general y con la eficacia más plena de las exigencias de la responsabilidad civil (no solo de cesación, sino también de petición de resarcimiento del daño) para ser ejercida, en garantía de intereses colectivos y difusos, por parte de las asociaciones de consumidores y usuarios, los sindicatos y las asociaciones de defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres.

A nuestro juicio, la principal aportación de la sentencia tiene que ver con la revisión exhaustiva y actualizada que realiza del cumplimiento de la normativa norteamericana sobre no discriminación salarial por razón de sexo, concretamente en el ámbito deportivo y a la vista de las denuncias de las condiciones retributivas de las futbolistas estadounidenses. Revisión

que, por otra parte, y gracias al empuje reivindicativo de las mujeres deportistas, se está produciendo en otros países desarrollados con fuertes principios democráticos e igualitarios donde sería inadmisibles mantener que las profesionales (de cualquier sector de actividad) han de estar peor retribuidas que sus homólogos masculinos. Aunque el resultado judicial lleve a la consideración de que no existe brecha salarial entre hombres y mujeres futbolistas durante los años 2015 a 2019, el pronunciamiento tiene relevancia porque desbroza la situación laboral (y no solo salarial) de las condiciones de trabajo de estas jugadoras de la selección (marcada por los acuerdos federativos suscritos), a la luz de la normativa antidiscriminatoria de aplicación y con la fortaleza procesal que posee el ejercicio de una acción colectiva.

4. Trascendencia de la doctrina asentada: los lentos avances de la igualdad en el deporte profesional

El fútbol femenino estadounidense es el espejo donde se miran jugadoras de todo el mundo, por lo que no es una cuestión baladí que la selección campeona del mundo demande en vía judicial a su federación por entender que percibe salarios no equitativos respecto de los hombres. Asimismo, que un tribunal federal norteamericano reconozca condiciones discriminatorias entre los hombres y mujeres futbolistas no hace sino evidenciar las desigualdades que perviven en el deporte, incluso cuando se trata de una selección femenina que es campeona mundial y que cosecha más éxitos deportivos que la selección masculina. En ese sentido, hay que valorar positivamente tanto que las futbolistas americanas se animen a litigar por sus derechos salariales mediante una acción colectiva, como que el tribunal que enjuicia los hechos admita la existencia de una auténtica discriminación en algunas de sus condiciones de trabajo (que no son netamente salariales), pese a que desoiga finalmente la acusación de «brecha salarial».

El tribunal americano efectúa un acertado tratamiento del concepto de salario (*wages*), incluyendo en el caso de los futbolistas todo tipo de percepciones dinerarias que retribuyan la prestación de sus servicios profesionales (es decir, el salario anual garantizado más las primas por partidos), a semejanza de lo que establece nuestro ordenamiento laboral sobre el salario y las *sui generis* percepciones retributivas de los deportistas profesionales (que reconoce naturaleza salarial a las primas de fichaje y por resultados –art. 26 ET; art. 8 RD 1006/1985, convenios colectivos de aplicación y contratos individuales–). No obstante, es cierto que el tribunal se muestra excesivamente favorecedor de la libertad de negociación y del libre mercado (algo propio de un sistema que apuesta por la iniciativa privada y la libre competencia a ultranza), sin sujeción a injerencias o medidas correctoras proteccionistas que equilibren las posibles desigualdades reales entre hombre y mujer. En consecuencia, el acuerdo negociado entre la selección femenina y la federación de fútbol (que es menos favorable salarialmente que el negociado por los hombres) se impone y, en el caso examinado, se suma al buen hacer deportivo de las campeonas del mundo, resultando un montante salarial global que beneficia a las jugadoras respecto de sus homólogos masculinos.

Aun así, el tribunal acepta que las mujeres han recibido menos dinero por partido jugado y que habrían ganado más si hubieran tenido el convenio de los hombres; y los propios ejecutivos de la USSF admiten que las condiciones entre hombres y mujeres no son equitativas. Sin embargo, finalmente se impone el argumento de que las mujeres son las que diseñaron su propio convenio laboral, con una estructura y cuantías de salario garantizado y primas acordadas a su interés, aunque es cierto que esto les haya generado menos beneficio por los partidos jugados. Si ellas han necesitado jugar más partidos y tener mayor tasa de éxito en la competición para conseguir unas retribuciones salariales más elevadas que ellos, es porque, según se deduce de la lectura de la sentencia, han llevado a cabo una negociación de sus intereses económicos menos satisfactoria que los futbolistas hombres, pero no porque exista, en puridad, una auténtica brecha salarial entre ambos. Algo con lo que no terminamos de estar de acuerdo, ya que deja el resultado de la negociación al albur del mercado y, por tanto, del influjo de la concepción sexista imperante, con base en la cual las mujeres (aunque sean jugadoras con más éxitos deportivos que los hombres) no merecen igual recompensa económica que los hombres y deben esforzarse más por conseguir la igualdad retributiva, por ser alojadas en hoteles del mismo rango o por jugar en campos bien dotados. Es decir, de hecho en nuestras sociedades aún no impera la igualdad efectiva y real entre hombres y mujeres, de ser así sería innecesario recurrir a mecanismos como las discriminaciones positivas para equiparar laboralmente ambos sexos.

El pronunciamiento judicial deja un sabor agridulce, puesto que pone de manifiesto que perviven las desigualdades dentro del deporte y que, tal como ocurre también en España, queda tiempo para que podamos ver que las mujeres estén igual de cotizadas salarialmente que los hombres.

La consideración como asalariadas de las personas repartidoras a domicilio a través de plataformas digitales

Comentario al **Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de abril de 2020, asunto C-692/19**

Juan José Camino Frías

Inspector de Trabajo y Seguridad Social

1. Marco jurídico

A lo largo de los últimos años, uno de los asuntos «estrella» con los que nos enfrentamos los laboristas está siendo el replanteamiento en determinados supuestos del aspecto esencial de nuestra disciplina jurídica, esto es, la propia existencia del contrato de trabajo. Y este carácter estelar ha venido motivado por la proliferación de casos de enmascaramiento de la relación laboral mediante el aparentemente sencillo mecanismo de hacer pasar todas o algunas de las relaciones laborales de las que son titulares por trabajos que sus empleados pretendidamente realizan por cuenta propia. La existencia de los falsos autónomos en el panorama de nuestras relaciones laborales ha tenido tradicionalmente un carácter individualizado o artesanal: ante una determinada necesidad de una empresa, y con la finalidad fundamental de reducir costes, se optaba, en estos supuestos, por camuflar una relación por cuenta ajena como una prestación de servicios por cuenta propia. En ocasiones, el propio trabajador podía tener cierta responsabilidad en su situación, o haber favorecido la misma, dado que obtenía ventajas, fundamentalmente derivadas de una tributación más benévola de los rendimientos del trabajo por cuenta propia en relación con el desarrollado por cuenta ajena, especialmente en las actividades vinculadas a la construcción y en algunos oficios que, en otro contexto económico general, resultaban particularmente rentables.

No obstante, en los últimos años se ha observado cómo determinadas empresas han establecido, dentro de su estrategia de recursos humanos, el objetivo de sustituir a

Cómo citar: Camino Frías, J. J. (2020). La consideración como asalariadas de las personas repartidoras a domicilio a través de plataformas digitales. Comentario al Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de abril de 2020, asunto C-692/19. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 448, 199-206.

trabajadores por autónomos de forma intensiva. Para ello, se está recurriendo al empleo, en fraude de ley, de determinadas figuras económicas o jurídicas. Dentro de ellas, una de las que más trascendencia está teniendo, tanto desde el punto de vista cuantitativo como desde el de la disputa jurídica que está produciendo, es la de los repartidores, normalmente de comida –pero no solo– a domicilio, a través de plataformas digitales. Como es sabido, en esencia, se trata de organizaciones (con soporte virtual) que ponen en contacto a los clientes de determinados servicios de tipo personal con los prestadores directos de los mismos. El servicio es encargado por la organización –o plataforma– a quien lo presta; una vez realizado, se retribuye directamente por aquella, que, a su vez, recibe el importe del cliente.

Sobre la consideración de esas relaciones como trabajo por cuenta ajena se ha establecido una importante controversia jurídica, que se ha manifestado en numerosas sentencias, en ocasiones contradictorias, y que han tenido su origen tanto en demandas individuales de los trabajadores como en procedimientos de oficio iniciados como consecuencia de actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) y sustanciados ante la jurisdicción social en virtud del [artículo 148 d\) de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#), por cuestionarse en las alegaciones empresariales presentadas ante las actas de la ITSS precisamente el carácter laboral de la relación.

Dado que el estado actual de la tendencia de las resoluciones de los juzgados y tribunales españoles al respecto fue analizado brillantemente por mi compañero Luis Pérez Capitán en su «diálogo» [incluido en el número de mayo de esta revista](#), me limitaré ahora a hacer una «foto final» de la situación actual. Las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia (SSTSJ) de Madrid [1155/2019, de 27 de noviembre](#), [40/2020, de 17 de enero](#), y [68/2020, de 3 de febrero](#), se han manifestado con rotundidad en el sentido de afirmar que las relaciones que unen a los repartidores con las empresas titulares de las plataformas digitales tienen la naturaleza de laborales. La primera y la tercera fueron dictadas al abordar sendas demandas por despido, mientras que la segunda lo fue al resolver un procedimiento de oficio originado por una actuación de la ITSS a resultas de la cual se extendió acta de liquidación a la empresa con el fin de reclamarle las cuotas correspondientes al régimen general de la Seguridad Social (RGSS) por esos trabajadores. Ya con posterioridad, y resolviendo en el mismo sentido, ha fallado el Juzgado de lo Social número 2 de Zaragoza en su [Sentencia 123/2020, de 27 de abril](#), también en el marco de un procedimiento de oficio: se aceptan también aquí los postulados de la ITSS, apreciando muy especialmente la actuación probatoria realizada, y se concluye que los repartidores han de estar encuadrados en el RGSS.

El panorama judicial español, como observamos, se muestra ahora bastante proclive a la apreciación de la laboralidad de estas relaciones. En este sentido, si bien es cierto que aún carecemos de un pronunciamiento sobre esta específica forma de prestación de servicios por parte del Tribunal Supremo (TS), sí que contamos con la «histórica» [Sentencia de 26 de febrero de 1986](#), referida a los mensajeros, y con la mucho más reciente de [16 de noviembre de 2017](#), a propósito de los traductores. En estas sentencias, si bien referidas a supuestos de hecho que no son idénticos al que nos ocupa, se contienen argumentos y consideraciones

suficientes como para vislumbrar un horizonte halagüeño para quienes sostenemos que nos encontramos ante auténticas relaciones laborales, y que los trabajadores han de gozar de la protección que confieren el derecho del trabajo y las normas de Seguridad Social a los titulares de aquellas.

No obstante, este panorama, optimista para algunos, se ha visto en parte enturbiado por el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (ATJUE) de 22 de abril de 2020, que constituye el motivo central de este trabajo y que abordamos a continuación.

2. Síntesis del supuesto de hecho

Se inicia el procedimiento con la cuestión prejudicial planteada por el tribunal laboral de la ciudad británica de Watford, solicitando que el TJUE se manifieste sobre si la relación que une a un prestador de servicios con la empresa Yodel Delivery, dedicada a la mensajería dirigida al destinatario final, presenta las notas propias de la relación laboral, a los efectos de la [Directiva 2003/88](#), de ordenación del tiempo de trabajo. El objeto, por tanto, de la cuestión tiene como fin, en principio, la determinación de la exigibilidad de las condiciones en materia de tiempo de trabajo, si bien el fin último es que el TJUE se manifieste a propósito de si la normativa británica es compatible con el concepto de trabajador acuñado por la jurisprudencia comunitaria y a la que sigue la [Directiva 2019/1152](#), sobre condiciones de trabajo transparentes y previsibles.

En concreto, se plantea si:

Se opone la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, a una normativa nacional que exige a una persona, para quedar comprendida en el ámbito de aplicación de la directiva, que se comprometa a realizar o ejecutar «personalmente» cualquier actividad o servicio a que esté obligada. Posteriormente, se concretan las preguntas sobre determinadas condiciones de ejecución de los trabajos de estas personas, tales como posibilidad de recurrir a subcontratistas o a sustitutos y la trascendencia que tiene el uso efectivo de esa opción, la incidencia de que el trabajo se preste «a demanda» del empleador, la del carácter exclusivo de la prestación de servicios, así como la de la discrecionalidad para adaptar el tiempo de trabajo a las necesidades del prestador del servicio.

3. Puntos clave de la doctrina del tribunal

El TJUE, en su auto, parte del hecho de que la [Directiva 2003/88](#) no establece una definición de trabajador. A partir de ahí, es el tribunal remitente quien ha de determinar,

teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si nos encontramos ante un trabajador por cuenta ajena, y ello en atención a la concepción que tiene el derecho comunitario de esta figura.

Añade que el hecho de que una legislación nacional califique a una persona como autónoma no impide que la misma pueda ser considerada como persona trabajadora en el sentido de la legislación de la Unión Europea, si su independencia es meramente teórica, enmascarando de esta manera una relación laboral.

Teniendo en cuenta esas consideraciones, y dejando sentado que corresponde al órgano remitente llevar a cabo la concreta evaluación, el TJUE entiende que no se dan en este caso, atendiendo a las circunstancias concurrentes, las características del trabajo subordinado, en atención a «la libertad del prestador de servicios en relación con el empleador» expresada a través de los siguientes aspectos:

- La posibilidad de designar sustitutos por parte de quien presta el servicio.
- La capacidad para rechazar encargos y de establecer un límite para las tareas que se le asignen.
- El carácter no exclusivo de la prestación de servicios para el empleador, pudiendo incluso prestarlos para otros empresarios competidores.
- La capacidad para fijar sus propios horarios, dentro de ciertos límites, en atención a sus necesidades, y no únicamente a las del empleador.

No obstante, y en la línea de lo apuntado anteriormente, concluye el TJUE que corresponde al órgano jurisdiccional, teniendo en cuenta todos los elementos pertinentes relativos a dicha persona y a la actividad económica que desarrolla, clasificar su condición profesional con arreglo a la [Directiva 2003/88](#) y si se cumplen o no los requisitos para poder determinar que se trata realmente de un autónomo.

4. Posibilidad de consolidación y valoración crítica

Quienes, por razón de nuestra actividad profesional, nos hemos dedicado a la investigación del fenómeno que nos ocupa, así como al diseño, a la planificación y al control de actuaciones de la ITSS sobre la situación jurídico-laboral en la que se hallan los repartidores que desarrollan su labor a través de plataformas digitales, experimentamos una súbita sensación de sorpresa, no exenta de disgusto, al recibir –a través de los habituales canales de información jurídica– las primeras noticias sobre este auto del TJUE. Las noticias eran del tenor de «Varapalo del TJUE a los *riders* y su consideración como falsos autónomos (Auto de 22 de abril de 2020)» o «Los *riders* pueden ser autónomos». Estos titulares vinieron a caer «como jarro de agua fría» para los que, basados en las resoluciones judiciales a las

que hacía mención en la primera parte de este trabajo, confiábamos –y confiamos– en otro desenlace para esta historia. Esa sensación fue más amarga al recordar las imágenes de los días más duros del confinamiento originado por la pandemia de la COVID-19, en los que el impresionante vacío de las calles de nuestras ciudades apenas era roto por las figuras de los repartidores en sus bicicletas, carentes de cualquier tipo de protección, tanto desde el punto de vista de las medidas de seguridad, como de la que proporcionan el derecho del trabajo y las normas de protección social pública: en esas circunstancias resultaban aún más desasosegantes los intentos de hacerlos pasar por autónomos o por emprendedores.

No obstante, al analizar los antecedentes, el origen de la causa, el contenido de la cuestión prejudicial y el del propio auto, creo que podemos seguir confiando en que en el futuro se producirá un reconocimiento judicial definitivo y terminante del carácter laboral de los repartidores, y con ello el de la plenitud de sus derechos al mismo nivel del resto de trabajadores por cuenta ajena. Veamos cuáles son las razones para ese optimismo.

Lo que primero llama la atención es el propio instrumento de expresión de la doctrina del TJUE. Ha de repararse en que nos encontramos ante un auto y no ante una sentencia. Y este hecho no tiene un significado meramente formal, dado que el [artículo 99 del Reglamento del procedimiento del TJUE](#) establece que:

Cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el tribunal ya haya resuelto, cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable, el tribunal podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del juez ponente y tras oír al abogado general, resolver mediante auto motivado.

Ello implica que el tribunal no entiende que esté estableciendo nueva doctrina que requiera el superior instrumento de una sentencia, por considerarse que la cuestión es ajena a toda duda razonable, o que ya está resuelta por la jurisprudencia comunitaria. Ha de tenerse también en cuenta que no ha habido pronunciamiento sobre la cuestión del abogado general, más allá de haber sido «oído» acerca de la posibilidad de resolver simplemente mediante auto.

Por otra parte, el resultado último del fallo consiste en la devolución del asunto al juzgador nacional, con el fin de que resuelva con arreglo a la jurisprudencia ya consolidada sobre el concepto de trabajador.

Sin perjuicio de todo ello, hay que entrar a considerar las aseveraciones del auto en relación con la influencia que las distintas condiciones de trabajo reseñadas con anterioridad puedan tener sobre la calificación jurídica de las relaciones en cuestión. En ese sentido, es evidente que, por razones de coherencia del procedimiento, las respuestas del TJUE vienen condicionadas por las preguntas que se plantean; y aquí la cuestión prejudicial del tribunal británico (la pregunta) tenía un marcado sesgo orientado a destacar los elementos que

podíamos calificar como «no laborales» que concurrían en la prestación de servicios de los trabajadores de Yodel Delivery: interrogantes tales como el referido a la incidencia de que el prestador del servicio puede subcontratar el mismo asumiendo el riesgo de esa operación, tan solo podían llevar al TJUE a contestar que, de verificarse efectivamente esas circunstancias, las mismas no encajarían en el concepto europeo de «trabajador» a los efectos de la Directiva de tiempo de trabajo.

Lo que, sin perjuicio de lo anterior, resulta determinante del auto es que, para el TJUE, la [Directiva 2003/88](#) no define el concepto de «trabajador», si bien el propio tribunal ya se ha pronunciado sobre el mismo en numerosas sentencias, teniendo «un alcance autónomo, propio del derecho de la Unión». En ese sentido, se afirma que si la independencia de quien se pretende que sea un autónomo es meramente ficticia, y oculta una auténtica relación laboral, será el juez nacional quien haya de determinar si de las particulares circunstancias del caso resulta la existencia de una relación laboral o no. Solo a partir de la consideración de si la capacidad para subcontratar o elegir sustitutos, si la posibilidad de rechazar encargos o si la de elegir con auténtica libertad los momentos de prestación de servicios son reales podrá el juzgador llegar a una conclusión válida.

Ello implica que nos hallamos, en última instancia, ante un problema de prueba de las reales condiciones en las que se desarrolla la actividad del concreto prestador del servicio o, expresado de otra manera, de la acreditación de si la amplia discrecionalidad que suponen dichas condiciones para los prestadores del servicio –y que llevó al TJUE a cuestionar el carácter laboral de las relaciones– es real o se trata de una construcción artificial, buscada de manera intencionada para llevar al ánimo de los posibles juzgadores precisamente esa idea. No olvidemos que el modelo de negocio de las empresas titulares de estas plataformas se basa –de manera fundamental– en la falta de reconocimiento de los derechos laborales de los afectados (con lo que ello implica desde un punto de vista laboral en términos de flexibilidad y de ausencia de consolidación de derechos) y en el consiguiente ahorro de los costes de Seguridad Social que de ello se deriva.

En ese sentido, y en orden a aventurar la dirección hacia la que pueden ir en el futuro las resoluciones judiciales, ha de recordarse que el auto del TJUE –el cual no establece nueva doctrina al respecto– determina que corresponderá a los juzgadores nacionales la apreciación, de manera concreta y en cada caso, de la existencia real de las circunstancias de las que se ocupa. Y no otra cosa es lo que, en el ámbito español, han venido realizando nuestros juzgados y tribunales, los cuales, a los efectos de constatación fehaciente de los hechos, han tenido la muy valiosa ayuda de las actas practicadas por la ITSS.

La ITSS ha venido investigando, al menos en los últimos 5 años, la situación laboral de los repartidores que prestan sus servicios a través de estas plataformas, ya sea atendiendo denuncias de los sindicatos, de los afectados o solicitudes de informe de la Tesorería General de la Seguridad Social. El resultado de estas actuaciones, en todas las provincias donde se han practicado, ha sido la consideración como trabajadores por cuenta ajena de

los repartidores, con la extensión de actas de liquidación de cuotas, previa propuesta de las altas de oficio en el RGSS. Se ha tratado en todos los casos de actuaciones harto laboriosas, con una actividad probatoria muy intensa, y que posteriormente han sido acogidas por los órganos jurisdiccionales del orden social. Lo mismo cabe afirmar de otros supuestos, como los originados en demandas por despido, en los que se han utilizado las actuaciones inspectoras como elementos de prueba. Del contenido de estas sentencias, que han tenido en cuenta las actas e informes de la ITSS, cabe destacar las siguientes consideraciones a propósito de las condiciones de las que se ocupó el auto del TJUE:

- Sobre la posibilidad de sustitución de los trabajadores (o de «subcontratar» los servicios), ha afirmado el TSJ de Madrid en las Sentencias [1155/2019, de 27 de noviembre](#), y [68/2020, de 3 de febrero](#), a las que hacemos mención en la primera parte de este trabajo:

[...] más parece una cláusula destinada a desfigurar la verdadera naturaleza laboral del contrato que un pacto trascendente a la realidad del servicio, sin duda por no obedecer, por razones obvias, al interés de los trabajadores, ni al de la empresa que demanda también una cierta regularidad en la ejecución del servicio.

Con ello, un juzgador nacional ha dejado claro cuál es su consideración sobre la realidad efectiva de la tan traída «capacidad de sustitución», en el mismo sentido, por cierto, que lo hizo en su momento en relación con los mensajeros el TS en su [Sentencia de 26 de febrero de 1986](#).

- Sobre la pretendida libertad de horarios, las sentencias están siendo claras en el sentido de considerar como ficticia tal posibilidad, en atención a circunstancias tales como que los trabajadores que eligen horarios «poco comerciales» no reciben pedidos y, por tanto, no generan ningún tipo de retribución. Se trataría de una libertad de no cobrar.
- A propósito de la posibilidad de rechazar los pedidos, su falta de realidad en los casos enjuiciados por los tribunales ha quedado suficientemente clara en las sentencias. Valga por todas lo que se contiene en el fallo de la [STSJ de Madrid 40/2020, de 17 de enero](#), que configura una muy extraña concepción de esa libertad: «si no se encuentra disponible [...], en caso de rechazar pedidos el repartidor, no se le garantizarán los pedidos mínimos, e incluso podrá prescindirse de sus servicios». De nuevo, los hechos se parecen poco a lo que podemos calificar como una ficción.

Por tanto, cabe afirmar que nuestros juzgadores están siendo, de momento al menos, claros sobre la inexistencia real de esa libertad del prestador de servicios en relación con el empleador. Por otra parte, no hay que olvidar los pronunciamientos ya existentes del TS,

añejos –pero vigentes– y más actuales, que nos permiten ser optimistas sobre un resultado final. Y ello sin desconocer las tentativas de regulación de este tipo de relaciones que puedan producirse y que periódicamente surgen a modo de cantos de sirena. Cualquier regulación que se realice debe tener un límite inexorable: la consideración del trabajador como tal. Si no se garantiza ese principio, podemos caer en relación con estas personas en la máxima precarización, en la segmentación extrema de las relaciones laborales, que nos dejaría sin el sujeto esencial de nuestra actividad: el trabajador por cuenta ajena.

Si ante estos fenómenos no reaccionan los poderes públicos, y la sociedad en su conjunto, corremos el riesgo de, en lugar de trabajadores, encontrarnos en un futuro muy cercano con un ejército de «falsos autónomos», una suerte de nuevo lumpemproletariado, a la mayor ganancia de algunos fondos de inversión, en perjuicio de los propios trabajadores, de los fondos públicos y de los auténticos empresarios.

El orden social en el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril: «de clavo en clavo»

José María Moreno Pérez

Abogado

Profesor asociado. Universidad de Jaén

1. Una situación desbordante

El impacto provocado por la situación sanitaria derivada de la pandemia a la que nos estamos enfrentando está siendo «desbordante» para las instituciones y la sociedad. Primero lo fue para el sistema sanitario, ahora amenaza con serlo para la Administración de Justicia. La inicial –loable– preocupación por evitar que el servicio público justicia fuese un foco de contagio por COVID-19, para las personas que trabajamos en él y para la ciudadanía justiciable, llevó a una cuasi parálisis que ahora se vuelve en contra tanto del servicio como, sobre todo, de la efectividad de la tutela judicial en general, y en particular de las personas trabajadoras. Convalidado y puesto en práctica el Real Decreto-Ley (RDL) 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, parece insuficiente y errada terapia para tan «grave riesgo de pandemia judicial», el de la multiplicación exponencial de pleitos pendientes hasta el colapso de la respuesta judicial.

Pese a que el legislador habla de «ralentización», lo vivido en la Justicia social ha sido una genuina «paralización», dado que los servicios esenciales mínimos mantenidos han resuelto problemas puntuales y urgentes (procedimientos de conflicto colectivo y de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas). En los restantes procedimientos podría adoptarse por el juez o tribunal la práctica de cualquier actuación judicial, necesaria y oportuna, para evitar perjuicios irreparables en los derechos e intereses legítimos de las partes en el proceso. El referido RDL pretende, ahora, revivir el sistema, para hacer viable, no solo la vuelta a la actividad, sino también la adopción de medidas paliativas que permitan afrontar la alta litigiosidad esperada por la suspensión de la actividad económica. La norma de urgencia vino, sin embargo, precedida de un –otro más– «plan de choque». Antes de desentrañar los principales aspectos, sobre todo en el orden social, de aquella, veamos brevemente qué pretendía este.

2. El debate antecedente: ¿en tiempos de gran tormenta no hagamos mudanza?

La [disposición adicional decimonovena del RDL 11/2020, de 31 de marzo](#), por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, anticipa la preparación de un plan específico de actuación en el ámbito de los órdenes jurisdiccionales social y contencioso-administrativo, así como en el ámbito de los juzgados de lo mercantil, ante la situación derivada de la pandemia del coronavirus y su impacto en la Administración de Justicia. El objetivo: que la Justicia fuese parte de la recuperación económica, no un lastre. A tal fin, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) estudió un primer documento de trabajo sobre medidas organizativas y procesales para el plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma. Se daba continuidad a las «Directrices para la elaboración de un plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma» (2 de abril de 2020).

Del centenar de medidas propuestas y remitidas al Ministerio de Justicia –algunas comunes y otras específicas de cada orden jurisdiccional– serían igualmente concededores los presidentes de los tribunales superiores de justicia, las asociaciones judiciales y los operadores jurídicos a través de sus consejos generales, en todos los casos como documento inicial de trabajo, sometido a debate y a la realización de cuantas aportaciones resultaran pertinentes. El resultado, medidas organizativas y reformas estructurales del proceso judicial. En el orden social, casi una treintena de medidas específicas que abarcan desde la alteración del principio de la oralidad propio del proceso laboral a iniciativas organizativas en materia de personal, reformas significativas y sustanciales en el proceso ordinario y en el recurso de suplicación y paliativas de los efectos económicos tanto para la empresa como para el Estado atendiendo a las auguradas dilaciones, si bien con una perspectiva que excede de lo coyuntural.

Muy fuertemente contestadas desde determinados sectores de la Justicia, y al margen de que, a mi juicio, algunas de esas –ambiciosas– propuestas de reforma podrían entenderse no solo como oportunas, sino también como acertadas, queda claro que el plan de choque en cuanto a su dimensión procesal (no así en lo organizativo) sobrepasa lo excepcional y coyuntural de la situación en la que nace. De las 29 medidas ofrecidas por el CGPJ, en materia social, 19 de ellas tienen una clara vocación de permanencia en su duración y solo 10 adquieren carácter estrictamente temporal, y buena parte de ellas o bien son prorrogables o con vocación de continuidad, a la vista de los resultados. El Consejo General de la Abogacía en el informe emitido no dudó en rechazar aquellas medidas que resulten ajenas a la evitación del colapso previsible de los juzgados e instancias judiciales, o ajenas a las consecuencias derivadas de la situación de pandemia en la que vivimos.

En suma, el pretendido «plan de choque» se dio de bruces contra la realidad y tendrá que esperar un tiempo más afortunado, pues, más tarde o más temprano será necesario afrontar, con el oportuno y sereno debate, la necesidad de algunas de las varias medidas

que propone. Una década después de la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS), esta precisa reformas profundas, sin duda. Pero lo excepcional de la situación que se pretende afrontar y el decidido carácter coyuntural de la sobrecarga de trabajo derivada de la pandemia, sumada a la endémica de la Administración de Justicia, no es cosa de reformas de tal alcance. Ni en tiempos de tribulación hacer mudanza, ni en estado de alarma reformas legislativas de calado, sin debate parlamentario.

3. De la «ambición reformista» al realismo: 13 propuestas para una ley de reactivación y agilización de urgencia

Tras la fuerte contestación, la Comisión Permanente del CGPJ eleva al Gobierno, el 20 de abril, una propuesta con 13 medidas para su posible inclusión en un real decreto-ley que pueda afrontar un conjunto de medidas urgentes con las que hacer frente a la específica situación de la Administración de Justicia, en pos de la recuperación y desarrollo de la actividad en los órganos judiciales, durante el estado de alarma y con posterioridad al mismo. Esta versión simplificada del plan de choque contiene algunas nacidas *ex novo* y se concretan en virtud de una petición urgente, cursada solo 3 días antes, por el Ministerio de Justicia a los vocales del CGPJ pertenecientes a la Comisión Mixta, creada para afrontar la crisis y constituida entre la Administración y el órgano de gobierno del Poder Judicial.

1 medida general y 4 específicas del orden social nos sitúan, ahora sí, ante medidas entendibles en el marco de la crisis derivada estrictamente de la pandemia y de la crisis sanitaria que ha forzado una paralización sin antecedentes en la Administración de Justicia. A tal fin, la primera medida de carácter general pretende ser muy realista y ofrecer criterios interpretativos claros para una cuestión capital: el cómputo de términos y plazos administrativos y procesales que se vieron interrumpidos y suspendidos como consecuencia de la declaración del estado de alarma, unificando criterios y evitando la dispersión interpretativa generada por las consecutivas normas dictadas al respecto¹. Las medidas previstas para el orden jurisdiccional social atienden:

- Al reconocimiento como procedimientos urgentes y de tramitación preferente hasta el 31 de diciembre de 2020 de los relacionados con la recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante el permiso retribuido previsto en el [RDL 10/2020, de 29 de marzo](#), por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios

¹ Disposiciones adicionales [segunda](#), [tercera](#) y [cuarta](#) del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, modificado por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, así como en el [apartado primero de la disposición adicional octava del citado RDL 11/2020, de 31 de marzo](#).

esenciales, siendo esta la única garantía de su tramitación y resolución en sede judicial, durante el tiempo hábil previsto para su recuperación, es decir, entre la finalización del estado de alarma y el 31 de diciembre (medida 10).

- Como segunda medida, se reconducían las impugnaciones de los expedientes de regulación de empleo temporal (ERTE) a la modalidad procesal de conflictos colectivos. Era clara la voluntad de disminuir el número de impugnaciones individuales, reduciendo la litigiosidad. También se le atribuye carácter preferente y urgente ([art. 159 LRJS](#)). Para conseguirlo se permitirá el uso de la modalidad procesal pese a no alcanzar los umbrales previstos en el [apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores](#), facilitando así las acciones colectivas (medida 11).
- Se consagra la preferencia de la realización de los juicios, deliberaciones y actos procesales, mediante régimen de presencia virtual cuando los medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos necesarios para ello estén puestos a disposición de los juzgados y tribunales y de las fiscalías para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones (medida 12).
- Por último, se insta a la inmediata puesta en servicio de los Juzgados de lo Social números 43 y 44 de Madrid, creados en virtud del Real Decreto ([RD](#)) [256/2019, de 12 de abril](#) (medida 13).

Es evidente que se optó por la simplificación de las propuestas en beneficio de la eficacia, cosa bien distinta será la opción que adopte el Gobierno en la redacción del marco regulador y que trataremos de concretar.

4. «Lo que el viento nos dejó» realmente: las claves de la ley de urgencia para el resurgir de la Justicia

La parálisis del servicio de Administración de Justicia no ha significado que sus órganos de gobierno permanecieran ni quietos ni en silencio. La necesidad de adaptación a la realidad de la pandemia y la clara visión del problema que se avecinaba después llevó a una intensa actividad. En la «anomalía» del estado de alarma y la «nueva normalidad» requerían un mínimo de ordenación.

Después del intenso trabajo, el [RDL 16/2020](#) acoge solo un puñado de medidas que, sin embargo, dudamos puedan ayudar realmente a paliar los efectos que se pretenden. Pese al intento de «normalizar la nueva normalidad», lo cierto es que la anomalía no va a desaparecer hasta que los profesionales y los juzgados puedan desarrollar su actividad con la normalidad «de siempre» (en lo bueno y en lo no tanto) y el respeto –a veces algo extremo– a la sede judicial que hasta ahora se ha venido haciendo. De las medidas concretadas en la norma, aquí distinguiremos las generales o comunes a todos los órdenes jurisdiccionales y las que tienen una dimensión específica en el ámbito procesal laboral. A saber:

A) Medidas procesales comunes a todos los órdenes jurisdiccionales

El [primer artículo](#) está destinado a declarar la habilitación a efectos procesales de los días 11 a 31 de agosto (a excepción de sábados, domingos y festivos, salvo que fueran hábiles conforme a las leyes procesales) considerando todas las actuaciones judiciales como urgentes a los efectos del [artículo 183 de la Ley orgánica del Poder Judicial](#). A los efectos del cumplimiento de este mandato se emplaza a las Administraciones competentes a coordinar la distribución de las vacaciones del personal al servicio de la Administración de Justicia. Reinicio, que no reanudación, de los términos y plazos de las normas procesales que quedaron suspendidos por la declaración del estado de alarma, concretamente por la [disposición adicional segunda del RD 463/2020](#). Disposición adicional que quedó sin efecto desde el 4 de junio de 2020, por la [derogatoria única del RD 537/2020, de 22 de mayo](#), fecha desde la que se alzaba la suspensión de los plazos procesales contemplados en la misma, según determina el [artículo 8](#) del citado RD. Por todo ello, los plazos alzados han vuelto a computarse desde el día 5 de junio como primer día del plazo.

El [artículo 2](#) también incluye una ampliación de plazos para formular y materializar recursos respecto de todas las sentencias y resoluciones que pongan fin al proceso y que o bien hayan sido notificadas durante el periodo de vigencia de la [disposición adicional segunda del RD 463/2020](#) o bien lo sean durante los 20 días hábiles siguientes desde el alzamiento de la suspensión. Lo que significa que todo lo notificado entre el 5 de junio y el 2 de julio (o el 3 de julio si concurre algún festivo local o autonómico) se verá beneficiado por un plazo para recurrir duplicado.

Esta medida se adopta en beneficio de los profesionales que han de presentar sus escritos y con la finalidad de no colapsar las plataformas telemáticas, finalizando el privilegio de la duplicidad de plazo o bien el 3 de julio o bien el 6 dependiendo de aquellas sedes judiciales que se puedan ver afectadas por un festivo local o autonómico. De dicha duplicidad quedan exceptuados los procedimientos cuyos plazos fueron exceptuados de la suspensión de acuerdo con lo establecido en la [disposición adicional segunda del RD 463/2020](#).

El [capítulo III](#) (arts. 19 a 28) está dedicado a las medidas organizativas y tecnológicas, desarrolladas también en la [disposición final primera](#), planificadas para quedar desactivadas durante los 3 meses siguientes al alzamiento del estado de alarma. Entre las medidas se establece que hasta el 21 de septiembre se optará preferentemente por la celebración telemática de los actos de juicio, comparecencias, declaraciones y vistas y, en general, de todos los actos procesales, si los medios técnicos lo permiten ([art. 19](#)).

Hasta la misma fecha, queda a la discreción del órgano judicial en atención a la capacidad de la sala de vistas la regulación del acceso de público a los actos orales ([art. 20](#)), así como la emisión de informes médico-forenses que podrán realizarse basándose únicamente en la documentación médica existente a su disposición ([art. 21](#)) o la dispensa (que no prohibición) de la utilización de togas ([art. 22](#)). En la atención al ciudadano, con fecha

tope hasta el 22 de septiembre, se prevé el uso de la vía telefónica o por correo electrónico o de forma presencial con cita previa (art. 23). A fin de contribuir a una mayor agilidad del servicio, el artículo 27 establece la jornada de mañana y tarde para los letrados de la Administración de Justicia y personal del órgano jurisdiccional.

Los artículos 24, 25 y 26 planifican una serie de facultades organizativas. Estas van a permitir, por ejemplo, la posibilidad de transformar los órganos judiciales que estén pendientes de entrada en funcionamiento en el momento de la entrada en vigor del RDL 16/2020 en órganos judiciales que conozcan exclusivamente de procedimientos asociados a la COVID-19 (art. 24) o los que preferentemente se vinculan a los jueces de adscripción territorial (art. 25). El artículo 26 viene a establecer reglas específicas para actuaciones dentro de un mismo centro de destino de letrados y demás personal de la Administración de Justicia, posibilitando asignaciones de funciones más allá de las unidades procesales a las que estén adscritos, primando las adscripciones voluntarias, dentro del mismo municipio y orden jurisdiccional, y el artículo 28, respecto a los letrados en prácticas, y hasta el 31 de diciembre de 2020, establece que podrán desarrollar actividades de refuerzo y sustitución en igualdad de retribución, y aquellos que ya venían desarrollando estas funciones continuarán desempeñándolas con idéntica amplitud a la de los titulares.

La disposición final primera articula la modificación de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, a los efectos de reconocer el derecho a utilizar los sistemas de identificación y firma establecidos en los artículos 9 y 10 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (modificación del art. 4.2 f). También se modifica el apartado d) del artículo 6.2, relativo a los derechos de los profesionales en relación con la utilización de los medios electrónicos en la actividad judicial. Se añade un segundo párrafo al artículo 8, relativo al uso obligatorio de medios e instrumentos electrónicos, con un claro mandato a las Administraciones competentes a fin de que proporcionen los medios seguros para que estos sistemas sean plenamente accesibles y operativos, sin presencia física. Igualmente se modifica la disposición adicional quinta, para recordar la necesidad de dotación de medios a las fiscalías y a los órganos y oficinas judiciales y de formación a sus integrantes garantizando el acceso y la operatividad, sin tener que estar en su sede.

Por último, la disposición transitoria primera recuerda que la regulación procesal establecida en el RDL se aplicará a todas las actuaciones procesales que se realicen a partir de su entrada en vigor, incluidas aquellas en curso, pero siempre respetando el plazo de duración al que quedan vinculadas.

B) Medidas procesales específicas al orden jurisdiccional social

Dentro del capítulo de medidas procesales, en el artículo 6 hallamos modificaciones en el procedimiento de impugnación de ERTE a los que se refiere el artículo 23 del RDL 8/2020.

Se adscribirán a la modalidad procesal de conflicto colectivo los ERTE por la COVID-19 cuando afecten a más de 5 trabajadores. A tal fin, la legitimación del [artículo 154 de la LRJS](#) queda ampliada a la comisión representativa ex [artículo 23.1 a\) del RDL 8/2020](#).

El [artículo 7](#) dedicado a la tramitación preferente de determinados procedimientos regula aquellos que han de tener dicha condición hasta el 31 de diciembre de 2020, entre los que nos encontramos los procedimientos propios de la jurisdicción social. Así, junto a los ya existentes –incluidos los procedimientos de tutela de derechos fundamentales–, la condición de preferencia y urgencia se atribuye a procedimientos sobre:

- despido o extinción de contrato;
- impugnación individual, colectiva o de oficio de los ERTE;
- los relativos al permiso obligatorio recuperable;
- los procedimientos por aplicación de la preferencia del teletrabajo ([art. 5 RDL 8/2020](#)) y del Plan McCuida ([art. 6 RDL 8/2020](#)).

Por último, encontramos nuevas disposiciones laborales en el capítulo de medidas concursales y societarias. El [artículo 14](#) vuelve a establecer medidas de tramitación preferente, prorrogadas hasta que transcurra 1 año a contar desde la declaración del estado de alarma: los incidentes concursales en materia laboral y las actuaciones orientadas a la enajenación de unidades productivas o a la venta global de los elementos del activo.

5. De lo desbordante a lo insuficiente: intento fallido

Nos preguntamos si realmente el marco normativo diseñado (dimensión procesal, organizativa y de salud laboral) posibilitará alcanzar los objetivos propuestos por el Gobierno obteniendo ventajas palpables en la lucha contra la coyuntural situación de la Justicia social. No encontramos ni un solo motivo que nos permita alcanzar certeza, al contrario, solo apreciamos razones para la desesperanza, en otras palabras, no divisamos la reactivación de la Administración de Justicia, que es el objetivo de los cambios normativos y de las medidas organizativas. La información que al respecto recibimos no nos ayuda en absoluto, basta reparar en las reacciones de organizaciones sindicales, colegios profesionales o asociaciones judiciales, en respuesta a los criterios de aplicación en cada partido judicial o circunscripción provincial.

Los 15 días hábiles ganados al mes de agosto y que tan mala acogida han tenido en todos los sectores profesionales a los que afecta han precisado de las recomendaciones de la Comisión Permanente del CGPJ, quien reconoce que es fácil que las suspensiones frustren los objetivos de la ley. En tal sentido recomienda limitar en lo posible la celebración de vistas orales en tales fechas (salvo aquellas que por urgencia vengan así previstas) por

ser un periodo vacacional y, en caso de acordarse, deberá comunicarse a las partes con suficiente antelación, preferiblemente antes del 15 de junio, reduciendo a los supuestos en que resulte imprescindible la práctica de notificaciones cuyo plazo precluya entre el 11 y el 31 de agosto. Ninguna de las recomendaciones puede ser alegada como eximente en el cumplimiento de la participación de los profesionales en la celebración de un acto procesal, como tampoco puede impedir que las notificaciones se efectúen de forma indiscriminada por cada órgano judicial.

En consecuencia, cada órgano jurisdiccional podrá conformar, una vez más, su propio uso interpretativo, ahora de las recomendaciones y de cada concreta aplicación de las disposiciones legales. La norma legal está llamada, pues, a generar suficientes conflictos como para esperar que los propios tribunales interpreten, a su libre albedrío, su alcance. En todo caso, algo es seguro: será el peor mes de agosto que recordemos la procuraduría, la abogacía y los graduados y graduadas sociales. Ninguno veremos reconocidos, cuanto menos salvaguardados, nuestros derechos –que, por supuesto, en los pleitos defendemos para nuestra clientela como fundamentales– de conciliación y ejercicio de la profesión.

La aclaración era necesaria. Estamos ante un reinicio de los plazos procesales (si bien no siempre queda claro cuáles son estos) afectados por la suspensión y ante una ampliación por duplicidad de los plazos para recurrir sentencia y resoluciones que pongan fin al proceso, ya sean notificados durante la suspensión de los plazos o durante 20 días posteriores al alzamiento. En cierto modo, puede entenderse como un «privilegio», sí. Pero, además de agradecerlo, como profesionales bien nacidos, cabría plantearse si, en su fondo, no desvela la falta de confianza en la capacidad de la plataforma para asumir un periodo especialmente activo de notificaciones y presentaciones. El temor al colapso que viviera el Servicio Público de Empleo Estatal quizás ha estado muy presente aquí. Así que mejor curarse en salud y doblar plazos.

No obstante, la tranquilidad de, por fin, una norma clara, tampoco es completa. Según se ha evidenciado en el [editorial](#) de este número, que sirve de presentación para este «foro de debate», la precaución ante la duda estratégica domina esta materia. Así lo evidencia el decreto de la fiscal general del Estado, recomendando a los fiscales que opten cautelarmente por el criterio de la «reanudación del cómputo de los plazos suspendidos» entre el 14 de marzo y el 4 de junio, amparándose para ello en la tramitación parlamentaria de la norma y en las modificaciones que pudiera sufrir, evitando así perjuicios a la tutela judicial y a la investigación de causas. Realmente no alcanzamos a entender la necesidad de la cautela, que en modo alguno compensa con la inseguridad jurídica que revela.

Las medidas organizativas y tecnológicas del [capítulo III](#) auguran una fuente inagotable de conflictos. Como muestra, un botón: el Consejo Andaluz de Colegios de la Abogacía ha mostrado su desacuerdo con las medidas restrictivas aleatoriamente aplicadas por los diferentes órganos judiciales. Estos, directa o indirectamente, restringen o limitan el libre acceso de las personas profesionales de la abogacía a las sedes y oficinas judiciales para

poder desarrollar ampliamente y con todas las garantías las actuaciones propias de su cometido profesional ante los tribunales. Por tal motivo, la Comisión Permanente del Consejo Andaluz ha acordado impugnar el acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 2 de junio de 2020 (y su rectificación de 9 de junio), interponiendo el correspondiente recurso ante el CGPJ, sin cerrar la puerta a las impugnaciones que también puedan hacer los diferentes colegios provinciales. Es evidente que la defensa letrada forma parte de la recuperación de la actividad y de la normalidad y pueden contribuir a aliviar la carga de trabajo, si se les facilita el ejercicio del suyo.

Aunque, como evidencian las diferentes posiciones expresadas en el [editorial](#) y en las restantes intervenciones profesionales recogidas en este «foro de debate», el tema es polémico, en mi opinión la celebración telemática de juicios no es la solución. Primero, precisa un sosegado estudio sobre cuestiones tales como los principios del proceso, las garantías de la identificación de las partes, el adecuado ejercicio del derecho de defensa, la confidencialidad, la intermediación de la defensa frente al interrogatorio de testigos o peritos cuando se relega la presencia de los profesionales a la celebración por videoconferencia, etc. Segundo, tampoco se dispone hoy ni de los medios ni de la cultura para su desarrollo óptimo. Y sin la debida calidad, mejor no hacer experimentos.

En suma, quizás demasiadas incógnitas por despejar para hacer de la telemática una solución fiable a corto plazo. Sí, cierto, el precio de la adaptación es alto: más ralentización, porque a la «normal» hay que sumar la derivada de los pesados, aunque necesarios, «protocolos de seguridad».

En lo que concierne a las modificaciones del [artículo 6](#), buscan que se encaucen las reclamaciones de forma colectiva y se eviten, o reduzcan al mínimo, las individuales. Es posible que genere algún alivio en el número de causas que se tramiten, si bien con la incertidumbre de interpretar si serán todos los ERTE de más de 5 trabajadores o solo los vinculados directamente a la COVID-19. Nos inclinamos por lo primero. En todo caso, una vez más, donde se promete claridad hallamos incertidumbre.

¿Y qué decir del engrosamiento de la nómina de procedimientos que adquieren la condición de urgentes y preferentes en el ámbito social? Se amplía de forma sustancial, generando serios problemas en las agendas judiciales. Estas tendrán que dar prioridad a los señalamientos, presenciales o telemáticos, que deriven de dicho precepto. Aun cuando la jerarquía de la preferencia entre ellos no viene determinada, no hay duda de que en el «top» de la urgencia no ha sido desbancada la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Ausencias también las hay, y altamente significativas. Por ejemplo, es el caso de la falta de medidas para afrontar también el colapso de los servicios autonómicos de mediación, arbitraje y conciliación. Estos deben jugar con los estrictos plazos legales en la tramitación de los intentos conciliatorios y sabemos que los plazos están diseñados para ratios de asuntos normales y no para el aluvión de papeletas de conciliación.

Sin ignorar la debilidad estructural del sistema judicial, la tradicional falta de medios para afrontar las carencias endémicas, tampoco cabe infravalorar que la inversión sobre bases precipitadas pierde eficiencia. Se ha legislado en exceso y se ha pretendido afrontar la crisis con lo que consideramos medidas infructuosas que ni van a evitar el colapso, ni podrán paliar la innecesaria paralización del sistema judicial en España durante 2 meses y medio, lo que impide valorar el alcance real del problema. Cierto es que no era fácil afrontar la situación y que la valoración en estos momentos adquiere una dimensión bien distinta a la perspectiva inicial, pero estamos seguros de que las soluciones que ayudarán a la recuperación de la actividad judicial van a ser paralelas a las que ha venido sosteniendo hasta este momento el servicio público de la Administración de Justicia y que no es otro que el elemento personal que interviene (judiciales y profesionales colaboradores). Nada impedirá que se dupliquen los tiempos de espera para obtener una solución a los conflictos, mucho más si se trata de reclamaciones de cantidad.

El panorama sobrevenido interfiere sobre los planes de la Administración para impulsar el programa de transformación de la Justicia (Justicia 2030) en el que se venía trabajando como proyecto de consenso y de futuro. La voluntad del Gobierno parece ser la de no regresar a la «vieja normalidad», sino la de promover una nueva normalidad con visos de durar. Como el ministro de Justicia ha expresado ante el Parlamento: el fin es «conseguir que la Justicia salga transformada, porque el objetivo no puede ser regresar a la vieja normalidad». Pero ¿transformada en qué sentido? ¿A mejor o se tratará, al contrario, de una encubierta *reformatio in peius*? En todo caso, como se ha expresado certeramente en el [editorial](#) de este número, no parece que haya paz para el «maldito» servicio (la maldición de lentitud endémica) de la Justicia, sin que los sucesivos cambios logren darle esperanza de «salvación». En un tiempo aplicativo de «lo nuevo», ya se anuncia otro cambio legal, «ambicioso y orientado a la eficiencia». Su horizonte: transformación digital y más medios alternativos a la Justicia. Veremos si, como enseña el saber popular, «un clavo saca otro clavo», y hasta cuándo.

Cómo citar: Moreno Pérez, J. M.^a (2020). El orden social en el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril: «de clavo en clavo». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 448, 207-216.

«Viejo paciente crónico», la COVID-19 ha agravado sus males: terapias, a vuela pluma, de un abogado para la Justicia

Juan Ignacio Marcos González

Abogado. Vizcaya

1. Lentitud endémica de la Justicia, ya antes de la COVID-19, y su solución «cuando se pueda entrar en el bar»

Esta revista nos ha planteado, amablemente, a tres profesionales de la Justicia el reto, nada fácil, de dar nuestra visión sobre el impacto real del contenido del Real Decreto-Ley (RDL) 16/2020. Una vez que mi colega andaluz ha hecho una completa exposición de las medidas adoptadas, también de las que se han quedado en el camino, yo me centraré en una visión estrictamente aplicativa. Mi lectura es la propia –me permitirán una brevísima licencia autobiográfica– de un abogado con 33 años de ejercicio profesional a sus espaldas, y que ha desarrollado su labor en los juzgados y tribunales, sobre todo de orden social, pero no solo, a lo largo y ancho de la –otrora llamada– «piel de toro» (más de 2.000 juicios).

Naturalmente, el punto de partida debe ser inmediatamente anterior a la aparición súbita de la COVID-19. Porque conviene no engañarse, ni dejarse engañar. La COVID-19 va a sembrar un caos en el sistema, no lo duden, ya lo está haciendo. Pero el «mal» o, más bien, «los males» vienen de lejos y, en mi opinión, tampoco hay verdadera voluntad, ni por unos ni por otros, de resolverlos. Sí, por supuesto, como recordaba mi colega andaluz, la Justicia no tiene los medios que necesita, ni tampoco el número de jueces (y juezas) que precisa, siendo su ratio inferior a la media europea. Claro, por diversas deficiencias, algunas muy atávicas, arrastra atascos desde hace décadas (mal endémico), soliendo ser una de las grandes olvidadas de los presupuestos generales del Estado, año tras año. Sí, todo eso, y más, es cierto. Pero, sobre todo, hay algo que creo que es más importante y que cuesta más reconocer: no hay una verdadera voluntad de enmienda por el gobierno de la Justicia, dividido entre la autoridad política (ministerio, sobre todo, algo también las consejerías autonómicas) y la propiamente judicial (un Consejo General del Poder Judicial más preocupado por hacer política, a secas, que política judicial).

En este difícil, y algo «maldito» escenario, aparece, como reza en el [editorial](#) que no ha dado pie al análisis, «otra maldición», de dimensiones tan colosales como la bíblica: la COVID-19. A partir de ahí, como también se expresara en el [editorial del número anterior](#), si bien a otros efectos (el riesgo de dejar sin pólvora la «bala mágica» de la Seguridad Social a fuerza de tanto explotarla, sin los recursos estructurales suficientes), se forma la «tormenta perfecta». ¿Qué se decidió para tratar de frenarla o contenerla? Aunque pueda parecer sorprendente, se avivaron los «rayos» para alimentarla: como no hay nada mejor, se decía, para evitar los contagios que, según las autoridades sanitarias, el confinamiento, paralice-se la Justicia, salvo en lo que resulte esencialísimo.

¿Y cuando la reabrimos? La respuesta es más sorprendente todavía. Los encuentros (presenciales) en la Justicia a la tercera fase, como cuando ya se pueda entrar dentro del bar y tomarse la caña, o el zurito, tranquilamente en la barra, o dentro del establecimiento.

2. No, la COVID-19 no es tanto la causa como más bien el síntoma definitivo, ¿o quizá su catarsis?

Ahora es fácil responsabilizar, como el faraón de Egipto a las maldiciones bíblicas, a la COVID-19 de todos los males (carencias) de la Justicia en general, y de la Justicia social en particular. Pero, sin quitarle culpas, más refleja la insostenibilidad actual de algunos de los problemas precedentes, como se decía: la Justicia del siglo XXI sigue pareciéndose más a la Justicia del siglo XIX, por la falta de inversión y el atraso tecnológico que implica para el sistema, sí, pero es algo más. Si cada sector de profesionales que participamos en la Administración de Justicia podemos compartir un interés común, que funcione lo mejor que pueda, pero dentro de sus límites «naturales» (se asume un cierto fatalismo, que las cosas de la Justicia, como las de palacio, siempre van despacio; son así, no las podemos cambiar, porque, entre otras cosas, perjudicaría la defensa efectiva –la excusa de siempre–), para nada compartimos la forma de realizarlo. Al contrario, la cooperación brilla realmente por su ausencia, pese a los dictados de la legislación procesal y del sentir común.

Al inicio, nadie convocó –aun telemáticamente– a todos los sujetos implicados para la decisión de si se paralizaba o no la Justicia. El interés del justiciable cedía en aras de la –debida– protección de la salud de las personas profesionales del servicio y también, claro, de los justiciables que asistieran a los juicios. El teletrabajo que tanto ha hecho para que se mantengan en activo millones de personas y de actividades es una entelequia cuando se trata de la Justicia. Luego, cuando se decidió ordenar, cual nuevo Lázaro, que volviese a andar (en un segundo intento, pues en el primero se le hizo andar, pero solo hasta que se registrase la demanda, su tramitación seguía paralizada), el modo, lejos de acordarse, de consensuarse, generó una enorme quiebra entre todos.

Eso sí. Habitado el derecho a la técnica de las «ficciones», la legislación crea una para ofrecer una –falsa– expectativa de tranquilidad, para justiciables y profesionales: al igual

que *El ministerio del tiempo*, «el gobierno de la Justicia» se convence de que sí se puede parar el tiempo, hibernarlo, a través de la suspensión. Ya, cuando pase toda la tormenta, podremos reactivar todo el entramado. El problema es que el tiempo no para. En ese intervalo pasan cosas. La realidad sigue, aunque el BOE crea poder pararla.

3. Y llegó el RDL 16/2020 con sus –ocurrentes, pero inútiles– recetas

En efecto, el BOE, utilizado hasta el desfallecimiento en esta crisis pandémica, una vez más se convencerá de que está para salvarnos, también a la Justicia. Primero nos pone la soga, luego la afloja, aunque la marca ya ha quedado. Por supuesto, como narra con su gusto por la metáfora el profesor Molina en el [editorial](#) que antecede estas lecturas, no hay salvación sin sacrificios, honrando el ritual a las «víctimas». En este caso, la abogacía. ¿Que hay que habilitar el mes de agosto –por cierto, los laboristas ya estamos habituados–? Pues hágase. ¿Que para defender el derecho «sagrado» a la conciliación de las personas trabajadoras ex [artículo 6 del RDL 8/2020](#) hay que sacrificar el de las personas profesionales que las defienden? Hágase.

¿Acaso no era mejor concentrar las vacaciones en agosto para todos y cada uno de los agentes u operadores jurídicos (titulares del órgano judicial, fiscalías, letrados de la Administración, abogacía, graduados sociales, procuraduría, funcionariado...)? Sí, pero la organización de los turnos de vacaciones es más compleja para los de dentro que para los de fuera, así que, puestos a sacrificar a alguien, que sean los agentes externos. Cuando de la tutela judicial efectiva se trata, no hay descanso para quienes ejercemos la defensa. El confinamiento ya ha paralizado más de la cuenta, los turnos ahora son lo que deban ser, trabájese mañana y tarde –[art. 27 RDL](#)– y la noche para descansar. Pero ¿hay turnos en el ejercicio de la profesión de abogacía? Quien la práctica sabe bien la respuesta. Les cuento una anécdota que acabo de presenciar.

En efecto, todos sabemos que, en virtud del [artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores](#) y de una copiosa doctrina jurisprudencial comunitaria, el tiempo de confinamiento no puede compensarse con tiempo de vacaciones. Es cierto igualmente que el tiempo durante el expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) no cuenta a efectos de generar derecho de vacaciones. Pues bien, siendo este el estado de las cosas normativas, la realidad de los bares en el País Vasco, y en el resto del Estado, es esta otra: tomando un ansiado café en un bar cercano a mi despacho, ya dentro, en la barra, oigo la siguiente conversación:

Dueño del bar: ¿Vas en agosto de vacaciones al pueblo?

Cliente: Este año ya he tenido 2 meses y medio de vacaciones con el ERTE y ahora no hay que parar ningún día, no sea que paremos definitivamente.

Sí, dos mundos, el de verdad, el de la vida, y el del BOE. ¿Y qué más nos aporta el [RDL 16/2020](#), además de acumular juicios en agosto, también por la tarde, al margen del calor que haga en esas fechas? Que no tenemos que utilizar toga (así evitamos un factor de riesgo para los contagios, también aliviará el calor, aunque funcione el aire acondicionado en sala, por supuesto –otra fuente de contagio–) y que preferentemente los juicios tienen que celebrarse telemáticamente, porque el número de señalamientos es menor al tener que conjugarse el doble aforo del palacio de Justicia y el de las salas en las que se celebra y hay que limpiar las salas entre juicio y juicio. Claro, estamos en estío, en verano, y la fecha es propia a los «sueños» (en este caso, la noche de antes de los juicios, porque por las mañanas y las tardes viviremos la realidad): ¿juicios telemáticos? Sí, claro, este es el «sueño de verano» de las pocas señorías, que, auténticas virtuosas de lo digital, exhiben más (buena) voluntad que (eficaces) medios. ¿Nos preguntan a los profesionales? A veces, pocas.

Bueno, al menos, «siempre nos quedarán las conciliaciones», asumidas de buena gana o «alentadas» por sus señorías. No está tan claro. Las conciliaciones extrajudiciales no se han podido ni presentar y las judiciales se celebran en su mayoría presencialmente, cuando solo concilia el que quiere y eso normalmente se sabe de antemano, con lo que podríamos ahorrarnos las mismas... y de paso agotamos el aforo tan necesario para los juicios.

4. Otro mundo es posible, sin cambio legal: ¿y cuál podría haber sido la solución, «a mi juicio»?

No, no, la Justicia no es irresoluble. Tiene remedio y remedios. ¿Cuáles?

Desde luego, el diálogo de buena fe con todos los agentes juntos en igualdad de condiciones. El Consejo Vasco de la Abogacía propuso que se cedieran y habilitaran naves industriales o locales para su uso exclusivo como lugar de celebración de juicios en los que se cumpliera el aforo sin problemas y en los que se hubieran podido celebrar todos los juicios sin restricciones ni pegas, llevándose la tramitación en el palacio y liberando el aforo. Como en las historias de las Galias de Astérix y Obélix, ¿están locos estos romanos?, debieron pensar.

También propuso:

- La creación de ventanas de acceso a los profesionales para hacer sus gestiones, bien a primera hora o a última, previo aviso al juzgado de las actuaciones que se pretenden.
- Utilizar los servicios sometidos a cita previa cuando estén libres.
- Analizar los autos pendientes de juicio para ver cuáles se pueden celebrar telemáticamente, poniéndose en contacto las partes previamente para intercambiar-se la prueba e incluso adelantarla al juzgado para su conocimiento y admisión, centrando el juicio.

En suma, todo un cúmulo de medidas para articular, de forma coherente, viable y realista, un plan de agilización real de los procedimientos existentes. De este modo, además, se reducirían, en la medida de lo posible, las demandas, así como los tiempos de respuesta. Ciertamente, todo esto sería mucho mejor con una reforma legislativa adecuada, pero, en tanto llega, las soluciones deben ser reales, no solo sostenidas en el papel del BOE, o de otros boletines de las «ventanillas administrativas judiciales».

5. ¿Y de la jurisdicción social propiamente qué se espera, sin desesperarse en ella?

Si todas estas medidas son generales, por lo tanto, útiles también para el orden social, es evidente que, dadas sus peculiaridades, precisa respuestas propias, como ha intentado –todo intento de buena fe es loable, pero, como en la clásica escuela filosófica griega, no hay que intentarlo, hay que lograrlo– el [RDL 16/2020](#). Centrándonos en la jurisdicción social se podrían haber planteado como propuestas –muchas implican una reforma legal más seria y completa que la efectuada– las siguientes:

A) Procedimientos y vistas suspendidas

Respecto a las vistas afectadas por razón de la suspensión generalizada de juicios de los meses de marzo, abril, mayo y junio de 2020 e intentando que no queden estos juicios nuevamente dilatados en el tiempo (se señalarían al final de la agenda de cada juzgado o en los huecos donde sea posible), podrían existir diferentes soluciones:

- Nombrar jueces de refuerzo: sustitutos, magistrados de instancia, de las salas o juez de adscripción territorial (JAT); nombrados de forma rotatoria entre los juzgados de una misma circunscripción para cubrir los señalamientos suspendidos en cada uno de ellos, de manera que la sustitución sea a los solos efectos de dictar la sentencia correspondiente.
- Ofrecer a los jueces titulares la posibilidad de incrementar sus señalamientos con otro día de vistas para recuperar los juicios suspendidos, con el compromiso de celebrar esos juicios en un plazo de tiempo tasado, sin dilación superior a 4 meses desde el alzamiento de la suspensión.

B) Procedimientos que se generen a raíz de la situación del estado de alarma y sus consecuencias

- Modificar el [artículo 26 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS) haciendo obligatoria la acumulación de procedimientos de despido, o de modificaciones

sustanciales, entre sí, cuya causa sea precisamente la COVID-19 y se produzcan en la misma empresa y bajo una comunicación idéntica en cuanto a las razones que la amparan.

- Podría establecerse una presunción *iusuris tantum* de que las extinciones o suspensiones temporales de empleo que se produzcan durante el estado de alarma tienen su origen en la situación derivada de la COVID-19. Esto evitará muchos juicios de ponderación de las causas de las decisiones empresariales, pero permitiendo a la parte actora destruir esa presunción con prueba hábil en contrario, cuando la causa del cese o reducción sea otra o existan abusos en su utilización.
- Regularse un nuevo artículo 124 bis de la LRJS de carácter transitorio estableciendo la competencia de las salas de lo social de los tribunales superiores de justicia para el conocimiento del enjuiciamiento de los procedimientos colectivos por los ERTE derivados del estado de alarma, al igual que ocurre en los supuestos de los despidos colectivos, con vistas de carácter urgente. Esta medida permitiría la resolución en plazos más breves atendiendo a que se desarrollarían por las salas y evitaría el colapso de la primera instancia con estos ERTE.
- Establecer un refuerzo para el enjuiciamiento de los procedimientos derivados del estado de alarma (jueces de refuerzo, sustitutos, JAT, etc.), permitiendo también –aunque habría que hacer una evaluación de sus cargas de trabajo, para evitar riesgos psicosociales– a los jueces un autorrefuerzo voluntario, o a otros jueces de la instancia o las salas para reforzar a juzgados de lo social; con el compromiso de celebrar esos juicios en un plazo de tiempo tasado, sin dilación superior a 4 meses, como se dijo anteriormente.

6. Las soluciones para la Justicia: ¿una pura ensoñación para las noches de un verano sin descanso?

¿Utopía? Quizás. ¿Ensoñaciones de verano? Seguramente. ¿Otra oportunidad perdida? Sin duda alguna. ¿La nostalgia del esfuerzo baldío, de Ortega y Gasset? Quizás. Pero no perdemos la esperanza: vamos a intentar de nuevo poner de pie al enfermo y, arrimando el hombro, llevar la Justicia social adelante.

Cómo citar: Marcos González, J. I. (2020). «Viejo paciente crónico», la COVID-19 ha agravado sus males: terapias, a vuelo pluma, de un abogado para la Justicia. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 448, 217-222.

¿Por qué el derecho a la tutela judicial efectiva también se confina durante el estado de alarma?: la visión de una jueza

Beatriz García Celaá

Magistrada del Juzgado de lo Social número 3 de Bizcaia

1. La parálisis total, ¿una decisión equivocada?

La Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) acordó el 9 de mayo de 2020 mantener la validez y eficacia de los acuerdos y las medidas adoptadas por este órgano en relación con la pandemia de coronavirus (COVID-19) en las sesiones de los días 13, 14, 16, 18, 20, 23, 25, 26, 28, 30 y 31 de marzo, 2, 8, 13, 16, 20 y 29 de abril y 7 de mayo de 2020 durante la nueva prórroga del estado de alarma autorizada por el Congreso de los Diputados en su última sesión.

La decisión se adoptó una vez que el BOE publica el Real Decreto [\(RD\) 514/2020, de 8 de mayo](#), por el que se prorroga hasta las 00:00 horas del 24 de mayo el estado de alarma declarado por el [RD 463/2020, de 14 de marzo](#), para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Entre los acuerdos cuya validez y eficacia se mantiene figura el aprobado en la reunión extraordinaria mantenida por la Comisión Permanente el 14 de marzo por el que se dispuso la suspensión de todas las actuaciones judiciales programadas y los plazos procesales que tal decisión conlleva, salvo en los supuestos de servicios esenciales.

Los servicios esenciales eran los aprobados por el CGPJ el 13 de marzo de forma coordinada con el Ministerio de Justicia y la Fiscalía General del Estado, con las precisiones realizadas desde entonces, que en lo que respecta al orden jurisdiccional social, el orden más afectado por las consecuencias socioeconómicas derivadas de la COVID-19, eran las fijadas por acuerdo del CGPJ de 14 de marzo de 2020, que señalaba como tales: «En el orden jurisdiccional social, la celebración de juicios declarados urgentes por la ley y las medidas cautelares urgentes y preferentes, así como los procesos de ERE y ERTE [expedientes de regulación de empleo y expedientes temporales de regulación de empleo]».

Por acuerdo del CGPJ de 16 de marzo de 2020 se restringen aún más estas actuaciones y se establece que:

En la jurisdicción social, la suspensión de las actuaciones judiciales no se aplicará a los procesos y recursos que se consideren inaplazables en materia de conflictos colectivos, tutela de derechos fundamentales, despidos colectivos, expediente de regulación temporal de empleo, medidas cautelares y procesos de ejecución que dimanen de la aplicación del estado de alarma.

Las medidas fundamentales de protección frente a la COVID-19, como toda la población conoce, son: un lavado frecuente de manos con agua y jabón (o producto desinfectante) y, sobre todo, evitar el contacto social manteniendo una distancia de seguridad de aproximadamente metro y medio o dos metros entre personas, conjuntamente con otras como portar mascarillas para evitar contagiar o ser contagiado y tratar de no tocar superficies o no toser sin taparse la boca, así como aislarse en el caso de aparición de síntomas.

2. Existían alternativas seguras

Todos conoceremos que el distanciamiento social es la mejor medida para evitar el contagio, de ahí la limitación de derechos fundamentales que hemos sufrido los ciudadanos durante el estado de alarma y que ha conllevado restricciones en derechos como los de reunión, manifestación y libertad de circulación.

Numerosas empresas, las más agraciadas, han establecido la opción de teletrabajo como forma de mantenimiento de su actividad mercantil y del empleo de las personas trabajadoras. La mayor parte de la Administración pública, desde los centros escolares hasta las diferentes Haciendas, ha facilitado a sus empleados las herramientas necesarias para desarrollar sus cometidos profesionales desde sus domicilios; pero nuestra Administración de Justicia no estaba preparada para que sus funcionarios pudieran desarrollar la prestación de sus servicios desde sus domicilios; primer elemento comparativo que determina el escaso valor que en los presupuestos públicos tienen las materias relacionadas con el [artículo 24 de la Constitución española](#).

Pero esto, con serlo, no es lo más grave (cualquiera pudiera justificar lo inesperado y global de la pandemia y la falta de previsión de los gobernantes a la hora de dotar de medios telemáticos a la Administración de Justicia). Lo más grave es que los acuerdos del CGPJ paralizaron desde el 13 de marzo de 2020 cualquier tipo de actividad, salvo las escasas materias denominadas como «esenciales», dejando sin capacidad de actuación a los órganos judiciales a los que ni tan siquiera permitieron establecer soluciones alternativas que pudieran desarrollarse con garantía del cumplimiento de las medidas de seguridad y con la prevención necesarias, posibilitando así mantener, aunque fuera parcialmente, la actividad jurisdiccional.

Si de lo que se trataba era de evitar el contacto entre personas para minimizar el contagio, lógico es pensar que hubiera sido suficiente con prescindir de aquellas actuaciones judiciales que supusieran una actividad presencial de letrados, testigos, partes, peritos, funcionarios, letrados de la Administración de Justicia y jueces en el órgano judicial cuando no permitiesen asegurar las distancias de seguridad, como son las comparecencias *apud acta*, las vistas de los juicios, los actos de conciliación presenciales o la presentación personal de escritos; incluso, en estos casos, hubiera bastado con reducir los mismos en la medida en la que pudieran garantizarse las elementales medidas de protección, como el distanciamiento social de dos metros, como se exigió al tejido empresarial considerado sector esencial (supongo que la Administración de Justicia no se consideró como tal).

Pero desde el 16 de marzo de 2020, y en virtud de los acuerdos del CGPJ –que paralizaban la actividad judicial y suspendían los plazos procesales–, los órganos judiciales estábamos en un punto muerto –*stop* a toda actuación judicial–. No podíamos ni siquiera notificar sentencias que habían sido dictadas; notificación que se hace telemáticamente a las partes a través del sistema informático de cada territorio y que no implicaba riesgo alguno de contagio.

De esta forma, y por citar un ejemplo, sentencias firmes, frente a las que no cabía recurso, como una reclamación por procedimiento de modificación sustancial que dejaba sin efecto un traslado injustificado para la persona trabajadora a otro centro de trabajo y que hubiera determinado el retorno al centro de trabajo inicial tuvo que esperar a ser notificada y cumplida, sin que ninguna restricción derivada del estado de alarma, y ninguna posibilidad de contagio, justificase la falta de notificación de esta resolución judicial. Y mi pregunta es ¿por qué? ¿Cuál ha sido la causa de una paralización total de la actividad de todos los profesionales del sector y de la Administración de Justicia en su esencia?

Así las cosas, los órganos judiciales no hemos podido resolver procedimientos escritos, recursos frente a resoluciones, admisiones de prueba de pleitos futuros, abstenciones, recusaciones, autos de incompetencia, ni cualesquiera otras actuaciones que siempre se tramitan por escrito y se notifican telemáticamente; y otras actividades como la presentación de nuevas demandas, que podían haberse realizado de forma presencial guardando las debidas distancias de seguridad y mediante un sistema de cita previa, por los sistemas judiciales existentes o simplemente habilitando un correo electrónico para su recepción telemática, tampoco pudieron llevarse a cabo, y, de haberlo hecho, se hubiera avanzado en su tramitación durante el estado de alarma.

La paralización ha sido tal que solamente el número de vistas que han podido quedar suspendidas durante el estado de alarma, del 16 de marzo al 4 de junio de 2020, por cada juzgado de lo social de este país puede alcanzar la friolera de 200-300 juicios por juzgado.

3. ¿Ineficacia de las medidas de arranque? El Real Decreto-Ley 16/2020

Los juzgados tienen fijados señalamientos a largo plazo que siguen vigentes. A esa agenda de procedimientos ya señalada en los meses venideros hay que añadir los procedimientos suspendidos del 16 de marzo al 4 de junio, los que ordinariamente se hubieran tramitado y los derivados de la situación de la COVID-19: despidos, ERTE, recuperación de permisos retribuidos, prestaciones de desempleo, situaciones de incapacidad temporal, reclamaciones por falta de medidas preventivas, ingreso mínimo vital, etc., y que harán que el número de entrada de los juzgados de lo social se multiplique exponencialmente incluso después de la nueva normalidad, atendiendo al posible mantenimiento de medidas como los ERTE.

Ante este panorama se publica el [Real Decreto-Ley 16/2020](#), de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que busca paliar la situación creada y que fundamentalmente abarca, a nivel de la jurisdicción social, la consideración como hábil del mes de agosto, con la reactivación de los plazos procesales suspendidos y la determinación del carácter urgente y absolutamente preferente de causas derivadas de la COVID-19 como despidos, ERTE, teletrabajo o recuperación de los días de permiso retribuido, estableciendo una prioridad de tramitación telemática en órganos judiciales que carecen de sistemas homologados para ello.

La mayoría de estas medidas, a mi juicio, no sirven para paliar la situación creada, porque no se parte de que lo que ha generado esa situación es una acumulación ingente de demandas judiciales sin tramitar, o porque se han suspendido o porque se han creado por razón del impacto socioeconómico de la COVID-19, y las medidas deberían haber conllevado reformas legislativas centradas en garantizar la posibilidad de resolución judicial evitando el contacto y, por ello, sin riesgo de contagio.

Ninguna de las propuestas, salvo una, valora la posibilidad de celebración sin contagio: la prevista en el [artículo 19](#), que hace referencia a la celebración de actos presenciales de forma telemática –preferiblemente y siempre que se cuente con los medios técnicos para ello– y que, en el fondo, regula una posibilidad no viable de manera generalizada en los juzgados, porque el Ministerio de Justicia o las comunidades autónomas con competencias transferidas no se han preocupado de implantarla durante el estado de alarma, como forma segura y real de poder seguir impartiendo justicia, lisa y llanamente, porque la paralización total de la Administración de Justicia a la que abocaron las resoluciones del CGPJ de 13 y 14 de marzo no obligó a encontrar una solución eficaz y segura para seguir funcionando y dotando a los ciudadanos de este servicio público, a diferencia de lo que ha ocurrido en otros sectores como la industria, la educación, Hacienda pública, Seguridad Social, desempleo, etc.

4. Algunas medidas que hubieran aliviado el caos

El principal problema, y la mejor solución, para atajar esta pandemia es garantizar el distanciamiento físico, y ello va a conllevar limitaciones de aforo en las sedes judiciales y en las salas de vistas, por lo que los juzgados no podrán realizar los señalamientos con intervalos cortos, no podrán acumular un gran número de vistas en un mismo día y se verán obligados a señalamientos en turnos de mañana y tarde, retardando aún más el ritmo en los mismos, y a reestructurar las agendas con suspensión de parte de los señalamientos ya programados. Y como lo más gráfico es un ejemplo, en agendas con 15 señalamientos diarios, la limitación de aforo obligará a señalar como mucho 10 asuntos al día, lo que incrementará el número de suspensiones, añadiendo otros nuevos afectados a las suspensiones ya generadas por la paralización inédita a la que nos han llevado desde el 16 de marzo de 2020.

Las reformas legislativas deberían haberse establecido, por tanto, teniendo en cuenta las restricciones que previsiblemente impondría la pandemia hasta la existencia de una vacuna o hasta su desactivación, y por ello una de las medidas temporales a adoptar podía haber sido la tramitación por escrito de determinadas materias basadas fundamentalmente en prueba documental como las prestaciones ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social, el Servicio Público de Empleo o el Fondo de Garantía Salarial, los procedimientos de carácter sencillo o los de índole meramente jurídica, así como las conciliaciones previas ante los letrados de la Administración de Justicia, de forma y manera que esos actos o juicios pudieran resolverse sin necesidad de asistir físicamente a las sedes judiciales, sin copar el aforo previsto y sin riesgo de contagio.

Una segunda medida debería haber consistido en habilitar espacios para la celebración de juicios de manera que el aforo de los edificios judiciales no se viese superado y no se tuviesen que suspender parte de los juicios a partir del mes de junio, estableciendo salas judiciales «de campaña» para atender la demanda de tutela de los ciudadanos; al igual que se construyeron hospitales temporales como Ifema para dar cobertura a personas infectadas que lo requerían, descongestionando los hospitales.

Tampoco la dotación del personal de la Administración de Justicia ha atendido a la situación real de los juzgados. La [Orden JUS/504/2020, de 5 de junio](#), de desescalada en la reincorporación de los funcionarios, ha establecido la regulación de turnos de tarde exclusivamente en los supuestos en los que los funcionarios no puedan guardar las debidas distancias de seguridad en su puesto de trabajo y no se ha valorado que el aforo de las sedes judiciales y el cumplimiento de esas distancias pueden impedir la coincidencia de profesionales y justiciables en los turnos de mañana y que por razones de seguridad deba ser necesario ampliar el horario con la celebración de vistas en el turno de tarde, aunque los funcionarios tengan la distancia oportuna en sus puestos de trabajo, por lo que el servicio quedará sin dotación funcional en horario vespertino, a pesar de que razones de seguridad de los justiciables exijan celebrar vistas a partir de las 15:00 horas.

Los juzgados de lo social –la primera instancia– van a ser los órganos que acumulen un mayor número de asuntos por razón de la situación creada por la pandemia.

Atendiendo al número de ERTE que previsiblemente se van a impugnar por la paralización de actividad y su permanencia en el tiempo, debería haberse atribuido la competencia para su conocimiento a las salas de lo social de los tribunales superiores de justicia, no siendo ajena nuestra regulación a esta circunstancia, porque ya el [artículo 124 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS) atribuye esta competencia directa de las salas de lo social en supuestos de despidos colectivos o ERE. Esta medida permitiría descongestionar la primera instancia y celebrar con celeridad la impugnación de los ERTE que, en muchos casos, van a determinar la continuidad futura de la actividad productiva de la mercantil.

En la jurisdicción social es común la existencia de procedimientos de diferentes personas trabajadoras de una misma empresa que impugnan decisiones sustancialmente idénticas de la empleadora o en las que se debate la misma causa de pedir, lo que no va a ser extraño en las circunstancias actuales donde estas decisiones se han basado en una misma causa sanitaria ajena a la realidad empresarial. Otra de las medidas a adoptar podría haber sido, por ello, establecer una acumulación obligatoria y de oficio a los órganos judiciales de la totalidad de los procedimientos de una empresa sobre una misma materia, excluyendo temporalmente las limitaciones fijadas en el [artículo 26 de la LRJS](#), buscando con ello la resolución en una única vista de las diferentes pretensiones acumuladas, sin necesidad de la celebración de diferentes vistas en los diferentes procedimientos.

Ni siquiera existe actualmente un plan de refuerzo concreto a poner en marcha en aquellas jurisdicciones, como la social, que mayor incremento de asuntos van a tener, no para paliar la escasez de jueces o liberarlos de trabajo, sino para poder dar una respuesta temprana a las cuestiones planteadas por los ciudadanos. Ojalá el prometido «plan de refuerzo» aterrice en septiembre.

En estas circunstancias, el justiciable se tendrá que armar de paciencia, o quizás de desesperación, porque las colas de los supermercados le parecerán una nimiedad en relación con el retraso que va a tener que soportar en un servicio público esencial como es la Administración de Justicia.

Sin medidas adecuadas y realistas, sin refuerzo, los juzgados, el 8 de junio, iniciamos la celebración de juicios, pero la justicia, además de estar ciega, estará coja, y no podrá afrontar la carrera de larga distancia que le espera en los siguientes meses, porque, por razones de aforo, ni siquiera podrá llevar la misma velocidad, ni acometer el mismo trabajo que realizaba con anterioridad a la crisis de la COVID-19, y, nuevamente, si nada me corrige (y ojalá sea así), el derecho de tutela judicial efectiva se verá lastrado y relegado a un derecho fundamental de segunda.

Cómo citar: García Celaá, B. (2020). ¿Por qué el derecho a la tutela judicial efectiva también se confina durante el estado de alarma?: la visión de una jueza. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 448, 223-228.

Estudio de las barreras de género para la promoción a puestos directivos y medidas de igualdad en una entidad financiera

Amparo Ramos López

IDOCAL (Instituto de Investigación en Psicología de los Recursos Humanos, Desarrollo Organizacional y Calidad de Vida Laboral). Universidad de Valencia

Felisa Latorre Navarro

*Departamento de Psicología.
Universidad Rey Juan Carlos*

Inés Tomás Marco

IDOCAL (Instituto de Investigación en Psicología de los Recursos Humanos, Desarrollo Organizacional y Calidad de Vida Laboral). Universidad de Valencia

José Ramos López

*IVIE (Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas)
IDOCAL (Instituto de Investigación en Psicología de los Recursos Humanos, Desarrollo Organizacional y Calidad de Vida Laboral).
Universidad de Valencia*

Extracto

Este trabajo analiza la percepción de las barreras de género para la promoción de mujeres a puestos directivos, el grado de importancia de las barreras percibidas y las medidas consideradas más relevantes para eliminar la desigualdad en el acceso y promoción de mujeres a los niveles de dirección. El estudio se realiza en una entidad financiera que está implantando su II Plan de Igualdad de Oportunidades. Los resultados reflejan que, a pesar de la sensibilidad hacia la igualdad de oportunidades, se perciben ciertas barreras que dificultan a las mujeres su acceso y promoción a puestos directivos. Destacan las barreras relativas a la cultura organizacional, el acceso a las redes de poder y la evaluación diferenciada que reciben las mujeres. Las mujeres perciben en mayor medida la existencia de las barreras a la promoción y otorgan más relevancia que los hombres a diferentes medidas para la igualdad.

Palabras clave: barreras de género; medidas de igualdad; discriminación laboral; diferencias de género; barreras para la promoción.

Fecha de entrada: 10-03-2020 / Fecha de aceptación: 25-05-2020

Cómo citar: Ramos, A., Latorre, F., Tomás, I. y Ramos, J. (2020). Estudio de las barreras de género para la promoción a puestos directivos y medidas de igualdad en una entidad financiera. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 448, 229-254.



Study of gender barriers in the promotion to management positions and equality measures in a financial entity

Amparo Ramos López

Felisa Latorre Navarro

Inés Tomás Marco

José Ramos López

Abstract

This paper analyzes the perceptions of employees about gender barriers for equality in the promotion to management positions, their importance and the most relevant measures to eliminate inequality in the access and promotion of women in the management positions. This study is carried out in a financial entity that is implementing its II Equality Opportunities Plan. The results reflect that, despite the company's sensitivity towards equal opportunities, some barriers are perceived that difficult promotion and access to managerial positions for women. Barriers related to organizational culture, accessing power and influence networks and the unequal performance appraisal that women receive appear as the most relevant obstacles for women's promotion. Women perceive to a greater extent than men the existence of barriers to promotion and give more relevance than their male coworkers to different measures for equality.

Keywords: gender barriers; equity measures; labor discrimination; gender differences; barriers to promotion.

Citation: Ramos, A., Latorre, F., Tomás, I. y Ramos, J. (2020). Study of gender barriers in the promotion to management positions and equality measures in a financial entity. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 448, 229-254.





Sumario

1. Introducción
 2. Metodología
 - 2.1. Procedimiento
 - 2.2. Muestra
 - 2.3. Instrumentos
 3. Resultados
 - 3.1. Barreras percibidas para la promoción laboral de las mujeres
 - 3.2. Diferencias entre mujeres y hombres en la percepción de barreras para la igualdad
 - 3.3. Barreras consideradas más importantes para la igualdad de oportunidades
 - 3.4. Utilidad percibida de las medidas y políticas para la igualdad de oportunidades
 - 3.5. Diferencias entre mujeres y hombres en la utilidad percibida de las medidas y políticas para la igualdad
 4. Discusión y conclusiones
- Referencias bibliográficas

Nota: este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «La dinámica del bienestar subjetivo y sus dimensiones: un análisis desde la teoría de la adaptación», financiado por la Generalitat Valenciana (Ref.: PROMETEO/2016/138).

1. Introducción

La situación de la mujer en el ámbito laboral ha mejorado notablemente en las últimas décadas, contribuyendo así a lograr una sociedad menos discriminatoria. Un hito destacable en nuestro país fue la aprobación de la Ley orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cuyo objetivo era promover la igualdad de oportunidades de forma integral en todos los ámbitos de nuestra sociedad. Concretamente, en el ámbito laboral, entre muchos otros aspectos, supuso la obligatoriedad para las empresas de realizar planes de igualdad, plantear diferentes acciones para promover la corresponsabilidad entre mujeres y hombres o eliminar cualquier tipo de obstáculo en la consecución de una igualdad plena. Sin embargo, a pesar del potencial impacto de esta ley y de los avances logrados en materia laboral, estamos muy lejos de poder afirmar que se han logrado los objetivos que se pretendían. En el estudio sobre los efectos de esta ley, Cano (2016) afirma que todavía existe un gran desequilibrio entre los derechos para la igualdad y la situación real de las mujeres en la sociedad actual. Este hecho se refleja además en la promulgación del nuevo Real Decreto-Ley 6/2019, que señala que los resultados de la mencionada ley orgánica «fueron discretos cuando no insignificantes».

Por tanto, hoy en día no podemos hablar de una sociedad igualitaria, porque son muchos los indicadores que reflejan que las mujeres no tienen las mismas oportunidades que los hombres en su desarrollo profesional y porque todavía hay muchos factores que siguen discriminándolas en el mercado de trabajo (EIGE, 2019; Eurostat, 2018; Glass y Cook, 2016; Rodríguez, 2018). La desigualdad entre mujeres y hombres en las organizaciones laborales es todavía más evidente en los puestos de responsabilidad. El famoso techo de cristal sigue siendo, actualmente, una realidad que a veces consigue romperse después de transitar por un largo e interminable laberinto de cristal.

Incluso las organizaciones que están implementando planes de igualdad y están plenamente sensibilizadas con lograr una igualdad real entre su personal siguen encontrando resistencias para lograrlo. Incluso los Gobiernos que promueven medidas para aumentar el número de mujeres directivas reconocen la dificultad de conseguirlo y la necesidad de promover cambios más profundos (Aceña y Villanueva, 2018). Por ello, es necesario que las organizaciones laborales continúen analizando de forma específica cuál es la situación en su empresa e identifiquen qué factores concretos están afectando, cómo y a qué mujeres. Solamente teniendo un conocimiento real en sus equipos de trabajo podrán establecerse medidas adecuadas que pongan soluciones a la desigualdad entre mujeres y hombres.

Existe una amplia literatura sobre cuáles son los factores que dificultan el acceso de las mujeres a puestos directivos. Aunque con diferencias importantes entre lo que opinan mujeres y hombres, pero con una alta similitud en diferentes países europeos, Catalyst (2002) destaca los estereotipos sobre los roles y las capacidades de las mujeres, la ausencia de modelos de mujeres con éxito, la falta de experiencia significativa en dirección general de las mujeres, el compromiso con las responsabilidades familiares o personales, y la ausencia de figuras que actúen como mentoras de las mujeres. Castaño, Martín, Vázquez y Martínez (2010) añaden las largas jornadas laborales inherentes al trabajo directivo, la cultura organizacional, la ausencia de políticas de conciliación y las elecciones personales. En la misma línea, Cook y Glass (2014) coinciden en destacar los prejuicios implícitos y creencias estereotipadas que infravaloran a las mujeres, la ausencia de mentorización, así como la exclusión y falta de acceso de las mujeres a las redes de poder, influencia e información. En definitiva, la literatura coincide en destacar que existen múltiples factores explicativos complejos, dinámicos y que están interrelacionados entre sí (EIGE, 2015).

El objetivo general de este trabajo es analizar cuál es la percepción que sobre las barreras de género tiene la plantilla de una organización que tiene implantado un plan de igualdad de oportunidades. Por otra parte, se analiza si existen unas barreras más importantes que otras para la igualdad en la promoción a puestos directivos, así como cuáles son las medidas consideradas más relevantes para eliminar la desigualdad en su organización. Pero además de conocer cuál es la opinión general del personal de la empresa en estos tres aspectos, también se analiza si existen diferencias en estas percepciones en función del sexo, ya que como son las mujeres a quienes afectan las barreras, se espera que se perciban de manera diferenciada. Aunque variables sociodemográficas como, por ejemplo, la edad, las responsabilidades familiares, la antigüedad en la organización o el puesto ocupado, entre otras, también pueden influir en la percepción diferenciada, en este estudio no serán tenidas en cuenta.

En definitiva, los resultados de este trabajo pretenden, por un lado, recoger información relativa a la percepción que el personal de una empresa concreta tiene sobre la existencia de barreras en su propia organización para lograr la plena igualdad entre mujeres y hombres, que puede ilustrar lo que ocurre en otras empresas, y, por otro lado, conocer la utilidad atribuida a las medidas que integran el plan de igualdad de la empresa.

2. Metodología

2.1. Procedimiento

El presente estudio se realizó en una entidad financiera española en el marco de la evaluación de su II Plan de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres. Para ello, se remitió a todo el personal de la entidad una carta de la dirección que señalaba la importancia

del estudio, asegurando el anonimato de los datos a cumplimentar y facilitando un enlace electrónico para cumplimentar los cuestionarios. En el plazo establecido se obtuvieron 1.304 encuestas válidas.

2.2. Muestra

La muestra está formada por 1.304 personas de las 5.981 del total de la organización, lo que supone una tasa de respuesta de la encuesta del 21,8 %. De todas las personas de la muestra, 579 (44,4 %) eran mujeres y 708 (54,3 %) eran hombres. Del total de las mujeres de la organización participaron en la encuesta el 18,7 %, mientras que del total de los hombres participaron el 24,6 %. La organización está formada por un número algo mayor de hombres que de mujeres y, como podemos observar, en la muestra total también hay una mayor participación de los hombres respecto a las mujeres.

En cuanto al puesto de trabajo a nivel directivo, se ha diferenciado entre puestos directivos (dirección y subdirección de oficinas) y puestos de alta dirección. En la muestra, el 27,5 % de los puestos directivos está ocupado por mujeres y el 72,5 % por hombres. Y, en el caso de los puestos de alta dirección, las mujeres de la muestra son el 22,9 % y los hombres el 77,1 %. En la organización en su conjunto, las mujeres en puestos directivos representan el 26 %, mientras que los hombres representan el 74 %, pero, respecto a los puestos de alta dirección, el porcentaje en el caso de las mujeres se reduce hasta el 10 % y el de los hombres aumenta hasta el 90 % en este nivel de dirección. Se confirma, por tanto, que cuanto mayor es el nivel directivo, las mujeres están mucho menos presentes en la organización.

En cuanto a su edad, el 2,5 % de las personas encuestadas tenían hasta 30 años, el 34,2 % tenían una edad comprendida entre los 31 y los 40 años, el 46,4 % tenían de 41 a 50 años y el 15,3 % más de 51 años, aparte del 1,5 % que no contestó la pregunta referida a su edad. Por lo que se refiere al estado civil, el mayor porcentaje de personas (74,6 %) están casadas o viven en pareja, y prácticamente toda la muestra (99,3 %) contestó que tenían responsabilidades familiares de atención a sus hijos e hijas o personas dependientes. Probablemente, la temática del estudio haya resultado de más interés a las personas con mayores dificultades de conciliación laboral que a quienes actualmente no tienen que afrontar la responsabilidad de atender a otras personas y, por tanto, esta sensibilidad las ha llevado a contestar en mayor medida que a las que no se encuentran en esta situación personal.

2.3. Instrumentos

Para llevar a cabo este trabajo, se utilizó una encuesta *online* formada por tres escalas. En primer lugar, para analizar la percepción de barreras se utilizó la escala TOP WOMAN (Testing the Obstacles to Promotions of WOMen to MANagement) (Ramos, Latorre y Ramos, 2018), formada por 33 ítems. La escala analiza el grado de acuerdo de las personas encuestadas

(tipo Likert con 7 alternativas que varían de 1, «totalmente en desacuerdo», a 7, «totalmente de acuerdo») respecto a si dichas barreras para la igualdad están presentes en su organización. Los ítems se agrupan en las siguientes 7 dimensiones: evaluación diferenciada a mujeres y hombres (4 ítems), estereotipos de género (10 ítems), barreras a la conciliación de la vida laboral y personal-familiar (5 ítems), cultura organizacional (3 ítems), barreras internas (2 ítems), barreras de acceso a redes masculinas (5 ítems) y prácticas de recursos humanos (4 ítems).

En segundo lugar, para conocer las barreras a la igualdad más significativas, a partir de la escala anterior, se sintetizaron 10 razones principales que pueden constituir barreras para la igualdad de oportunidades, con el fin de que cada miembro de la plantilla señalase las 3 razones que considera más importantes a la hora de dificultar la igualdad en las organizaciones laborales. De esta manera, al obligar al personal encuestado a decantarse solo por 3 razones, evita conceder una gran importancia o la misma importancia a todas las razones y permite discriminar con mayor claridad aquellos aspectos que se consideran especialmente relevantes.

En tercer lugar, a partir de una lista de 20 acciones que pueden implantarse para favorecer la igualdad de oportunidades y combatir las barreras para la igualdad, se pregunta al personal su opinión sobre cuál es el grado de utilidad de las medidas para favorecer la igualdad. Estas acciones se agrupan en medidas y políticas generales para la igualdad de oportunidades (10 ítems), prácticas de gestión de recursos humanos para la igualdad (6 ítems) y políticas para la conciliación (4 ítems). La escala de respuesta es de tipo Likert de 7 puntos, desde 1, «no tiene ninguna utilidad», hasta 7, «muchísima utilidad».

3. Resultados

3.1. Barreras percibidas para la promoción laboral de las mujeres

El objetivo fundamental de este trabajo, tal y como se ha descrito anteriormente, es conocer la percepción sobre las barreras que dificultan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en esta empresa. Conocer su percepción aporta una información muy valiosa sobre el contexto en el que está enmarcado su trabajo y sobre su situación particular.

Si tenemos en cuenta las puntuaciones medias en cada una de las dimensiones (tabla 1), podemos observar que oscilan entre 1,58 y 4,1, lo que indica que el personal de la organización no considera que estas barreras estén presentes de manera notoria en su organización. Sin embargo, entre las 7 dimensiones podemos observar ciertas diferencias importantes. Las puntuaciones medias más bajas aparecen en las barreras relativas a los estereotipos de género (1,58) y a las barreras internas o de carácter personal (2,13), lo que indica que no atribuyen que las diferencias en la promoción en mujeres y hombres en su empresa se deban a la falta de interés y ambición de las mujeres ni a las creencias estereotipadas generalizadas sobre las mujeres, que en su mayoría también tienen que ver con aspectos propios de las

mujeres. Con una puntuación también baja (2,26) aparece la barrera relativa a las prácticas de recursos humanos. Sin embargo, en el resto de barreras, las puntuaciones medias son superiores a 3. La barrera que supone una evaluación diferenciada entre mujeres y hombres tiene una puntuación media de 3,16, las dificultades al acceso a redes, una media de 3,5, las barreras a la conciliación, 3,66, y con una puntuación de 4,1, la cultura organizacional. Estos datos indican que ciertos aspectos relativos a cómo se evalúa de forma diferente a las mujeres y a los hombres, la dificultad de las mujeres para acceder a los grupos de poder, la dificultad para conciliar con responsabilidades familiares y los valores de la cultura organizacional pueden estar dificultando la promoción laboral de las mujeres.

Tabla 1. Percepción de barreras para la igualdad en la organización

	Media	DT
Estereotipos de género	1,58	0,88
Barreras internas	2,13	1,47
Prácticas de recursos humanos	2,26	1,36
Evaluación diferenciada	3,16	2,05
Acceso a redes masculinas	3,5	1,51
Conciliación vida laboral y personal-familiar	3,66	1,51
Cultura organizacional	4,1	1,49

Fuente: elaboración propia.

3.2. Diferencias entre mujeres y hombres en la percepción de barreras para la igualdad

La percepción de las barreras de la muestra global nos aporta una información valiosa para conocer la opinión generalizada de la plantilla con respecto a la empresa. Sin embargo, resulta muy interesante conocer la opinión particular de mujeres y hombres y analizar si existen diferencias en su percepción.

En primer lugar, es importante destacar que existen diferencias estadísticamente significativas y relevantes entre mujeres y hombres en las 7 dimensiones de barreras para la igualdad de oportunidades (tabla 2). Los hombres tienen puntuaciones más altas que las mujeres solamente en 2 de las 7 dimensiones, concretamente en la existencia de barreras internas y en la barrera relativa a los estereotipos de género. Los hombres más que las

mujeres consideran que las barreras pueden ser debidas a que las mujeres no tienen las cualidades requeridas para los puestos de responsabilidad, así como a la existencia de creencias estereotipadas sobre las mujeres. Sin embargo, las mujeres muestran mayor grado de acuerdo que los hombres en las otras 5 dimensiones donde tienen las puntuaciones más altas, destacando 3 de ellas con puntuaciones por encima de 4: las barreras por la evaluación diferenciada con 4,27, las barreras de la cultura organizacional con 4,26 y las redes masculinas con 4,09. Estos datos sugieren que determinadas barreras parecen estar poco presentes según la percepción de las personas encuestadas, pero aparecen ciertas diferencias al comparar la opinión entre los hombres y las mujeres. En este sentido, los hombres les dan mayor relevancia a las barreras que atribuyen cierto grado de responsabilidad a las propias mujeres en la falta de igualdad y a la existencia de estereotipos discriminatorios, mientras que las mujeres perciben en mayor medida las barreras de carácter organizacional.

Tabla 2. Diferencias entre mujeres (M) y hombres (H) en la percepción de barreras para la igualdad en la organización

	H N = 708	M N = 579	Sig.
Estereotipos de género	1,67	1,47	***
Barreras internas	2,29	1,92	***
Prácticas de recursos humanos	1,78	2,84	***
Conciliación vida laboral y personal-familiar	3,43	3,92	***
Acceso a redes masculinas	3,04	4,09	***
Cultura organizacional	3,96	4,26	***
Evaluación diferenciada	2,25	4,27	***

*** p<0,001; ** p<0,01; * p<,05; ns=no significativo.

Fuente: elaboración propia.

En este caso es interesante, además, analizar las diferencias en los distintos ítems en cada una de las dimensiones tal y como se presentan en las distintas tablas. En la dimensión barreras internas, existen diferencias significativas en los 2 ítems que la integran (tabla 3). Cuando se refieren a que las mujeres muestran menos ambición profesional o no están muy interesadas en acceder a puestos de responsabilidad, los hombres tienen puntuaciones significativamente superiores a las mujeres. En estos 2 ítems, las puntuaciones de los hombres oscilan entre 2,18 y 2,41, mientras que las puntuaciones de las mujeres oscilan entre 1,82

y 2,04, respectivamente. Aunque las puntuaciones son bajas en los dos casos, las mujeres están más en desacuerdo que los hombres en estas afirmaciones.

Tabla 3. Diferencias entre mujeres (M) y hombres (H) en barreras internas

	H N=708	M N=579	Sig.
Barreras internas	2,29	1,92	***
Las mujeres no están muy interesadas en acceder a puestos de responsabilidad	2,41	2,04	***
Las mujeres muestran menos ambición profesional que los hombres	2,18	1,82	***

*** p<0,001; ** p<0,01; * p<,05; ns=no significativo.

Fuente: elaboración propia.

En los estereotipos de género, los resultados muestran diferencias significativas en 8 de los 10 ítems que integran esta dimensión (tabla 4). Las puntuaciones de los empleados oscilan entre 1,47 y 1,84, y las de las empleadas entre 1,24 y 1,94, siendo de nuevo los hombres los que muestran una mayor puntuación en 9 de los 10 casos. Aunque las puntuaciones son bajas, parece que las mujeres están más en desacuerdo que los hombres en estas afirmaciones que se refieren a las creencias sobre la mayor inseguridad de las mujeres, que les cuesta más tomar decisiones y que toleran peor la presión, entre otros aspectos.

Tabla 4. Diferencias entre mujeres (M) y hombres (H) en estereotipos de género

	H N=708	M N=579	Sig.
Estereotipos de género	1,67	1,47	***
Las mujeres no tienen suficiente experiencia para acceder a puestos de responsabilidad	1,69	1,42	***
Las mujeres son menos competitivas que los hombres	1,64	1,6	ns
Las mujeres confían menos en sus propias capacidades que los hombres	1,84	1,81	*



	H N=708	M N=579	Sig.
▶			
Los puestos de responsabilidad son más adecuados a las características de los hombres	1,73	1,94	ns
Las mujeres son menos adecuadas que los hombres para funciones de mando	1,47	1,24	***
Las mujeres son más inseguras que los hombres	1,67	1,37	***
A las mujeres les cuesta más tomar decisiones	1,68	1,37	***
Las mujeres son demasiado emocionales y empáticas para desempeñar puestos de responsabilidad	1,65	1,41	***
Las mujeres toleran menos la presión de los puestos directivos que los hombres	1,77	1,42	***
Las mujeres no son tan buenas como los hombres en los procesos de negociación	1,61	1,47	***

*** p<0,001; ** p<0,01; * p<,05; ns=no significativo.

Fuente: elaboración propia.

En las barreras a la conciliación existen diferencias significativas en 4 ítems de los 5 que integran la dimensión (tabla 5). En este caso, las puntuaciones de las mujeres son significativamente superiores a las de los hombres. Las medias de las mujeres oscilan entre 3,26 y 4,88, mientras que las medias de los hombres son prácticamente 1 punto más bajas y oscilan entre 2,98 y 3,88. Por tanto, los hombres están más en desacuerdo que las mujeres en relación con la existencia de barreras de conciliación en la propia empresa. Ello reflejaría, sin duda, que las mujeres encuentran en su día a día muchas más dificultades para conciliar la vida laboral y familiar que los hombres y, además, que esas dificultades son percibidas como más problemáticas para lograr la igualdad por parte de las mujeres.

Tabla 5. Diferencias entre mujeres (M) y hombres (H) en conciliación

	H N=708	M N=579	Sig.
Conciliación vida laboral y personal-familiar	3,3	3,92	***
El horario laboral y la organización del trabajo dificultan la dedicación de las mujeres	2,98	3,41	**



	H N=708	M N=579	Sig.
▶			
Las mujeres anteponen sus responsabilidades familiares a las laborales	3,18	3,26	ns
Se considera que la conciliación afecta más a las mujeres que a los hombres	3,84	4,88	***
La maternidad interrumpe y retrasa las oportunidades de promoción de las mujeres	3,88	4,36	***
Las responsabilidades familiares de las mujeres dificultan su dedicación y progresión laboral	3,32	3,77	***

*** p<0,001; ** p<0,01; * p<,05; ns=no significativo.

Fuente: elaboración propia.

En la dimensión redes masculinas también aparecen diferencias significativas en todos los ítems que la forman (tabla 6). Sin embargo, son las empleadas las que obtienen puntuaciones significativamente más altas que los empleados. Además, en esta dimensión, las puntuaciones medias son más altas que en las dimensiones anteriores y las diferencias entre hombres y mujeres son de más de 1 punto en casi todos los ítems. Por ejemplo, la puntuación media de las empleadas en el ítem «las mujeres tienen menor acceso que los hombres a los grupos de poder» es de 4,59, mientras que para los empleados es de 3,43. Y en «los directivos prefieren trabajar con otros hombres», la puntuación de las mujeres es 4,15 y de los hombres es 2,7, siendo la diferencia entre los dos sexos de 1,45 puntos. Por tanto, las diferencias entre empleadas y empleados en esta dimensión son destacables.

Tabla 6. Diferencias entre mujeres (M) y hombres (H) en acceso a redes masculinas

	H N=708	M N=579	Sig.
Acceso a redes masculinas	3,04	4,08	***
Las mujeres tienen menor acceso que los hombres a los grupos de poder	3,43	4,59	***
Las mujeres se mueven en grupos con menor acceso a información importante	2,25	3,19	***



	H N=708	M N=579	Sig.
▶			
Los directivos prefieren trabajar con otros hombres	2,7	4,15	***
Las redes o grupos de poder están formadas por hombres	4,08	5,09	***
No existen modelos de mujeres directivas que otras mujeres puedan seguir	2,75	3,39	***

*** p<0,001; ** p<0,01; * p<,05; ns=no significativo.

Fuente: elaboración propia.

En la dimensión sobre evaluación diferenciada existen diferencias significativas entre mujeres y hombres en todos los ítems que forman esta dimensión y en todos ellos las puntuaciones de las mujeres son más altas (tabla 7). Las puntuaciones de los hombres oscilan entre 2,16 y 2,41, mientras que las de las mujeres lo hacen entre 3,99 y 4,64. Es importante destacar que la puntuación más alta aparece en el ítem «las mujeres tienen que demostrar su capacidad más que los hombres», siendo la puntuación de las empleadas de 4,64 y la de los empleados de 2,41. Si bien esta dimensión de las barreras parecía poco presente cuando se analizan los datos a nivel global, la situación es bastante diferente cuando se contrastan los resultados de las empleadas con los de sus compañeros. Para ellos, esta barrera no parece existir, mientras que para ellas las puntuaciones están claramente por encima del punto medio de la escala en diversos ítems, lo que significa que esta dimensión sí es percibida por las mujeres como una barrera muy presente.

Tabla 7. Diferencias entre mujeres (M) y hombres (H) en evaluación diferenciada

	H N=708	M N=579	Sig.
Evaluación diferenciada	2,25	4,27	***
A las mujeres se les exige más que a los hombres	2,16	3,99	***
A las mujeres se las evalúa con mayor exigencia que a los hombres	2,17	4,11	***
Las mujeres tienen que demostrar su capacidad más que los hombres	2,41	4,64	***



	H N=708	M N=579	Sig.
▶			
A las mujeres se les valoran su trabajo y sus logros en menor medida que a los hombres	2,35	4,32	***

*** p<0,001; ** p<0,01; * p<,05; ns=no significativo.

Fuente: elaboración propia.

En la dimensión sobre prácticas de recursos humanos también existen diferencias significativas entre mujeres y hombres en los 4 ítems que forman esta dimensión y en todos ellos las puntuaciones de las mujeres son más altas (tabla 8). Las puntuaciones de los hombres oscilan entre 1,46 y 1,98, mientras que las de las mujeres lo hacen entre 2,09 y 3,29. Es importante destacar que en 3 de los 4 ítems las diferencias entre las puntuaciones medias de las mujeres y de los hombres son de más de 1 punto, llegando a ser de 1,31 en el ítem «las mujeres tienen más dificultades que los hombres para incorporarse a la organización».

Tabla 8. Diferencias entre mujeres (M) y hombres (H) en prácticas de recursos humanos

	H N=708	M N=579	Sig.
Prácticas de recursos humanos	1,78	2,84	***
Las mujeres reciben menos formación en la empresa que los hombres	1,46	2,09	***
La evaluación del desempeño tiene en cuenta aspectos que benefician a los hombres frente a las mujeres	1,79	2,85	***
Las mujeres tienen más dificultades que los hombres para incorporarse a la organización	1,98	3,29	***
Las mujeres cobran menos que los hombres	1,96	3,12	***

*** p<0,001; ** p<0,01; * p<,05; ns=no significativo.

Fuente: elaboración propia.

Por último, en las barreras de la cultura organizacional, cuya dimensión es la que tiene la puntuación media global más alta sin diferenciar entre mujeres y hombres, si tenemos en cuenta las diferencias en función del sexo, aparecen diferencias significativas en 2 de los

3 ítems que la componen (tabla 9). Concretamente, en «la cultura de la empresa favorece aspectos como la autoridad y el control», las mujeres tienen una puntuación de 4,14, mientras que la puntuación de los hombres es algo más baja (3,81). En el ítem «la cultura de la empresa no favorece aspectos como el apoyo mutuo, la colaboración o la empatía», la puntuación de las mujeres es 3,62 y la puntuación de los hombres es 3,16. En esta dimensión, las diferencias entre ambos grupos son menos relevantes.

Tabla 9. Diferencias entre mujeres (M) y hombres (H) en cultura organizacional

	H N = 708	M N = 579	Sig.
Cultura organizacional	3,96	4,26	***
La cultura de la empresa favorece aspectos como la autoridad y el control	3,81	4,14	***
La cultura de la empresa favorece aspectos como la competitividad	4,84	5,01	ns
La cultura de la empresa no favorece aspectos como el apoyo mutuo, la colaboración o la empatía	3,16	3,62	***

*** $p < 0,001$; ** $p < 0,01$; * $p < 0,05$; ns = no significativo.

Fuente: elaboración propia.

En síntesis, las empleadas y empleados muestran sensibles diferencias en su percepción de las barreras para la igualdad. En 2 de esas dimensiones (barreras internas y estereotipos de género), las puntuaciones de las empleadas son menores, indicando que consideran que esas 2 dimensiones son aún menos relevantes como barreras a la igualdad de lo que lo hacen los hombres, que también tienen una baja percepción de las mismas. En las otras 5 dimensiones, sin embargo, son las mujeres quienes perciben estas barreras en mayor medida. Respecto a las barreras de la cultura organizacional, las diferencias no son muy elevadas, pero las puntuaciones de ambos grupos se mueven en torno al punto medio de la escala. En las barreras a la conciliación y las relacionadas con las redes masculinas de influencia, las diferencias son más marcadas entre ambos grupos, de manera que los hombres se sitúan por debajo del punto medio de la escala y las mujeres por encima en algunos casos. Respecto a las barreras relacionadas con las prácticas de recursos humanos, también hay diferencias muy marcadas entre hombres y mujeres, pero, en ambos casos, las puntuaciones se sitúan por lo general por debajo del punto medio de la escala, indicando, por tanto, una presencia no muy destacada de estas barreras. Y, por último, las barreras relativas a la evaluación diferenciada entre mujeres y hombres, donde las diferencias entre la opinión de los dos grupos es la más alta, estando la puntuación de los hombres claramente por debajo del punto medio de la escala y la de las mujeres por encima.

3.3. Barreras consideradas más importantes para la igualdad de oportunidades

Además de conocer las barreras percibidas en mayor medida por el personal de esta empresa respecto a la igualdad de oportunidades, resulta de interés valorar qué elementos son considerados más importantes. Conocer con detalle aquellos aspectos que constituyen las barreras que tienen un mayor impacto para obstaculizar la igualdad puede permitir desarrollar medidas e iniciativas destinadas especialmente a prevenir y combatir aquellos aspectos que resultan más relevantes, aunque no necesariamente sean los que resultan más frecuentes o los que son percibidos por un mayor número de personas.

La información procedente de la escala formada por las 10 situaciones que pueden dificultar la igualdad de oportunidades fue analizada de dos maneras complementarias. Por una parte, se tienen en cuenta los porcentajes con los que cada una de esas 10 razones fue escogida como más importante, en primer lugar, en segundo lugar y en tercer lugar. Además, se ofrece el porcentaje de personas encuestadas que escogió cada aspecto en cualquiera de las 3 posiciones más importantes, que se corresponde con la suma de los 3 anteriores. Por otra parte, para poder comparar los resultados entre mujeres y hombres, se transformó esta información en una puntuación directa que ponderase el grado de importancia de cada aspecto. Así, se valoró con 3 puntos el aspecto que cada persona eligió como el más importante, con 2 puntos el segundo, con 1 punto el tercero, y con 0 puntos el resto, lo que permitió calcular promedios y contrastar la existencia de diferencias de medias entre los diferentes grupos. Los resultados se ofrecen en la tabla 10, ordenados a partir del porcentaje total de elecciones, sin distinguir entre las 3 primeras posiciones, que se corresponde también con el promedio de valoración de su importancia.

Tabla 10. Percepción de la importancia de las barreras para la igualdad en la empresa

Barreras	Media	% Más importante				H N=693	M N=573	Sig.
		1.º	2.º	3.º	1.º-3.º			
Los horarios, las demandas laborales y la organización del trabajo dificultan la conciliación de la vida laboral y familiar	1,44	10,8	25,3	26,7	62,8	0,05	0,03	ns
La dedicación de las mujeres a las responsabilidades familiares dificulta su promoción laboral	1,43	9,7	21,1	29,6	60,4	0,14	0,1	ns



Barreras	Media	% Más importante				H N=693	M N=573	Sig.
		1.º	2.º	3.º	1.º-3.º			
Las mujeres tienen que demostrar más capacidades y esfuerzo que los hombres para poder promocionar	0,87	19	9,7	15,7	44,4	0,19	0,07	***
Las mujeres tienen dificultades para acceder a los grupos de poder e influencia	0,75	16,2	13,3	10,2	39,7	1,58	1,24	***
Las mujeres no logran el apoyo y orientación de personas con responsabilidades directivas y no disponen de modelos directivos a seguir	0,44	12,2	8,2	4,8	25,2	0,72	0,78	ns
Los puestos directivos requieren características y habilidades que se atribuyen más a los hombres que a las mujeres	0,34	9,8	6,7	3,2	19,7	0,4	0,49	*
Las políticas de recursos humanos dificultan la promoción de las mujeres	0,24	5,8	5,1	2,6	13,5	1,61	1,24	***
Las mujeres no tienen suficiente confianza en sí mismas y en sus capacidades	0,14	4,2	2,1	1,9	8,2	0,29	0,4	*
Las mujeres no tienen la ambición profesional necesaria o no son suficientemente competitivas	0,12	2,87	1,94	1,79	6,6	0,19	0,3	***
Las mujeres no tienen suficiente experiencia profesional o cualificación	0,04	0,63	0,47	0,87	1,97	0,57	1,23	***

*** p<0,001; ** p<0,01; * p<,05; ns=no significativo. 15 hombres y 6 mujeres no contestaron esta pregunta.

Fuente: elaboración propia.

Como puede apreciarse, las barreras que se consideran más importantes para la igualdad tienen que ver con aspectos de la conciliación entre la vida laboral y familiar. Así, el 62,8% del personal encuestado indica que «los horarios, las demandas laborales y la organización del trabajo dificultan la conciliación de la vida laboral y familiar»; es uno de los 3 aspectos más relevantes, seguido muy de cerca por «la dedicación de las mujeres a las

responsabilidades familiares dificulta su promoción laboral», con un 60,4 %. A cierta distancia le siguen 3 aspectos que tienen que ver con la evaluación diferenciada entre mujeres y hombres, el acceso a redes masculinas y la ausencia de modelos a seguir. En estos 3 elementos, el porcentaje de encuestados y encuestadas que los eligen como la barrera más importante supera a los 2 aspectos anteriores, pero en el conjunto de las 3 barreras más importantes queda por detrás de ellos. Se trata de los ítems «las mujeres tienen que demostrar más capacidades y esfuerzo que los hombres para poder promocionar», con un 44,4 % de personas que eligen esta barrera en los 3 primeros lugares, «las mujeres tienen dificultades para acceder a los grupos de poder e influencia», con el 39,7 % de elecciones, y «las mujeres no logran el apoyo y orientación de personas con responsabilidades directivas y no disponen de modelos directivos a seguir», con el 25,2 % de elecciones. El resto de aspectos son considerados como los más relevantes por una reducida proporción de la muestra.

Al igual que en el epígrafe anterior, resulta de interés saber si estas puntuaciones globales presentan diferencias en función del sexo del personal. Como podemos observar en la tabla 10, tanto las mujeres como los hombres coinciden en los 4 aspectos considerados más importantes, si bien el orden en que aparecen es distinto. Las mujeres consideran como factor más relevante la dedicación a la familia y la dificultad derivada para la promoción, seguida, en segundo lugar, de las dificultades de conciliación por los horarios y las tareas, en tercero, la necesidad de demostrar más esfuerzo y capacidad que los hombres y, en cuarto lugar, la dificultad de acceder a redes de poder. Por el contrario, entre los hombres, los horarios de trabajo y las tareas son el aspecto considerado más relevante, seguido por la dedicación a las responsabilidades familiares, la dificultad de las mujeres para acceder a las redes de poder y el hecho de que las mujeres tengan que demostrar más esfuerzo y capacidad. No obstante, a pesar de su diferente orden, en 3 de estos 4 aspectos muestran diferencias estadísticamente significativas en la valoración de su importancia entre hombres y mujeres. En la dedicación a las responsabilidades familiares y las dificultades de conciliación por los horarios y las tareas, los hombres conceden más relevancia que las mujeres. En la necesidad de las mujeres de demostrar más esfuerzo y capacidad que los hombres, son las mujeres quienes lo consideran más importante de lo que lo hacen sus compañeros. Además de estos 2 factores, aparecen diferencias en otras 4 barreras: la falta de confianza de las mujeres en sí mismas (al que los hombres dan más importancia), así como la falta de apoyo de los directivos, las características de los puestos directivos y las políticas de recursos humanos, donde las mujeres muestran puntuaciones superiores a las de los hombres.

3.4. Utilidad percibida de las medidas y políticas para la igualdad de oportunidades

Si bien es importante analizar la percepción de barreras de género para el personal de una empresa, también es importante conocer en qué medida consideran que las diversas medidas planteadas por las empresas para conseguir la plena igualdad de oportunidades son útiles o no. En primer lugar, vamos a analizar de forma general cómo se ha valorado el grado de utilidad de las 20 medidas planteadas. Como se muestra en la tabla 11, las

3 dimensiones en las que se agrupan estas medidas presentan una gran utilidad para el personal encuestado, siempre por encima del punto medio de la escala. Las políticas de conciliación (5,76) se consideran de mucha utilidad por las encuestadas y encuestados, seguidas por las medidas generales para la igualdad (5,51 entre bastante y mucha utilidad), mientras que las prácticas de recursos humanos (4,65) son las que tienen la puntuación media más baja, consideradas con bastante utilidad.

Tabla 11. Utilidad percibida de las medidas y políticas de igualdad de oportunidades

	Media	DT
Medidas generales en igualdad	5,51	1,2
Medidas en prácticas de recursos humanos	4,65	1,44
Medidas en prácticas de conciliación	5,76	1,23

Fuente: elaboración propia.

Estos resultados son interesantes por cuanto parece que el personal encuestado señala como menos útiles aquellas medidas que tratan directamente de incentivar la promoción de las mujeres. Por el contrario, son las medidas más específicas, que tienen que ver con la conciliación laboral y familiar, las que se consideran más útiles, lo que está sugiriendo que las principales dificultades que tienen las mujeres para acceder a puestos de responsabilidad tienen que ver con las dificultades para conciliar el trabajo con el ámbito extralaboral.

3.5. Diferencias entre mujeres y hombres en la utilidad percibida de las medidas y políticas para la igualdad

Cuando comparamos la utilidad percibida por las mujeres y por los hombres de las diferentes medidas para la igualdad consideradas (tabla 12), podemos observar que las mujeres consideran que todas las políticas son significativamente más útiles que los hombres. Parece lógico que las mujeres, en mayor grado que los hombres, consideren que las medidas, y concretamente las medidas de conciliación, sean útiles para cambiar la situación de desigualdad laboral que les afecta. El mayor contraste se produce al valorar la utilidad de las prácticas de recursos humanos, que entre las mujeres presenta bastante utilidad (5,07), mientras que entre los hombres esta puntuación supera por poco el punto medio de la escala (4,31). Esta diferencia podría ser debida, en parte, a que los empleados hombres puedan considerar que dichas medidas pueden resultarles desfavorables personalmente, si bien cabe señalar que las diferencias entre ambos sexos se manifiestan también en aquellas medidas que tienen por destinatarios al conjunto del personal independientemente de su sexo (por ejemplo, las medidas de conciliación o la protección ante situaciones de acoso o discriminación).

Sin embargo, cuando analizamos las diferencias entre sexos en cada una de las medidas consideradas aparecen algunos datos destacables. Las 4 medidas sobre políticas de conciliación muestran diferencias significativas entre la percepción de utilidad que les conceden las mujeres y los hombres, pero esas diferencias tienen una magnitud menor a las 3 décimas. Por otro lado, solo aparecen diferencias en 5 de las 10 medidas generales para la igualdad, y en esos ítems las diferencias entre ambos sexos se sitúan alrededor de las 3 o 4 décimas (acciones básicas de formación sobre la igualdad, acciones específicas de formación sobre prácticas de recursos humanos equitativas, los estudios sobre barreras para la promoción, la política retributiva equitativa y la promoción de la corresponsabilidad en las responsabilidades familiares). En cambio, las 6 medidas relacionadas con las prácticas de recursos humanos presentan las diferencias más amplias entre mujeres y hombres, llegando en algunos casos a superar 1 punto de diferencia (discriminación positiva para la promoción o establecimiento de cuotas para la promoción de mujeres). Estos datos reflejan que, aunque las mujeres valoran con mayor utilidad que los hombres la mayoría de las medidas para la igualdad de oportunidades, estas diferencias son especialmente importantes en lo referente a las prácticas de recursos humanos que tratan de promocionar a las mujeres, sobre todo, las prácticas de discriminación positiva, en las que las mujeres puntúan en torno a 5 y los hombres por debajo de 4.

Tabla 12. Utilidad percibida de las medidas y políticas de igualdad de oportunidades: diferencias entre mujeres y hombres

	H N=708	M N=579	Sig.
Medidas generales en igualdad	5,44	5,6	*
Un plan de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres	5,38	5,5	ns
Campañas informativas para sensibilizar al personal sobre la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres	5,21	5,19	ns
Acciones básicas de formación sobre igualdad de oportunidades	4,73	5,02	**
Acciones específicas de formación sobre políticas igualitarias de recursos humanos (formación, promoción, etc.)	4,85	5,24	***
Estudios y análisis sobre las barreras que dificultan la promoción de las mujeres	5,25	5,61	***
Una política de retribuciones equitativa para mujeres y hombres	5,93	6,28	***



	H N=708	M N=579	Sig.
▶			
Desarrollo y difusión de protocolos de prevención y actuación contra el acoso sexual	5,86	5,81	ns
Desarrollo y difusión de protocolos de prevención y actuación contra el acoso laboral	5,85	5,84	ns
Desarrollo y difusión de protocolos contra la discriminación por razón de sexo	5,72	5,83	ns
Promoción de la corresponsabilidad en las tareas y responsabilidades familiares entre hombres y mujeres	5,6	5,8	**
Medidas en prácticas de recursos humanos	4,31	5,07	***
Establecer cuotas para mujeres en los diferentes niveles directivos y de representación	3,89	5,15	*
Una guía para la utilización de un lenguaje que incluya a mujeres y hombres	4,16	4,47	***
Puesta en marcha de una oficina, departamento o unidad de igualdad de oportunidades	4,42	5,04	***
Favorecer la contratación indefinida de las empleadas	4,77	5,38	***
Medidas de discriminación positiva en la promoción de las mujeres	3,86	4,82	***
Formación específica en habilidades de liderazgo y cualificación directiva para mujeres	4,71	5,53	***
Medidas en prácticas de conciliación	5,66	5,88	***
Reducciones horarias de la jornada	5,02	5,32	**
Permisos de maternidad, paternidad, lactancia, etc.	5,89	6,06	**
Medidas de flexibilización horaria	5,94	6,1	***
Otras medidas de conciliación (videoconferencias, no fijar reuniones por la tarde, etc.)	5,79	6,06	***

*** p<0,001; ** p<0,01; * p<,05; ns=no significativo.

Fuente: elaboración propia.

Como puede observarse, las principales diferencias en cuanto a la utilidad de las medidas para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres se centran en las prácticas de recursos humanos, que son las que presentaban una valoración general menos elevada. Se comprueba así que dicha valoración general se debe a unas puntuaciones más bajas por parte del personal masculino. Por el contrario, en las políticas valoradas en conjunto como más útiles, las políticas de conciliación, las diferencias entre empleadas y empleados son muy reducidas, aunque estadísticamente significativas.

4. Discusión y conclusiones

Los resultados de este trabajo pretenden, por un lado, recoger información relativa a la percepción que el personal de una empresa concreta tiene sobre la existencia de barreras en su propia organización para lograr la plena igualdad entre mujeres y hombres, que puede ilustrar lo que ocurre en otras empresas, y, por otro lado, conocer la utilidad atribuida a las medidas que integran el plan de igualdad de la empresa.

En relación con la percepción de barreras para la igualdad de oportunidades, la plantilla no percibe un alto grado de acuerdo con que estas medidas estén presentes en la empresa. Sin embargo, en esta variable es muy interesante analizar las diferencias entre las distintas categorías de barreras, así como las diferencias entre mujeres y hombres en estas percepciones.

Las barreras relativas a los estereotipos de género y a las características personales de las mujeres acuñadas como barreras internas son las que tienen puntuaciones más bajas, lo que implica que se considera que están menos presentes en su organización laboral. Al evaluar si existen creencias estereotipadas de género en su organización es lógico que estén en desacuerdo o las nieguen con rotundidad, ya que los estereotipos no son necesarios al hacer referencia a sus compañeras, personas cercanas y conocidas, con características individuales que no tienen por qué responder al estereotipo. Las creencias estereotipadas se desdibujan en la medida en que no hablamos de personas pertenecientes a un grupo en genérico, sino de personas concretas. En cuanto a la existencia de barreras internas, tampoco tienen un peso importante y, por tanto, no se considera que existan. Es un hecho objetivo que las mujeres hoy en día alcanzan las cotas más altas en formación, superando en muchos casos a los hombres. También es un hecho la incorporación generalizada al mundo laboral, por tanto, las barreras tradicionales que consideraban que las mujeres no tenían las capacidades necesarias no se sostienen en el ámbito laboral en general. En relación con estas 2 variables, encontramos que las respuestas de hombres y mujeres son diferentes. Si bien la percepción de barreras es baja para ambos sexos, las mujeres las niegan en mayor medida que los hombres.

Si analizamos las barreras relativas a la evaluación diferenciada y a las prácticas de recursos humanos, el grado de desacuerdo de existencia de estos obstáculos es mayor. En algunos casos se contesta rotundamente que no se perciben estas barreras, mientras que

en otros casos la respuesta indica que en algún grado o algunas personas sí consideran que existe esta barrera. Las respuestas a la presencia de barreras relativas a las redes masculinas, a la conciliación y a la cultura organizacional son algo más altas, reflejando de nuevo que no se niega la existencia de las mismas con la misma rotundidad que en las barreras anteriores. Probablemente, la implicación de la organización con las políticas de igualdad de oportunidades lleva a pensar que no existen barreras de forma generalizada, pero sí que pueden encontrarse en algunas áreas como salarios, atribución de la conciliación a las mujeres o que las redes importantes están constituidas por hombres.

La percepción de las mujeres en relación con estas 5 barreras refleja que consideran su existencia en mayor medida que los hombres. Es decir, para los hombres estas barreras están menos presentes que para las mujeres, justamente lo contrario que pasaba con las otras 2 categorías de barreras (barreras internas y estereotipos de género). Lo que tiene que ver con características personales internas de las mujeres es más visible para los hombres, mientras que las mujeres destacan en mayor medida barreras externas que no dependen de ellas mismas. Entre mujeres y hombres, las diferencias más grandes tienen que ver con la existencia de redes masculinas, evaluación diferenciada y prácticas de recursos humanos. Las mujeres dan mayor importancia a estas barreras, mientras que los hombres les dan menor importancia. Probablemente, el reconocimiento por parte de los hombres de estas barreras supondría reconocer que son agentes activos de esta situación de desigualdad.

En definitiva, la apreciación media del conjunto de la plantilla es que las barreras están poco presentes en su organización, que es una entidad implicada en la promoción de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres que está revisando su II Plan de Igualdad. Sin embargo, a pesar de su sensibilización en la desigualdad de género, dependiendo del contenido de las barreras o de las características de las personas, la percepción y valoración de las mismas es diferente. En este sentido, son las mujeres las que reconocen en mayor medida que siguen existiendo ciertos obstáculos, destacando principalmente los referidos a la cultura de la empresa, la evaluación diferenciada entre mujeres y hombres, y la dificultad de las mujeres para acceder a las redes de poder e influencia.

Por otro lado, en relación con la utilidad de las medidas de igualdad, la plantilla en su conjunto considera que las medidas planteadas son de gran utilidad para lograr una mayor igualdad entre mujeres y hombres, aunque también aparecen diferencias en el grado de utilidad asociado a cada una de las medidas planteadas. Son las políticas de conciliación las que se perciben de mayor utilidad (a pesar de que estas barreras en esta organización no sean las que están más presentes, probablemente por las medidas implantadas por la empresa), seguidas de las medidas generales de igualdad y, por último, las prácticas de recursos humanos. Es decir, las acciones que inciden en una problemática muy visible como es la conciliación y, por tanto, tienen una aplicación directa resolviendo un problema particular, pero que puede afectar de forma generalizada a todas las personas en algún momento de su vida, son percibidas por la plantilla como las de mayor utilidad. También destaca en el grado de utilidad atribuida la medida referente a la política de retribución, que no se incluye

en las de conciliación. Las políticas que han obtenido puntuaciones menores y que se pueden considerar, por tanto, como menos útiles son las medidas de discriminación positiva, la elaboración de una guía de lenguaje inclusivo y el establecimiento de cuotas. La discriminación positiva y el establecimiento de cuotas son acciones que normalmente generan cierta polémica, habiendo defensores y detractores. En este caso, es importante analizar cómo han respondido a estas medidas los hombres y las mujeres.

Son las mujeres las que consideran que las medidas de igualdad de oportunidades tienen una mayor utilidad en comparación con los hombres. Con relación a las barreras para la promoción a puestos directivos, son las mujeres las que están más afectadas, percibiendo en mayor medida que limitan su acceso a puestos de responsabilidad, dificultan su promoción a los niveles superiores o lo hacen en condiciones de desigualdad. Esta es la razón por la que perciben una mayor necesidad de intervenir y que se propongan acciones para modificar esta situación. Sin embargo, el hecho de que las respuestas de los hombres sean más bajas con respecto a la utilidad puede estar sugiriendo que no son necesarias, porque la situación de discriminación no la perciben del mismo modo, no creen que se produzca realmente o, al menos, no existe explícitamente en su entorno más próximo. Además, hay algunas medidas que pueden interpretar como perjudiciales en su desarrollo de carrera. Estas medidas, en este caso, son las que muestran las diferencias más importantes entre hombres y mujeres. Así, en el establecimiento de cuotas, las medidas de discriminación positiva y la formación específica en habilidades de liderazgo para mujeres es donde aparecen las diferencias más importantes entre los dos sexos. Es decir, a nivel general son las medidas que se consideran menos útiles, pero es debido a la baja utilidad percibida por los hombres. Estas medidas son vistas como perjudiciales para los hombres, pues inciden directamente en la promoción de mujeres, lo que puede ralentizar la promoción de los hombres. Estas medidas pueden generar polémica, pero garantizan que las mujeres accedan a puestos directivos y han de considerarse como medidas temporales. De cualquier manera, hay que poner en valor la percepción de las mujeres, que consideran que esta medida tiene gran utilidad, aunque por debajo de las medidas de conciliación. Por otra parte, los resultados muestran que tanto hombres como mujeres atribuyen el mayor grado de utilidad a las medidas de conciliación, siendo las diferencias entre ellos las menores en términos absolutos.

Los resultados de este análisis descriptivo sobre la percepción que el personal de una empresa concreta tiene sobre la existencia de barreras en su propia organización para lograr la plena igualdad entre mujeres y hombres y sobre la utilidad atribuida a las medidas que integran el plan de igualdad de la empresa arrojan mucha información interesante a nivel general. Pero, además de esta valiosa información, al mismo tiempo, también aportan una información detallada al analizar los ítems de forma individual y tener en cuenta las diferencias en función del sexo que puede ilustrar lo que ocurre en otras empresas. Este análisis, general y específico, como no puede ser de otra manera, contribuye a establecer las líneas principales que se deben tener en cuenta para mejorar el Plan de Igualdad de Oportunidades, tanto en esta organización en concreto, como servir de punto de partida para otras organizaciones.

En este sentido, consideramos que es fundamental analizar con detalle las necesidades particulares de la plantilla en función de las variables sociolaborales con el objetivo de poder identificar perfiles similares. Una vez definidos diferentes perfiles, se deberían plantear paquetes de medidas correspondientes para cada uno de ellos y no paquetes generales iguales para todas las personas. Por otro lado, es muy importante establecer programas de mentorización concretos para favorecer la promoción de mujeres a puestos de responsabilidad, así como promover la creación de redes femeninas a corto plazo para poder realizar redes mixtas a medio-largo plazo. En cuanto a la conciliación, que se configura como una de las grandes barreras para la igualdad, es importante mantener las políticas existentes junto a implantar nuevas formas de flexibilización del horario y organización de los tiempos de trabajo. Por último, es fundamental realizar campañas de sensibilización y difusión del plan de igualdad implantado en la empresa, y no considerar que todo el mundo lo interioriza solamente por su mera existencia.

En definitiva, si bien el análisis de los datos da respuesta a muchas preguntas, también plantea nuevos interrogantes y abre nuevas perspectivas a considerar. De cualquier manera, la evaluación de estos resultados contribuye al mejor desarrollo del plan de igualdad en una empresa en concreto, a cubrir los vacíos que haya podido dejar y a la propuesta de nuevas medidas y acciones de mejora para resolver la situación de desigualdad de las mujeres en esta organización específica.

Referencias bibliográficas

- Aceña Moreno, A. y Villanueva Flores, M. (2018). La discriminación de género en el acceso a puestos directivos. *Revista de la Agrupación Joven Iberoamericana de Contabilidad y Administración de Empresas*, 18, 87-100.
- Cano Joaquín, C. (2016). Los efectos de la ley de igualdad en la situación laboral de las mujeres en España. *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, 68, 149-172.
- Castaño, C., Martín, J., Vázquez, S. y Martínez, J. L. (2010). Female executives and the glass ceiling in Spain. *International Labour Review*, 149(3), 343-360.
- Catalyst. (2002). *Women in leadership: A european business imperative*. Nueva York: Catalyst.
- Cook, A. y Glass, C. (2014). Women and top leadership positions: Towards an institutional analysis. *Gender, Work and Organization*, 21(1), 91-103. doi: <[10.1111/gwao.12018](https://doi.org/10.1111/gwao.12018)>.
- EIGE. (2015). Gender Equality in Power and Decision-Making. Recuperado de <<https://eige.europa.eu/sites/default/files/documents/mh0215090enn.pdf>>.
- EIGE. (2019). Largest listed companies: CEOs, executives and non-executives. Recuperado de <https://eige.europa.eu/gender-statistics/dgs/indicator/wmidm_bus_bus_wmid_comp_compex>.
- Eurostat. (2018). Gender pay gap statistics. Recuperado de <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Gender_pay_gap_statistics>.



Glass, C. y Cook, A. (2016). Leading at the top: Understanding women's challenges above the glass ceiling. *The Leadership Quarterly*, 27, 51-63.

Ramos, A., Latorre, F. y Ramos, J. (2018). Validación de la escala sobre barreras para la igualdad de género en contextos organizacionales. *VIII Congreso Internacional de*

Investigación e Intervención en Recursos Humanos: Salud Ocupacional, Tecnología y Gestión del Talento (17-18 de mayo). Elche.

Rodríguez González, S. (2018). Brechas de género en el mercado laboral: una mirada crítica ante el horizonte 2030. *Revista Atlántida*, 9, 69-89. doi: <[10.25145/j.atlantid.2018.09.004](https://doi.org/10.25145/j.atlantid.2018.09.004)>.

Normas de publicación

La *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF (RTSS. CEF)*, editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 1138-9532 (en versión impresa) e ISSN-e 2531-212X (en versión electrónica), es una publicación dirigida a los estudiosos y profesionales de las materias conectadas con el área social del derecho que pretende ser un medio al servicio de aquellos que, a través de sus trabajos de investigación y opinión, desean ofrecer al lector su aportación doctrinal sobre temas controvertidos y de interés.

La *RTSS. CEF* tiene una periodicidad mensual e incluye tanto estudios de naturaleza académica como artículos que analizan las disposiciones normativas y resoluciones judiciales de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: trabajo, seguridad social y recursos humanos. Asimismo, destina un espacio al análisis de cuestiones de controvertida aplicación práctica.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web <www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>, vehículo de divulgación y a su vez instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que, por las limitaciones propias del soporte papel, verían dificultada su publicación.

Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos 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 del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: ED (estudios doctrinales), ARRL (análisis de actualidad de las relaciones laborales), DJ (diálogos con la jurisprudencia), FD (foro de debate), RRHH (estudios doctrinales específicos de esta área) 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 (excepto los dirigidos a la sección «Diálogos con la jurisprudencia») han de estar encabezados por:
 - Título en español e inglés.
 - Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
 - Extracto de no más de 20 líneas, en español e inglés.
 - Sumario (comenzando en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafos secuenciados (dos dígitos: 1.1., 1.2., ...; tres dígitos: 1.1.1., 1.1.2., ...).
3. La extensión de los artículos (incluyendo título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:
 - Estudios doctrinales: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
 - Análisis de actualidad de las relaciones laborales: máximo 25 páginas.
 - Diálogos con la jurisprudencia: mínimo 3 y máximo 7 páginas.
 - Foro de debate: máximo 10 páginas.
 - Casos prácticos: máximo 25 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo el apellido del autor, 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 el apellido del autor, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citaciones.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando al autor solo por el apellido, 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 (6.^a ed.). *Vid.* ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>>.

7. Los criterios de edición que deben seguir los autores se encuentran 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 por el/los autor/es o su rechazo. En cualquiera de los casos, la decisión adoptada será comunicada al/a los autor/es.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, 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 los autores 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 principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le 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 al autor.

CEF.- Oposiciones

Desde 1977 gran parte de los funcionarios que en la actualidad ocupan los cargos de mayor responsabilidad en España han pasado por nuestras aulas, tanto presenciales como virtuales. Todos ellos han cumplido su objetivo de **aprobar la oposición con el #MétodoCEF.-** ¡Tú también puedes ser uno de ellos!

Sobre el #MétodoCEF.-

1. Presencial, telepresencial y online

Elige entre preparar tu oposición en nuestros centros, seguir las clases en streaming y en directo o la preparación online

2. Temarios

De elaboración propia y actualizados

3. Equipo preparador

Todos nuestros preparadores han sido opositores

4. Adaptado

Metodología adaptada a cada tipo de ejercicio

Preparamos oposiciones a

Administración General
Administración Local
Banco de España
Comunidades Autónomas
Cuerpos de Informática

Empleo y Seguridad Social
Ministerio de Hacienda
Ministerio de Justicia
Ministerio del Interior
Unión Europea

INICIO
Preparación
en octubre
de 2020

Tu currículum no dice que

TE SACASTE EL GRADO MIENTRAS CUIDABAS A TU HIJO.

En la UDIMA reconocemos tu esfuerzo. Por eso te ofrecemos una metodología online que encaja con tu ritmo de vida, sea cual sea.

ERES MÁS DE LO QUE SE VE
udima.es

Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing

Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

MÁSTERES OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Auditoría de Cuentas • Banca y Asesoría Financiera • 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

Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geoestrategia • Sociedad y Relaciones de Poder en el Mundo Premoderno

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADO

(Consultar en www.udima.es)