

# Labos

Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social

Julio 2020  
Volumen 1 - Número 2

<b>Editorial</b>	<b>Derecho del Trabajo y Covid-19: tiempos inciertos</b> Jesús R. Mercader Uguina	4
<b>Artículos doctrinales</b>	<b>La distribución de costes públicos y privados en la crisis del Covid-19</b> <i>The distribution of public and private costs in the Covid-19 crisis</i> Jesús Lahera Forteza	17
	<b>Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio OIT 190</b> <i>An initial approach to the new concepts of violence and harassment at work introduced by the ILO Convention 190</i> María Pons Carmena	30
	<b>A vueltas con la desconexión digital: eficacia y garantías de <i>lege lata</i></b> <i>Again with right to digital disconnection: effectiveness and current guarantees</i> Juan Antonio Altés Tárrega / Sergio Yagüe Blanco	61
<b>Artículos jurisprudenciales</b>	<b>La circunstancia de parentesco en la tutela antidiscriminatoria laboral</b> <i>The circumstance of kinship in anti-discrimination protection</i> Francisca María Ferrando García	89
	<b>La discriminación en el acceso al empleo público por razón de edad y su relación con las medidas positivas: cuestiones procesales y sustantivas a raíz de la STSJ C. Valenciana de 20/12/2018 (rec. 3174/2018)</b> <i>Discrimination in access to public employment on grounds of age and its connection to affirmative action: procedural and substantive issues on the basis of STSJ C. Valenciana 20/12/2018 (rec. 3174/2018)</i> Rafael Moll Noguera	109
<b>Debate</b>	<b>La prostitución: notas para el debate</b> <i>Prostitution: notes for debate</i> Pablo de Lora	129
	<b>De nuevo, sobre trabajo y prostitución</b> <i>Again on work and prostitution</i> Aurelio Desdentado Bonete	135
	<b>¿Tiene el Derecho del Trabajo alguna respuesta ante la prostitución?</b> <i>Does labour law have any responses to prostitution?</i> Carolina Martínez Moreno	148

<b>Mujeres prostituidas y trabajadoras sexuales: ¿es el derecho del trabajo una vía para superar la condición de vulnerabilidad?</b>	160
<i>Prostituted women and sex female workers: is the Labour Law a way to overcome the status of vulnerability?</i>	
Adoración Guamán Hernández	

---

<b>Reseña bibliográfica</b>	<b>Leer en tiempos de COVID-19</b>	173
	José María Goerlich Peset	

**Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social**  
EISSN: 2660-7360 - [www.uc3m.es/labos](http://www.uc3m.es/labos)

**Dirección**

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET  
Universidad de Valencia, España

JESÚS R. MERCADER UGUINA  
Universidad Carlos III de Madrid

ANA MARÍA DE LA PUEBLA PINILLA  
Universidad Autónoma de Madrid, España

**Secretaría de redacción**

PATRICIA NIETO ROJAS

**Comité de redacción**

AMPARO ESTEVE SEGARRA

PABLO GIMENO DIAZ DE ATAURI

LUIS GORDO GONZÁLEZ

**Comité científico**

MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE  
Universidad Complutense de Madrid

ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA  
Universidad Carlos III de Madrid, España

LANCE COMPA  
University of Cornell, USA

JUAN JOSÉ DOLADO  
Universidad Carlos III de Madrid, España

RUTH DUKES  
University of Glasgow, United Kingdom

IGNACIO GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN  
Universidad Nacional de Educación a Distancia, España

ISABEL GUTIÉRREZ CALDERÓN  
Universidad Carlos III de Madrid, España

SALVADOR DEL REY GUANTER  
Universidad Pompeu Fabra, España

TOMÁS SALA FRANCO  
Universidad de Valencia

EVERT VERHULP  
Universidad de Amsterdam, Holanda

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL  
Universidad Autónoma de Madrid

# EDITORIAL

## Derecho del Trabajo y Covid-19: tiempos inciertos

JESÚS R. MERCADER UGUINA\*

*Catedrático de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*

*Universidad Carlos III de Madrid*

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5536>

“Si el fundamento de nuestra certeza es la experiencia,  
debe tratarse obviamente, de la experiencia pasada”  
(L. Wittgenstein, *Sobre la certeza*, §275)

### I. Tiempos inciertos

Las reflexiones que hasta hace unos meses se hacían sobre el desarrollo humano no podían ser más positivas. Se hablaba de una nueva era de las luces, del “Homo deus”, superador de las guerras, del hambre y de las enfermedades. Y, en este nuevo mundo feliz, nos habíamos empezado a preocupar por los efectos que la intensificación de los procesos de robotización y la incorporación de nuevas tecnologías podrían ejercer como fuerza de expulsión de mano de obra y de reducción de la fuerza de trabajo. La única sombra que se cernía sobre nuestra idílica realidad –“No sabíamos que éramos felices”, ha titulado un artículo periodístico– era la del desempleo tecnológico que empezaba a cernirse amenazadora sobre unos mercados de trabajo bastante debilitados como consecuencia de las crisis económicas que se han venido sucediendo y que, a duras penas, empezábamos a superar.

Y ha sido en este momento en el que ha hecho acto de presencia la pandemia de COVID-19 y hemos vuelto de repente nuestra mirada a la naturaleza. La persona ha dejado de ser la medida de todas las cosas. El virus se está transmitiendo a la economía y a la sociedad a una velocidad inusitada, afectando tanto a la actividad productiva como a la demanda y al bienestar de los ciudadanos. Las actuaciones desarrolladas para reducir la pérdida de vidas humanas han conducido a la mayoría de las economías a una paralización de parcelas importantes de la actividad y, por tanto, a una caída profunda de la riqueza económica. La crisis sanitaria global está dando paso a una crisis económica también global que ahonda en la crisis de empleo latente que empezábamos a atisbar. En estos tiempos en los que estamos atravesando la incertidumbre y donde las soluciones a los problemas que se van planteando se adoptan día a día, el marco jurídico ha sido objeto de intensas transformaciones para adaptarse a este nuevo escenario.

De manera brusca nos hemos puesto frente a frente con un problema desconocido que ha transformado nuestro modo de vida y que, de manera, ahora sí, plenamente disruptiva, nos ha

---

\*jesus.mercader@uc3m.es

situado en el inicio de una nueva era. Quizá el ser humano nunca ha sido tan consciente a lo largo de su historia de un tránsito tan radical como éste. Y si la sociedad se transforma, el Derecho social, inevitablemente, también lo hace. Un Derecho social entendido, como recordaba Radbruch, como realidad jurídica no dedicada a “un individuo despojado de su individualidad, de su propia manera de ser, de su condicionamiento social, sino que se basa en el hombre concreto inserto en determinadas condiciones sociales”.

Este Derecho social nacido en la situación de emergencia sanitaria se encuentra lleno de paradojas. En él, parafraseando a Dworkin, hemos visto aparecer un Gobierno y una Administración “Hércules” obligados a asumir de forma plena e integral el papel regulador, aplicador y de control de la normativa excepcional nacida a raíz de la declaración del estado de alarma. Un Derecho sin juegos. Un tiempo, también, en el que se han dado la mano el sector primario y la tecnología más avanzada para dar respuesta a las necesidades de la población. Y es que, no se olvide, el Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario se dirigió a garantizar la disponibilidad de mano de obra para hacer frente a las necesidades de agricultores y ganaderos, mientras que el teletrabajo y las más avanzadas técnicas de control personal y biométrico se han puesto sobre la mesa como instrumentos de conservación del empleo y como garantía de la salud de las personas. Una época en la que, en fin, la idea de flexiseguridad parece haber alcanzado un pleno equilibrio a través, por un lado, del atesoramiento del empleo a través de las suspensiones y reducciones del tiempo de trabajo y, por otro, del desarrollo de políticas públicas que han buscado garantizar rentas suficientes a los empleados y mecanismos de tutela para las empresas que impidan su desaparición en un escenario cuya evolución resulta impredecible. O que, si predecible, nos augura una recuperación larga y con una caída del Producto Interior Bruto (PIB) que este año podría llegar a ser de hasta un 15%, si nos atenemos a los recientes informes del Banco de España o del Fondo Monetario Internacional.

Sobre estas bases conviene detener el paso, alzar la mirada y hacer breve balance de lo sucedido en los últimos meses.

## II. COVID-19: La incertidumbre se instala en el ordenamiento laboral

La crisis sanitaria ha llevado consigo la necesidad de adoptar medidas extraordinarias en el sistema jurídico hasta el punto de operar una auténtica transformación en su interior. La piedra angular de este Derecho excepcional se encuentra en la declaración del estado de alarma. Las medidas introducidas por el RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (en adelante, “RD. 463/2020”), una disposición animada por el propósito de evitar al máximo el contacto o la cercanía interpersonal, ha llevado consigo una red normativa tejida por el Gobierno que ha partido del valor legal de la normativa de declaración del estado de alarma pues, como se ocupó de dejar sentado la STC 83/2016 “aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación se puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma”.

Pero, desde esa cúspide, la declaración del estado de alarma ha llevado consigo una auténtica avalancha normativa derivada de la necesidad de poner en marcha a contrarreloj un marco legal para afrontar la pandemia desde un enfoque multifactorial en el que debían coordinarse criterios

sanitarios, económicos, laborales, sociales y jurídicos. Una transversalidad que ha llevado consigo, en ocasiones, una pluralidad de fuentes de regulación procedente de las también diferentes Administraciones implicadas y que, desde también distintas perspectivas, en la regulación, ha dado lugar a criterios de actuación no siempre coincidentes. ¿Cómo podemos de otro modo leer las relaciones entre la norma laboral que representa el Real Decreto-ley 8/2020 de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (en adelante, “RDL 8/2020”) y la sanitaria 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 (en adelante, “RDL 21/2020”)?

Por ello, si buscamos en el sistema de fuentes del COVID-19 el instrumento normativo más característico, sin duda, éste ha sido el Real Decreto-ley. Lógica consecuencia de la absorción por el ejecutivo del práctico monopolio de la producción normativa. El Decreto-ley ha pasado a convertirse en el instrumento normativo habitual para gestionar la crisis económica, desplazando a la forma jurídica de ley, lo que supone dejar en un discreto segundo plano la actuación parlamentaria. Es el efecto de la llamada “hipostenia legislativa”, que supone esencialmente un desplazamiento del poder desde las instancias legislativas a las gubernativas. Ejemplo de ello es el largo listado de estas disposiciones que se han sucedido a lo largo de los últimos meses. Un camino normativo que se inauguró con el Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública y que alcanza, por el momento, hasta el Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección social del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial (en adelante, “RDL 24/2020”).

Y, junto a ellos, centenares de disposiciones han dado cobertura a esta realidad adoptando formas múltiples y que han ido, de mayor a menor rango jurídico, desde los ya citados Decretos leyes hasta los decretos, incluidos el de alarma y sus prórrogas; las órdenes ministeriales; las resoluciones de ministerios; instrucciones; acuerdos, etc. Una pluralidad cuya correcta aprehensión para el ciudadano medio es prácticamente imposible. A ellos se han unido las disposiciones autonómicas que han ido marcando rumbos propios en distintas materias. Un ejemplo de ello en el espacio social ha venido de la mano, por ejemplo, de la importante cuestión que afecta a tantos miles de trabajadores, cómo fue la relativa a la procedencia o no de incluir a los fijos discontinuos pendientes de llamamiento en los ERTES. Instrucciones y Circulares de distintas Comunidades Autónomas ligadas estrechamente al sector turístico (Cataluña, Valencia, Islas Baleares) vinieron a establecer, ante las dudas procedentes de la normativa estatal, que el criterio a seguir era el del llamamiento y el de la inclusión en los ERTES. Dudas competenciales al margen, lo que está claro es que la hiperproducción jurídica ha generado incertidumbre en el panorama jurídico.

La permanente sucesión de normas y su ingente volumen también han contribuido a una sensación de inseguridad. La motorización normativa de los últimos meses ha dado lugar a un sinfín de disposiciones continuamente alteradas en las que, en muchas ocasiones, parecía que se estaba buscando un camino más que se tuviera conciencia de por cuál se andaba. A ello ha contribuido la circulación de borradores, textos previos, declaraciones de prensa que eran interpretados por los agentes jurídicos como atípicas fórmulas prelegislativas que, en muchos casos, se desvanecían cuando tocaban la tierra firme del Boletín Oficial del Estado. Todos recordamos el día y la noche en la que se publicó el RDL 10/2020, de 29 de marzo (en adelante, “RDL 10/2020”), que regula el permiso retribuido recuperable de aplicación obligatoria a las personas trabajadoras que prestan servicios en empresas e instituciones, públicas y privadas. ¿Cuántos borradores circularon por las redes sociales ese día? ¿Cuántas previsiones se vieron frustradas cuando a las 23.40 del domingo 29 de marzo vio la luz la norma y su Anexo determinó las actividades que se consideraban “esenciales”?

Pero los episodios de duda se han sucedido. Pongamos otro ejemplo para comprobar que estas sensaciones poseen base real. En la versión original publicada en el BOE de 18 de marzo de 2020, la Disposición Transitoria primera del RDL 8/2020, que establecía las reglas transitorias para los ERTES celebrados antes del 18 de marzo, tenía una redacción. Diez días después, el 28 de marzo de 2020, se publicaba el Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19 (en adelante, “RDL 9/2020”), que alteraba el texto inicial. Y, con efectos 2 de abril de 2020, el Real Decreto-ley 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 (en adelante, “RDL 11/2020”) (cinco días después de la anterior reforma y catorce después de la primera), vuelve a modificar su contenido. Seguramente el Gobierno y el Ministerio de Trabajo y Economía Social tenían serias y fundadas razones para proceder a aquellos cambios, entre ellas sin duda la rapidez con que las circunstancias se iban sucediendo en aquellos momentos. Pero la pregunta que surgía era inmediata: ¿Tanto cambiaron las cosas en 14 días para que una norma transitoria como la referida fuera objeto de tres redacciones diferentes? ¿Dónde queda la seguridad jurídica para los trabajadores afectados por los ERTES que tuvieron en ese breve período hasta tres regímenes jurídicos diferenciados (Del 18 de marzo al 28 de marzo; del 28 de marzo al 2 de abril y del 2 de abril en adelante)?

Otra de las singularidades de este peculiar sistema de fuentes del COVID-19 ha sido el recurso a los más diversos instrumentos de interpretación en los que Gobierno y Administración han actuado como un sistema autoreferenciado a través de diversas fórmulas interpretativas en ausencia de la intervención judicial: Guías del Ministerio de Trabajo y Economía Social; Oficios de la Dirección General de Trabajo; Criterios Interpretativos del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social o los Boletines de Noticias Red de la Tesorería General de la Seguridad Social. Un Derecho excepcional sin jueces que marquen rumbos o que lo harán cuando la experiencia normativa se haya agotado o esté (deseemos) próxima a hacerlo.

Los defectos de técnica legislativa tienen preciso engarce con la seguridad jurídica. Y ello porque la seguridad jurídica, en tanto que valor estrechamente ligado a los Estados de Derecho, se presenta, en su acepción subjetiva, encarnada por la certeza del Derecho, como proyección de la función de “previsibilidad” en tanto que garantía de la planificación de las operaciones sociales y económicas. Y, ¿cómo podemos, tener seguridad si tenemos que rebuscar en cada nueva reforma para conocer el régimen que finalmente tendrá una regulación? Quizá sea exigir demasiado a las normas en tiempos tan turbulentos.

Otro terreno para la duda es el relativo a la vigencia de la normativa de excepción. El rebuscado sistema de determinación de la misma ha alcanzado cotas de innecesaria complejidad en muchos casos derivada del hecho de que una medida nacida bajo el paraguas del estado de alarma pueda prolongarse más allá del mismo. Tómese como ejemplo de estas atormentadas fórmulas el art. 5 RDL 8/2020, que establece el carácter preferente del trabajo a distancia, y que “se mantendrá vigente durante los dos meses posteriores al cumplimiento de la vigencia prevista en la DF 10.1 RDL 8/2020 modificado por la Disposición Final 1.17 del RDL 11/2020”. La regulación nos plantea una primera exigencia interpretativa: ¿La prórroga es de dos meses o de tres desde finalizado el estado de alarma? Leamos lo establecido por la disposición que se nos indica: “Con carácter general, las medidas previstas en el presente real decreto-ley mantendrán su vigencia hasta un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma”. En resumen, el plazo es de tres meses (el mes de prolongación previsto en DF 10.1 RDL 8/2020 modificado por la Disposición Final 1.17 del RDL 11/2020 más los dos meses que incorpora ahora el RDL 15/2020). No hubiera sido más fácil decir, como hace la nota informativa de la ITSS, que “La duración de esta prórroga es de tres meses tras la finalización del estado de alarma”.

Y en este río revuelto, y aprovechando que el Pisuerga pasa por la hermosa Valladolid, se reforma el régimen de clases pasivas por el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo. ¿Realmente resolver el tema era tan perentorio como para incluirlo en un Real Decreto-Ley, una norma en teoría reservada para casos de urgente necesidad? Una modificación silenciosa pero que, a largo plazo, llevará consigo importantes cambios. O, también, por no se sabe qué razones, la Disposición final 5ª del RDL 19/2020, de 26 de mayo, incluye un nuevo apartado 11 en el art. 33 ET (referido al régimen jurídico del FOGASA). ¿Será el silencio administrativo que tanto ha dado que hablar en el caso de los ERTES por fuerza mayor el que se refleja en esta disposición? Otro caso es, también, la modificación del art. 8 ET como consecuencia de la transposición de la Directiva (UE) 2017/159 del Consejo, de 19 de diciembre de 2016, por la que se aplica el Acuerdo relativo a la aplicación del Convenio sobre el trabajo en la pesca de 2007. O, en fin, la nueva redacción del art. 29.1 a) de la 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Ambas modificaciones han venido de la mano del RDL 24/2020.

A ello se ha unido el diálogo social, instrumento imprescindible en una situación como la que vivimos, que está dando a luz a importantes resultados (I y II Acuerdo en Defensa del Empleo), sobre la base de que la referida interlocución constituye, en palabras de la Exposición de Motivos del RDL 24/2020, “pieza fundamental para la reconstrucción y el fortalecimiento del mercado de trabajo, con el objetivo de conseguir una recuperación eficiente, pero también justa, equitativa, inclusiva y con vocación de futuro”. Estos acuerdos están creando una auténtica red permanente para la gestión negociada de la crisis. Muestra de ello es la Comisión de Seguimiento tripartita laboral creada por la Disposición Adicional Segunda del RDL 18/2020 o las vías de diálogo abiertas por las Disposiciones Adicionales tercera, cuarta y quinta del RDL 24/2020. Una manifestación más del carácter pluralista de nuestra sociedad (art. 1.1 CE) que, hace que estos cauces, como dijera la STC 39/1986, en relación con las comisiones del AES, operen “como instancias para prolongar en el tiempo el propio proceso de intercambio que condujo al pacto tripartito –y que es considerado en sí como un valor que debe ser promocionado– (...)”. En suma, una naciente neoconcertación social que ha tenido que venir de la mano del COVID-19 pero que siempre debe resultar bienvenida.

En suma, la declaración del estado de alarma ha traído consigo una regulación laboral especial y temporal llamada a desvanecerse si, finalmente, se pone fin a la pandemia, cuestión de momento también incierta. La realidad es que, como hemos visto, a lo largo de los últimos meses se han venido sucediendo numerosas disposiciones nacidas de la acelerada necesidad de dar respuesta inmediata a las situaciones que derivaban de la “hibernación” de nuestra economía y, por extensión, de nuestro mercado de trabajo. Un sistema jurídico ad hoc que ha buscado ser flexible y, por tanto, adaptable a las cambiantes y desconocidas necesidades que se sucedían pero que, como causa o como consecuencia de ello, ha abierto un verdadero océano de dudas y problemas de no siempre fácil respuesta.

### **III. La flexibilidad laboral en la fuerza mayor: los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo**

Pero la lógica adaptativa no solo ha operado en el plano de las fuentes. La misma se ha trasladado también, como era de esperar, a la de las instituciones que han sido objeto de regulación. Buen ejemplo de ello es la reformulación conceptual que ha sufrido la noción de fuerza mayor. Si, como regla general, la construcción dogmática de la fuerza mayor se ha construido sobre realidades que de manera imprevisible e instantánea transformaban el estado de cosas preexistente, la derivada del COVID-19 ha mostrado notables singularidades por su carácter variable y asimétrico. Una fuerza

mayor de extensión variable (total o parcial) y cuyos rasgos diferenciadores en muchos casos son difíciles de separar de las causas económicas, técnicas, organizativas y productivas. En suma, una fuerza mayor mestiza en la que se traban las sangres de ambas fórmulas.

Desde el punto de vista laboral, la respuesta institucional a la crisis derivada de la emergencia sanitaria ha sido la conservación del empleo y el camino seguido han sido los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (en adelante, “ERTES”). Las suspensiones y las reducciones de jornadas han sido el camino seguido para atenuar las consecuencias derivadas del estado de alarma y, por extensión, el mecanismo de tutela laboral derivado de la necesidad de confinar en sus domicilios a la práctica totalidad de los ciudadanos. Una solución generalizada en Europa. A finales de abril de 2020, estos programas cubrían a más de 42 millones de trabajadores en la UE27 (cerca del 27% del total). Suiza, Francia, Italia y Luxemburgo protegían ya entre un 40 y un 50% de sus trabajadores con este tipo de instrumento. España, con una tasa de cobertura estimada con la información disponible en estas fechas del 24.1%, se situaría a menos de 3 puntos de Alemania, cifra muy similar a las del Reino Unido y Holanda y muy por encima de las tasas estimadas para los países escandinavos. En el caso de España, los 3,4 millones de trabajadores cubiertos por ERTE a finales de abril de 2020 equivalen a la suma de todos los trabajadores con expedientes de suspensión de contrato desde inicio del año 1993, es decir, en los últimos 27 años (como señalan F. FELGUEROSO y M. JANSEN, ¿Qué nos enseña la evidencia sobre ERTES?, Nada es gratis, 3 de junio de 2020).

Durante la segunda quincena de marzo, primero el RDL 8/2020 y, después, el RDL 9/2020 vinieron a establecer un conjunto de medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor y por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas. Mucho hemos escrito de ellas y de los múltiples problemas que esta regulación ha llevado aparejada. Pero lo cierto es que ese cuerpo de medidas unido a las medidas extraordinarias previstas en materia de cotización y protección contra el desempleo han buscado alcanzar y, a nuestro juicio han conseguido, un adecuado equilibrio entre flexibilidad y seguridad. Además, el Gobierno ha contribuido a reforzar las situaciones de especial debilidad contractual al establecer, por un lado, la limitación de despidos por causa del COVID-19 y, por otro, la interrupción del cómputo de la duración máxima de los contratos temporales.

El Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo (en adelante, “RDL 18/2020”), según recuerda su Exposición de Motivos, “producto del diálogo social y el acuerdo alcanzado entre los agentes sociales y el Gobierno el día 8 de mayo de 2020, día del primer centenario del Ministerio de Trabajo”, vino a prorrogar el modelo diseñado en sus precedentes. De modo que, como sigue diciendo la citada Exposición, las medidas en él establecidas “pretenden dar una respuesta adecuada para que las empresas adopten los ajustes dinámicos necesarios que les permitan transitar hasta un escenario de “nueva normalidad”, salvaguardar el empleo y proteger especialmente a las personas trabajadoras”.

Centrándonos en los ERTES por fuerza mayor, la regulación propicia unos “ERTES de transición” o de “continuación”, en la terminología acuñada por Gómez Abelleira, con dos vías de actuación: una llamada “fuerza mayor total” y otra llamada “fuerza mayor parcial” (Fuerza mayor total y parcial: los ertes de transición, El Foro de Labos, 5 de junio de 2020). Son denominaciones, como ha señalado el citado autor, algo desorientadoras, pues se llama “fuerza mayor total” a una simple continuación sin cambios del ERTE de fuerza mayor; mientras que la categoría de la “fuerza mayor parcial” engloba todo ERTE de fuerza mayor en que antes o después del 13 de mayo se haya producido una “recuperación parcial” de la actividad empresarial. El alcance de esta recuperación y su obligatoriedad para las empresas ha generado numerosas dudas. La norma establece un sistema de incentivos para fomentar la reincorporación progresiva de los trabajadores y, por ende, la reactivación económica a un ritmo acorde con el interés general. A tal efecto se introduce un bonus-

malus articulado a través de la exoneración parcial de las cotizaciones a la Seguridad Social para los trabajadores reincorporados y la reducción en la exoneración de las cotizaciones para el resto de la plantilla en las empresas con un ERTE parcial.

Este camino ha sido seguido también por el RDL 24/2020. A tal efecto, para las empresas que aún tengan problemas para reiniciar la actividad en alguno de sus centros de trabajo, se conserva la figura de ERTE de transición para los casos en los que todos los trabajadores del centro de trabajo continúan suspendidos. En este caso, las exoneraciones serán decrecientes. Se prorrogan los ERTE de fuerza mayor para las empresas que reincorporen a parte de su plantilla aunque se borra del mapa el concepto de “fuerza mayor parcial”. En estos casos, la nueva norma establece un sistema de desescalado que mantiene el espíritu de su antecesora de bonificar más a las empresas por los trabajadores activados que a los que se quedan suspendidos. Los procedimientos de regulación temporal de empleo basados en causas económicas, técnicas, organizativas y de producción derivadas del COVID-19 iniciados antes y tras la entrada en vigor del RDL 24/2020, siempre y cuando, en este último caso, sean inmediatamente consecutivos a un ERTE de fuerza mayor, y hasta el 30 de septiembre de 2020 se podrán acoger a las condiciones en materia de exoneraciones a la cotización de los ERTE por fuerza mayor. Además, se incluye un nuevo tipo de ERTE para casos excepcionales en los que una empresa tenga que cerrar su centro de trabajo como consecuencia de un rebrote de la pandemia.

La nueva prórroga de los ERTES hasta el mes de septiembre es el camino para conservar el empleo en sectores que como los relacionados con el turismo, la hostelería, el ocio y el comercio, se han visto particularmente afectados por las medidas adoptadas para limitar la incidencia de la pandemia y que concentran, nada más y nada menos, que un 19,6% del total del empleo en España.

#### **IV. Bajo la negra sombra del Barón de Rothschild**

El coste económico del conjunto de medidas sociales que ha llevado consigo la conservación de un número tan importante de empleos está resultando enorme. Ello explica que el Gobierno partiera de “la necesidad de implementar todos los mecanismos de control y de sanción necesarios, con el fin de evitar el uso fraudulento de los recursos públicos para finalidades ajenas a las vinculadas con su naturaleza y objetivo” y recuerde el negro camino de aquellos que, como Barón de Rothschild (“Cuando haya sangre en las calles, compra propiedades”), puedan tener la tentación de obtener ventaja y beneficio en una situación tan dramática. El modelo construido para evitar dichos efectos actúa en múltiples niveles.

En primer lugar, a través de un sistema de cargas administrativas cuya representación más evidente es el compromiso de empleo. La DA 6ª del RDL 8/2020, en las sucesivas redacciones que dicha disposición ha tenido, ha terminado estableciendo que las medidas extraordinarias en el ámbito laboral y, en particular, la exoneración de las cuotas empresariales en los expedientes derivados de fuerza mayor y, tras el RDL 24/2020 también en los derivados de causas empresariales se encuentran sometidos a la obligación de mantener el empleo durante el plazo de seis meses. Un compromiso cuyo alcance y consecuencias suscitan numerosos interrogantes. Técnicamente, el compromiso de empleo debe ser considerado como una cláusula accesorias que se incorpora a la decisión administrativa que concede la exoneración de cuotas. La doctrina administrativista ha admitido la posibilidad de que los actos administrativos queden sometidos a modos o cargas que no integran el contenido del derecho sino que constituyen obligaciones que se añaden al derecho otorgado y cuyo incumplimiento da lugar a sanciones de diverso orden.

Otra pieza añadida al sistema ha venido de la mano de la prohibición de acogerse a los ERTES regulados art. 5 RDL 18/2020 por aquellas empresas y entidades que tengan su domicilio fiscal

en países o territorios calificados como paraísos fiscales. El mismo alcance posee el hecho de que las sociedades mercantiles u otras personas jurídicas que se acojan a los expedientes de regulación temporal de empleo regulados la referida norma y que utilicen los recursos públicos destinados a los mismos no puedan proceder al reparto de dividendos correspondientes al ejercicio fiscal en que se apliquen estos ERTE, excepto si abonan previamente el importe correspondiente a la exoneración aplicada a las cuotas de la Seguridad Social. Cómo debe producirse, llegado el caso, esa reintegración y cuáles son los efectos de la decisión de reparto son dudas no resueltas. En todo caso, esta limitación a repartir dividendos no será de aplicación para aquellas entidades que, a fecha de 29 de febrero de 2020, tuvieran menos de 50 personas trabajadoras, o asimiladas a las mismas, en situación de alta en la Seguridad Social.

Pero el mecanismo más poderoso es el contenido en la DA 2º RDL 9/2020. Dicha disposición crea un particular procedimiento de reintegro de prestaciones indebidas en vía sancionadora en el que las entidades gestoras quedan en un discreto segundo plano. La insuficiencia del modelo propuesto requerirá un futuro desarrollo reglamentario. El Gobierno ahora se limita a esbozarlo. Establece a tal fin la responsabilidad directa de la empresa sobre la clave de bóveda que proporciona el también reformado art. 43.3 LISOS. De este modo, “el reconocimiento indebido de prestaciones a la persona trabajadora por causa no imputable a la misma, como consecuencia de alguno de los anteriores incumplimientos dará lugar a la devolución de las prestaciones indebidamente generadas. En tales supuestos, la empresa deberá ingresar a la entidad gestora las cantidades percibidas por la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en la LISOS”. Cómo deba “ingresarse a la entidad gestora” es cuestión no resuelta. En fin, dentro de la cascada de cambios que, como hemos señalado, caracteriza esta normativa ha desaparecido la referencia que contenía en su primera redacción esta norma a la “revisión de oficio del acto de reconocimiento de dichas prestaciones”. Y, también, ha desaparecido del texto anterior: “sin perjuicio de la responsabilidad administrativa o penal que legalmente corresponda (...)”.

## V. Tecnología y COVID-19

La crisis del COVID-19 ha dotado de nuevo protagonismo a las fórmulas de teletrabajo. Muchas empresas han tenido que improvisar soluciones. De pronto ya no es una promesa de futuro, sino una tabla de salvación. Si, según los datos del INE, en 2019 apenas un 4,8% de los españoles trabajó más de la mitad de los días desde casa (muy por debajo, por ejemplo, del 14% de los holandeses o del 13,3% de los finlandeses), la pandemia obligó, casi en cuestión de horas, a disparar este porcentaje hasta el 34% del total de la población activa.

El art. 5 del RDL 8/2020 apostó decididamente por el establecimiento de sistemas de organización que permitiesen mantener la actividad por mecanismos alternativos al trabajo presencial, particularmente, por medio del trabajo a distancia, debiendo la empresa adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado. Se trata de una norma de contenido laboral que desplaza de manera temporal lo previsto en el art 13 ET y, parcialmente, en el art. 16 LPRL. Como resulta de las exposiciones de motivos tanto del RDL 8/2020 como del RDL 15/2020, en la crisis del COVID-19 el teletrabajo constituye un medio preferente para garantizar la continuidad de la actividad empresarial, para garantizar las medidas de contención y la protección de las personas trabajadoras y para seguir atendiendo a las necesidades de conciliación de la vida laboral y familiar. El art. 7.1 e) del RDL 21/2020 continúa esta línea cuando señala que las empresas deberán: “Adoptar medidas para la reincorporación progresiva de forma presencial a los puestos de trabajo y la potenciación del uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad laboral sea posible”.

El paso del modelo de “teletrabajo de emergencia” a un modelo estable de trabajo a distancia es una cuestión pendiente. Bajo el “espíritu” del Acuerdo Marco Europeo, el Gobierno ya tiene entre manos el Anteproyecto de Ley Reguladora del Trabajo a Distancia. Muchas son las singularidades de esta disposición en ciernes (ahora en período de consultas), pero dos destacan entre ellas: los trabajadores que se encuentren fuera de la oficina podrán negociar su horario con el empleador –con excepciones y siempre y cuando se cumplan unos requisitos– y, por otro lado, la empresa deberá cargar con todos los costes que cause el empleado durante su actividad en el domicilio o fuera de la oficina.

Pero la tecnología no solo ha desarrollado el teletrabajo. La biometría se ha proyectado sobre fronteras en la era del COVID-19. La identidad biológica es propia de cada sujeto y, por tanto, cualquier instrumento que la utilice permitirá, a quien de él se sirva, internarse en el terreno más recóndito que cada ser humano tiene. Podría decirse que, a su través, se puede entrar en la intimidad de la intimidad. Ese carácter invasivo entraña numerosos riesgos para la dignidad humana, riesgos que alcanzan mayor voltaje si tenemos en cuenta que el uso de los sistemas biométricos se está convirtiendo, por momentos, en una potente herramienta de control. Un control que se extiende sobre todas las facetas de la vida dado que esta información sirve, unas veces como un mecanismo sencillo, gratuito y seguro para blindar nuestras transacciones bancarias pero también, en la era del COVID-19, se está convirtiendo en instrumento para los pasaportes serológicos. En algunos países, como recoge el estudio realizado por la AEPD titulado “El uso de las tecnologías en la lucha contra el COVID19. Un análisis de costes y beneficios”, ha empezado a considerarse el uso de apps equivalentes a lo que sería un pasaporte, mostrando en pantalla un código de colores o un código QR, para que un vigilante o un sistema de control de acceso pueda permitir circular o no al portador.

Detrás de todo ello está el Big data. Los datos de salud, los datos biométricos, en suma los datos personales sensibles, son fuentes esenciales para el control del COVID-19. Pero, como se puede deducir de las múltiples interpretaciones que viene realizando la Agencia Española de Protección de Datos, la normativa reguladora del derecho fundamental a la protección de datos personales no conoce de excepciones. Y es que, como al comienzo de esta pandemia dejó sentado en el Informe 0017/2020: “la normativa de protección de datos personales, en tanto que dirigida a salvaguardar un derecho fundamental, se aplica en su integridad a la situación actual, dado que no existe razón alguna que determine la suspensión de derechos fundamentales, ni dicha medida ha sido adoptada”.

Es evidente que la transformación tecnológica lleva consigo un alejamiento de lo colectivo, una especie de desagregación que se traduce en una manifiesta ruptura de la unidad de acción colectiva que se une a un proceso continuado. La intrínseca dispersión geográfica que conduce a su atomización no deja de ser un caldo de cultivo idóneo para el extrañamiento respecto de los representantes de los trabajadores en general y, en consecuencia, para la individualización de las relaciones laborales. Uno de los riesgos del teletrabajo. Pero también es cierto que esta nueva realidad abre nuevos espacios a los sujetos colectivos. Muestra de ello es el nuevo modelo de representación inaugurado por el art. 23 RDL 8/2020 y, por extensión, la expansión de los períodos digitales de consultas y negociación como clara representación este tiempo nuevo.

## VI. COVID-19: entre la precaución y la prevención

El denominado “principio de precaución” puede ser formulado del siguiente modo: “Cuando una actividad se plantea como una amenaza para la salud humana o el medio ambiente, deben tomarse medidas precautorias aun cuando algunas relaciones de causa y efecto no se hayan establecido de

manera científica en su totalidad”. El mismo supone una de las transformaciones más profundas en las técnicas de tutela de la seguridad y salud en el trabajo. Su ámbito de aplicación es la incertidumbre científica, es decir, se aplica en el supuesto de riesgo incierto o potencial. En la era del COVID-19 la referencia a este principio resulta fundamental.

Desde la perspectiva de la seguridad y salud, el riesgo laboral presente en todo centro de trabajo se añade el riesgo de salud pública derivado del riesgo general de contagio del COVID-19. En este sentido, el Criterio Técnico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 102/2020 sobre medidas y actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social relativas a situaciones derivadas del nuevo Coronavirus, diferencia, a efectos de actuación de la ITSS (cuya actuación se vincula estrechamente al cumplimiento de las normas laborales), dos categorías de centros de trabajo. Así, el Criterio diferencia aquellos centros de trabajo en los que su actividad por sí misma supone un riesgo de exposición al COVID-19 (por ejemplo, la sanitaria) de las demás actividades productivas en las que su actividad no lleva inherente el riesgo biológico de ser contagiado por el COVID-19, entre las que se encontraría la construcción. En las primeras, el riesgo de contraer el coronavirus se califica como un riesgo laboral, mientras que en las segundas no se considera riesgo laboral.

En todo caso, el riesgo existe y en ocasiones sería muy difícil poner puertas al campo. En todo caso, la precaución debe estar presente y, para ello, los centros de trabajo deberán cumplir estrictamente con las garantías establecidas por el art. 7 del RDL 21/2020: (i) Reincorporación progresiva (ii) Adoptar medidas de 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; (iii) Adaptar las condiciones de trabajo, incluida la ordenación de los puestos de trabajo y la organización de los turnos (iv) Evitar la coincidencia masiva, etc...

En el ámbito europeo, donde se echaba de menos alguna respuesta, la Declaración de la Comisión tras la presentación de la Directiva (UE) 2020/739 de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo en lo que respecta a la prevención y la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores expuestos o que puedan estar expuestos al COVID-19, de 26 de junio de 2020, ha querido dar cierta luz en esta materia. Así, la Comisión considera que, al incluir al SARS-CoV-2, el coronavirus causante de la COVID-19, en el anexo III de la Directiva 2000/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre agentes biológicos, la Directiva (UE) 2020/739 de la Comisión se mejora significativamente el nivel de protección existente, en particular en lo que se refiere a la protección de los trabajadores de primera línea.

La Comisión ha recordado también que, en lo que se refiere a la salud y la seguridad en el trabajo, “la Directiva marco 89/391/CEE del Consejo impone a todos los empresarios la obligación no negociable de llevar a cabo y mantener una evaluación de riesgos completa y actualizada, con arreglo a sus artículos 6 y 9. Ello implica que todos los riesgos en el lugar de trabajo, entre ellos la exposición al COVID-19, deben tenerse en cuenta y evaluarse conjuntamente, incluida su interacción con los riesgos psicosociales, biológicos, químicos y de otro tipo”.

Igualmente, subraya que, “en consecuencia, se adoptarán las medidas preventivas y de protección pertinentes, también en el caso específico de una posible exposición al COVID-19, y que el empresario facilitará toda la información necesaria sobre todos los riesgos para la seguridad y la salud, así como sobre todas las medidas y actividades de protección y prevención que afecten tanto a la empresa y/o al establecimiento en general, como a cada tipo de puesto de trabajo y/o de función”. Y, en fin, se recuerda “la gran importancia de una formación adecuada de los trabajadores que puedan estar expuestos al SARS-CoV-2 y el derecho de cada trabajador a recibir dicha formación, en particular en forma de información e instrucciones específicas para su puesto de trabajo o función”.

## VII. Socialización de los riesgos como objetivo

El COVID-19 nos está enfrentando a un escenario de enorme incertidumbre. Ante la magnitud del problema, los Gobiernos han respondido adoptando medidas de muy diverso orden que en lo social han pasado por garantizar un flujo de rentas para los agentes cuyas fuentes de ingresos se han visto perjudicadas más directamente por la epidemia. Pero la verdad es que “la mayoría de las recomendaciones de seguridad que se han mandado desde los gobiernos a la población presuponen que esta tiene casa propia (para confinarse en ella), agua corriente (para lavarse las manos con ella), guantes y mascarillas (para tocar y respirar a través de ellas) y acceso a internet (para teletrabajar y ser espiado por medio de él): lujos insólitos para los más pobres” (M. GALINDO, “Desobediencia, por tu culpa voy a sobrevivir”, en AA. VV., Sopa de Wuhan, ASPO, 2020, p. 120).

En este incierto momento, la Renta Básica Universal se ha puesto, una vez más, sobre la mesa. Economistas, juristas, sociólogos e, incluso, filósofos vienen proponiendo desde hace años un conjunto de medidas de esencia redistributiva denominadas “renta universal”, “subsidio universal”, “ingreso mínimo de existencia” o incluso “ingreso de ciudadanía”. Se trataría de avanzar, más allá de la solidaridad y superando el Estado del bienestar, instaurando un sistema, enormemente ambicioso, de tutela social a través del reparto de los recursos de cualquier naturaleza de los que dispone la sociedad. A través del mismo se pretende asegurar a todos los individuos un ingreso suficiente para satisfacer sus necesidades básicas. Un modelo que vendría caracterizado por asignar a toda persona, desde su nacimiento y hasta su muerte, un subsidio que estaría totalmente desconectado de cualquier obligación o condición previa y que se encontraría definido por los principios de universalidad, incondicionalidad e individualización.

En nuestro país, la normativa de apoyo al empleo y a las rentas de hogares vulnerables como consecuencia del COVID-19, ha comenzado a acelerar los ensayos de modelos de rentas básicas para atender las necesidades de colectivos de trabajadores que no pueden acceder a las prestaciones por desempleo. El RDL 11/2020, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, vino a establecer un primer ensayo de renta básica en relación con los trabajadores temporales y con las empleadas del hogar. Pero la gran cuestión era la de si debía darse un paso más, estableciendo una Renta Básica Universal que sirviera para dar respuesta al tsunami de desempleo que amenaza con arrasar nuestro sistema productivo. En este contexto, cobró nuevo protagonismo el compromiso alcanzado en el acuerdo de Gobierno entre PSOE y Unidas Podemos para desarrollar un “Ingreso Mínimo Vital como prestación de Seguridad Social”. Las palabras no están huérfanas de significado y no es lo mismo un “ingreso mínimo vital” que una “renta básica universal”.

Finalmente, esta sugerente propuesta que quizá debería encontrar en su día el adecuado refrendo constitucional, se ha materializado en el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. Con esta pieza se da un paso de enorme importancia en la evolución del sistema de Seguridad Social, un verdadero hito histórico que dota de especial protagonismo al nivel no contributivo de la Seguridad Social. Con todo, el ingreso mínimo vital busca unir con su acción presente y futuro. Tal y como señala su Exposición de Motivos, el objetivo es que esta política actúe “*como un seguro colectivo frente a los retos que nuestras sociedades enfrentarán en el futuro próximo: carreras laborales más inciertas, nuevas vulnerabilidades como la puesta de manifiesto por la crisis de COVID-19, 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*”. 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 articulada

a través de un modelo de gobernanza compartida en la que de forma coordinada participan el Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales.

Pero la pregunta sigue en pie: ¿el modelo que ahora incorpora el Gobierno crea una renta básica universal o constituye un sistema de protección frente a la pobreza extrema? Más parece lo segundo que lo primero. El modelo busca una última red de seguridad económica que ofrece protección a los hogares cuyos recursos son insuficientes. Si los rasgos que definen la renta básica son la universalidad, la incondicionalidad y la individualización, un modelo como el propuesto no se adapta a tales rasgos caracterizadores. Un progreso notable en la consecución de esa poderosa idea de una renta de subsistencia por el hecho de nacer. Pero lo que parece claro es que debemos seguir caminando...

### **VIII. Interrogantes de futuro: Atravesando la incertidumbre**

La era del COVID-19 abre tiempos imprevisibles, como imprevisibles serán las respuestas que puedan dar los mercados de trabajo a esta nueva situación. En esa respuesta será, en todo caso, esencial el papel de los agentes sociales. El diálogo y el acuerdo con el Gobierno son fundamentales para generar una normativa que incentive la actividad empresarial, el mantenimiento del empleo y la protección de los trabajadores. La negociación colectiva tendrá mucho que decir en todos los aspectos porque en tiempos tan turbulentos como los que vivimos será bueno que la sociedad busque un camino conjunto. En esta ocasión tenemos un enemigo común y sería bueno que nadie lo perdiera de vista.

Deberán buscarse soluciones imaginativas que eviten, en todo caso, la destrucción masiva de empleo. Probablemente deberemos pensar en posibles migraciones de empleo entre sectores de actividad. Ello conlleva la necesidad de apoyar la formación en determinadas habilidades de los potenciales desempleados de los sectores más afectados por la pandemia para poder facilitar así su tránsito hacia nuevos puestos de trabajos. Un reciente informe del Banco de España ponía de manifiesto que los trabajadores de las ramas más afectadas, la proporción de mujeres, de jóvenes y de colectivos con menos formación, escasa experiencia y contratos temporales es especialmente elevada.

Atravesar lo incierto es un viaje inesperado en el que lo que dejamos atrás tampoco son certezas. Probablemente, todos nos preguntamos las mismas cosas: ¿se producirán nuevos rebrotes?, ¿cuándo acabará esta “nueva normalidad”?, ¿cuándo tendremos una vacuna que nos regrese a la sociedad que perdimos?, ¿cuánto tiempo soportará la sociedad este camino? Lo cierto es que, frecuentemente, cuando salimos de una incertidumbre solemos llegar a otra, por eso el camino que recorremos es fundamental para determinar el futuro al que arribaremos.

ARTÍCULOS DOCTRINALES

# La distribución de costes públicos y privados en la crisis del Covid-19

## The distribution of public and private costs in the Covid-19 crisis

JESÚS LAHERA FORTEZA\*

*Catedrático Acreditado (por Recurso) Derecho Trabajo Universidad Complutense*

ORCID ID: 0000-0002-9734-3952

Recibido: 30/4/2020

Aceptado: 6/5/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5537>

*Resumen:* Este análisis parte de la perspectiva de la distribución de costes laborales en la crisis sanitaria y económica del coronavirus. El Estado ha asumido parte de estos costes sobre todo a través de ERTES con protección social por desempleo y prestaciones sociales de autónomos. Pero las empresas, autónomos y trabajadores soportan también costes significativos. Planteo, de cara al futuro de la recuperación gradual, medidas que repartan de manera más equitativa los costes públicos y privados de un parón económico inducido por el propio Estado por motivos de salud pública.

*Palabras clave:* coste laboral, coronavirus, protección social.

*Abstract:* This analysis starts from the perspective of the distribution of labor costs in the coronavirus health and economic crisis. The State has assumed part of these costs, especially through ERTES with social protection for unemployment and social benefits for the self-employed. But companies, freelancers and workers also bear significant costs. I propose, with a view to the future of gradual recovery, measures that distribute the public and private costs of an economic downturn induced by the State itself for reasons of public health more equitably.

*Keywords:* labor cost, coronavirus, social protection.

### 1. La perspectiva de la distribución de costes en las medidas laborales y sociales adoptadas ante la crisis del COVID-19

El Gobierno Español ha aprobado, desde el 17 de Marzo hasta el 12 de Mayo de 2020, una serie de Reales Decretos-Ley de contenido laboral y social, en el contexto del estado de alarma articulado en el *Real Decreto 463/2020* (BOE 14 Marzo) para gestionar la crisis del COVID-19, luego prorrogado sucesivamente, en períodos de quince días, hasta, al menos, el 21 de Junio, siendo previsible su finalización a finales de Junio.

---

\*jesuslahera@cps.ucm.es

- El *Real Decreto-Ley 8/2020* (BOE 18 de Marzo, en adelante DLA 8) articula medidas laborales y sociales.
- Estas medidas han sido complementadas por el *Real Decreto-Ley 9/2020* (BOE 27 de Marzo, en adelante DLA 9) y por el *Real Decreto-Ley 10/2020* (BOE 29 de Marzo, en adelante DLA 10), una vez decidida la paralización de trabajo presencial en actividad no esencial desde el 30 de Marzo hasta el 9 de Abril.
- Se han adoptado medidas sociales añadidas luego en *Real Decreto-Ley 11/2020* (BOE 1 Abril, en adelante DLA 11), con algunos cambios en el *Real Decreto-Ley 13/2020* (BOE 8 Abril, en adelante DLA 13).
- El *Real Decreto-Ley 15/2020* (BOE 22 Abril, en adelante DLA 15) reforma algunos aspectos de estas normas y añade alguna otra medida social.
- El *Real Decreto-Ley 18/2020* (BOE 13 Mayo, en adelante DLA 18) es la primera norma laboral y social de la desescalada y vuelve a modificar aspectos del DLA

Toda esta normativa de urgencia responde al paradigma europeo de flexiseguridad, que combina flexibilidad laboral y protección social. La crisis sanitaria, que ha obligado a suspender o restringir numerosas actividades empresariales y que ha ocasionado un gran impacto en los mercados, ha obligado al Gobierno a utilizar herramientas de respuesta flexible, con una distribución de costes privados y públicos.

Las medidas adoptadas han buscado que el impacto de la suspensión o restricción de actividades empresariales durante el estado de alarma, así como el de la propia crisis sanitaria y económica, se canalice en el ámbito del empleo preferentemente a través de los ERTES, que combinan reducciones de jornada o suspensiones del contrato de trabajo con el reconocimiento a los trabajadores afectados de una protección social específica por desempleo<sup>1</sup>. En los autónomos también se ha derivado parte de los efectos de la crisis hacia la protección social de cese de actividad<sup>2</sup>. Como así ha sucedido, a través de la cobertura extraordinaria de protección por desempleo, en los fijos discontinuos afectados y no afectados por ERTES y que ven interrumpida su actividad o no son llamados a trabajar debido a la crisis del COVID-19<sup>3</sup>.

Las necesidades excepcionales de conciliación familiar y laboral exigidas por el cierre durante el estado de alarma de los centros educativos y otros análogos, como es el caso de los centros de día para personas mayores, y por la propia crisis sanitaria, se han pretendido atender mediante el desarrollo de procedimientos específicos de adaptación de las condiciones de trabajo y reducciones de jornada por cuidado relacionado con el coronavirus, a iniciativa de la persona trabajadora<sup>4</sup>.

De manera transversal, se ha instaurado, en esta situación excepcional, un deber empresarial de implantar teletrabajo siempre que sea posible, a fin de garantizar la salud pública reduciendo los desplazamientos por motivo laboral, y, a la vez, facilitar la propia conciliación familiar y laboral<sup>5</sup>.

De manera acotada en el tiempo, se articula un permiso retribuido recuperable ante la prohibición de trabajo presencial en actividades no esenciales desde el 30 de Marzo hasta el 9 de Abril<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Arts. 22-25 y DA 6ª DLA 8 modificados por DA 14 DLA 11, DF 8.2 DLA 15 y DF.1 DLA 18. Vigencia hasta 30 de Junio (art. 2 y 3 DLA 18) salvo prórrogas adicionales acordadas por Gobierno.

<sup>2</sup> Art. 17 DLA 8 modificado por DF 2ª DLA 13 y DA 10ª y DF 8.1 DLA 15. Vigencia hasta el último día del mes en que finalice estado de alarma, por tanto ya 30 de Junio

<sup>3</sup> Art.25.6 DLA 8 y DF 8.3 DLA 15 y art. 3 DLA 18. Vigencia hasta 31 Diciembre

<sup>4</sup> Art.6 DLA 8 con prórroga DLA 11 y art.15 DLA 15 (3 meses tras fin de estado de alarma)

<sup>5</sup> Art. 5 DLA con prórroga DLA 11 y art. 15 DLA 15 (3 meses tras fin de estado de alarma)

<sup>6</sup> Art. 2 y 3 DLA 9

Las medidas se acompañan, finalmente, de subsidios específicos en trabajadores temporales y servicio doméstico sin cobertura de protección social por desempleo<sup>7</sup>, así como la cobertura por desempleo de trabajadores que vieron extinguidos sus contratos con período de prueba a partir de 9 de Marzo<sup>8</sup>.

Las cinco líneas de acción política coinciden con directrices del paradigma europeo de flexi-seguridad laboral<sup>9</sup> ante una crisis: combinar flexibilidad laboral con protección social para salvar empleos, atender las necesidades excepcionales de conciliación familiar, aprovechar herramientas de flexibilidad tecnológica como el teletrabajo, intensificar la distribución irregular de la jornada con flexibilidad en el tiempo de trabajo y atender con subsidios específicos a los más vulnerables<sup>10</sup>. Las medidas redistribuyen, así, los costes laborales y sociales, públicos y privados, en una situación laboral excepcional.

Este estudio parte de la perspectiva de la distribución de costes públicos y privados derivada de esta crisis sanitaria y económica. Para ello, expongo brevemente el marco jurídico de las medidas adoptadas, sin profundizar en su problemática teórica o práctica<sup>11</sup>, y efectúo, exclusivamente, un análisis de la distribución efectuada de costes, públicos y privados, con una reflexión de futuro, ante la recuperación paulatina y gradual que nos espera.

## 2. Las medidas laborales y sociales adoptadas en la crisis del COVID-19

### 2.1. ERTES específicos con protección social

El ERTE suspensivo o de reducción de jornada es una medida idónea para salvar empleos durante una crisis. Es por ello que las reformas de 2010 y 2012 facilitaron su uso y flexibilizaron sus procedimientos en el marco del art. 47 ET y el RD 1483/2012. Ante esta crisis sanitaria, el Gobierno actual sigue esta línea y ofrece esta herramienta flexible a las empresas para salvar empleos. Para ello, los arts. 22 y 23 DLA 8 diferencian entre ERTES de fuerza mayor y causa empresarial relacionada con COVID-19, con protección social reforzada de desempleo en ambos supuestos.

El ERTE, de suspensión contractual o reducción de jornada, específico por fuerza mayor del art. 22 DLA 8 necesita autorización administrativa a solicitud de la empresa, como es regla general en el art. 47.3 y 51.7 ET. La “fuerza mayor” que motiva un ERTE responde a supuestos de hecho con causa directa en el coronavirus o en las medidas de estado de alarma del Real Decreto 463/2020. Hay, así, dos tipos de ERTE específico por fuerza mayor.

El primero, el estrictamente sanitario, se ampara “en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria”. El cierre temporal de un centro de trabajo decretado por este motivo sanitario justifica un ERTE suspensivo por fuerza mayor.

El segundo, el que tiene causa directa en las medidas del estado de alarma. Las pérdidas, totales o parciales, de actividad como consecuencia de la declaración de estado de alarma que

<sup>7</sup> Arts.30-33 DLA 11

<sup>8</sup> Art. 22 DLA 11

<sup>9</sup> Sobre este paradigma europeo, por todos, VALDES, F; LAHERA, J, *La flexiseguridad laboral en España*, Fundación Alternativas, 2010

<sup>10</sup> Analizo las medidas adoptadas desde este paradigma en LAHERA FORTEZA, J, “Flexiseguridad laboral ante la crisis del coronavirus”, *Derecho de Relaciones Laborales*, 2020, nº 4 Abril, p.419-429

<sup>11</sup> Un excelente tratamiento monográfico de varios profesores de esta acción normativa laboral y social ante el coronavirus, impulsado por CASAS BAAMONDE, M.E, en *Derecho de Relaciones Laborales* 2020, nº4 Abril. Estas medidas han sido comentadas también, con detalle, en las entradas de Marzo, Abril y Mayo en los blogs jurídicos laborales de Eduardo Rojo, Antonio Baylos, Ignasi Beltrán, Adrián Todolí, Jesús Cruz Villalón y Foro de Labos.

impliquen “suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y mercancías y la falta de suministro que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad” justifican un ERTE suspensivo o de reducción de jornada por fuerza mayor. A ello hay que añadir los supuestos en actividades esenciales mantenidas “de la parte de actividad no afectada” por esta exigencia. Son ERTES que se están aplicando en las numerosas actividades empresariales suspendidas (hostelería, sector hotelero, comercio minorista, espectáculos de ocio y deportivos, turismo cultural etc.) o restringidas (transporte) pero, también, en las de los proveedores y contratistas de las mismas (todo tipo de servicios), así como en supuestos de falta de suministro por el estado de alarma que impide la producción (sector industrial, sobre todo), a lo que añadir la más reciente admisión en casos de afectación parcial en actividades mantenidas (por ejemplo, parte paralizada de sector alimentario).

El procedimiento de constatación administrativa de la fuerza mayor es urgente, cinco días, y la ausencia de respuesta de la autoridad laboral es silencio positivo. La empresa puede suspender contratos de trabajo o, si es posible, reducir jornada, accediendo los trabajadores a situación de desempleo total o parcial. La medida, en el marco del art. 25 DLA 8, se acompaña de la eliminación del período de carencia para el acceso al desempleo y establece la reposición de la prestación al reanudarse la actividad, poniendo el contador a cero. También, como afirma el art. 26 DLA 8, se exonera de las cuotas de seguridad social a la empresa, pero con el compromiso de mantener el empleo seis meses con posterioridad como declara la DA 6ª DLA 8, luego aclarada en la DF.1 DLA 18 y pendiente todavía de mayor concreción en sectores de alta variabilidad y estacionalidad. Se consigue, así, flexibilidad laboral interna salvando empleos, protección social de los afectados y descarga de costes empresariales asumidos por el Estado en una situación crítica.

Por su parte, todo aquel ERTE relacionado con el COVID-19, que no responda a una fuerza mayor, se articula a través de otro procedimiento específico, en el art. 23 DLA 8, que, como es regla general en el art. 47. 1 y 2 ET, no necesita de autorización administrativa. Se abre período breve de consultas, máximo siete días, con los representantes de los trabajadores para alcanzar acuerdo y, en su defecto, decide la empresa, sin perjuicio de impugnación judicial. Si no hay representantes, tiene prioridad una mesa sindical del sector en las consultas o, en su defecto, los comités *ad hoc* elegidos en asamblea, fórmula ya prevista en el art. 41.4 ET, aunque de manera más directa sin este paso previo sindical. Las caídas de demanda y consumo y reestructuraciones productivas debidas al contexto económico de coronavirus están motivando también muchos ERTES específicos con suspensiones y reducciones de jornada. La protección social por desempleo es idéntica a uno de fuerza mayor, como declara el art. 25 DLA 8, pero no hay exoneración de cuotas empresariales. Se consigue, también así, combinar flexibilidad laboral y protección social para salvar empleos, siendo criticable que no se hayan descargado también aquí costes empresariales.

La prohibición de despidos por las causas de estos ERTES del art.2 DLA 9 tiene un alcance relativo. Implica que estos despidos individuales o colectivos sean improcedentes, pasando la indemnización de 20 a 33 días salario/año, sin que se haya impuesto la nulidad con readmisión y salarios. Y no descarta despidos por causas empresariales, individuales o colectivo, de los arts. 52.c y 51 ET, tras el estado de alarma.

El DLA 18 ha desvinculado el estado de alarma de estos ERTES por fuerza mayor, siendo prorrogados hasta el 30 de Junio, sin perjuicio de prórrogas adicionales por el Gobierno, previa consulta con una comisión específica a estos efectos de composición tripartita. Como primera norma laboral de la desescalada, ha diferenciado los ERTES por fuerza mayor total, sin retorno de actividad, y parcial, con desafección gradual de trabajadores, con reglas específicas de exoneración porcentual de cuotas sociales.

## 2.2. Medidas específicas de conciliación familiar

Las medidas de conciliación familiar giran, en nuestro ordenamiento, en torno a las reducciones de jornada por cuidado de hijo menor de doce años o familiar dependiente de los arts. 37.6 y 7 ET, y los más novedosos procedimientos de adaptación de la jornada y condiciones laborales por esta razón a solicitud del trabajador del art. 34.8 ET. La crisis sanitaria ha conllevado medidas como el cierre de colegios que han intensificado las responsabilidades familiares de los trabajadores/as. Es por ello que el Gobierno, sobre esta base, ha intensificado estas medidas de conciliación familiar y laboral en el art. 6 DLA 8, vigentes tres meses después de la finalización del estado de alarma tras el art. 15 DLA 15.

Se articulan medidas específicas de conciliación familiar de adaptación y reducción de jornada a las *“personas trabajadoras por cuenta ajena que acrediten deberes de cuidado respecto del cónyuge o pareja de hecho, así como respecto de los familiares por consanguinidad hasta el segundo grado”*. El ejercicio de estos derechos está fundamentado en las circunstancias excepcionales de necesidad de presencia del trabajador/a para la atención de estas personas *“por razón de edad, enfermedad o discapacidad”* y cuidado personal y directo como *“consecuencia del coronavirus”*. También se pueden fundamentar en deberes de cuidado y atención ante las medidas del estado de alarma de *“cierre de centros educativos o de cualquier otra naturaleza”*. Son derechos individuales, fundamentados en estos motivos con un ejercicio *“justificado, razonable y proporcionado a la situación de la empresa”*.

Se permite, de un lado, al trabajador/a solicitar la *“adaptación”* de su jornada, horario o condiciones laborales, incluido teletrabajo, para atender este cuidado, incentivando acuerdos urgentes con la empresa. De otro lado, se reconoce una *“reducción de jornada”* por cuidado que puede alcanzar el 100 por 100 de jornada, con disminución proporcionada de salario sin protección social. Se ofrece así flexibilidad al trabajador para adaptarse a esta situación, lo que va a obligar a las empresas a una gran flexibilidad organizativa interna o a contrataciones temporales de interinos. Las medidas no van acompañadas de ayudas sociales a quienes ejercen estos derechos específicos de conciliación familiar durante la crisis sanitaria.

## 2.3. Prioridad del teletrabajo

El teletrabajo está regulado en el art. 13 ET y es una herramienta de flexibilidad tecnológica siempre útil para empresas y trabajadores en nuestra sociedad digital. La crisis sanitaria, sobre este terreno, ha propiciado que el Gobierno potencie esta herramienta, en línea con lo que ya muchas empresas estaban haciendo por sí mismas.

Se establece así, en el art. 5 DLA 8, el deber empresarial de implantar teletrabajo en su organización durante el estado de alarma. Las empresas *“establecerán sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia, debiendo adoptar las medidas oportunas si ello es técnicamente y razonablemente posible y el esfuerzo de adaptación es proporcionado”*. El teletrabajo es, así, *“prioritario”*, respecto a los ERTes, y aparece, también, como medida preferente de conciliación laboral y familiar y de protección de salud pública. La medida estará vigente tres meses después de finalización del estado de alarma tras el art. 15 DLA 15.

Se intentan evitar así desplazamientos a los centros de trabajo, lo que favorece la salud pública, al disminuir los riesgos de contagios. Y, a la vez, se trata de facilitar la conciliación familiar y laboral en este escenario de cierre escolar.

La medida va acompañada de un Plan Acelera de ayudas públicas a las Pymes para inversiones tecnológicas en teletrabajo.

#### *2.4. Permiso retribuido recuperable y distribución irregular de la jornada*

La distribución irregular de la jornada es una herramienta de flexibilidad en el tiempo de trabajo incorporada en las reformas de 2010 y 2012 y regulada en el art.34.2 ET. La negociación colectiva establece el sistema de distribución irregular y, en su defecto, se aplica el 10 por 100 previsto legalmente con un preaviso de 5 días. El Gobierno acude a esta vía para afrontar el parón económico entre el 30 Marzo y 9 Abril en actividades no esenciales mediante el denominado “*permiso retribuido recuperable*” de los arts. 2 y 3 DLA 10.

Las actividades esenciales son tasadas en el anexo DLA 10 y la medida afecta a trabajadores del resto que no realicen teletrabajo ni estén afectadas por ERTE. Implica no trabajar, entre el 30 de marzo y el 9 de abril, cobrando el salario, para luego recuperar esas horas no trabajadas a través de la distribución irregular de la jornada. Conforme al procedimiento del art. 3 DLA 10, tras obligado período de consultas con los representantes de los trabajadores se busca acuerdo colectivo pero, en su defecto, decide la empresa esta disponibilidad de horas. La distribución irregular de jornada ha sido, así, aprovechada, como vía de flexibilidad laboral ante la crisis, con esta vía singular.

#### *2.5. Subsidios específicos para trabajadores temporales y servicio doméstico y cobertura desempleo en período de prueba y fijos discontinuos*

La extinción de contratos temporales, por vencimiento de término en los eventuales del art.15.1.b ET o formativos del art. 11 ET, y finalización de obra o servicio en los de obra o servicio del art. 15.1.a ET, está siendo una medida de ajuste de empleo en esta crisis, como demuestran los primeros datos de desempleo. La declarada interrupción del cómputo de la duración del contrato temporal en un ERTE del art. 5 DLA 9 tiene un alcance relativo porque muchos temporales no están incluidos entre los afectados. La eliminación de período de carencia de desempleo en ERTE puede haber facilitado esta entrada de temporales, pero en muchos casos los contratos habrán sido extinguidos antes, o lo serán luego, cuando se reanude la actividad pese a esta interrupción. Ello explica que el Gobierno haya reforzado, en el art. 33 DLA 11, la protección social por desempleo del colectivo con un subsidio específico de un mes en contratos, de al menos dos meses, sin la cotización necesaria para acceder a la prestación general.

Más gravosa es la situación de los trabajadores/as de servicio doméstico por la vulnerabilidad de sus contratos, sujetos a desistimiento del titular del hogar en el marco de relación laboral especial, sin protección social por desempleo. No pueden hacer ERTE y si se extinguen sus contratos no acceden a protección social por desempleo. Ello ha motivado también la aprobación de un subsidio extraordinario para este colectivo en los arts. 30-32 DLA 11.

Finalmente, el art. 22 DLA 15 ha cubierto con desempleo a los trabajadores que hayan visto sus contratos de trabajo extinguidos durante período de prueba a partir de 9 de Marzo y la DF 8.3 DLA 15 ha aclarado la protección extraordinaria de desempleo de los fijos discontinuos ante previsibles no llamadas, dado el enorme impacto, en este colectivo, de la crisis del COVID-19, sobre todo en sector hotelero y turismo, con vigencia hasta el 31 de Diciembre.

#### *2.6. Cese de actividad de autónomos con protección social*

En relación con los autónomos, finalmente, se reconoce, de manera extraordinaria, dada la situación de estado de alarma frente al COVID-19, en el art. 17 DLA 8, una prestación social por cese de actividad cuando su facturación descienda al menos un “75 por 100 en relación con el promedio

*de facturación del semestre anterior*”. Ello es importante en actividades suspendidas durante el estado de alarma que puedan impactar en autónomos, no teniendo que acreditar entonces esta reducción, y en descensos de consumo y demanda que reduzcan con este umbral los ingresos del colectivo. La cuantía es el 70 por 100 de base reguladora. Estará vigente hasta el 30 de Junio.

Los autónomos que mantienen actividad tienen moratorias de cuotas sociales, de Abril a Junio, en el art. 35 DLA 11, reformulado en la DF 10ª DLA 15, sin que se haya determinado ninguna exoneración.

### **3. El desigual reparto de costes públicos y privados de las medidas adoptadas**

#### *3.1. Costes asumidos por el Estado*

El Estado absorbe buena parte del coste, en los ERTES, a través de protección social reforzada de los afectados y exoneraciones de cuotas de Seguridad Social en los de fuerza mayor, con importantes cuantías de renta pública. Dentro del paradigma de flexiseguridad, que determina esta acción política, resulta lógico transferir así costes laborales al Estado con el objetivo de salvar empleos. Las empresas se ahorran salarios y cotizaciones en una situación excepcional, los trabajadores reciben rentas públicas provisionales, y el Estado asume los costes públicos de este mantenimiento del empleo, ya por la vía suspensiva, ya por la reducción de jornada.

Los datos oficiales muestran una gran utilización de los ERTES en esta crisis. A mediados de Mayo, estos datos muestran que se han decidido o adoptado en torno a 450.000 que afectan a 3,5 millones de trabajadores. Esta enorme receptividad empresarial a esta herramienta de flexiseguridad laboral implica, que buena parte, de los costes laborales de la crisis sanitaria son asumidos por el Estado.

Sucede lo mismo con la prestación social por cese de actividad de los autónomos con caída significativa de ingresos. La amplia solicitud de este colectivo de la prestación, más de un millón de autónomos, con exoneración de cuotas, implica una sustancial asunción estatal de costes de la crisis.

A ello se debe añadir la cobertura social por desempleo extraordinaria en los fijos discontinuos, que ven interrumpida su actividad o no son llamados a trabajar debido a la crisis del COVID-19 afectados por ERTE o sin estar en un ERTE. El Estado va a soportar estos costes públicos en el colectivo, de gran importancia en zonas turísticas como Baleares, consciente de previsibles no llamamientos ante la merma de actividad empresarial.

El Estado tiene, entre sus funciones, ejercer de red aseguradora en las crisis económicas, más aún cuando declara el estado de alarma, como ha sucedido, con un inédito parón económico inducido para proteger la salud pública y lograr el máximo de confinamiento de la población en sus casas. Esta protección social específica libera costes a las empresas y asegura rentas a los trabajadores. En trabajadores por cuenta ajena, incluyendo fijos discontinuos, y autónomos, las cifras muestran que el Estado está cumpliendo esta función y protegiendo con rentas públicas muchas situaciones.

Siendo ello así, las empresas, autónomos y trabajadores por cuenta ajena están asumiendo, también, como veremos, costes significativos en esta crisis. De ninguna manera se puede afirmar que el Estado ha absorbido todo el impacto de la crisis, pues, más bien, ha existido un reparto de costes con el tejido productivo privado.

#### *3.2. Costes asumidos por las empresas*

Del lado de las empresas, en el marco de medidas analizado, sólo están sujetas a exoneración de Seguridad Social durante el estado de alarma las que efectúen un ERTE por fuerza mayor, además

con la dura condición de mantener el empleo en seis meses posteriores. El coste de Seguridad Social es asumido en ERTE por causa empresarial relacionada con coronavirus y será proyectado, también, en empresas con ERTES por fuerza mayor que no mantengan empleo, lo que es previsible ocurra en muchas ocasiones. El DLA 18 ha delimitado esta cláusula de salvaguarda de empleo a afectados por ERTE y con importantes excepciones en despidos disciplinarios procedentes, extinciones por fin de contrato temporal o no llamamientos de fijos discontinuos, pero no excluye los despidos procedentes por causa empresarial de los arts.52.c y 51 ET, que es donde se concentrarán las extinciones por la caída de mercado y demanda. Resulta injusto cargar este coste a las empresas cuando su actividad ha sido paralizada por fuerza mayor y en una situación de recesión económica ajena al control de la empresa, al estar debida al COVID-19. Resulta también desproporcionada la exigencia de devolución de la totalidad de cuotas por incumplir este compromiso, siendo más razonable entender que se refiere, exclusivamente, a las cuotas de los trabajadores despedidos.

A estos costes sociales hay que añadir que la complejidad de los procedimientos articulados en ERTES han ocasionado gastos empresariales de tramitación y asesoramiento, con, en ocasiones, mucha inseguridad jurídica. Es difícil de calcular el coste real de la inseguridad jurídica pero ello ha sido soportado por el tejido productivo privado en un escenario de enorme dificultad económica. La división entre ERTES con procedimientos distintos, la acumulación de Decretos-Ley en escaso tiempo con cambios normativos, la aplicación a veces de lógicas distintas en el reparto de costes, la tramitación a veces dificultosa, y el riesgo a recibir sanciones por incumplir normas complejas, con previsiones normativas de alerta y control para ello, acumula costes e incertidumbres a las empresas que han utilizado estas herramientas flexibles para salvar empleos, hay que recordarlo, ante una inducida paralización productiva. Por ejemplo, articular una mesa sindical sectorial prioritaria en ERTES de empresas y centros sin representación de los trabajadores es añadir una tramitación incierta, que alarga plazos y crea riesgos de impugnación judicial, al tejido productivo de las Pymes que es el que necesita más apoyo. No parece que esta acumulación de costes inciertos y riesgos fuera lo más recomendable en este escenario de parón económico inducido por el Gobierno.

El permiso retribuido recuperable de los arts. 2 y 3 DLA 10, entre el 30 Marzo y 9 Abril, en actividades no esenciales, ha cargado costes añadidos en empresas que no pueden acudir al teletrabajo. Si bien los trabajadores tienen que recuperar estas horas retribuidas, sin trabajo, resulta previsible que en muchos casos no exista esta recuperación, entre otras cosas por falta de necesidad de trabajo, y el coste económico del parón económico lo habrá soportado el empresario. Sin ninguna cobertura pública, por cierto, porque ni siquiera ha existido una exención de cuotas sociales de este período temporal. El procedimiento del art. 3 DLA 10 tampoco facilita la recuperación porque no son horas disponibles por la empresa sino sujetas a un procedimiento de consultas con los representantes de los trabajadores que, donde no los hay, se vuelve a complicar con la prioridad de una mesa sindical sectorial. Se podría haber utilizado la fórmula del art. 34.2 ET, en defecto de negociación colectiva disponibilidad de esta bolsa de horas por la empresa, y, en cambio, se ha introducido una tramitación más compleja que en horas irregulares ordinarias, con estos períodos de consulta, si bien en última instancia sigue decidiendo la empresa.

### *3.3. Costes asumidos por los trabajadores por cuenta ajena*

Del lado de los trabajadores/as, el acceso al desempleo con un 70 por 100 de base reguladora y el tope máximo de prestación social del Régimen General devalúa considerablemente su poder adquisitivo, pues no existe complemento salarial público, sin perjuicio lo establezca voluntariamente la empresa. Del mismo modo, los trabajadores/as que reducen su jornada al 100 por 100 por

conciliación familiar sacrifican su salario durante la vigencia de la medida sin que se haya ofrecido ninguna renta compensatoria. Este margen de costes es asumido por los trabajadores directamente, con reducciones de ingresos que pueden ser muy significativas durante la crisis. La enorme receptividad de las empresas al uso de ERTES, antes expuesta, que afecta a unos tres millones y medio de trabajadores, evidencia este impacto económico. Con la incertidumbre que supone este escenario, donde la duración de los ERTES por fuerza mayor, tras el DLA 18, se desvincula ya del estado de alarma, hasta el 30 Junio o con prórrogas adicionales. Y muchos ERTES productivos han determinado duraciones amplias, en espera de una recuperación muy paulatina y gradual. En estos casos, el coste que debe soportar el trabajador puede multiplicarse porque el art.3 DLA 18 sólo parece prever hasta el 30 Junio la reposición de desempleo. Si no se corrige esta medida, los trabajadores irán consumiendo desempleo a partir del 30 Junio, en una situación de recesión económica que puede conllevar una próxima pérdida de su empleo.

Por su parte, en el permiso retribuido recuperable de actividades no esenciales, desde el 30 Marzo hasta el 9 Abril, existe un reparto de costes entre empresa y trabajador, sin asumir ninguno el Estado. La empresa debe mantener el pago de los salarios cuando no se trabaja, y el trabajador recuperar las horas no trabajadas cuando se reanude la actividad normal, con el procedimiento del art. 3 DLA 10. Como ya he expuesto, resulta previsible que sea la empresa quien asuma este coste económico porque serán horas en muchos casos no recuperadas. Si se recuperan se habrá activado este reparto de costes y si no lo soportará en exclusiva la empresa, sin ningún papel del Estado asegurador en una crisis.

Lo más preocupante, en cualquier caso, es el ajuste de empleo concentrado en trabajadores temporales. Como era previsible, ya los datos oficiales de Marzo y Abril muestran que el gran porcentaje, un 85 por 100, de empleos destruidos, ya en la primera fase de la crisis, provienen de trabajadores temporales. Son el colectivo laboral que más está soportando los costes de la crisis, pues pierden empleo, difícilmente van a encontrar otro en largo tiempo, y van consumiendo desempleo porque en ellos no opera la reposición exclusiva de los ERTES. De nada sirve interrumpir el cómputo de los contratos, como se ha adoptado en el art.5 DLA 9, si la gran mayoría no están en ERTES. Los contratos temporales se irán luego extinguiendo con este mismo efecto ampliado. Resulta oportuno el subsidio específico para los que no tienen cobertura social entre temporales con contratos de al menos dos meses, pero no hay que olvidar que un gran porcentaje de este colectivo tiene contratos de corta duración, sin que se haya previsto sumen varios contratos para acceder al subsidio. Puede haber casos, así, de falta de cobertura social. Habrá situaciones donde todo el coste de la crisis va a recaer en los trabajadores más vulnerables.

El propio Gobierno es consciente del impacto económico en los trabajadores de esta crisis, en distintos círculos de repercusión de costes, porque en el DLA 11 ha diseñado medidas de garantía de suministros de servicios básicos, moratorias de hipotecas y pagos de alquiler, con créditos en buenas condiciones del ICO, y prohibición de desahucios. Son medidas que compensan, con avales y dinero público, este impacto económico en los más vulnerables, pero que, a su vez, reflejan el propio impacto, que es así minimizado.

### *3.4. Costes asumidos por los autónomos*

Finalmente, en los autónomos, el acceso a prestación por cese de actividad con un 70 por 100 de base reguladora, teniendo en cuenta que muchos cotizan por base mínima, tiene también un impacto significativo de devaluación de su poder adquisitivo. El parón productivo ha afectado a muchos autónomos cuyos ingresos se limitan a esta prestación social.

Y los autónomos que mantienen actividad, con reducción de ingresos sin alcanzar el 75 por 100, no están exonerados de cuotas ni de pago de impuestos, pues tan sólo se han establecido, como he expuesto, moratorias.

Como han evidenciado las asociaciones profesionales de autónomos, la prestación social está siendo útil, pero este colectivo está soportando buena parte de los costes de la crisis. Además, los autónomos con empleados han vistos repercutidos también los costes empresariales, antes expuestos, con especial impacto de la incertidumbre de los procedimientos articulados y, en especial, del permiso retribuido ante el confinamiento total.

### *3.5. Un reparto desigual de costes públicos y privados*

El análisis de distribución de costes públicos y privados de la crisis muestra un reparto desigual de su impacto.

Si bien el Estado asume parte de los costes, sobre todo en ERTES y fijos discontinuos, la repercusión económica en el tejido productivo privado es significativa, tanto en empresas y autónomos, como en trabajadores por cuenta ajena. El Estado ejerce una función de aseguramiento ante la crisis que, dado el volumen de ERTES, va a salvar millones de empleos, pero carga costes privados que pueden ser un lastre para la recuperación económica gradual y paulatina. El parón económico y productivo ha sido inducido por el Gobierno por motivos de salud pública pero los costes laborales no han sido asumidos íntegramente por el Estado sino repartidos, de manera desigual, entre empresas, autónomos y trabajadores.

No parece diferenciarse la respuesta pública de esta crisis a otras, como la del 2008, donde también el reparto de costes fue desigual, agravado además por la escasa presencia entonces de flexibilidad laboral. Hubo en ambas un fuerte ajuste inicial de empleo con temporales, dado nuestro modelo dual; hubo pérdida de poder adquisitivo de los asalariados en aquella y lo está habiendo ya, vía ERTES, y habrá luego más, en ésta, vía reducciones de salario, en la tremenda recesión económica que se avecina; las empresas sufrieron entonces pérdidas importantes, que obligaron a ajustes de empleos y reestructuraciones productivas, sino concursos, y en ésta sucederá lo mismo; y los autónomos tendrán iguales consecuencias negativas en sus negocios que dará lugar a veces a cierres y quiebras. La diferencia con 2020 es que existe más flexibilidad laboral, lo que potencialmente va salvar más empleos que en 2008, que la política económica está asegurando liquidez, que minimizará daños, y que la UE está activando políticas de estímulo monetario y financiación pública. Pero el esquema de reparto de sacrificios de la crisis es bastante similar, sin que entonces, ni ahora, el Estado haya ejercido una función de aseguramiento íntegro de riesgos y costes. Determinado lenguaje ideológico –escudo social– no debería ocultar este hecho.

La singularidad, además, de esta crisis, es que ha sido el propio Estado quien ha inducido el parón económico y productivo por motivos de salud pública, lo que debería haber intensificado en mayor medida, al menos en esta primera fase, esta función pública de aseguramiento de riesgos y costes. No es una crisis de mercado, sino de salud pública con medidas instadas por el propio Estado para protegerla y que afectan a la economía. Esta premisa hace difícil la comparación con la crisis financiera de 2008 y, desde luego, lo que confirma, es que el Estado debería haber asumido, en mayor medida, la función aseguradora de riesgos y costes económicos.

#### 4. ¿Cabía una alternativa más sencilla y con mayor soporte público?

Partiendo de esta reflexión, cabe pensar si eran posibles alternativas más sencillas y con mayor soporte de aseguramiento público en una situación así. Es un ejercicio de hipótesis de pasado, que poco aporta a la más interesante reflexión de futuro, pero que merece la pena plantear en un plano teórico.

De inicio, se podrían haber articulado, junto con los agentes sociales, las actividades esenciales, con garantía de trabajo presencial, y no esenciales, sobre las que adoptar medidas graduales en función de decisiones de confinamiento. Con este esquema inicial, en actividades no esenciales, dependiendo del grado de las medidas, se podría haber articulado un modelo más sencillo con teletrabajo y, si ello no era técnicamente posible, acceso automático a ERTE por cualquier empresa con exoneraciones de cuotas y protección social por desempleo de los afectados, durante la duración de la medida de suspensión o restricción de actividad o prohibición de trabajo presencial. La empresa de actividad no esencial sólo tendría que haber declarado, ante la autoridad laboral, la imposibilidad de teletrabajo y sus trabajadores pasarían directamente a ERTE suspensivo o de reducción de jornada con esta protección social reforzada. Sin sospechas de ningún tipo porque el Estado habría ejercido de asegurador íntegro de costes y riesgos de las empresas afectadas por sus propias medidas, con el gasto público necesario.

En vez de dividir los ERTES en fuerza mayor o causa empresarial, dando protagonismo a la autoridad administrativa con una acumulación de procedimientos, se tendría, quizás, que haber simplificado el sistema de esta manera y con decisiones empresariales de ERTE, comunicadas al SEPE, a efectos de gestión del desempleo, para solventar una situación de excepcionalidad. Se habrían reducido así más costes a las empresas y garantizado a los trabajadores protección social en este tiempo provisional.

Lo mismo sucede con los autónomos. Quizás era más sencillo, en actividades no esenciales, ofrecerles a todos, al margen de su caída de ingresos, la opción por la cobertura social y exoneración de sus cuotas de seguridad social en este tiempo provisional. Se habría reducido el impacto de la crisis en su situación con la garantía pública de renta.

Era viable, en hipótesis, un modelo más sencillo de flexiseguridad, aunque hubiera sido mucho más costoso en gasto social de desempleo. En todo caso, este debate es ya estéril, y lo importante es cómo afrontar la recuperación económica con nuevas ecuaciones de reparto de costes públicos y privados.

### 5. El reparto de costes de cara a la recuperación paulatina y gradual<sup>12</sup>

#### 5.1. Facilitar ERTES

La paulatina desescalada de medidas del estado de alarma, en fases graduales, y su futuro levantamiento definitivo, inaugurarán, también, un escenario inédito: la recuperación económica y empresarial tras este parón productivo. Este escenario va a suponer un replanteamiento de la distribución de costes laborales a medida que se vaya recuperando la actividad. Se da por hecho un gran impacto en desempleo, ya anticipado en la fase previa de la crisis, que tiene que ser socialmente atendido, y también es una evidencia que los ERTES van a seguir cumpliendo una función esencial para salvar

<sup>12</sup> Reproduzco básicamente las propuestas elaboradas en el documento de ESADE EC POL (dirección Toni Roldán) LAHERA FORTEZA, J.; MATEO ESCOBAR, R., *Políticas para mitigar el impacto laboral y social del Covid-19 en el período de transición*, Abril 2020, accesible en web ESADE EC POL. No menciono algunas propuestas que posteriormente han sido articuladas en el Decreto-Ley 15, como en trabajadores con período de prueba y fijos discontinuos.

empleos. En ambos frentes habrá que aumentar la cobertura pública para evitar desequilibrios sociales y que el Estado cumpla, en mayor medida que hasta ahora, su función aseguradora de costes y riesgos en situaciones críticas.

Se debe aprobar una normativa específica que facilite los ERTES en esta recuperación, liberando de costes a las empresas para mantener empleos de cara al futuro<sup>13</sup>. El DLA 18, que es la primera norma laboral de la desescalada, tiene buenas intenciones, al dividir los ERTES por fuerza mayor totales y parciales, con desafecciones graduales asociadas a exoneraciones porcentuales de cuotas, y un horizonte despejado hasta el 30 Junio. Pero esta acción política es claramente insuficiente si se quiere proteger el empleo y salvar empresas en la desescalada en medio de una recesión económica. Se debe profundizar en este objetivo con mayor ambición.

Los escenarios no van a ser ya de fuerza mayor, sino de caída sustancial de consumo, demanda y facturación, por lo que la herramienta es el ERTE por causa empresarial, sin necesidad de autorización administrativa. Ello va a relajar la acumulación de procedimientos administrativos de la primera fase de la crisis y ofrecer más margen de decisión a las empresas. El reto ahora es ofrecer el máximo de seguridad jurídica a las empresas durante esta segunda fase de la crisis. Se deben diseñar causas empresariales de ERTE adecuadas a esta realidad económica. Su diseño debe ser flexible y suficientemente amplio para que las empresas encajen en supuestos que se apartan de las reglas generales. Se debe contemplar de manera expresa lo que ya están haciendo muchas empresas, la posibilidad de afectar y desafectar trabajadores en el ERTE en función de la actividad e ingresos, ya previsto en ERTES de fuerza mayor parcial. La causa no va a ser fija y cierta sino incierta y gradual en el tiempo.

En este sentido, se deben facilitar los procedimientos para que las empresas tomen la decisión de suspensión contractual y reducción de jornada conforme a sus circunstancias, manteniendo vigentes los contratos de trabajo. Como en despidos y modificaciones contractuales se deberían diferenciar, por número de afectados, entre procedimientos individuales y colectivos, con o sin consulta con los representantes de los trabajadores. Cuando éstos existan, con períodos breves de consulta para alcanzar acuerdo sindical, decidiendo, en su defecto la empresa. Cuando no los hay, acudir a la regla general ya prevista en el art. 41.4 ET, una asamblea que elija directamente mesa sindical o comité ad hoc, sin la traba impuesta de dar prioridad a una mesa sindical del DLA 8.

La protección específica de desempleo, sin carencia y con reposición, debe continuar en estos nuevos ERTES, para proteger a los afectados. No se explica la limitación de medidas hasta el 30 Junio que se deduce del art. 3 DLA 18. Si los tiempos se alargan habrá que contemplar articular complementos públicos a estas prestaciones sociales. Se deben exonerar las cuotas empresariales de seguridad social a todas las empresas que utilicen estos nuevos ERTES específicos, con un compromiso de empleo, pero condicionado a las circunstancias económicas y productivas de cada sector, con normas claras, y que tan sólo incluya despidos improcedentes o nulos como incumplimiento.

La articulación de un fondo europeo de desempleo (SURE), destinado a medidas de reducción de horas de trabajo que salven empleos, inspirada en el modelo alemán, asegura la financiación de estas medidas. Pero es necesario facilitar los ERTES, en los términos expuestos, con esta reforma específica. O ERTES o despidos, esa va a ser en muchos casos la opción. Hay que facilitar, por tanto, con claridad, el gasto social que sea necesario, seguridad jurídica y contundencia, los ERTES. En ello estará una mejor distribución de costes de esta crisis porque si hay desempleo, se aumenta el impacto en los trabajadores, mientras que si, con renta pública, se aseguran empleos, el reparto de costes entre Estado, empresas y asalariados se equilibra.

---

<sup>13</sup> LAHERA FORTEZA, J, "Flexibilizar los ERTES para salvar más empleos", *Cinco Días*, 14 Abril y "Proteger el empleo", *El País*, 5 Mayo

### *5.2 Proteger a los más vulnerables*

Por su parte, ante el previsible gran aumento de desempleo derivado de una crisis sanitaria convertida en económica, en medio de una recesión global, es necesario aumentar la cobertura social, en especial la dirigida a los más vulnerables.

En un modelo dual como el español el ajuste inicial de empleo lo van a sufrir los temporales, como ya se está viendo. Por ello, va a ser fundamental aumentar la cobertura social de este colectivo. La medida adoptada hasta ahora del subsidio específico en contratos de al menos dos meses resulta insuficiente. Muchos temporales suman muchos contratos de breve duración y se debería extender el subsidio a quienes, al menos, con varios contratos, sumen un mes de cotización desde antes del estado de alarma.

Este tipo de medidas seguramente tendrán que ser compaginadas con rentas mínimas para todas las personas que no tengan prestación ni subsidio de desempleo. El debate se mezcla con el propuesto ingreso mínimo vital estructural pero se debe afrontar con rapidez y de manera finalista a los más perjudicados por esta crisis. Es tiempo de rentas mínimas coyunturales, no estructurales, aunque habrá que valorar el impacto del ingreso mínimo vital.

Finalmente, la distribución entre costes públicos y privados debe inclinarse mucho más hacia el Estado en el colectivo de los autónomos. Hay que replantear la prestación social por cese de actividad para atender situaciones de caída de ingresos sin la alta exigencia de un 75 por 100, por ejemplo con la referencia de un 40 por 100. Hay que alargar la vigencia de esta prestación social concebida de manera coyuntural y excepcional. Hay que efectuar exoneraciones de cuotas sociales en los próximos meses en los autónomos, más allá de las previstas moratorias. En la línea de lo ya previsto, hay que intensificar los avales y créditos públicos en el colectivo, con ayudas económicas directas, para salvar pequeños negocios.

### *5.3. Por un reparto más equitativo de costes*

En conclusión, la distribución de costes laborales en la primera fase de la crisis sanitaria, coincidente con el estado de alarma, ha sido desigual porque el Estado, pese a absorber la parte social del impacto, lo que es loable, no ha terminado de ejercer del todo su función aseguradora y ha desplazado, en exceso, costes al tejido productivo privado. Las empresas, autónomos y trabajadores por cuenta ajena han soportado demasiados impactos económicos negativos, que pueden lastrar la recuperación ante la prevista recesión de los próximos meses.

La segunda fase de la crisis es una oportunidad para reconsiderar esta distribución de costes laborales y que el Estado ofrezca más cobertura pública en su función aseguradora de riesgos, en una situación que va a ser dura y muy difícil. Como ha sido expuesto en este análisis, se deben, por ello, facilitar los ERTES liberando de más costes a las empresas, y se deben atender con rentas públicas todas las situaciones de necesidad de los perdedores de esta crisis, sobre todo trabajadores temporales y autónomos con pequeños negocios, de sectores especialmente dañados.

# Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio OIT 190\*

## An initial approach to the new concepts of violence and harassment at work introduced by the ILO Convention 190

MARÍA PONS CARMENA\*\*

*Universitat de València*

ORCID ID: 0000-0002-1378-8840

Recibido: 25/2/2020

Aceptado: 3/4/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5538>

*Resumen:* El Convenio OIT 190 sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo adoptado en 2019 establece un nuevo concepto sobre violencia y acoso de carácter amplio y general. Por ello se requiere revisar los múltiples conceptos existentes en nuestra legislación, así como las actuales interpretaciones judiciales y doctrinales de los mismos, con especial hincapié en lo que se denomina acoso moral que no está definido legalmente. La nueva norma internacional va a requerir replantearse la concepción de la violencia y el acoso por razón de género como subcategoría de la violencia y acoso por motivos discriminatorios y, también, la adecuación de los conceptos de trabajador y del lugar de trabajo como ámbitos de aplicación de la normativa con respecto a la prevención, protección y tutela que ofrece la misma frente a la violencia y el acoso en el ámbito laboral.

*Palabras clave:* violencia y acoso en el trabajo, Convenio OIT, violencia de género, acoso moral, riesgos psicosociales.

*Abstract:* The ILO Convention 190 on the elimination of violence and harassment at work adopted in 2019 has introduced a new, wide and general concept of violence and harassment. Therefore, it becomes necessary to re-examine the actual legal concepts that exist and their judicial and doctrinal interpretation. Since moral harassment is not defined in the Spanish legal system, a special attention has to be paid to this type of harassment. The new international norm requires as well the revision of the concept of gender-based harassment, established as a subcategory of violence and harassment based on discriminatory reasons. Also, the concepts of worker and workplace, as references of the scope of application of the norm in respect to its legal prevention and protection, should be re-examined in the light of the new international legislation.

*Keywords:* violence and harassment at work, ILO Convention, gender-based violence, moral harassment, psychosocial risks.

---

\*Trabajo realizado en el marco del I+D de Generación del Conocimiento sobre Violencia, Trabajo y Género (VITRAGE), Ref. PGC2018-094912-B-I00, del Programa Estatal de Generación del Conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico del sistema del I+D+i del Ministerio de Ciencia, Innovación e Universidades.

\*\*mponsc@uv.es

## 1. La aprobación de una nueva norma internacional y sus posibles repercusiones

El pasado 21 de junio de 2019, en el marco de la 108ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, se aprobó el Convenio nº 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el mundo del trabajo que se presentó junto a su Recomendación complementaria (nº 206). Dada la prolongada abstinencia normativa de la OIT<sup>1</sup>, la mera adopción de un nuevo Convenio es un hecho en sí mismo relevante, especialmente en estas épocas actuales en las que, en muchas ocasiones, se cuestiona la autoridad de la gran dama de 1919: se discute la convivencia de las normas de la OIT con otro tipo de normas privadas de aplicación transnacional, y no necesariamente imperativas, como nueva forma de protección de los derechos sociales en el espacio global. El balance suele ser mediocre<sup>2</sup>.

Conviene una nueva norma internacional sobre violencia y acoso en el trabajo después de, al menos, dos años de negociaciones en el seno de la OIT<sup>3</sup>: un Convenio de carácter técnico y una Recomendación que lo complementa. Conductas como la violencia, la intimidación, el acoso y otros comportamientos abusivos han existido siempre pero en la actualidad están cobrando una mayor visibilidad y renovada atención tanto a nivel internacional como a nivel nacional; en ambos casos por motivos similares. Por un lado, porque afectan a derechos esenciales (fundamentales) de la persona como la dignidad, la integridad física y moral, el honor y la salud; pues los comportamientos violentos y/o abusivos tienen efectos “pluriofensivos”. Por otro lado, porque a pesar de la existencia de problemáticas diversas según países, la realidad es compartida: los mecanismos de prevención están fallando, quizás porque no son jurídicamente vinculantes, o porque pretenden sancionar más que prevenir o, directamente, porque no existen y, si existen, no se aplican. A su vez, los mecanismos de tutela, principalmente la judicial, muestran un panorama decepcionante tanto en cuanto al número de asuntos que llegan a plantearse por esta vía, con respecto a la realidad del fenómeno –muy pocos–, como los que, de tramitarse, se pronuncian en favor de las víctimas de las situaciones de acoso y violencia, resarciendo adecuadamente por los daños causados.

El tratamiento normativo de la violencia y acoso en el trabajo no es, desde luego, novedoso, ni a nivel nacional, ni europeo, ni tampoco –parcialmente– a nivel internacional<sup>6</sup> y existen numerosos estudios doctrinales que así lo manifiestan. Interesa analizar como podría afectarnos una próxima ratificación de esta nueva norma internacional<sup>7</sup>, el Convenio OIT 190, que es el primer

<sup>1</sup> Sobre las causas de la prolongada abstinencia normativa de la OIT, *vid.*, OJEDA AVILÉS, A., “Del mundialismo a la globalización. Un balance de los convenios OIT y su proyección futura”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 434, 2019, p. 30.

<sup>2</sup> SANGUINETI RAYMOND, W., “Las cadenas mundiales de producción y la construcción de un derecho del trabajo sin fronteras”, Ponencia Inaugural del XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sobre “El futuro del trabajo: cien años de OIT”, Salamanca, 30 y 31 de mayo de 2019, pp. 31-2. Cuestión distinta sería el facilitar el uso de las normas de la OIT por actores privados y no estatales. En este sentido, MAUPAIN, F., *The future of the International Labour Organization in the global economy*, Oxford, Hart Publishing, 2013.

<sup>3</sup> Véanse los Informes de la OIT V (1) de 2018 y (2 A) y (2B) de 2019 sobre “Acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo”.

<sup>4</sup> MONTOYA MELGAR, A., “El acoso en el trabajo y su encuadramiento jurídico”, *Civitas*, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 140, 2008, p. 756; *Vid.*, VALDÉS DAL-RE, F., “Derecho constitucional y violencia en el trabajo en España”, *Revista Internacional y comparada de Relaciones laborales y derecho del Empleo*, Vol. 1, núm. 4, octubre-diciembre de 2013, p. 8.

<sup>5</sup> *Vid.*, *Observatorio Vasco sobre Acoso y Discriminación. Estudio de la doctrina judicial en materia de acoso en el Trabajo*, Tirant Lo Blanch, 2019; MOLINA NAVARRETE, C., “Del acoso moral (*mobbing*) al ciberacoso en el trabajo (*network mobbing*): viejas y nuevas formas de violencia laboral como riesgo psicosocial en la reciente doctrina judicial”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 437-438 (agosto-septiembre 2019), pp. 144-146.

<sup>6</sup> Sobre los Convenios de la OIT (nº 155 y nº 187) que tratan sobre cuestiones preventivas en los que pueden incluirse los riesgos psicosociales *Vid.*, BALLESTER PASTOR, M. A., “La política de la OIT y de la Unión Europea sobre la salud y riesgos psicosociales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales*, ADAPT University Press, volumen 1, nº 4, octubre-diciembre 2013, pp. 15 y ss.; MORALES RAMÍREZ, M. A., “Aproximación al acoso laboral desde la legislación comparada”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIX, núm. 147, septiembre-diciembre de 2016, pp. 71-98.

<sup>7</sup> Según lo dispuesto en el art. 14.2 del Convenio OIT 190, éste entrará en vigor 12 meses después de la fecha en las que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General. “Desde dicho momento, el presente Convenio entrará

instrumento normativo de carácter internacional que trata sobre la violencia y acoso en el trabajo de forma global e integral, sobre los conceptos normativos existentes en nuestra legislación, así como sobre las actuales interpretaciones judiciales y doctrinales de los mismos, con especial hincapié en lo que se denomina acoso moral. Ha de prestarse especial atención también a la concepción de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo como riesgo psicosocial que afecta a la dignidad de las personas. Tanto el Convenio 190 OIT como la Recomendación que lo acompaña inciden de forma significativa en el tratamiento de la violencia y acoso en el trabajo como materia indispensable e inseparable de la prevención y gestión de la seguridad y salud en el trabajo. Aunque no se dice expresamente, el objetivo de la normativa responde a la necesidad de “fomentar lugares de trabajo seguros, salubres, armoniosos y libres de violencia y acoso”. Así se menciona en el apartado 23.g de la Recomendación, que aconseja a los Miembros financiar, elaborar, aplicar y difundir campañas públicas destinadas a fomentar lugares de trabajo con estas características.

## 2. Estado actual de la regulación sobre violencia y acoso en el trabajo: definiciones y clasificaciones

### 2.1. Normativa interna sobre violencia y acoso en el trabajo

A nivel interno, en el plano del derecho material, contamos con varias normas que tratan sobre violencia y acoso en el trabajo; son las siguientes:

- a) En términos generales, el Estatuto de los trabajadores (ET) reconoce el derecho de los trabajadores en la relación de trabajo “al respecto de su intimidad y la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo” (art. 4). A su vez, el artículo 54.2.g ET considera incumplimiento contractual el acoso por razón de origen racial o étnico, religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.

Por su parte, el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por RD Legislativo 5/2015, tipifica como faltas disciplinarias muy graves de los empleados públicos, por un lado, “el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo” (art. 95.2.b); y por otro, “el acoso laboral” (art. 95.2.o).

- b) En términos más concretos, ha de destacarse la Ley 62/2003 de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden social, que incorporó al ordenamiento español las Directivas: 2000/43, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; y la 2000/78 sobre el establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación, que pretende luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual. Esta Ley 62/2003 definió, por vez primera en nuestro ordenamiento, el **acoso discriminatorio** como “toda conducta no deseada, relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad, la orientación

---

en vigor, para cada miembro, 12 meses después de la fecha de registro de su ratificación” art. 14.3 Convenio OIT 190. Hasta la fecha (mayo 2020) no se ha ratificado el Convenio OIT 190 en ningún país.

- sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo” (art. 28.1).
- c) La Ley Orgánica de Igualdad 3/2007 (LOI) define el **acoso sexual** como “cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno, intimidatorio, degradante u ofensivo” (art. 7.1) y el **acoso por razón de sexo** como “cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo” (art. 7.2).
- d) La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la **violencia de género**, cuya finalidad es atajar y erradicar la violencia de género con carácter integral y multidisciplinar, incorporando medidas preventivas y de sensibilización, define esta forma de violencia en su art. 1.3: comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad. En esta norma, la violencia de género se configura como una manifestación de discriminación, de la situación de desigualdad histórica de los hombres sobre las mujeres (art. 1.1)<sup>8</sup>. Por indicación de la DA 7º de esta Ley, se modificaron los siguientes artículos del ET: art. 37.7 (jornada); art. 40.4 (traslado o cambio de puesto de trabajo); art. 45.1.n (suspensión del contrato de trabajo); art. 48.10 (duración de la suspensión contractual); art. 49.1.m (extinción del contrato); 52.d.2º párrafo (despido objetivo) y art. 55.5.b (efectos del despido disciplinario).
- e) El Real Decreto Legislativo 1/2013 sobre derechos de las personas con discapacidad hace referencia al **acoso discriminatorio** en personas con discapacidad en su art. 2.f, definiendo este como “toda conducta no deseada relacionada con la discapacidad de una persona que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”.
- f) El Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, sobre medidas urgentes de garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación incide en la **prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo**, y obliga a la puesta en marcha de planes de igualdad en empresas de más de 50 trabajadores a partir de 2022 y, además, prevé un nuevo permiso y formas de ordenación del tiempo de trabajo por razón de violencia de género sobre la mujer funcionaria (art. 49.d EBEP).

En el plano de la tutela administrativa ante situaciones de violencia y acoso en el trabajo, el Real Decreto Legislativo 5/2000 (LISOS) prevé como infracciones muy graves: 1.- el **acoso sexual** (art. 8.13)<sup>9</sup>; 2.- el **acoso discriminatorio**, que define como “acoso por razón de origen racial o étnico, religioso o convicciones, discapacidad, edad y orientación social y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo” (art. 8.13 bis); 3.- y, en general, “los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la digni-

<sup>8</sup> Limitándose su ámbito de aplicación a la violencia que se ejerce sobre las mujeres por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligadas a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia (art. 1.1). Como ha señalado GARCÍA TESTAL, esto no ocurre en otras normas autonómicas, que suelen establecer conceptos más amplios de violencia de género, amparando a otros sujetos distintos de la mujer pero dependientes de ella; en cualquier contexto o ámbito... En *Derechos de las trabajadoras víctimas de la violencia de género*, Colección laboral nº 229, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 118-119.

<sup>9</sup> Art. 8.13 LISOS: “El acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de decisión empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma”.

dad de los trabajadores” (art. 8.11), pudiéndose encuadrar en este último artículo, el denominado **acoso moral**<sup>10</sup>. La comisión de estas infracciones da lugar a unas responsabilidades empresariales específicas –básicamente ser excluidos por un periodo de 6 meses a dos años y/o perder ayudas y bonificaciones al empleo y la obligación de elaborar un plan de igualdad aún no estando legalmente obligado a ello<sup>11</sup>– y, también, a la correspondiente sanción administrativa general –multa– prevista en la LISOS para las infracciones muy graves en materia de relaciones laborales (art. 40.1). En caso de que las conductas de violencia o acoso pudiesen ser constitutivas de delito, y para salvaguardar el principio *non bis in idem*, el funcionario actuante habrá de informar de ello al Jefe de la Inspección de Trabajo y éste, de estimar la concurrencia de ilícito penal, lo comunicará al órgano competente para resolver (art. 5.1 RD 928/1998). En este sentido, la ITSS está obligada a incoar de oficio el proceso penal (art. 22 Ley 23/2015 de la ITSS).

El Código Penal tipifica varios tipos de acoso, entre estos, los siguientes: 1.- el **acoso de acoso o predatorio** (art. 172 ter); 2.- el **acoso laboral** (art. 173.1 segundo párrafo, previsto a partir de la reforma del Código Penal por LO 5/2010), está configurado por su ubicación como un atentado a la integridad moral<sup>12</sup>. Cuando el acoso tiene lugar “en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional” y “prevaliéndose de la relación de superioridad”, constituirá grave acoso “cuando se realicen de forma reiterada<sup>13</sup> actos hostiles o humillantes aun cuando no lleguen a constituir trato degradante”. Se prevé la pena de prisión de seis meses a dos años; 3.- el **acoso sexual** está comprendido entre los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales (art. 184). Los elementos del tipo son: 1.- solicitud sexual (no se exige que se obtenga el favor sexual pero sí que se coloque a la víctima en una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante); 2.- es necesario que exista una relación en el ámbito laboral, docente o de prestación de servicios entre el sujeto activo y el pasivo; 3.- provocación de situación intimidatoria, hostil o humillante. La pena prevista para el tipo básico es de tres a cinco meses de prisión o multa de seis a diez meses. Las situaciones de superioridad laboral docente o jerárquica y las especiales circunstancia de la víctima (edad, vulnerabilidad o enfermedad) conllevan penas mayores (subtipos agravados, arts. 184.2 y 184.3).

El Código Penal actual (versión LO 1/2015), recoge las nuevas redacciones establecidas por la LO 1/2004 relativas a las medidas de protección contra la **violencia de género**. En concreto, destacan las siguientes disposiciones: art. 153 sobre **malos tratos**; art. 171 apartados 4, 5 y 6 sobre **amenazas**; art. 172.2 **coacciones**; art. 468 sobre **quebrantamiento de condena**; art. 620 sobre vejaciones leves, entre otros.

Ha de señalarse que en nuestra norma fundamental en materia de seguridad y salud laborales, la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales –LPRL–, no se encuentran referencias expresas a la violencia y al acoso en el trabajo, como **riesgo psicosocial** que es. La ITSS llegó a dictaminar (Criterio técnico 34/2003) que el acoso laboral quedaba fuera del ámbito sustantivo y sancionador de la ITSS. Ello no obstante, una amplia doctrina judicial y académica, que ha acabado siendo respaldada por el TC, viene considerando, no sólo que el acoso y demás riesgos psicosociales son daños derivados del trabajo (art. 4.3 LPRL), sino también que el deber de protección del empresario (art.

<sup>10</sup> Vid., SSTSJ Madrid 27 de junio y 3 diciembre de 2007.

<sup>11</sup> Vid., art. 46 bis LISOS.

<sup>12</sup> La integridad moral deberá ser entendida como el derecho a ser tratado como persona y no como cosa; el derecho a no ser sometido a comportamientos que, dirigidos a humillar y degradar a la persona, la utilicen como mero instrumento en manos del sujeto activo. PÉREZ MACHÍO, A., *Mobbing y Derecho Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 100. Véase también, ACALE SÁNCHEZ, M., “El concepto poliédrico de acoso en el trabajo en el Código Penal: luces y sombras”, *Revista de Derecho Social* núm. 79, 2017, pp. 63-92.

<sup>13</sup> Aunque no se concreta el número de actos intrusivos que pueden dar lugar al tipo penal, el *continuum* de acciones debe proyectarse en un doble aspecto: a) repetitivo en el momento en que se inicia y b) reiterativo en el tiempo, al repetirse en diversas secuencias en tiempos distintos. Vid., STC sala penal, de 12 de julio de 2017 (Rec. 1745/2016).

14.1 LPRL) alcanza a la protección frente el acoso. En este sentido, el empresario deberá garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo y realizará la prevención de riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias al objeto de cumplir con sus obligaciones de protección (art. 14.2 LPRL). Como riesgos psicosociales relacionados con el trabajo que son la violencia y el acoso en el ámbito laboral, estas actuaciones pueden conllevar un recargo de prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad y salud en el trabajo (STC 4 de marzo de 2014, Rec. 788/2013).

Puede apreciarse que la normativa laboral, en punto a la tipología y clasificación de la violencia y acoso en el trabajo es, cuanto menos, un poco caótica, y se encuentra dispersa en diversas normas<sup>14</sup>. Además, es relevante señalar que no contamos en el ámbito laboral con una definición legal de acoso moral, aunque este hecho no ha sido óbice para que se haya ido elaborando un concepto jurisprudencial de acoso moral o *mobbing*, y para que se hayan ido construyendo los elementos objetivos y subjetivos de esta figura a partir de la doctrina judicial (*Vid., infra* apartado 5).

A salvo de la normativa recogida en el Derecho Penal, principalmente el acoso sexual previsto desde 1995 –aunque reformado con posterioridad–, la regulación de la violencia y el acoso en el ámbito laboral es fruto de una construcción por aluvión, por impulsos o por la necesidad de ir incorporando normativa comunitaria<sup>15</sup> o, lo que es peor, por modas, sin convicción. Quizás cierta dispersión normativa podría justificarse únicamente en torno a la protección de la denominada violencia de género que, por su singularidad, requiere de un tratamiento específico, integral y diferente, lo que justificaría en parte esta falta de sistematización normativa<sup>16</sup>. Quizás también haya llegado el momento de abrirse a nuevos planteamientos o concepciones (*Vid.,* apartado 7).

## 2.2. Las estrictas definiciones del acuerdo marco europeo sobre acoso y violencia en el trabajo de 2007

En virtud de lo dispuesto en el art. 139 TCE (actual art. 155 TFUE), y tras 10 meses de negociaciones, los interlocutores sociales europeos alcanzaron un acuerdo marco sobre violencia y acoso en el trabajo el 26 de abril de 2007. En el ámbito del diálogo social europeo se adoptó también un acuerdo multisectorial sobre violencia y el acoso de terceros relacionados con el trabajo, suscrito en 2011 por diversos interlocutores sociales europeos.

Con respecto al acuerdo marco europeo de 2007, aunque en su punto 1 se hace referencia a formas muy generales de acoso y violencia en el trabajo, el punto 3, contiene unas definiciones muy estrictas de lo que ha de entenderse por acoso y por violencia, que se tratan como dos realidades distintas: 1.- “se da **acoso** cuando se maltrata a uno o más trabajadores o directivos varias veces y deliberadamente, se les amenaza, se les humilla en situaciones vinculadas al trabajo”; 2- se habla de **violencia** cuando se produce la agresión de uno o más trabajadores o directivos en situaciones vinculadas al trabajo. En este mismo punto 3 (párrafos primero, tercero y cuarto), también se hace referencia de forma conjunta al acoso y a la violencia, considerando que son la expresión de comportamientos inaceptables adoptados por una o más personas, y pueden tomar muy diversas

<sup>14</sup> Es fragmentaria, lo que genera lagunas y peca de principialista, LOUSADA AROCHENA, F., “El Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo”; Revista de Derecho Social nº 88, 2020, p. 73.

<sup>15</sup> En cuanto a la discriminación por razón de sexo se han promulgado dos Directivas: la 2002/73 que modifica la Directiva 76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo y la Directiva 2006/54/CE de refundición de la normativa comunitaria relativa al principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Véase ALTÉS TÁRREGA, J., *El acoso del trabajador en la empresa*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2008, Valencia, pp. 14-25.

<sup>16</sup> PÉREZ DEL RIO, T., “La violencia de género en el empleo como violación del derecho a la integridad física y psíquica y su prevención. La función de los interlocutores sociales”, *Lan Harremanak/* 25, 2012, p. 145.

formas, algunas más fácilmente identificables que otras. La exposición de las personas al acoso y a la violencia puede depender del entorno de trabajo, “con la finalidad o el efecto de perjudicar la dignidad de la víctima, dañar su salud o crearle un entorno de trabajo hostil”.

La poca amplitud de las definiciones que se contienen en este acuerdo marco europeo de 2007 se aprecia, principalmente, en que se gradúan los comportamientos, mayor gravedad en el caso de la agresión, menor en el caso del acoso, lo cual es discutible. Se exige, además, una reiteración en el acoso para ser considerado como tal y, en ambos casos, violencia y acoso, ha de estar presente la intencionalidad o finalidad de causar un daño; aspectos que requieren reflexión. Ello no obstante, es positivo que el acuerdo marco persiga objetivos realistas: “aumentar la sensibilización frente a los supuestos de violencia y acoso, aconsejar la formación para empleados para que disminuyan las probabilidades de violencia y acoso, así como sugerir a las empresas para que declaren la no tolerancia y establezcan procedimientos a seguir en caso de incidentes” (apartado 4, primer párrafo).

### 2.3. Las Resoluciones del Parlamento Europeo de 2017 y 2018

Ante la inactividad normativa de la Comisión Europea, y del Parlamento Europeo como colegislador en los procesos ordinarios, en punto a la violencia y acoso en el trabajo, una vez adoptada la Directiva 2012/29 sobre los derechos de las víctimas de todo tipo de delitos, incluidos los de violencia por motivos de género<sup>17</sup>, han de destacarse por su relevancia dos Resoluciones del Parlamento Europeo: la de 26 de octubre de 2017 sobre la lucha contra el acoso y los abusos sexuales (2017/2897 RSP) y la de 11 de noviembre de 2018 que propone medidas para prevenir el acoso sexual y psicológico en el lugar de trabajo, espacios públicos y en la vida política de la Unión (2018/2055 INI).

En esta última Resolución de 2018, el Parlamento Europeo señala que es consciente de que la violencia en el mundo laboral se aborda de forma fragmentada, con estrategias centradas principalmente en sus formas más visibles, como la violencia física. Sin embargo, el acoso sexual y psicológico puede tener efectos aún más destructivos que la violencia física para la persona afectada (punto 0). Es determinante hacer frente a la realidad: un gran número de casos de acoso no se denuncian por vergüenza, por miedo al despido, por incapacidad para conseguir pruebas, por la normalización de las conductas, etc. (punto I).

Entre las medidas que propone el Parlamento Europeo, destacan las siguientes:

1. La Comisión y los Estados miembros, con la participación de los interlocutores sociales y la colaboración de Eurostat y EIGE (Instituto Europeo de Igualdad de Género), deben mejorar, promover y garantizar una recopilación sistemática de datos pertinentes y comparables sobre los casos de acoso sexual y discriminación por razón de género y de acoso psicológico, incluido el ciberacoso.
2. Ha de otorgarse una mayor prioridad a la sensibilización en todos los ámbitos, incluido el de los centros de enseñanza secundaria y universidades, y acoger iniciativas como el movimiento “*Me Too*” (puntos 12 y 53).

<sup>17</sup> La Directiva 2012/29 menciona en su Preámbulo (punto 17) la **violencia por motivos de género**, con amplitud, en los términos siguientes: “violencia dirigida contra una persona a causa de su sexo, identidad o expresión de género, o que afecte a personas de un sexo en particular de modo desproporcionado se entiende como violencia por motivos de género. Puede causar a las víctimas lesiones corporales o sexuales, daños emocionales o psicológicos, o perjuicios económicos”. “La violencia por motivos de género se entiende como una forma de violación de las libertades fundamentales de la víctima y comprende, sin limitarse a ella, la violencia en las relaciones personales, la violencia sexual (incluida la violación, la agresión sexual y el acoso sexual)... las mujeres víctimas de la violencia por motivos de género y sus hijos requieren con frecuencia de especial apoyo y protección de debido al elevado riesgo de victimización secundaria o reiterada, o de intimidación o represalias ligadas a este tipo de violencia”.

3. El Parlamento Europeo considera obsoleta la definición de acoso sexual contenida en la Directiva 2002/73<sup>18</sup> y propone que ésta se modifique “a la luz del devenir de la sociedad, las tecnologías y las costumbres, que han evolucionado y cambiado con el paso del tiempo”. Propone que se presente una definición exhaustiva y actualizada de acoso (sexual o de otro tipo) y de acoso laboral. (puntos C y D de la Resolución PE).
4. La Comisión, reitera el Parlamento Europeo, debe presentar una propuesta de Directiva que aborde todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas y de violencia de género, que debe incluir definiciones comunes de las distintas modalidades de violencia contra las mujeres, de acoso sexual o no y de acoso laboral, y unas normas comunes en materia de tipificación de la violencia contra las mujeres como delito (punto 15).
5. El Parlamento considera fundamental para combatir la violencia contra las mujeres que se garantice la igualdad de retribución entre mujeres y hombres como medio para evitar los abusos de poder y promover la igualdad de género y el respeto a la dignidad del ser humano (punto 35)

### 3. Las definiciones de violencia y acoso en el trabajo en el Convenio OIT 190

La OIT ha tomado la delantera a la UE con respecto al tratamiento normativo de la violencia y acoso en el mundo del trabajo, al adoptar por vez primera un instrumento vinculante de carácter internacional que trata la violencia y acoso en el trabajo de forma global e integral. Uno de los principales logros del nuevo Convenio nº 190 ha sido precisamente el haber logrado obtener el consenso de todos los Estados y sus interlocutores sociales en torno a la definición de violencia y acoso en el mundo del trabajo.

#### 3.1. La violencia y el acoso general: un concepto único y mínimo

El Convenio OIT establece (art. 1.1.a) un concepto único sobre violencia y acoso general en el trabajo, que apunta como subgénero a la violencia y acoso por razón de género que, a su vez, incluye al acoso sexual (art.1.1.b). Expresamente el art. 1.1 a señala 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 o prácticas, ya sea que se manifiesten de 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*”.

El convenio OIT 190 introduce de esta manera un nuevo concepto de violencia y acoso en el trabajo que puede denominarse general. Se habla en la definición establecida en el artículo 1.1.a de comportamientos que causan o pueden causar un resultado: un daño físico, psicológico, sexual o económico. Se trata de un concepto mínimo de referencia<sup>19</sup>, si bien, como señala el propio convenio, nada impide que “la violencia y el acoso puedan definirse en la legislación nacional como un concepto único o como conceptos separados” (art. 1.2 Convenio). Puede apreciarse que lo determinante es que se dé un elemento objetivo, causar daño o que sea posible causarlo y, en menor

<sup>18</sup> Esta Directiva define el acoso sexual como “la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo” (art. 2.2).

<sup>19</sup> VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M. P., “El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: principales novedades y expectativas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF 437-438 (agosto-septiembre 2018), p. 124.

medida, de un elemento subjetivo, que se pruebe que el sujeto o sujetos que lo causen, o pretendan causarlo, tienen intención de causar ese daño o destruir a la víctima (intencionalidad). Se da la intencionalidad pues se dice expresamente “que tengan por objeto”; que los comportamientos o actuaciones tengan por objeto causar un daño. Sin embargo, a la vista del contenido del Convenio, y de lo dispuesto en la Recomendación que lo acompaña, puede apreciarse que lo determinante va a ser el daño causado o la posibilidad de que se cause lo que lleva a enlazar la violencia y acoso en el trabajo directamente con la protección de la seguridad y salud en el trabajo. Por lo demás, puede observarse que el art. 1.1.a del Convenio establece expresamente que no se exige el elemento reiteración; es decir, la expresión “ya sea que se manifiesten de una sola vez o de manera repetida” es clara en cuanto a la exigencia de este elemento de tipificación.

### 3.1.1. Prevalencia del elemento objetivo

A diferencia de las definiciones contenidas en nuestras normas internas, en la norma internacional no se menciona que estas conductas tengan que tener el propósito o efecto de atentar contra la dignidad de la persona, ni tampoco se menciona que la violencia y el acoso deban fundarse en causas discriminatorias para ser consideradas como tales. Pienso que el Convenio se centra especialmente en la producción de un daño, o en la posibilidad de causarlo (daño físico, psicológico, sexual o económico), como elemento objetivo. El concepto violencia y acoso en la norma OIT, se apoya en el resultado final, que se haya producido un daño o se haya producido la posibilidad de causarlo, más que en determinar que ese posible daño traiga causa o esté causado por un comportamiento intencionado, con la intención de causar esos daños que se mencionan.

### 3.1.2. Ausencia del elemento reiteración

En el art. 1.1 a del Convenio se establece claramente que los comportamientos inaceptables o las amenazas “ya se manifiesten una sola vez o de manera repetida” son constitutivas de violencia o acoso, echando por tierra cualquier exigencia de reiteración en cuanto a la calificación del tipo. Es decir, si llega a ratificarse el Convenio OIT 190, no deberá requerirse la presencia del elemento reiteración, como venía siendo habitual en la doctrina judicial española hasta la STC 56/2019. La argumentación jurídica de esta sentencia supone un giro muy importante en cuanto a la concepción judicial del acoso moral, apartándose de la tradicional posición mayoritaria tanto judicial como científica, pues el TC va a entender que ni la intencionalidad de infligir una violencia extrema, ni la constatación de un daño, son elementos necesarios para identificar el tipo jurídico de acoso moral (*Vid., Infra* apartado 5).

## 3.2. La violencia y acoso por razón de género y el acoso sexual

El Convenio 190 OIT subsume la violencia y acoso por razón de género en el concepto de violencia y acoso general. En este sentido el ya comentando art.1.1.a: “*la expresión de violencia y acoso en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos o prácticas... e incluye la violencia o acoso por razón de género*”. Así, en la letra de la norma, la violencia y acoso por razón de género se prevén como un subtipo o subgénero de la violencia y acoso general. A su vez, la norma internacional considera que el acoso sexual es una subespecie de violencia y acoso por razón de género. En este sen-

tido, el art. 1.1.b del Convenio define la violencia y acoso por razón de género como aquellos “*que van dirigidos contra 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*”. No puede deducirse de lo dispuesto en el Convenio OIT 190, que exista una distinción entre la violencia y el acoso discriminatorio y el que no lo es, doctrinalmente denominado acoso moral, sino que, siguiendo este razonamiento, la tipología general violencia y acoso (art. 1.1 a) contiene como subtipo la violencia y acoso por razón de género (art.1.1.b). Ya se señaló que la principal definición legislativa de acoso discriminatorio en nuestra dispersa normativa, que se recoge en el art. 28.1 de la Ley 62/2003<sup>20</sup>, procede de la obligación de incorporar el contenido de las Directivas 2000/43 y 2000/78.

#### **4. La violencia y el acoso como riesgos psicosociales que afectan a la dignidad de las personas**

Un análisis de la definición de acoso y violencia establecida en el art. 1.1.a del Convenio no estaría completo sin una lectura detenida del contenido del mismo y de la Recomendación que lo acompaña. En concreto, desde la propia Exposición de motivos del Convenio hasta el último párrafo de la Recomendación, son numerosísimas las indicaciones que se muestran sobre la intención primaria de la normativa y las razones prioritarias que justifican su adopción: eliminar la violencia y el acoso porque “pueden constituir una violación o un abuso de los derechos humanos...y son inaceptables e incompatible con el trabajo decente” (párrafo 7º Exposición de motivos Convenio); “afectan a la salud psicológica, física y sexual de las personas, a su dignidad, y a su entorno familiar y social” (párrafo 9 Exposición de motivos Convenio); “son incompatibles con la promoción de empresas sostenibles” (párrafo 12).

En este sentido, según el Convenio OIT 190, todo Miembro deberá respetar, promover y llevar a efecto los principios y derechos fundamentales en el trabajo, a saber, ... el trabajo decente y seguro” (art. 5); todo Miembro deberá adoptar una legislación que exija a los empleadores... “tener en cuenta la violencia y acoso, así como los riesgos psicosociales asociados, en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo” (art. 9.b) e “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” (art. 9.c); todo Miembro deberá adoptar medidas apropiadas para... garantizar que todo trabajador tenga el derecho a alejarse de una situación de trabajo ... si tiene motivos razonables para considerar que ésta presenta un peligro grave e inminente para su vida, su salud o su seguridad a consecuencia de actos de violencia o acoso” (art. 10.g); todo miembro debe de esforzarse por garantizar que.. la violencia y el acoso en el mundo del trabajo se aborden en las políticas nacionales pertinentes, como las relativas a la seguridad y salud en el trabajo, la igualdad y la no discriminación y la migración” (art. 11.a).

En cuanto a la Recomendación OIT 206 destacan principalmente los siguientes apartados: apartado 8: “En la evaluación de riesgos en el trabajo... se deberían tener en cuenta los factores que aumentan las probabilidades de violencia y acoso, incluyendo los peligros y riesgos psicosociales. 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 la gestión de los recursos humanos; b) impliquen a terceros como clientes, proveedores de servicios, usuarios, pacientes y el públicos; y c) se deriven

<sup>20</sup> Art. 28.1 de la Ley 62/2003 define el acoso como “toda conducta no deseada, relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad, la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo”. Además, según el apartado 2, último párrafo de este artículo 28, “El acoso por razón de origen racial o étnico, religioso o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual se consideran en todo caso discriminatorio”.

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”; y el apartado 23.g, ya mencionado: “Los Miembros deberán financiar, elaborar, aplicar y difundir... campañas públicas destinadas a fomentar lugares de trabajo seguros, salubres, armoniosos y libres de violencia y acoso”.

Que la violencia y el acoso en el trabajo tal y como se establecen en la norma internacional sean considerados como riesgos psicosociales tiene desde luego una gran importancia: Primero porque supone reforzar la idea de la prevalencia del elemento objetivo, causar un daño. Segundo porque, en consecuencia, resta peso a la necesidad de tener que probar una intencionalidad lesiva o intención de causar daño, incluso una intención o finalidad discriminatoria. Ello es muy relevante, pues ha venido siendo doctrina reiterada del TC, en cuanto a la vulneración de derechos fundamentales como, por ejemplo, la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE). Como recuerda la STC 108/2019 de 30 de septiembre 2019, (FJ 4), citando la STC 2/2017 de 16 de enero, FJ 6) “puede declararse la lesión de un derecho fundamental aunque no haya ánimo lesivo”; “lo único relevante es que el contenido esencial haya resultado o no menoscabado”.

Por otro lado, no es fácil ligar la protección de la seguridad y salud con la violencia y acoso en el trabajo a los efectos de obtener una tutela extraordinaria porque no son derechos fundamentales en nuestra Constitución. Sí lo son la dignidad (art. 10 CE), la integridad física y moral, la protección frente a trato degradante (art. 15 CE). Quizás por esta razón y también por imposición de las Directivas comunitarias, los asuntos sobre violencia y acoso en el trabajo se han canalizado tradicionalmente por la vía laboral de la mano del acoso discriminatorio. Avanzar hacia el reconocimiento y tutela de la violencia y el acoso como riesgos psicosociales<sup>21</sup> y, en especial, como conductas o comportamientos que atentan a la dignidad de las personas es, sin duda, un reto pendiente.

## 5. Distinción entre el acoso moral y el acoso discriminatorio?

La mayoría de los autores que han estudiado el fenómeno de la violencia y el acoso en el trabajo han recogido la siguiente distinción<sup>22</sup>:

1. Por un lado, **el acoso moral**, *mobbing*<sup>23</sup> o presión laboral tendenciosa<sup>24</sup>, que, a pesar de no contar con una definición explícita, ha constituido más del 90 por 100 de las sentencias frente a las que versan sobre acoso discriminatorio<sup>25</sup>. Se ha optado por el concepto acoso

<sup>21</sup> Vid., por todos, NEFFA, J.C., *Los riesgos psicosociales en el trabajo: contribución a su estudio*, Ed. Centro de Estudios e Investigaciones Laborales CEIL-CONICET; Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Nordeste de Argentina, entre otros; 2015; BALLESTER PASTOR, M. A., “La política de la OIT...”, op. cit.; GARCÍA JIMÉNEZ, M., “Violencia externa en el lugar de trabajo: marco conceptual y caracterización jurídica”, Revista Internacional comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, ADAPT *University Press*, volumen 7, nº 2 abril-junio 2019; PÉREZ DEL RÍO, T., “La violencia de género...”, op., cit.

<sup>22</sup> URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M., *Acoso laboral y lesión de Derechos fundamentales*, ed. Bomarzo, 2014, p. 214; ALTÉS TÁRREGA, J., *El acoso del trabajador...*, op. cit., pp. 11-12; BALLESTER PASTOR, M.A., establece una distinción entre acoso psicológico, acoso causal (ligado a causas concretas de discriminación) y acoso sexual. Vid., *Guía sobre el acoso moral en el trabajo*, Guías de Negociación, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2006, edición actualizada a la Ley Orgánica 3/2007, pp. 11, 14 y 17; entre otros.

<sup>23</sup> OLMEDO, M., y GÓNZALEZ, P., “La violencia en el ámbito laboral: la problemática conceptualización del *mobbing*, su evaluación, prevención y tratamiento”, *Acción Psicológica*, junio 2006, vol. 4, nº 2, p. 109.

<sup>24</sup> MEJÍAS GARCÍA, A., “Presión laboral tendenciosa. Medios de protección”, en *El acoso laboral, antes llamado mobbing*, Tirant Monografías nº 543, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 171.

<sup>25</sup> VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M., “El convenio 190 de la OIT...”, op. cit., p. 129. Cfr. Datos del Observatorio Vasco sobre Acoso y Discriminación. Estudios de la doctrina judicial en materia de acoso en el trabajo, Tirant Lo Blanch, 2019. Sobre el crecimiento espectacular de las demandas por *mobbing*. Cfr. MOLINA NAVARRETE, C., “Del acoso moral (*mobbing*) al ciberacoso...”, op. cit., p. 144.

- moral, frente al de acoso psicológico, pues una violencia de tipo moral daña siempre la dignidad y la integridad de la persona, pero no necesariamente produce un daño psicológico.
2. Por otro lado, el **acoso discriminatorio**, que incluiría el acoso por razón de género y acoso por cualquier otro motivo (origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad, la orientación sexual de una persona y otros) y el acoso sexual, como manifestación más grave de discriminación.

Lo dispuesto en los arts. 1.1.a y 1.1.b del Convenio OIT 190, que prevén un concepto de violencia y acoso general, y otro de acoso o violencia de género en el que se subsume el acoso sexual, nos lleva a plantearnos hasta que punto siguen siendo válidas las distinciones doctrinales en torno al acoso moral, por un lado, y discriminatorio, por otro. Que el Convenio OIT 190 no haya recogido esta distinción desde el punto de vista conceptual ha de recibirse de forma positiva pues significa que se está situando al mismo nivel la violencia y acoso que causa daño físico y el que causa daño psicológico, que se viene considerándose acoso moral o *mobbing*, y esto es muy significativo pues es necesario que este tipo de violencia psicológica o moral se visibilice, para que su protección y tutela se generalice y se trate de forma unificada. Como señaló el Parlamento Europeo en su Resolución de 11 de noviembre de 2018 (*Vid., Supra*, apartado 2.3), la violencia en el mundo laboral “se aborda con estrategias centradas principalmente en sus formas más visibles, como la violencia física...sin embargo, el acoso sexual y el psicológico pueden tener efectos aún más destructivos para la persona acosada” (punto O).

Bien es cierto que los Estados miembros de la UE están obligados a incorporar el concepto de acoso discriminatorio previsto en las Directivas 2000/43 y 2000/78. Ahora bien, desde el punto de vista conceptual y de cara a validar tipologías, pienso que quizás debería superarse esta distinción (acoso discriminatorio versus acoso moral) pues, tal y como dispone la nueva normativa OIT, el acoso y la violencia en el trabajo pueden ser tratados de forma global e integral, destacándose la mayor relevancia del resultado que estas conductas pueden ocasionar, distinguiéndose a partir de ahí el tipo de daño que se causa: físico, psicológico, sexual o económico. Ello no quiere decir que no haya que prestar especial atención a determinados colectivos más vulnerables o susceptibles de mayor vulnerabilidad, frente a situaciones de violencia y acoso en el ámbito laboral. Pero, de cara a futuro, siempre dependiendo de la evolución de los sistemas jurídicos y según realidades y entornos en los que se sitúen estos comportamientos susceptibles de fiscalización, habrá que dotar a unos colectivos y no a otros de una mayor protección (discriminación por razón de raza, nacionalidad, discapacidad, etc.). El Convenio 190 OIT no olvida a las “personas pertenecientes a uno o varios grupos vulnerables o grupos en situación de vulnerabilidad” y obliga, en este sentido, a todos los Estados que lo ratifiquen a adoptar normas que garanticen el derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 6).

## 6. El acoso moral en la doctrina y jurisprudencia española

En la normativa española no existe un concepto legal de acoso moral, que suele identificarse con algunas conductas típicas, aunque no existe total acuerdo entre psicólogos a la hora de clasificar estas conductas hostiles. Entre esas conductas típicas del acoso moral destacan las siguientes: a) atentados contra las condiciones de trabajo, retirando la autonomía de la víctima y que tienen por objeto desprestigiar y desacreditar su capacidad profesional y laboral (asignarle tareas por debajo de su capacidad, criticar al más mínimo error o defecto, no transmitir información útil, presionarle para que no haga valer sus derechos, etc.); b) limitar su comunicación y contacto social; c) atentados contra su dignidad: observaciones despectivas, se hacen circular rumores y críticas, se le atribuyen problemas

psicológicos, se le ridiculiza, imita o caricaturiza, se critica su vida privada; d) ataques directos a su salud: se le asignan trabajos u horarios que puedan repercutir negativamente en su salud, no se respetan sus bajas médicas; y e) impedir su promoción e intentar su despido laboral<sup>26</sup>.

La jurisprudencia española ha ido delimitando el concepto de acoso moral distinguiendo entre éste y lo que son tensiones ordinarias que subyacen en toda comunidad de personas. Puede apreciarse una tendencia a la concepción restrictiva del acoso moral, salvo escasas excepciones, con carácter anterior a la STC 56/2019 y un giro importante en la configuración del acoso moral a partir de dicha sentencia.

### *6.1. Concepción restrictiva del acoso moral en la jurisprudencia española: la situación anterior a la STC 56/2019*

En esta línea restrictiva, señalaba la STC 81/2018, que el acoso laboral exige “la concurrencia de determinados elementos objetivos y subjetivos, como lo son el hostigamiento continuado y sistemático sobre el empleado, la falta de tutela por quien ostenta el poder de dirección o jerárquico, la gravedad en la conducta empleada, la intencionalidad denigratoria del acosador y el carácter individualizado del destinatario” (FJ 4). Se exige además “una conducta de persecución u hostigamientos sistemático y planificado” (FJ 4). En términos similares, se definía el acoso moral “como el sometimiento sin reposo a pequeños ataques repetidos o también, desde el punto de vista laboral, como una degradación deliberada de las condiciones de trabajo. Que debe tener siempre unos perfiles objetivos como son los de sistematicidad, reiteración y frecuencia y otros subjetivos como lo son la intencionalidad y la persecución de un fin<sup>27</sup>”.

No se puede estar de acuerdo con esta concepción tan restrictiva del acoso moral que exige el cumplimiento, y la prueba, de estos elementos. Se olvida la jurisprudencia de que precisamente la violencia y el acoso psicológico es el que no se ve, el que permite actuar sin ser visto y sin dejar huella, y el que es muy difícil probar. Así, frente a la violencia física, la violencia psicológica es sutil, retorcida, propia de personas tóxicas, que pueden manipular a sus víctimas y conseguir el silencio cómplice de las personas que les rodean, ya sea en el tipo de acoso vertical como en el de tipo horizontal. Debería prestarse especial atención al sujeto activo, el acosador o agresor. La conducta agresora puede ser explícita o implícita, ya que puede producirse tanto mediante acciones (burlas, amenazas, críticas...), como mediante omisiones (aislamiento social y laboral, rechazo, menosprecio...) pues una de las formas más efectivas del acoso, es hacer el vacío a la víctima.

Son muchas las razones que arrastran al acoso moral en el trabajo, correspondiendo a la ciencia de la psicología el estudio de las personalidades típicas de las víctimas y de sus agresores. En cuanto a los sujetos pasivos o víctimas se ha destacado que pueden clasificarse en tres grupos: 1.- personas brillantes, atractivas y algo seductoras y, por tanto, envidiables y consideradas peligrosas o amenazadoras por el agresor que teme perder protagonismo; 2.- personas vulnerables o depresivas que son el blanco fácil del agresor en el que descargan sus propias frustraciones; 3.- personas eficaces y trabajadoras que ponen en evidencia lo establecido y pretenden imponer reformas, que son vistas por el agresor como un peligro o amenaza de su status actual en la empresa<sup>28</sup>. Las características que definen a los agresores, por otro lado, son la exagerada centralización en sí mismos, la

<sup>26</sup> OLMEDO, M., y GONZÁLEZ, P., “La violencia en el ámbito laboral...” op. cit., p. 116.

<sup>27</sup> STSJ Andalucía (Granada) Sala de lo Social de 27 de mayo de 2015 (Rec. 428/2015).

<sup>28</sup> CONESA BALLESTERO, J., y SANAHUJA VIDAL, M., “Acoso moral en el trabajo. Tratamiento jurídico (mobbing)”, *Actualidad Laboral*, nº 2, 2002. Cit., por HERRERO MAROTO, S., “El síndrome del *boreout* y la STC 56/2019 sobre *mobbing* en la Administración Pública”, *Diario La Ley*, nº 9458, 17 de julio de 2019, p. 6.

falta de interés o de empatía hacia los demás y la necesidad de aprobación y triunfo. Acostumbran a ser personas egocéntricas, intolerantes a las críticas y necesitados de admiración y reconocimiento. Podríamos decir que son personas resentidas, frustradas, envidiosas, celosas o egoístas, teniendo uno, varios o todos estos rasgos en menor medida. Están necesitados de admiración, reconocimiento, protagonismo y lo que quieren es figurar, ascender o aparentar, aun cuando simplemente deseen hacer daño o anular a otra persona. El carácter psicopatológico de los agresores permanecerá oculto, en estado latente, hasta que encuentre grietas en la organización por las que ir filtrando todo su potencial destructivo<sup>29</sup>.

La STSJ Castilla y León (Burgos), de 18 de febrero de 2019 (Rec. 12/2019) (FJ 3) seguía en la misma línea restrictiva de la STC 81/2018 mencionada, señalado que los elementos esenciales del acoso laboral tenían que ser los siguientes:

1. Hostigamiento, persecución o violencia psicológica contra una persona o conjunto de personas. No cabe confundirlo con una mera situación de tensión en el trabajo o mal clima laboral; es necesario que la víctima sea objeto de un conjunto de actuaciones que configuren un panorama de maltrato psíquico o moral, una denigración o vejación del trabajador.
2. Carácter intenso de la violencia psicológica: violencia extrema o intensa... “se requiere que el hostigamiento tenga un alto grado de intensidad. En caso de que no concorra tal intensidad y la persona resulte afectada, la patología tendría que ver más con la propia personalidad de afectado que con la real hostilidad del entorno laboral”.
3. Prologada en el tiempo: significa que no basta con que la violencia se manifieste como un mero episodio aislado, se produzca en un momento concreto o de forma esporádica.
4. Que tenga como finalidad dañar psíquica o moralmente al trabajador, para marginarlo de su entorno laboral: elemento que sirve de nexo o conductor (intencionalidad); “hay que tener en cuenta que la intencionalidad puede ser un elemento plenamente consciente o premeditado o puede existir de forma larvada, formas de rechazo y hostilidad hacia la víctima, el propio acosador puede no racionalizar conscientemente, pero que pueden manifestar de forma más o menos subconsciente la intencionalidad oculta de su entorno de trabajo”.
5. Existe un quinto elemento, respecto de cuya exigencia discrepan los autores y la jurisprudencia al construir el concepto de acoso: si es exigible o no que se produzcan daños psíquicos en el trabajador afectado.

En sentido similar, una amplia doctrina de suplicación señalaba los elementos fundamentales del acoso moral o *mobbing* y muchísimas sentencias, la mayoría de ellas, desestiman recursos de suplicación por considerar que no existe acoso moral<sup>30</sup>. Ello es seguramente consecuencia de acogerse a la existencia de los estrictos elementos señalados para configurarse el tipo de la violencia y acoso psicológico. Pero, sobre todo, la ausencia de estimaciones en la vía judicial se debe directamente a la gran dificultad que supone para las víctimas tener que probar los hechos y comportamientos lesivos. Así, por ejemplo, la STSJ Castilla-La Mancha (Albacete) de 25 de abril de 2019 (Rec. 440/2018), desestima el recurso de suplicación entendiendo que no existe acoso moral porque no se dan “determinados componentes objetivos (presión continuada, relación de causalidad con el trabajo, falta de amparo en el poder de dirección y gravedad en la conducta empleada) y subjetivos (intencionalidad denigratoria y carácter individualizado –que no colectivo– del destinatario)” (FJ 1).

<sup>29</sup> CORREA CARRASCO, M., *Acoso Laboral. Regulación jurídica y práctica aplicativa*, Colección laboral nº 258, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 10.

<sup>30</sup> MOLINA NAVARRETE, C., “La <des-psicologización> del concepto constitucional del acoso moral en el trabajo: ni la intención ni el daño son elementos del tipo jurídico”, *Revista de Derecho Social* nº 86, abril-junio 2019, pp. 127-140.

En términos un poco más suaves se pronunció la STSJ Andalucía (Sevilla) de 4 de abril de 2019 (Rec. 1012/2018) (FJ 4), que hace hincapié en que “lo relevante no es el concepto de acoso moral sino los elementos, distinguiendo con claridad: a) los elementos esenciales o estructurales del tipo que si no concurren la conducta no puede calificarse de acoso moral: elemento cronológico, reiteración, elemento medial y la complejidad de la conducta; y b) los elementos accidentales o contingentes, que pueden estar presentes o no: elemento finalista o subjetivo, voluntad de destruir la personalidad, y también el resultado, el daño físico. En esta sentencia, el TSJ Andalucía (Sevilla) señala que “corresponde a la trabajadora acreditar tanto el elemento cronológico, la reiteración de conductas, y el elemento medial, la complejidad de la conducta, es decir, acreditar los hechos que a su juicio comportan la intimidación psicológica denunciada, tales como el aislamiento, la desocupación, los insultos, las humillaciones, la no asignación de tareas, la asignación de funciones sin contenido real o práctico etc...conductas que de no probarse es imposible afirmar que se fue sujeto pasivo de un acoso”. Para concluir que efectivamente (por falta de prueba) “lo que la actora llama un acoso laboral es en realidad... mera conflictividad derivada de las relaciones laborales”. Como señalara la STSJ Canarias (Las Palmas de Gran Canaria) de 22 de mayo de 2017, (Rec. 467/2017)(FJ 4) “no puede confundirse el *mobbing* con los conflictos laborales que puedan originarse por defender los sujetos de la relación laboral intereses contrapuestos, ni con el estado de agotamiento provocado por el estrés profesional, ni con manifestaciones de maltrato esporádico o de sometimiento a inadecuadas condiciones de trabajo”.

Si puede apreciarse un tímido cambio en la jurisprudencia en torno a la conceptualización del acoso moral en la STSJ Andalucía (Granada) de 18 de julio 2019 (Rec. 13/2019)(FJ 3) que estima, en atención a las definiciones de acoso (discriminatorio) de las Directivas comunitarias (2000/43 y 2000/78), “que no se precisan disquisiciones doctrinales entorno a lo que es o no acoso o sus diversas manifestaciones. La cuestión escriba, por tanto, en determinar si el comportamiento empresarial: 1) tiene como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad; y 2) crear un entorno hostil”.

## 6.2. La definición judicial del acoso moral a partir de la STC 56/2019

La STC 56/2019 ha supuesto un antes y un después en cuanto a la concepción judicial del acoso moral en nuestro país. A partir de ella, ni la intencionalidad de infligir una violencia extrema, ni la constatación de un daño, son elementos necesarios para identificar el acoso moral. El asunto del que conoce la STC 56/2019 versa sobre un funcionario que había sido cesado de su puesto, por cambios políticos, y que se reincorporaba a su anterior trabajo, donde tenía reserva de puesto. Allí “se le asigna un puesto de trabajo exclusivamente formal o aparente, sin funciones definidas”, “se le mantiene durante largo tiempo sin información”, y se “hace caso omiso de sus reiteradas peticiones de tareas o traslación de destino” (FJ 1). Del contenido de la STC 56/2019 destaca lo siguiente:

1. Argumenta el TC (FJ 5, apartado b) que la inactividad laboral a la que fue sometido el trabajador “involucra inequívocamente su derecho fundamental a la integridad moral y a la prohibición de tratos degradantes (art. 15 CE)”. “Las intromisiones del poder público en la integridad personal... constituyen un atentando <frontal y radical> a la dignidad humana... por eso están sujetas a una prohibición absoluta... sean cuales fueren los fines (STC 120/1990, FJ 9); es decir, en modo alguno puede ser determinante la mayor o menor bondad o legitimidad de la finalidad pretendida (ATC 333/1997, de 13 de octubre, FJ 5)” (FJ 5 apartado c).
2. Señala el TC que “si faltase el último elemento –el fin de vejar, humillar...– no habrá trato degradante, pero solo podrá descartarse la lesión de la integridad moral si el comporta-

miento enjuiciado cuenta con cobertura legal –*legalidad*–, responde a un fin constitucionalmente legítimo –*adecuación*–, constituye la alternativa menos restrictiva –*necesidad*– y produce mas beneficios sobre otros bienes o valores que perjuicios en el derecho fundamental (art. 15 CE)” (FJ 6).

3. Habla esta sentencia del “carácter intencional no causal”, y que corresponde en su caso “a la parte demandante –en este caso, la administración pública que acosa– la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración” (STC 104/2014, FJ 7)” (FJ6).
4. Con respecto a la exigencia de que se cause un daño o perjuicio extremo, la STC 56/2019 aclara que “en la hipótesis de que hubiera faltado el componente vejatorio, el trato dispensado no habría podido considerarse degradante, pero, en ausencia de cobertura legal y de un objetivo legítimo, habría incumplido *ad limine* el canon de la proporcionalidad, por lo que habría vulnerado igualmente el derecho a la integridad moral del demandante de amparo (art. 15 CE)” (FJ 6). En este sentido, a partir de la doctrina que sienta ahora la SCT 56/2019, no hará falta constatar una violencia o acoso extremos, separándose así de lo que venía exigiéndose por la justicia para determinar la existencia de acoso moral.

## 7. Más allá de la violencia y del acoso por razón de género

A la vista de lo dispuesto en el Convenio 190 de la OIT (art.1.1.a), como se ha señalado, prevalece un concepto único y general de violencia y acoso, que incluye el acoso y violencia por razón de género y el acoso sexual como parte de los mismos. En el Convenio OIT se define la violencia y el acoso por razón de género o sexo en los términos siguientes (art.1.1.b): “*violencia y 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*”.

### 7.1. La reticencia a incorporar referencias a la discriminación por razones de orientación sexual

Las razones por las cuales no se hace referencia expresa en la norma internacional a la violencia y acoso por razón de discriminación<sup>31</sup>, más allá del reconocimiento de la violencia o acoso por razón de género o sexo, y dentro de éste el del acoso sexual, hay que buscarlas en los antecedentes a la elaboración del Convenio 190 OIT. Algunos países eran totalmente reticentes a incorporar en la norma internacional cualquier referencia a la orientación sexual como motivo de discriminación<sup>32</sup>. Es relevante también que determinadas organizaciones empresariales, por ejemplo la CGECI<sup>33</sup>, se pronunciaría expresamente en favor de “eliminar referencias específicas a las personas lesbianas, *gays*, bisexuales o transgénero”; mientras que otras patronales, se pronunciaron, por el contrario, en favor de incluir referencias a las personas LGTBI, considerando que éstas también se ven afectadas de forma desproporcionada por la violencia por razón de género<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Tal y como viene entendiéndose por acoso discriminatorio, según la definición establecida en la Directiva 2000/78, acogida en el art. 28.1 de nuestra Ley 62/2003: “toda conducta no deseada, relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad, la orientación sexual de una persona, que tenga por objeto o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo”

<sup>32</sup> Entre ellos, República Islámica de Irán, Kuwait y Polonia. Informe 2A, p. 19.

<sup>33</sup> Confederación General de Empresas de Côte d’Ivoire.

<sup>34</sup> Como la CEOE, CEPYME, NEF (Federación de Empleadores de Namibia), NHO (Confederación de empresas de Noruega); CONFIEP (Confederación de Nacional de Instituciones Privadas de Perú) y VBO-FEB (Federación de Empresas Belgas.)

El término LGTB, que surgiría en los años 90, ha ido evolucionando –y probablemente lo seguirá haciendo– hacia el actual LGTB+, que incluye a personas lesbianas, *gays*, bisexuales, transexuales, intersexuales, *queer*, pansexuales, asexuales y personas que cuestionan su sexualidad. Es significativo resaltar que, hasta el año 2018, la transexualidad era considerada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como una enfermedad mental<sup>35</sup>. El colectivo de las personas transgénero sigue sufriendo en la actualidad un elevado grado de discriminación y de estigmatización social. La protección jurídica efectiva de estas personas no puede limitarse a aquellas que se han sometido a una operación de cambio de sexo, sino que debe desarrollarse una conceptualización de la identidad de género que sea amplia e inclusiva, basándose en el reconocimiento de la autonomía individual y de la dignidad de la persona, y en el respeto a los derechos fundamentales que le son inherentes<sup>36</sup>.

## 7.2. *Violencia y acoso contra las mujeres*

El Convenio OIT 190 presta especial atención a la violencia y acoso por razón de género con clara referencia a las mujeres. La propia Exposición de motivos del Convenio recuerda que la violencia y el acoso por razón de género “afecta de manera desproporcionada a las mujeres y las niñas” y reconoce la necesidad de la adopción de un enfoque inclusivo e integrador que tenga en cuenta las consideraciones de género, y “que aborde las causas subyacentes y los factores de riesgos, entre ellos los estereotipos de género, las formas múltiples e intersectoriales de discriminación y el abuso de las relaciones de poder por razón de género” (párrafo 13).

### 7.2.1. Causas subyacentes y factores de riesgo

Abordar las causas subyacentes y los factores de riesgo que contribuyen a la mayor incidencia de acoso y violencia en las mujeres es tarea ardua; también lo es poder distinguir lo que son causas, de lo que son factores de riesgo. En la Recomendación 206 OIT que acompaña al Convenio 190 se apuntan, como “factores que aumentan la probabilidad de acoso y violencia en el trabajo” (en general, sin especificar que se trate de la violencia y acoso por razón de género), los siguientes: la discriminación, el abuso de poder y las normas de género, y causas culturales y sociales que fomentan la violencia y el acoso” (apartado 23.a); y los peligros y riesgos psicosociales (apartado 8).

En el trasfondo de la violencia y acoso contra las mujeres se encuentra una relación de poder desigual perpetuado a lo largo de la historia. Ello no obstante, ha de destacarse que las desigualdades entre hombres y mujeres en el ámbito familiar, educativo y social no son suficientes para explicar la discriminación que sufre la mujer en el mundo laboral. El mercado laboral no solo reproduce estas desigualdades, sino que las incentiva y las agrava<sup>37</sup>. La desprotección y la discriminación de la mujer no sólo deriva de su condición de mujer, sino también de las circunstancias del mercado laboral para ellas y la situación de precariedad que padecen como consecuencia de la violencia económica que se viene ejerciendo sobre las mujeres. A su vez, ha de plantearse también hasta que punto sería viable, y aceptable, llevar a cabo una distinción entre mujeres con o sin responsabilidades o cargas familiares, incluyendo entre éstas no solo las tradicionales de maternidad y crianza de hijos, sino todas aquellas inherentes al cuidado del hogar, de los mayores etc. Sin duda, la lucha contra la violencia hacia las mujeres necesita incorporar a los poderes públicos pero también a los hombres en su discurso.

<sup>35</sup> Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11).

<sup>36</sup> DIAZ LAFUENTE, J., “El reconocimiento de la identidad de género por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Comentario a la STJUE de 26 de junio de 2018, asunto C-451/16”, RTSS. CEF, núm. 427, octubre 2018, p. 207.

<sup>37</sup> ESPEJO MEGÍAS, P., *Hacia una reformulación de la violencia de género laboral*, Madrid, Wolkers/Kluwer/ La Ley, 2018, p. 41.

### 7.2.2. Medidas para mitigar la violencia contra las mujeres previstas en la Recomendación 206 OIT

La Recomendación 206 OIT establece determinadas medidas para hacer frente a la violencia y acoso por razón de género y también otras dirigidas a mitigar el impacto de la violencia doméstica en el ámbito del trabajo. Que se haya optado por los conceptos habitualmente utilizados –violencia por razón de género y violencia doméstica– en lugar del más genérico y amplio, violencia contra las mujeres, seguramente responde a la necesidad de obtener el consenso de los Miembros de cara a la adopción del Convenio. En cualquier caso, se recogen en la Recomendación, que no es jurídicamente vinculante, interesantes medidas a tener en cuenta por los poderes públicos de los Miembros que ratifiquen el Convenio OIT 190.

En concreto, en cuanto a la violencia y al acoso por razón de género, el apartado 16 de la Recomendación aconseja que los mecanismos de presentación de quejas y de solución de conflictos, “deberían contener”, las medidas siguientes: a) tribunales con personal especializado; b) una tramitación diligente y eficiente de los casos; c) asistencia y asesoramiento jurídicos para los denunciantes y para las víctimas; d) guías y otros medios de información disponibles y accesibles en los idiomas de uso corriente del país; y e) la inversión de la carga de la prueba, si procede, en procedimientos distintos de los penales.

El apoyo y las vías de recurso y reparación para las víctimas de violencia y acoso por razón de género “deberían comprender” medidas como: a) apoyo a las víctimas para reincorporarse en el mercado de trabajo; b) servicios accesibles, según proceda, de asesoramiento e información; c) un servicio de atención telefónica disponible las 24 horas; d) servicios de emergencia; e) atención y tratamiento médico y apoyo psicológico; f) centros de crisis, incluidos los centros de acogida; g) unidades especializadas de la policía o de agentes con formación específica para ayudar a las víctimas (apartado 17 de la Recomendación). Muy interesante resulta lo dispuesto en el apartado 20 de la Recomendación 206: “Los inspectores de trabajo y los agentes de otras autoridades competentes, según proceda, deberán 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 trabajo”.

En cuanto a la violencia doméstica y su impacto en el mundo del trabajo, el apartado 17 de la Recomendación establece las siguientes medidas: a) licencia para las víctimas de violencia doméstica; b) modalidades de trabajo flexibles y protección para las víctimas de violencia doméstica; c) protección temporal para las víctimas de violencia doméstica contra el despido, según proceda, salvo que el motivo del mismo no esté relacionado con la violencia doméstica y sus consecuencias; d) la inclusión de la violencia doméstica en la evaluación de riesgos en el lugar de trabajo; e) un sistema de orientación hacia mecanismos públicos de mitigación de la violencia doméstica, cuando existan; y f) la sensibilización sobre los efectos de la violencia doméstica.

### 7.2.3. Violencia de género y violencia doméstica versus violencia contra las mujeres desde el punto de vista conceptual

Tanto la Recomendación 206 como el Convenio 190 mantienen los conceptos tradicionales “violencia y acoso por razón de género” y “violencia doméstica”. En este sentido, con respecto a la violencia y acoso por razón de género pueden verse, el art. 1.1.b del Convenio relativo a su definición (“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”), como los siguientes artículos: el art. 4 del Convenio exige a sus Miembros que

adopten “un enfoque inclusivo, integrado y que tenga en cuenta las consideraciones de género para prevenir y eliminar la violencia y acoso en el mundo del trabajo”; de nuevo en el art. 7 se establece que los Miembros deben adoptar una legislación que “prohíba la violencia y acoso en el trabajo, con inclusión de la violencia y acoso por razón de género”; también en el art. 10. e, en punto a las medidas apropiadas a adoptar, se refuerza de nuevo la razón “de género”, en cuanto a las medidas apropiadas “deberán 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”.

Se ha apuntado que, seguramente, para poder obtener el consenso de los Miembros en la adopción de este importante instrumento legal, el primero sobre violencia y acoso en el trabajo de carácter normativo y ámbito internacional, haya sido necesario utilizar denominaciones tradicionales, violencia por razón de género y violencia doméstica, que no arriesgan, aceptados por todos<sup>38</sup>. Pienso que habría que plantearse si es más adecuado utilizar el concepto “violencia y acoso contra las mujeres”, pues es muy llamativo hablar en términos de un género indeterminado cuando se está haciendo referencia clara al 50 por 100 de la población mundial. Lo que está claro es que el fenómeno de la violencia y acoso contra las mujeres va más allá del ámbito laboral; es un hecho transversal y universal que se manifiesta o causa todo tipo de daños físicos, psicológicos, sexuales y económicos. Es por ello que también se ha puesto de manifiesto las diferencias terminológicas en torno a los conceptos violencia de género y violencia doméstica<sup>39</sup>; subsumiéndose el segundo (violencia doméstica) en el primero (violencia de género).

Es comúnmente aceptado que hablar de violencia o acoso “por razón de género” es hablar de violencia y acoso contra las mujeres, entendiéndose que ambos conceptos representan una misma realidad. Ahora bien, quizás hablar de “género” sin especificar de qué género se trata puede dar a entender que este concepto incluye también a otros colectivos con una orientación sexual distinta a la heterogénea (hombre-mujer); lo que significaría que sería terminológicamente más correcto, entonces, hablar de “orientación sexual” y no de “género”. Esto no sería un problema, sino más bien un cambio léxico-semántico; pero entonces este cambio no sería conforme con la letra del Convenio OIT 190, que obvia cualquier referencia a la “orientación sexual”, y que se refiere en su articulado, y en la Recomendación 206, a “personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual”... “a los que afecta de manera desproporcionada”. Claramente cuando el Convenio OIT habla de violencia o acoso por razón de género se refiere al género o sexo femenino, es decir, a las mujeres.

Sea el Convenio OIT el instrumento adecuado o no para plantearse un cambio en la terminología, que no parece que lo sea, si debería tenerse en cuenta la adecuación de seguir manteniendo el término “violencia de género” cuando en definitiva estamos hablando de “violencia contra las mujeres”. Las limitaciones de seguir utilizando el concepto de violencia de género han sido puestas de manifiesto por la doctrina con ocasión del análisis de la LO 1/2004 de protección integral contra la violencia de género, que se limita a tratar la violencia que se ejerce sobre las mujeres por parte de quienes han sido o son cónyuges o han tenido o tienen una relación de afectividad con ellas, quedando excluida la violencia y acoso ejercida sobre las mujeres por cualquier otro hombre<sup>40</sup>. Bien

<sup>38</sup> Se ha señalado que no se debe confundir “género” y “mujeres”. Género es una categoría de análisis de las relaciones entre hombres y mujeres, como lo es la categoría “clase social” que no se identifica con la clase trabajadora. TAMAYO ACOSTA, J. J., “Principales categorías de la teoría de género” en BLÁZQUEZ AGUADO, E., SAINZ DE BARANDA ANDÚJAR, C. y NIETO ROJAS, P. (Dir.), *Especialista en Gestión de Políticas de Igualdad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2019, p. 96.

<sup>39</sup> YUGUEROS GARCÍA, A. J., “La violencia contra las mujeres: conceptos y causas”, *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, nº 18, 2014, p. 148. ESPEJO MEGÍAS, P., *Hacia una reformulación de la violencia de género...* op. cit., p. 58; PÉREZ DEL RIO, T., *La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista*, Albacete, Bomarzo 2009, p. 22.

<sup>40</sup> GARCIA TESTAL, R., *Derechos de las trabajadoras víctimas de la violencia de género*, op. cit., pp. 14-15.

es cierto que el Convenio OIT 190 se dedica a abordar la violencia y el acoso en el mundo laboral, utilizando con buen juicio un concepto único e integral que pretende proteger a todos, con independencia de su género u orientación sexual. También ha de tenerse presente que sus disposiciones y, muy significativamente, los apartados sobre violencia de género y violencia doméstica contenidos en la Recomendación 206 son de gran importancia para aquellos sistemas jurídicos ajenos a cuestiones relativas a la violencia contra las mujeres. Comenzar por introducir cambios, aunque sean simplemente terminológicos, a través del ámbito laboral, es siempre un buen camino.

#### 7.2.4. La violencia económica contra las mujeres

Con respecto al ámbito laboral y a la violencia contra las mujeres, hubiera sido interesante encontrar en el Convenio indicaciones en torno a lo que podíamos denominar violencia económica contra las mujeres, en concreto, sobre sus manifestaciones típicas: la discriminación salarial, el llamado “techo de cristal” y la más reciente “barrera de acero”.

La **discriminación salarial** se manifiesta en la percepción por las mujeres de un menor salario por el mismo trabajo o de igual valor que el que realizan los hombres. Sin perjuicio de los numerosos instrumentos internacionales y de la normativa europea, han de destacarse, por un lado, la Directiva 2006/54 que dedica sus arts. 4-13 a la igualdad retributiva entre hombres y mujeres y, por otro, el art. 28 ET que incorporó la norma comunitaria citada, y que contiene nuevos apartados a partir de la reforma operada por el Real-Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo. En concreto, en este artículo 28: 1.- se define cuando un trabajo tiene igual valor que otro (art. 28.1, 2º párrafo); 2.- se obliga al empresario a llevar un registro medio de los salarios, complementos salariales y percepciones extrasalariales de su plantilla “desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor” (art. 28.2); y 3.- se exige al empresario que incluya en el registro una justificación alegando que las diferencias salariales no responden a motivos relacionados con el sexo de las personas; ello a partir de 2022 en empresas de al menos 50 trabajadores (art. 28.3 ET).

Desgraciadamente, a pesar de la existente normativa a nivel internacional, europeo e interno –y a salvo de esperar los frutos del cambio normativo comentado–, y a pesar de la labor de los tribunales y de los esfuerzos de los interlocutores sociales, y/o de sus pretensiones, no se logra evitar la discriminación retributiva de las mujeres. Según datos de Eurostat (2017) el salario de las mujeres (EU-28) fue un 16 por 100 inferior al de los hombres; España se sitúa en 15,1 por 100 pero es el segundo país –después de Malta– donde más aumentó en ese año, un 0,9 por 100. En el INE pueden verse datos segregados sobre la brecha salarial en España (según tipo de jornada, tipo de contratos, según la edad, sectores de actividad económica, etc.). En este sentido, es llamativo que la brecha salarial en el sector público es de 15,9 por 100 pero alcanza el 19,3 por 100 en el sector privado. Sobre la discriminación salarial y su evolución en el mundo puede verse el Informe global de 2019 del Índice de Instituciones Sociales e Igualdad de Género (SIGI) publicado por la OCDE.

Entre los factores que pueden explicar al menos en parte la brecha salarial figuran los siguientes: la segregación sectorial y profesional, la educación o la formación; las desigualdades existentes en materia de responsabilidades familiares; la prevalencia del trabajo precario, a tiempo parcial o atípico; y las discriminaciones directas o indirectas. Importante ha sido la labor del TJUE en la definición del concepto retribución que inicialmente era más restrictivo pero que ha ido ampliándose paulatinamente<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> Un recorrido por la jurisprudencia europea e interna puede verse en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La discriminación retributiva por causa del sexo y género: factores desencadenantes y pautas de solución”, Documentación Laboral, núm. 113-año 2018, Vol. I, pp. 10-22.

El denominado “**techo de cristal**” hace referencia a la escasa presencia de la mujer en los puestos de mayor nivel en el ámbito de las empresas y en la vida política. Las mujeres continúan siendo responsables del ámbito doméstico por lo que encuentran serias dificultades para implicarse en los niveles de mayor responsabilidad<sup>42</sup>. Se requiere con urgencia seguir en la línea de solucionar los problemas que acarrea la realización de dobles o triples jornadas de trabajo con claro perfil femenino. Entre las posibles medidas a adoptar, las siguientes: ajustes en la organización del trabajo que permitan rebajar los periodos de permanencia física en el lugar de trabajo; mejorar la dotación de red pública de cuidados para abarcar las necesidades existentes (guarderías, centro de día, atención a las personas dependientes, etc.); políticas que fomenten la corresponsabilidad; un sistema fiscal que fomente la independencia económica de las madres; entre otras.

A todo ello hay que sumarle que las mujeres, denominadas colectivo diana, son las principales afectadas ante contextos económicos adversos, caracterizados por la precariedad en el empleo, la inestabilidad, la temporalidad excesiva, la elevada rotación, etc., Cuestiones que afectan directamente a sus condiciones laborales. Además, los salarios inferiores de las mujeres consecuencia de su prevalencia en puestos de trabajo de menor retribución determinan un nivel inferior de cotización a la Seguridad Social que impacta sobre la calidad de sus prestaciones en comparación con las de los hombres<sup>43</sup>. Sobre esta cuestión se ha pronunciado el TJUE en dos ocasiones: 1) en Sentencia de 8 de mayo de 2018, asunto C-161/18 sobre cuestión prejudicial suscitada por el TSJ de Castilla y León (Valladolid) Auto de 17 de enero de 2018 (Rec. 1857/2017) sobre el coeficiente de parcialidad que representa la jornada a tiempo parcial frente a la realizada por un trabajador a tiempo completo; y 2) en Sentencia de 8 de mayo de 2018, asunto C-486/1, sobre un subsidio de recolocación francés reconocido a una personal que presta sus servicios a tiempo parcial. En ambos supuestos el TJUE desvela sendas discriminaciones indirectas por razón de sexo<sup>44</sup>.

Con el término “**barrera de acero**” se hace referencia a la aparición de una nueva limitación para el avance de las mujeres en las empresas debido a su falta de experiencia internacional. Las mujeres no son asignadas a puestos en el extranjero y, por tanto, tienen menos oportunidades que sus compañeros hombres para optar a puestos de alta dirección en empresas que operan en el ámbito multinacional. La mujer queda relegada de destinos en el extranjero frecuentemente por razones subjetivas y por resistencia organizativa. Se denomina de acero porque esta barrera es más compleja y difícil de romper que el “techo de cristal”<sup>45</sup>.

### 7.3. *El acoso sexual*

El acoso sexual en el Convenio OIT 190 se establece como subgénero de la violencia y acoso de género: “la violencia y acoso por razón de género...incluye el acoso sexual” (art. 1.1.b). Se sigue, en este sentido, la tradicional consideración del acoso sexual y del acoso sexista como manifestaciones de la violencia de género, y como formas más graves de discriminación por razón de sexo. Ello es

<sup>42</sup> *Vid.*, BLÁZQUEZ AGUADO, E., “Una aproximación a la igualdad de género en el mercado laboral” en BLÁZQUEZ AGUADO, E., SAINZ DE BARANDA ANDÚJAR, C. y NIETO ROJAS, P. (Dir.), *Especialista en Gestión de Políticas de Igualdad*, op. cit., pp. 273-284. P. 273: “Existe una relación directa entre producción y reproducción. La asunción de cargas familiares por las mujeres reduce sus oportunidades profesionales en el mercado laboral. A mayor preparación, menor número de hijos/as y más atención a su carrera profesional y viceversa”.

<sup>43</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La discriminación retributiva...”, op. cit., p. 26.

<sup>44</sup> *Vid.*, MOLINA NAVARRETE, C., “Identidad europea, brechas de género y protección social: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desnuda persistentes discriminaciones por razón de sexo”, RTSS, CEF, 435 (junio 2019), pp. 5-12.

<sup>45</sup> BASTIDA DOMÍNGUEZ, M., “Del cristal al acero: nuevas barreras para nuevos tiempos”, RTSS.CEF, núm. 429 (diciembre 2018), p. 237.

así pues, como se recoge en la Resolución del Parlamento Europeo de 2018 (apartado F), el 90 por 100 de las víctimas son mujeres, frente al 10 por 100 de los hombres<sup>46</sup>. La norma internacional no contiene mayores indicaciones en punto al acoso sexual. Figura que ha sido tratada por la doctrina en numerosas ocasiones<sup>47</sup>. Quedaría si acaso por destacar que el número de asuntos que llegan a los Tribunales siguen siendo muy escasos, aunque sí se aprecia una mayor incidencia, o una mayor visibilidad, del acoso sexual en determinados ámbitos como el militar y policial<sup>48</sup>; y también en cuanto a las situaciones de violencia y acoso sexual que están sufriendo las trabajadoras migrantes o inmigrantes<sup>49</sup>.

## 8. Ámbito de aplicación subjetivo del Convenio 190 OIT

Uno de los aspectos más llamativos del Convenio OIT 190 es su amplio ámbito de aplicación, tanto desde el punto de vista subjetivo, personas incluidas bajo el amparo de la normativa, como espacial, entendido como lugar de trabajo a efectos de aplicación de las disposiciones contenidas en el Convenio.

### 8.1. *El trabajador y otras personas relacionadas con el mundo del trabajo*

En punto al ámbito de aplicación subjetivo, el amplio enfoque que ha adoptado el Convenio OT 190 es muy significativo en la medida que van a quedar bajo su protección todas las personas que trabajan y no sólo ellas. En este sentido, el art. 2.1 del Convenio se refiere a los trabajadores asalariados “según se definen en las legislaciones y prácticas nacionales” pero también a las personas que trabajan, “sea cual sea su situación contractual”. Entre estos últimos expresamente incluye a las personas en formación, pasantes, aprendices, los trabajadores despedidos, los voluntarios, las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo, y los individuos que ejercen la autoridad, las funciones o la responsabilidad de un empleador.

Muy significativa también es la mención a “terceros” (art. 4.2 Convenio) pues, de forma sutil, se hace referencia a que terceros, ajenos a la relación laboral. Se habla en el Convenio OIT 190 de la necesidad de que los Miembros adopten “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. Este enfoque debería tener en cuenta la violencia y el acoso que impliquen a terceros, cuando

<sup>46</sup> Como se señala en el Informe de la FRA (Agencia Europea de Derechos Fundamentales de la UE), Luxemburgo, 2014: una de cada tres mujeres ha sufrido violencia física o sexual durante su vida adulta; que, en la Unión, hasta un 55 por 100 de las mujeres han sido objeto de acoso sexual; que el 32 por 100 de todas las víctimas en la Unión Europea señalaron que el agresor había sido un superior jerárquico, un compañero de trabajo o un cliente; que el 75 por 100 de las mujeres que ejercen profesiones que requieren una cualificación específica u ocupan un puesto directivo han sido víctimas de acoso sexual; que el 61% de las mujeres en el sector servicios han sufrido acoso sexual; que, en conjunto, entre el 5% y el 10% de los trabajadores europeos son víctimas en algún momento, de acoso psicológico en el trabajo”.

<sup>47</sup> Vid., ALTÉS TÁRREGA, J.A., *El acoso del trabajador en la empresa*, op. cit.; BALLESTER PASTOR, M. A., *Guía sobre ...* op., cit., pp. 13-14; ESPEJO MEGÍAS, P., *Hacia una reformulación de la violencia de género...*, op. cit., pp. 155-158; PÉREZ DEL RIO, T., “La violencia de género...”, op. cit., p. 125.

<sup>48</sup> STS (penal) 101/2019, de 30 de junio (Rec. 31/2018) interesante en cuanto a la distinción entre abuso de poder y acoso sexual; STS (penal), de 8 de junio (Rec. 53/2018); sobre acoso laboral y sexual sobre el grado de fiabilidad de los testimonios; STS (penal), de 22 de octubre de 2015 (Rec. 888/2015) sobre acoso sexual por Guardia Civil y responsabilidad subsidiaria del Estado; STS (penal), de 1º de julio de 2019 (Rec. 1032/2018) sobre la credibilidad del testimonio de la víctima; STS (militar), de 30 de junio de 2019 (Rec. 31/2018) que establece que se trata de abuso de poder y no de acoso pues se trata de situaciones “que forman parte del devenir diario de todo acuartelamiento”; SAP de Madrid (penal) de 17 de mayo de 2011 (Rec. 78/2010).

<sup>49</sup> Puede verse, la STEDH, de 18 de julio de 2019 (demanda 40311/10), sobre tres mujeres rusas que denunciaron ser víctimas de trata y fueron obligadas a prostituirse.

proceda”. Es muy interesante la protección que pretende el Convenio frente la violencia y acoso en el trabajo causada por terceros ajenos a la relación laboral, tradicionalmente denominada **violencia externa**. En este sentido, la OIT estableció en 2003 determinadas Recomendaciones prácticas sobre la violencia en el trabajo en el sector servicios y medidas para combatirla<sup>50</sup>. En España contamos con el Protocolo de actuación en la Administración General del Estado sobre violencia externa de 2015<sup>51</sup>, relativo principalmente a la ejercida por terceros, generalmente usuarios de los servicios, contra empleados públicos durante o como consecuencia del ejercicio de sus funciones legítimamente atribuidas (art. 2 b). Asimismo, pueden señalarse otros puestos de trabajo susceptibles de sufrir una mayor incidencia de situaciones de violencia causada por terceros: a) trabajos realizados en franjas horarias de escasa frecuencia de compañeros, clientes, usuarios y/o público en general, por ejemplo, los realizados en horario nocturno, fines de semana, periodo de vacaciones o de descanso, etc. (servicios de mantenimiento, limpieza, seguridad y otros); b) trabajos en los que se está en contacto con objetos de valor o moneda (joyerías, establecimientos financieros, cobradores de servicios y/o productor, etc.); c) trabajos con colectivos problemáticos o conflictivos (establecimientos penitenciarios, de reinserción de menores, psiquiátricos, etc.); d) trabajos de seguridad y de inspección: se trata de trabajos que están dirigidos a constatar el cumplimiento de normativa, cumplir órdenes legales o que pueden conllevar una actuación sancionadora<sup>52</sup>.

## 8.2. Las personas o grupos más susceptibles de sufrir violencia y acoso en el trabajo

Uno de los debates más polémicos en torno al contenido de la norma internacional giró en torno a la conveniencia o no de incluir una relación de los grupos de personas más susceptibles de ser víctimas de acoso y violencia en el trabajo. El Convenio OIT 190 **busca que su normativa se aplique a todos**, con independencia de la existencia de grupos vulnerables. En este sentido, el Informe de la OIT sobre Violencia contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo de 2016 (p. 33) señalaba que no debía reducirse el análisis a una simple lista sobre quien es más vulnerable a la violencia o el acoso pues esta opción llevaría a pensar equivocadamente que las personas son transformadas en víctimas en función de quienes son y lo que hacen. Lo importante es no estigmatizar grupos o personas en función de sus concretas características y/o su pertenencia a un grupo determinado.

Se ha apuntado que es importante no confundir vulnerabilidad con debilidad<sup>53</sup>. La vulnerabilidad es transitoria y está provocada por una incorrecta e insuficiente protección. La vulnerabilidad puede y debe ser erradicada, puede afectar a todos. Es decir, todos los trabajadores y empleadores, independientemente de sus características personales y del trabajo que realizan, y del grupo o grupos “de vulnerabilidad” en los que podrían quedar encuadrados, pueden, en determinadas situaciones y en función de determinados factores y fuentes de riesgo, verse expuestos a la violencia y el

<sup>50</sup> Reunión de expertos para elaborar un repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia y el estrés en el trabajo en el sector servicios: una amenaza para la productividad y el trabajo decente (8-15 octubre 2003), Ginebra.

<sup>51</sup> Fruto del Acuerdo adoptado en Consejo de Ministros de 20 de noviembre de 2015. Puede verse también el listado de factores de riesgos relacionados con este tipo de violencia previstos en la Nota Técnica de Prevención nº 489 del INSH, que cita el mencionado Protocolo, relativa, por un lado, a factores del entorno y del lugar de trabajo (localización geográfica del centro de trabajo, diseño, iluminación, visibilidad, acceso, mobiliario y medidas de seguridad) y, por otro, a los procedimientos de Trabajo (horarios, gestión de acceso al público, de dinero, de espera y colas, de quejas y reclamaciones, sistema de entregas y de repartos, calidad de los servicios, trabajo en solitario o en lugares remotos, trabajo con personas problemáticas, preparación para hacer frente a los conflictos, calidad y ritmo de trabajo y disponibilidad de procedimientos de emergencia, entre otros).

<sup>52</sup> GARCÍA JIMÉNEZ, M., “Violencia externa en el lugar de trabajo...”, op. cit., pp. 112-13.

<sup>53</sup> FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.; “Grupos vulnerables: apuntes para un concepto jurídico social”, RTSS CEF, núm. 404 (noviembre 2016), p. 115.

acoso. Ello sin perjuicio de que el propio art. 6 del Convenio menciona que las normas nacionales y las políticas que puedan adoptarse a este nivel deben garantizar el derecho a la igualdad y la no discriminación a personas pertenecientes “a uno o varios grupos vulnerables, o a grupos en situación de vulnerabilidad que estén afectados de manera desproporcionada por la violencia y el acoso en el mundo del trabajo”.

Es en la Recomendación OIT nº 206 que acompaña al Convenio donde se especifica que los sectores, ocupaciones y modalidades más expuestos a la violencia y el acoso son los siguientes: 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 (punto 9). Esta Recomendación, además de expresar una preocupación general por las “consideraciones de género” (punto 2) y varias específicas para las “víctimas de violencia y acoso por razón de género” (punto 17)<sup>54</sup> y sobre el impacto de las “víctimas de la violencia de género en el ámbito del trabajo” (punto 18)<sup>55</sup>, menciona: por un lado, a los trabajadores migrantes (punto 10); y, por otro, a los trabajadores y empleadores de la economía informal y sus asociaciones (punto 11).

### 8.2.1. Trabajadores migrantes

En cuanto a los trabajadores migrantes, la Recomendación nº 206 establece la conveniencia de que los Estados adopten medidas legislativas y de otra índole para proteger a los trabajadores migrantes y, en particular, a las trabajadoras migrantes contra la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, con independencia de su estatus migratorio, en los países de origen, tránsito o destino, según proceda<sup>56</sup>. Como apunta la doctrina, no es frecuente que lleguen a los tribunales cuestiones relativas a la violencia y acoso en el trabajo por motivos xenófobos<sup>57</sup>, y ello es sorprendente dado que las plantillas de las empresas son cada vez más multiculturales, especialmente en determinados sectores como la agricultura y la hostelería. Son muchos los informes que alertan del incremento de los delitos de odio por motivos xenófobos que se traducen en acoso y violencia hacia los trabajadores inmigrantes<sup>58</sup>. Sin olvidar que las diversas formas de violencia y acoso las sufren, en especial, las trabajadoras inmigrantes.

<sup>54</sup> El apoyo, las vías de recurso y reparación para las víctimas de violencia y acoso por razón de género... deben comprender medidas tales como: a) apoyo a las víctimas para reincorporarse en el mundo del trabajo; b) servicios accesibles, según proceda, de asesoramiento e información; c) un servicio de atención telefónica disponible 24 horas; d) servicios de emergencia; e) la atención y tratamientos médicos y apoyo psicológico; f) centros de crisis, incluidos los centros de acogida; g) unidades especializadas en la policía o agentes con formación específica para ayudar a las víctimas.

<sup>55</sup> Entre las medidas para mitigar el impacto de la violencia doméstica en el mundo del trabajo se podrían incluir: a) licencia para las víctimas de la violencia de género; b) modalidades de trabajo flexible y protección para las víctimas de violencia doméstica; c) protección temporal para la víctimas de violencia de género por despido, salvo que el motivo del mismo no esté relacionado con la violencia de género; d) la inclusión de la violencia doméstica en la evaluación de riesgos en el lugar de trabajo; e) un sistema de orientación hacia mecanismos públicos de mitigación de la violencia doméstica; y f) la sensibilización sobre los efectos de la violencia doméstica.

<sup>56</sup> Vid., HERRERA RUÍZ, S., “La violencia de género invisibilizada bajo la categoría de migración económica en mujeres-madres centroamericanas”, *Revista Ciencias Sociales y Humanidades*, vol. 4, núm. I-2017; PERKINS, R., “Violencia sexual: un caso para la relajación de los controles fronterizos” *PURE Insights*, vol. 7, article 9, 2018; BARJA CORIA, J., “¿Por qué si hay tanta violencia en el camino ellas siguen migrando? Antropología, violencia y migración”, *ALTERIDADESA*, 2019, 29 (58), pp. 17-30.

<sup>57</sup> MINARRO YANINI, M., “El acoso discriminatorio racial o étnico: entre disciplina y prevención de un riesgo psicosocial emergente en empresas multiculturales. Comentario a la STSJ de Murcia 781/2019, de 26 de junio”, *RTSS*. CEF 437-438 (agosto-septiembre 2019), p. 184.

<sup>58</sup> *Vid.*, Informe Raxen especial 2018, *Racismo, Xenofobia, Islamofobia, Neofascismo y otras manifestaciones de intolerancia a través de los hechos*, elaborado por el Movimiento contra la Intolerancia; y el Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España 2018 sobre los incidentes registrados por el Ministerio del Interior. De los 1598 hechos registrados en 2018: 531 se refieren a racismo/ xenofobia; 596 a ideología; 259 a orientación sexual e identidad de género.

### 8.2.2. Trabajadores y empleadores de la economía informal

En cuanto a los trabajadores y empleadores de la economía informal, el punto 11 de la Recomendación OIT señala que, “al facilitar la transición de economía informal a la formal, los Miembros deberían proporcionar recursos y asistencia a los trabajadores y empleadores de la economía informal, y a sus asociaciones, para prevenir y abordar la violencia y el acoso en ésta”. Tradicionalmente, la OIT ha utilizado el término economía informal para referirse a las actividades económicas que –en la legislación y en la práctica– no están cubiertas o están insuficientemente cubiertas por los sistemas formales<sup>59</sup>. El trabajo en la economía informal crece cada año en determinados países en los que la economía no genera empleos suficientes, aumentando en consecuencia el número de trabajadores y empleadores sin garantías laborales ni de seguridad social<sup>60</sup>. Se ha señalado que sería más apropiado el concepto trabajo precario que incluye a la economía informal, el trabajo informal, el trabajo no registrado y otras formas específicas o particulares de empleo<sup>61</sup>. En cualquier caso, se trata de una realidad de inmensa entidad que requiere una actuación integral, no sólo con ocasión de la violencia y acoso en el trabajo, que también, sino en cuanto a su desprotección en términos generales en la línea de encuadrar los problemas en el ámbito del trabajo decente.

### 8.3. El lugar de trabajo a efectos de aplicación de la normativa

En cuanto al concepto de “lugar de trabajo” a efectos de aplicación de la normativa OIT, ha de destacarse la amplitud de este concepto; en este sentido, lo dispuesto en el art. 3 del Convenio:

- a) El lugar de trabajo “incluye espacios públicos y privados” cuando sean lugar de trabajo. En el acceso de la Inspección de trabajo al lugar de trabajo juega como límite el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18 CE) aplicable a los casos de despachos, habitación de hotel o similar para lo que se requerirá consentimiento expreso o autorización judicial de la persona afectada.
- b) También se consideran lugar de trabajo: “el lugar donde se paga al trabajador, donde éste toma su descanso o donde come, o en los que utiliza instalaciones sanitarias o de aseo y en los vestuarios. Habrá que plantearse como casa con el derecho a la intimidad y hasta que punto se puede grabar a un trabajador con una cámara sin su consentimiento al menos tácito, y como esta grabación puede ser admitida como prueba en un procedimiento judicial.
- c) Los desplazamientos hacia y desde el trabajo, los viajes, los eventos o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo, también se asimilan al “lugar de trabajo”. De nuevo no va ser fácil identificar la línea divisoria que marque los límites entre la esfera privada y la esfera pública –laboral– de una persona.
- d) También se encuentra incluido en el concepto lugar de trabajo, a efectos de aplicación de la normativa internacional, “al marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación.

<sup>59</sup> La medición de la informalidad: Manual estadístico sobre el sector informal y la economía informal, Centro de Formación de la OIT, Turín, 2013.

<sup>60</sup> RAMOS SOTO, A. L., “Sector informal, economía informal e informalidad”, Revista Iberoamericana para la Investigación y el desarrollo educativo RIDE, vol. 6, núm. 11, julio-diciembre 2015, p. 8. Datos de México en 2014, el 57,8 por 100 de la población ocupada se desempeña en actividades informales.

<sup>61</sup> NEFFA, J. C., “Sector informal, precariedad...”, op. cit., p. 21.

Con estas palabras en el Convenio se está haciendo referencia implícita al **ciberacoso** como forma de violencia y acoso, incluso más allá del estricto ámbito laboral<sup>62</sup>. Que se reconozca que la violencia y acoso pueden tener lugar más allá del lugar físico del trabajo es claramente muy significativo por los muchos retos que plantea en la actualidad, y lo hará en mayor medida en el futuro, el hecho de trabajadores vinculados con su lugar de trabajo por medio de la tecnología: trabajo en plataformas digitales, teletrabajo, trabajo a distancia, etc. Como señalara la OIT en 2006<sup>63</sup>, la intimidación o el acoso puede realizarse a través del correo electrónico, mensajes telefónicos o subiendo contenidos a la web. Como estas actuaciones pueden realizarse fuera o dentro del espacio físico de trabajo, en horario o no de trabajo, puede inducir a error en cuanto a su consideración o no como violencia y acoso en el trabajo.

Se señala, por último (art. 2.2), que el Convenio se aplica en los lugares de trabajo que pertenecen a todos los sectores, público o privado, de la economía formal como informal, en zonas urbanas o rurales. Es llamativa, desde una perspectiva occidental europea, la referencia a la economía informal que, frente a la formal, la asimilamos como economía no regulada, es decir presumiblemente ilegal. Ya se ha señalado, que el sector informal está formado por empresas, actividades y trabajadores que operan fuera del marco legal pero no por ello su actividad es ilegal; simplemente no está regulada y, generalmente, no se goza, desde el punto de vista de los trabajadores, de una protección laboral y de seguridad social. Se trata de micro-negocios u operaciones a pequeña escala y, en la mayoría de los casos, el negocio no tiene un estatus propio o independiente del dueño o persona que lo conduce.

## 9. Consideraciones finales

De llegar a ratificarse el Convenio OIT 190, tendrá que prevalecer un concepto único de violencia y acoso en el trabajo, lo que desde el punto de vista de nuestro sistema jurídico significará la necesidad de reorganizar y actualizar los conceptos existentes en nuestras distintas normas. Se podría optar simplemente por ratificar el Convenio sin mayores modificaciones legales pero ello seguramente causaría una mayor confusión a la vista de los distintos conceptos legales, doctrinales y jurisprudenciales sobre violencia y acoso en el trabajo con los que nos encontramos. La ratificación del nuevo Convenio OIT 190 sería una buena oportunidad para poner solución al enredo conceptual actual sobre los elementos que delimitan los diferentes comportamientos y conductas y los daños que causan y/o son susceptibles de causar.

Puesto que la violencia y el acoso en el trabajo son objeto de regulación segmentada, el objetivo sería ir reconstruyendo una categoría común y poder elaborar a partir de ella elementos comunes a todos los tipos. Ello permitiría identificar los puntos de conexión entre una figura general y los derechos fundamentales. Además, sería la vía para distinguir la violencia y el acoso de otras figuras como el conflicto laboral y el abuso de poder. Se ha señalado<sup>64</sup> que existen elementos comunes a todas las formas de violencia y acoso laboral: 1) conducta antijurídica que lesiona de manera directa y efectiva un bien jurídico protegido; 2) en todas las modalidades de violencia y acoso entra en juego y se lesiona un derecho fundamental; 3) en todas sus manifestaciones la víctima es parte de una re-

<sup>62</sup> *Vid.*, GARCÍA GONZÁLEZ, J., (coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant Monografías nº 696, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010; RAMOS QUINTANA, M. I., “Enfrentar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo: la discusión normativa de la OIT”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 138, 2018, p. 100.

<sup>63</sup> Informe de la OIT sobre Ciberacoso (2006).

<sup>64</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F., “Derecho constitucional y violencia en el trabajo...” , op. cit., p. 12

lación jurídica contractual, bien una relación laboral, administrativa o de otro tipo. Sin embargo, el agresor puede no ser la otra parte (la imputación de la autoría variará en función de la posición que el agredido ocupa respecto del sujeto agredido); y 4) en cuanto al carácter locativo o espacial, viene discutiéndose si el agresor ha de formar parte o no de la organización. En este sentido, debe tenerse presente la amplitud de los conceptos de trabajador y de lugar de trabajo, incluyéndose la violencia o acoso externo, así como la amplitud de la norma internacional en punto a la aplicación a “otras personas relacionadas con el mundo del trabajo”. La totalidad de los comportamientos de violencia ejercidos en lugares de trabajo lesionan derechos fundamentales como la dignidad humana (art. 10.1 CE) y el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). Algunas concretas manifestaciones de violencia y acoso pueden, además, vulnerar el derecho a la salud (art. 43.1 CE), la prohibición contra la discriminación (art. 14 CE) e, incluso como en el caso del acoso sexual, el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE).

Quizás debería plantearse ir abandonando la tradicional distinción entre acoso moral y acoso discriminatorio pues todo tipo de violencia y acoso es un acto de discriminación y, sobre todo, un ataque a la dignidad de las personas. Claramente no se requiere en este momento normativizar el concepto acoso moral pues, en especial a partir de la STC 56/2019, y si se produce la ratificación del Convenio OIT 190, futuros pronunciamientos judiciales sobre el acoso moral deberían seguir la línea de ruptura iniciada a partir de esta sentencia. En ambos casos –STC 56/2019 y Convenio OIT– se apuesta por un concepto amplio, que debe tener como referencia principal la protección de la persona que presta servicios por cuenta ajena “frente a toda conducta que pueda poner, porque así lo quiera o porque así resulte, en peligro su integridad y dignidad (arts. 10.1 y 15 CE)”. “Y ello al margen de cuál sea la intencionalidad y la mayor o menor legitimidad de sus fines, pues la prohibición es absoluta”<sup>65</sup>. Ni el elemento subjetivo (intencionalidad), ni el elemento reiteración, ni el elemento de resultado (producción efectiva y acreditada de un daño) deben exigirse como constitutivos del tipo jurídico acoso laboral en la doctrina constitucional a partir de la STC 56/2019, como tampoco lo son en el concepto previsto en el Convenio OIT 190 (art. 1.1.a) y tampoco deberían serlo si se produce la ratificación del mismo.

En la norma internacional tampoco se menciona que haya de producirse un daño extremo pues se mencionan exclusivamente distintos tipos de daño (físico, psicológico, sexual o económico) sin cuantificar cuánto daño, ni de que magnitud ha de ser ese daño, para ser constitutivos del tipo<sup>66</sup>. En nuestro sistema, la vía penal es la utilizada para castigar las situaciones de acoso más graves (art. 173.1 Código Penal), que prevé el acoso y violencia vertical (entre superior jerárquico y trabajador) pero no el horizontal (entre compañeros u otros). También en este punto habrá que introducir seguramente modificaciones legales.

Con respecto a los conceptos violencia y acoso por razón de género, pienso que habría que replantearse su evolución hacia un concepto más genérico como violencia contra las mujeres e incidir en la vertiente de la violencia económica tradicionalmente ejercida sobre las mujeres y sus implicaciones en el mundo laboral. Con ello no quiere decirse que haya que obviar la muy necesaria tutela del derecho fundamental de las mujeres a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE). En este sentido la reciente STC de 30 de septiembre de 2019 (Rec. 2925/2018) afirma la finalidad tuitiva y pedagógica de respuesta histórica a favor de la parificación social y jurídica que precisa la población femenina: “es preciso atender a circunstancias tales como la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquélla tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, en cuanto se

<sup>65</sup> STC 120/1990 (FJ 9), cit., por MOLINA NAVARRETE, C., “La <des-psicologización> del concepto constitucional...”, op. cit., p. 133.

<sup>66</sup> Muy diferente es lo dispuesto en el criterio técnico 69/2009 de la ITSS sobre acoso laboral pues define esta figura como “violencia psicológica extrema” sobre otra persona en su lugar de trabajo.

trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística, tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia a diferencia de los varones” (FJ 2º).

Se ha señalado, sin embargo, que la tutela antidiscriminatoria se muestra insuficiente por dos razones<sup>67</sup>: 1) porque las reacciones frente a conductas discriminatorias sólo pueden tener un carácter restrictivo o sancionador que, en muchas ocasiones, se quedan en el terreno de lo meramente resarcitorio, desde el punto de vista económico, pero no van a las raíces del problema. Por ello las medidas de tutela antidiscriminatoria, deben venir acompañadas de medidas profilácticas y preventivas que corrijan la situación desde su origen, cambiando prácticas empresariales y culturas laborales... los planes de igualdad son decisivos; y 2) porque no se puede intervenir aisladamente en el plano laboral... servicios públicos orientados a la atención de necesidades familiares, un sistema de horarios que tome en consideración las jornadas laborales, unas políticas familiares que fomenten al corresponsabilidad, etc. pueden convertirse en la clave de un trabajo igualitario entre hombres y mujeres, que al final se convierta en piedra angular de un trabajo digno para todos.

El amplio enfoque del Convenio OIT 190 es de gran importancia: todas las personas que trabajan han de quedar protegidas, con independencia de su situación contractual (la norma incluso menciona a los despedidos, los que buscan empleo, etc.) y de sus características personales. Ello es determinante sobre todo en cuanto al acoso tradicionalmente denominado moral y sus repercusiones en la salud de la víctima. Pueden identificarse tres conceptos en los que habrá que profundizar: 1) factor de riesgo psicosocial relacionado con el trabajo: relativo causas o agentes que generan probabilidad de que se den situaciones nocivas (alta demanda de trabajo, presión, estilos autoritarios y machistas de dirección, etc.); 2) riesgos psicosociales en el trabajo (estrés, acoso, violencia, adicciones, etc.); y 3) daños psicosociales con ocasión o a consecuencia del trabajo (síndromes, enfermedades mentales, incapacidades, etc.)<sup>68</sup>.

En línea con lo dispuesto en la normativa internacional, el siguiente paso sería afianzar que la violencia y acoso en el lugar de trabajo sean considerados daños derivados del trabajo, obligando al empresario a adoptar cuantas medidas sean necesarias, al más alto nivel posible, según el espíritu original de la Directiva marco 89/391 sobre seguridad y salud, sin subordinación a consideraciones de tipo económico (exposición de motivos, párrafo 17 Directiva marco), y respetando los derechos de consulta y participación de los trabajadores (art. 11 Directiva marco). En este sentido, pienso que también habría que modificar la LPRL de manera que se asegure una prevención suficiente y eficaz de la violencia y acoso en el trabajo. La LPRL dice que el empresario está obligado a garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores “en todos los aspectos relacionados con el trabajo”. Ello implica que está obligado a adoptar no solo las medidas previstas en los textos legales sino cualquier otra posible, razonable y necesaria para evitar y prevenir cualquier situación de riesgo (STS 62/2007, de 27 de marzo, Rec. 1623/2002). El objetivo debería ser que no se produjeran situaciones de violencia y acoso. El tema es complejo, sobre todo porque no es fácil delimitar los elementos característicos de la violencia y el acoso. Aceptando que debe prevalecer un concepto único e integral, el problema conceptual es complicado sobre todo porque habrá situaciones en las que, al no producirse un daño físico o psicológico concreto, aunque si se produzca la posibilidad de que se cause, como señala el

<sup>67</sup> CRUZ VILLALÓN, J., “La centralidad del trabajo digno en un nuevo modelo social”, Revista Internacional y Comparada de RRL y Derecho del Empleo, vol. 7, núm. 4, octubre-diciembre 2019, ADAPT University Press, p. 248.

<sup>68</sup> GARCÍA JIMENEZ, M., “La violencia en el ámbito laboral...”, op. cit., p. 109. Señala este autor que los psicólogos han de perfeccionar los instrumentos de evaluación del *mobbing* con el fin de establecer el nivel a partir del cual se requiere una intervención tanto en el ámbito legal como en el de ayuda psicológica a la víctima. Se han de mejorar los instrumentos de evaluación con el objetivo de lograr estimar un punto de corte objetivo que permita afianzar la existencia de *mobbing*.

art. 1.1.a del Convenio OIT 190, habría que poner el acento en el daño a la dignidad de la persona, que mas que un derecho fundamental es un *metaderecho*<sup>69</sup> o derecho radical, del que traen su causa los demás derechos fundamentales<sup>70</sup>.

## 10. Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, M., “El concepto poliédrico de acoso en el trabajo en el Código Penal: luces y sombras”, *Revista de Derecho Social* núm. 79, 2017, pp. 63-92.
- ALTÉS TÁRREGA, J., *El acoso del trabajador en la empresa*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2008, Valencia,
- BALLESTER PASTOR, M. A., “La política de la OIT y de la Unión Europea sobre la salud y riesgos psicosociales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales*, ADAPT University Press, volumen 1, nº 4, octubre-diciembre 2013, pp. 1-23.
- BALLESTER PASTOR, M. A., *Guía sobre el acoso moral en el trabajo*, Guías de Negociación, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2006, edición actualizada a la Ley Orgánica 3/2007,
- BARJA CORIA, J., “¿Por qué si hay tanta violencia en el camino ellas siguen migrando? Antropología, violencia y migración”, *ALTERIDADESA*, 2019, 29 (58), pp. 17-30.
- BASTIDA DOMÍNGUEZ, M., “Del cristal al acero: nuevas barreras para nuevos tiempos”, *RTSS. CEF*, núm. 429 (diciembre 2018), pp. 223-262.
- BLÁZQUEZ AGUADO, E., “Una aproximación a la igualdad de género en el mercado laboral” en BLÁZQUEZ AGUADO, E., SAINZ DE BARANDA ANDÚJAR, C. y NIETO ROJAS, P. (Dirs.), *Especialista en Gestión de Políticas de Igualdad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2019, pp. 267-294.
- CONESA BALLESTERO, J., y SANAHUJA VIDAL., M., “Acoso moral en el trabajo. Tratamiento jurídico (mobbing)”, *Actualidad Laboral*, nº 2, 2002.
- CORREA CARRASCO, M., *Acoso Laboral. Regulación jurídica y práctica aplicativa*, Colección laboral nº 258, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- CRUZ VILLALÓN, J., “La centralidad del trabajo digno en un nuevo modelo social”, *Revista Internacional y Comparada de RRLL y Derecho del Empleo*, vol. 7, núm. 4, octubre-diciembre 2019, ADAPT University Press, pp. 234-248.
- DIAZ LAFUENTE, J., “El reconocimiento de la identidad de género por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Comentario a la STJUE de 26 de junio de 2018, asunto C-451/16”, *RTSS. CEF*, núm. 427, octubre 2018.
- ESPEJO MEGÍAS, P., *Hacia una reformulación de la violencia de género laboral*, Madrid Wolters/kluwer/la Ley, 2018.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico”, *Derecho PUCP* (50), 1996, pp. 11-45.
- FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., “Grupos vulnerables: apuntes para un concepto jurídico social”, *RTSS CEF*, núm. 404 (noviembre 2016), pp. 109-134.
- FERRANDO GARCÍA, M. F., “La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito laboral”, *RTSS.CEF*, núm. 428 (noviembre 2018), pp. 19-54.

<sup>69</sup> Concepto acuñado por el economista bengalí AMARTYA SEN (el *metaderecho* a estar libre de hambre). La dignidad, en su sentido más profundo de inviolabilidad de la persona, es un *metaderecho* y como tal debe ser protegido incluso frente al consentimiento del propio afectado. *Vid.*, FERNÁNDEZ SEGADO, F., “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico”, *Derecho PUCP* (50), 1996, pp. 11-45.

<sup>70</sup> PECES BARBAS, G., *Derechos Fundamentales*, Latina Universitaria, Madrid, 1980, p. 91. Cit. por FERNÁNDEZ SEGADO, F., “La dignidad de la persona...”, *op. cit.*, p. 19.

- GARCÍA GONZÁLEZ, J., (coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant Monografías nº 696, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
- GARCÍA JIMÉNEZ, M., “Violencia externa en el lugar de trabajo: marco conceptual y caracterización jurídica”, *Revista Internacional comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, ADAPT *University Press*, volumen 7, nº 2 abril-junio 2019.
- GARCÍA TESTAL, E., *Derechos de las trabajadoras víctimas de la violencia de género*, Colección laboral nº 229, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.
- HERRERA RUIZ, S., “La violencia de género invisibilizada bajo la categoría de migración económica en mujeres-madres centroamericanas”, *Revista Ciencias Sociales y Humanidades*, vol. 4, núm. I-2017.
- HERRERO MAROTO, S., “El síndrome del *boreout* y la STC 56/2019 sobre *mobbing* en la Administración Pública”, *Diario La Ley*, nº 9458, 17 de julio de 2019.
- LOUSADA AROCHENA, F., “El Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo”; RDS nº 88, 2020
- MAUPAIN, F., *The future of the International Labour Organization in the global economy*, Oxford, Hart Publishing, 2013.
- MEJÍAS GARCÍA, A., “Presión laboral tendenciosa. Medios de protección”, en *El acoso laboral, antes llamado mobbing*, Tirant Monografías nº 543, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008
- MINARRO YANINI, M., “El acoso discriminatorio racial o étnico: entre disciplina y prevención de un riesgo psicosocial emergente en empresas multiculturales. Comentario a la STSJ de Murcia 781/2019, de 26 de junio”, *RTSS. CEF 437-438* (agosto-septiembre 2019), pp. 181-188.
- MOLINA NAVARRETE, C., “La <des-psicologización> del concepto constitucional del acoso moral en el trabajo: ni la intención ni el daño son elementos del tipo jurídico”, *Revista de Derecho Social* nº 86, abril- junio 2019, pp. 119-143.
- MOLINA NAVARRETE, C., “Identidad europea, brechas de género y protección social: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desnuda persistentes discriminaciones por razón de sexo”, *RTSS, CEF, 435* (junio 2019), pp. 5-12.
- MOLINA NAVARRETE, C., “Del acoso moral (*mobbing*) al ciberacoso en el trabajo (*network mobbing*): viejas y nuevas formas de violencia laboral como riesgo psicosocial en la reciente doctrina judicial”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, 437-438* (agosto-septiembre 2019), pp. 143-165.
- MONTOYA MELGAR, A., “El acoso en el trabajo y su encuadramiento jurídico”, *Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 140, 2008, pp. 751-768.
- MORALES RAMÍREZ, M. A., “Aproximación al acoso laboral desde la legislación comparada”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIX, núm. 147, septiembre-diciembre de 2016, pp. 71-98.
- NEFFA, J.C., *Los riesgos psicosociales en el trabajo: contribución a su estudio*, Ed. Centro de Estudios e Investigaciones Laborales CEIL-CONICET; Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Nordeste de Argentina, entre otros, 2015.
- OJEDA AVILÉS, A., “Del mundialismo a la globalización. Un balance de los convenios OIT y su proyección futura”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, 434*, 2019.
- OLMEDO, M., y GÓNZALEZ, P., “La violencia en el ámbito laboral: la problemática conceptualización del *mobbing*, su evaluación, prevención y tratamiento”, *Acción Psicológica*, junio 2006, vol. 4, nº 2, pp. 107-128.
- PECES BARBAS, G., *Derechos Fundamentales*, Latina Universitaria, Madrid, 1980.

- PÉREZ DEL RIO, T., “La violencia de género en el empleo como violación del derecho a la integridad física y psíquica y su prevención. La función de los interlocutores sociales”, *Lan Harremanak/* 25, 2012, pp. 123-154.
- PÉREZ DEL RIO, T., *La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista*, Albacete, Bomarzo, 2009.
- PÉREZ MACHÍO, A., *Mobbing y Derecho Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.
- PERKINS, R., “Violencia sexual: un caso para la relajación de los controles fronterizos”, *PURE Insights*, vol. 7, article 9, 2018.
- RAMOS QUINTANA, M. I., “Enfrentar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo: la discusión normativa de la OIT”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 138, 2018, pp. 91-114.
- RAMOS SOTO, A. L., “Sector informal, economía informal e informalidad”, *Revista Iberoamericana para la Investigación y el desarrollo educativo RIDE*, vol. 6, núm. 11, julio-diciembre 2015.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La discriminación retributiva por causa del sexo y género: factores desencadenantes y pautas de solución”, *Documentación Laboral*, núm. 113-año 2018, Vol. I, pp. 7-30.
- SANGUINETI RAYMOND, W., “Las cadenas mundiales de producción y la construcción de un derecho del trabajo sin fronteras”, Ponencia Inaugural del XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sobre “El futuro del trabajo: cien años de OIT”, Salamanca, 30 y 31 de mayo de 2019.
- TAMAYO ACOSTA, J. J., “Principales categorías de la teoría de género” en BLÁZQUEZ AGUADO, E., SAINZ DE BARANDA ANDÚJAR, C. y NIETO ROJAS, P. (Dirs.), *Especialista en Gestión de Políticas de Igualdad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2019, pp. 93-106.
- URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M., *Acoso laboral y lesión de Derechos fundamentales*, Bomarzo, 2014.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “Derecho constitucional y violencia en el trabajo en España”, *Revista Internacional y comparada de Relaciones laborales y derecho del Empleo*, Vol. 1, núm. 4, octubre-diciembre de 2013, pp. 1-24.
- VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M. P., “El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: principales novedades y expectativas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF 437-438 (agosto-septiembre 2018), pp. 57-79.
- YUGUEROS GARCÍA, A. J., “La violencia contra las mujeres: conceptos y causas”, *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, nº 18, 2014, pp. 147-159.

# A vueltas con la desconexión digital: eficacia y garantías de *lege lata*\*

## Again with right to digital disconnection: effectiveness and current guarantees

JUAN ANTONIO ALTÉS TÁRREGA\*\*

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universitat de València. Estudi General*

ORCID ID: 0000-0003-1530-8545

SERGIO YAGÜE BLANCO\*\*\*

*Personal Investigador en Formación Predoctoral de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social\*\*\*\*  
Universitat de València. Estudi General*

ORCID ID: 0000-0002-7420-516X

Recibido: 5/2/2020

Aceptado: 23/3/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5539>

*Resumen:* Mediante el presente estudio tratamos de reconstruir y analizar el régimen jurídico de la “desconexión digital” a partir de los escasos datos normativos y de las aportaciones doctrinales precedentes. Nuestra postura parte de la tesis de que, a pesar de que la labor del legislador orgánico no ha sido impecable, todavía la regulación cuenta con un margen interpretativo desde el que puede reivindicarse su efectividad para garantizar la tutela de los derechos laborales imbricados. En fin, incorporamos una breve aproximación a la desconexión en relación con el teletrabajo habida cuenta de su mayor implantación desde el comienzo de la crisis del COVID-19.

*Palabras clave:* desconexión digital, tiempo de trabajo, seguridad y salud laboral, teletrabajo, derechos fundamentales.

*Abstract:* Through this study we try to reconstruct and analyze the legal regime of the right to digital disconnection from his weak regulation and the preceding doctrinal contributions. Our position starts from the thesis that, although the work of the legislator has not been impecable, the regulation still has an interpretati-

---

\*Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto de investigación autonómico “Mi jefe es un algoritmo: Los efectos de la reputación online y la inteligencia artificial en el trabajo en plataformas digitales” (GV/2019/164), cuyo investigador principal es el Prof. Adrián Todolí Signes.

\*\*[juan.a.altés@uv.es](mailto:juan.a.altés@uv.es)

\*\*\*[sergio.yague@uv.es](mailto:sergio.yague@uv.es)

\*\*\*\*Contrato financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades para la Formación de Profesorado Universitario (FPU 2015).

ve margin from which its effectiveness can be claimed to guarantee the protection of embedded labor rights.

Finally, we incorporate a brief approach to disconnection in relation to teleworking, given its greater implementation since the beginning of the COVID-19 crisis.

*Keywords:* digital disconnection, working time, occupational health, teleworking, fundamental rights.

## 1. Consideraciones previas

La actual interconectividad digital facilita la gestión empresarial. El empresario dispone de medios más efectivos que agilizan y hacen más eficientes las prestaciones de servicios, al permitir una monitorización continua de las mismas. Efectivamente, los ordenadores, *tablets*, *smartphones* o cualquier otro dispositivo informático con acceso a la red poseen múltiples herramientas (sistemas de video, geolocalización, sistemas de mensajería...) que posibilitan la comunicación con el trabajador y su control en cualquier momento y lugar. Las ventajas de su uso en el entorno laboral son evidentemente muchas, pero parece igualmente evidente que el mal uso o el abuso en su utilización puede suponer un riesgo psicosocial para la salud del trabajador y una intromisión empresarial en el *tiempo de no trabajo*.

Estar *permanentemente conectados* permite una mayor disponibilidad del trabajador y desdibuja las fronteras entre el tiempo de trabajo productivo, –en el que se encuentra bajo el poder de dirección y control del empresario– y el reproductivo –aquel que el trabajador decide como usa en función de sus intereses propios<sup>1</sup>–, ya que muchas tareas laborales se asumen, se encargan y se resuelven, apelando a la urgencia o a otras causas, fuera del horario y del lugar de trabajo<sup>2</sup>. En definitiva, la incorporación de las TICs a las relaciones de trabajo ha provocado un “hiperpresentismo” digital que constituye uno de los grandes retos actuales en materia de tiempo de trabajo<sup>3</sup>.

A fin de evitarlo, por todo el mundo han surgido iniciativas que establecen el derecho a la desconexión digital para que los trabajadores no sean molestados en su tiempo privado. Otros estudios han dado cuenta de este fenómeno global, relatando cómo grandes empresas han tomado medidas unilaterales para atajarlo y diversas intervenciones legislativas de este tipo en Corea del Sur, Filipinas, Alemania, Bélgica, Italia o Suiza que no siempre han llegado a buen puerto<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, nº 138, 2017, p. 254 y ss. En similar sentido, CIALTI, Pierre-Henri. El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece? *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, nº 137, 2017, p. 164; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, María Luz y PÉREZ DEL PRADO, Daniel. El impacto de la economía 4.0 sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio de caso en dos empresas de base tecnológica. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Universidad Complutense de Madrid, Vol. 36, nº 2-extra, 2018, p. 358; TALÉNS VISCONTI, Eduardo. La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva. *Revista de Información Laboral*, Lex Nova, nº 4, 2018, p. 2/12. Recurso electrónico recuperado el 02/03/19 de la BD Aranzadi.

<sup>2</sup> Esta situación es todavía más alarmante en el caso de las empresas de base tecnológica, en la que los estudios vienen demostrando que la prolongación del tiempo de trabajo es una constante en el sector [RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, María Luz y PÉREZ DEL PRADO, Daniel. El impacto..., ob. cit., p. 367].

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio. Cronorreflexión al hilo de cuestiones actuales sobre tiempo de trabajo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, Centro de Estudios Financieros, nº 421, 2018, p. 5.

<sup>4</sup> Sobre el tema MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. El tiempo de los derechos en un mundo digital: ¿Existe un nuevo “derecho humano a la desconexión” de los trabajadores fuera de la jornada? *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo 68, nº 269, 2017, pp. 904 y ss.; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. Jornada laboral..., ob. cit., pp. 254 y ss.; NARANJO COLORADO, Luz Dary. Vicisitudes del nuevo derecho a la desconexión digital: un análisis desde la base del derecho laboral. *Saber, ciencia y libertad*, Universidad Libre, Vol. 12, nº 2, 2017, pp. 51 y ss.

Sin duda, la actuación más destacada, por pionera, es la regulación francesa de este derecho, aparecida en la *LOI n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*. No obstante, su relevancia no evitó que fuera criticada por establecer un derecho prácticamente vacío de contenido, esto es, un brindis al sol<sup>5</sup>. Aunque como reflejan algunos estudios, este derecho ya se había incluido previamente en convenios colectivos tanto a nivel interprofesional, promoviendo que las empresas establezcan tiempos de desconexión para favorecer la conciliación laboral y familiar y promuevan un buen uso de las TICs<sup>6</sup>; así como sectorial, mediante cláusulas que obligan a la desconexión de las herramientas de comunicación remota, insisten en la necesidad de que la empresa respete los tiempos de no trabajo y recuerden a los trabajadores la no obligación de atender a estas solicitudes<sup>7</sup>; y, especialmente, a nivel empresarial, reconociendo el derecho a la desconexión de los trabajadores en relación con el derecho a la salud y la vida privada de los trabajadores y estableciendo mecanismos de control y seguimiento<sup>8</sup>.

En España la negociación colectiva reciente también ha empezado a hacerse eco del problema. En este sentido, el *XVI Convenio Colectivo de la Empresa ONCE* y su personal recoge este derecho en su Plan de Igualdad como medida para favorecer la conciliación laboral y familiar<sup>9</sup>. El *Convenio Colectivo del Sector de Industria, Servicios e Instalaciones del Metal de la Comunidad de Madrid* establece un compromiso para fomentar la desconexión digital<sup>10</sup>. También el *Acuerdo Interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020* propone que la negociación colectiva incorpore una cláusula sobre la desconexión digital, que las empresas elaboren un protocolo sobre el mismo, y la realización de campañas de sensibilización dirigidas a las plantillas, mandos intermedios y a la propia dirección de la empresa<sup>11</sup>. Por otro lado, a nivel de empresa el mayor revuelo mediático lo generó el *Convenio colectivo del Grupo AXA (2017-2020)*<sup>12</sup>, debido a que fue el primero en incluir entre su contenido normativo el derecho a la desconexión digital, reconociendo, “*salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales (...) el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo*”<sup>13</sup>. Otro ejemplo de similar alcance se encuentra en la cláusula del *Convenio de la empresa Barcelona Cicle de l’Aigua, SA (BACSA, periodo 2017-2020)*, aunque rebaja el alcance del derecho al establecer que la empresa “procurará” que no sea necesaria la respuesta a llamadas ni mensajes ni la realización de conexiones fuera del horario<sup>14</sup>. Y, en fin, quizás con un grado de concreción algo mayor, el *Convenio de la sucursal española de la empresa EUI Limited*, en la medida en que “reconoce, alienta y espera la desconexión electrónica de sus trabajadores con la empresa

<sup>5</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. Jornada laboral..., ob. cit., p. 253 y ss.; en el mismo sentido: CIALTI, Pierre-Henri. El derecho a la desconexión..., ob. cit., p. 181; ALEMÁN PÁEZ, Francisco. El derecho de desconexión digital. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Wolters Kluwer, n° 30, 2017, pp. 11 y 14/29 y ss. Recurso electrónico recuperado el 02/03/18 de la BD Smarteca.

<sup>6</sup> El Acuerdo Nacional Interprofesional de 19 de junio de 2013 sobre la calidad de vida en el trabajo.

<sup>7</sup> Acuerdo Import-export (avenant du 27-06-2016) –Liaisons Sociales Quotidien– L’actualité n° 17196 du 8 novembre 2016; y Commerces de gros (avenant du 30-06-2016) –Liaisons Sociales Quotidien– L’actualité n° 17181 du 14 octobre 2016).

<sup>8</sup> Sobre la experiencia legal y convencional en Francia *vid* CIALTI, Pierre-Henri. El derecho a la desconexión..., ob. cit., pp. 167 y ss.

<sup>9</sup> Resolución de 8 de enero de 2018, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XVI Convenio colectivo de la ONCE y su personal.

<sup>10</sup> Resolución de 14 de enero de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda.

<sup>11</sup> Resolución TSF/2053/2018, de 4 de septiembre, del Departamento de Trabajo, Asuntos sociales y familias de la Generalitat de Catalunya.

<sup>12</sup> Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo.

<sup>13</sup> La doctrina ha manifestado que se trata de una regulación ambigua, poco precisa que no articula en realidad ningún derecho nuevo, ni obligación concreta lo que ha llevado a la consideración que se trata más de una mera declaración formal que de una construcción jurídica real - MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. Jornada laboral..., ob. cit., pp. 251 y 252; TALÉNS VISCONTI, Eduardo. La desconexión digital..., ob. cit., pp. 10/12 y ss.

<sup>14</sup> Resolución de 19 de marzo de 2018, del Departamento de Trabajo, Asuntos sociales y familias de la Generalitat de Catalunya.

*fuera de sus horas de trabajo*”, mediante cualquier tecnología de comunicación y a fin de que la plantilla se dedique al desarrollo de sus intereses personales, privados y familiares<sup>15</sup>.

Pues bien, en este contexto, nuestro país ha asumido en la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales* (en adelante LOPDP) la positivización de este derecho junto con otras garantías de los denominados “derechos digitales”.

Llegados a este punto, debemos preguntarnos si la existencia de este derecho dependía de su expresa positivización. La doctrina que ha tratado esta materia ha respondido a esta pregunta de la misma manera: la ausencia de una regulación expresa no condiciona la existencia del derecho en base a la normativa ya existente<sup>16</sup>.

Desde luego, el derecho a no responder, como garantía al descanso, existía en nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad a su plasmación legal. Nadie puede argumentar que, sin este reconocimiento, los trabajadores estuvieran constreñidos a responder al empresario, exponiéndose al poder disciplinario caso de no hacerlo<sup>17</sup>. La STC 192/2003, de 27 de octubre, dictada en materia de vacaciones, era taxativa en este sentido y su doctrina puede extenderse de forma general a otras situaciones. No se requiere la existencia de una norma concreta ante “la capacidad de los derechos fundamentales de los trabajadores de integrar prohibiciones para el empleador y derechos de autodeterminación para el trabajador en el ejercicio del poder de dirección extralimitado”<sup>18</sup>.

La doctrina judicial también ha entrado en el pasado a resolver las posibles extralimitaciones empresariales en relación con el uso de dispositivos digitales. Tal es el caso de la SAN, Social, de 17 de julio de 1997, Proc. 120/1997, en relación con la orden empresarial para que los trabajadores mantuvieran una conexión ininterrumpida de los teléfonos móviles de la empresa y de sus clientes, lo cual implicaría que los trabajadores tendrían que estar pendientes en las horas no coincidentes con la jornada de trabajo. Más recientemente, la STSJ Cataluña de 23 de mayo de 2013, Rec. 6212/2012, determinó que el uso de un dispositivo con GPS integrado en el teléfono móvil con que la empresa proporciona a los trabajadores con el fin de intervenir rápidamente en caso de accidente, que han de llevar consigo incluso en sus casas, pone a los trabajadores en una situación de *in vigilando* incluso en su ámbito de vida privada. En estos casos, aunque no se alude expresamente, se está valorando el derecho a la desconexión digital y resolviendo en consecuencia, aun sin una norma que lo sustentara expresamente como tal.

En definitiva, puede afirmarse que el marco normativo laboral de carácter genérico regulador del tiempo de trabajo (jornada, descansos, vacaciones, etc.) previsto en los artículos 34 y ss. del ET es más que suficiente para evitar que los trabajadores continúen trabajando más allá de los límites de la jornada laboral. Y de la misma manera, la normativa en materia de prevención de riesgos laborales también estaría prohibiendo este tipo de conductas empresariales por cuanto que vela por la protección de la seguridad y salud en el ámbito laboral, incluso en la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo (art. 13.4 ET). Así, el derecho a la desconexión digital no supone la creación de un “nuevo derecho” laboral, sino una concreción o manifestación expresa de otros ya existentes<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Resolución de 15 de junio de 2018, de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía.”

<sup>16</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. Jornada laboral..., ob. cit., pp. 274 y ss.; ZAMORA, Santiago, 2019. Desconexión digital ¿novedad o anécdota?. En: *Diario La Ley* [en línea], nº 9363. Recuperado el 03/03/2019 de <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2019/02/21/desconexion-digital-novedad-o-aneecdota>.

<sup>17</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio, señalaba con anterior a la LOPDP que “la solo aparente «anomia» legislativa” no puede dar lugar a “caer en la trampa de pensar que, sin su reconocimiento expreso, pueda existir –o siquiera sea admisible jurídicamente– una hipotética “obligación permanente de conexión”, lo que equivaldría a una inaceptable obligación permanente de disponibilidad” [cf. Cronorreflexión..., ob. cit., p. 15).

<sup>18</sup> Cfr. MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. Jornada laboral..., ob. cit., p. 278.

<sup>19</sup> En este sentido, CIALTI, Pierre-Henri. El derecho a la desconexión..., ob. cit., p. 180; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. El tiempo..., ob. cit., pp. 905 y ss.; SERRANO OLIVARES, Raquel. Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario de urgencia a la ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. *IUSLabor*, Universitat

Ahora bien, aunque esta normativa y la protección judicial dispensada resulta suficiente frente a la imposición de una norma o un pacto escrito por parte del empresario que sea abusivo, no resulta igual de eficaz ante otras situaciones más comunes, como la comunicación espontánea y constante materializada en mensajes, correos y llamadas que se suceden por goteo durante el tiempo de descanso<sup>20</sup>. Es por ello que mediante su reconocimiento se dota de eficacia a los derechos ya existentes<sup>21</sup>. Su reconocimiento expreso en un mandato jurídico es positivo, en cuanto que pone de manifiesto la existencia de una conducta reiterada que la nueva dimensión tecnológica ha favorecido y está en la línea de la necesaria adaptación del Derecho del Trabajo a dicha situación<sup>22</sup>. De la misma manera, establecer un sistema de protección específico ha de considerarse igualmente positivo. Otra cosa es que la regulación establecida sea suficiente y cumpla con esta expectativa, como veremos en las siguientes páginas.

## 2. La protección legal del derecho a la desconexión: el contenido del derecho y las obligaciones resultantes

La LOPDPD, en vigor desde el 7 de diciembre de 2018, que actualiza el desarrollo del art. 18.4 CE, ha establecido en sus artículos 87 a 91 una serie de garantías en relación con los derechos digitales en el ámbito laboral<sup>23</sup>.

Además, fruto del reconocimiento legal de estos derechos se ha introducido un nuevo artículo 20 *bis* al Estatuto de los Trabajadores (DF 13ª LOPDP)<sup>24</sup>. En él se estipula que los “*los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*”.

Resulta llamativa la ubicación sistemática elegida por el legislador para incorporar estos derechos<sup>25</sup>. En efecto, no se ha optado por integrarlos en el art. 4.2 ET, entre los que poseen los trabajadores en la relación de trabajo, y que incluye expresamente los que tienen relevancia constitucional, sino a continuación del derecho empresarial a la dirección y control de la actividad laboral del art. 20 ET, configurándose como un aspecto más del mismo<sup>26</sup> o, más bien, una limitación a dichas

Pompeu Fabra, nº 3, 2018, p. 226; BLÁZQUEZ AGUDO, Eva María. Novedades laborales en la nueva Ley orgánica de protección de datos. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Wolters Kluwer, nº 50, 2019, p. 11/19. Recurso electrónico recuperado el 12/12/19 de la BD Smarteca.

<sup>20</sup> TALÉNS VISCONTI, Eduardo. La desconexión digital..., ob. cit., p. 5 y 6/12. En el mismo sentido, TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo. El derecho de desconexión de los trabajadores (potencialidades en el ordenamiento español). *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Wolters Kluwer, nº 41, 2018, p.7/28. Recurso electrónico recuperado el 03/02/19 de la BD Smarteca.

<sup>21</sup> En este sentido, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. El tiempo..., ob. cit., pp. 906 y ss.; VALLECILLO GÁMEZ, María Rosa. El derecho a la desconexión: ¿“novedad digital” o esnobismo del “viejo” derecho al descanso. *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social-CEF*, Centro de Estudios Financieros, nº 408, 2017, p. 173.

<sup>22</sup> En este sentido ALEMÁN PÁEZ, Francisco. El derecho de desconexión digital, ob. cit., pp. 9, 11 y 14/29.

<sup>23</sup> Para una visión completa del recorrido y la tramitación parlamentaria de la ley y de las iniciativas legislativas previas, véase: BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro. El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones. *Revista Aranzadi Doctrinal*, Thomson Reuters-Aranzadi, nº 1, 2019, pp. 4/18 a 10/18. Recurso electrónico recuperado el 12/12/19 de la BD Aranzadi.

<sup>24</sup> La Disposición Final 14ª dispone la modificación del Estatuto Básico del Empleado Público para reconocer, con una redacción casi idéntica, estos mismos derechos a los empleados públicos previa incorporación de un apartado j) al art. 14 EBEP.

<sup>25</sup> En este sentido, ALEMÁN PÁEZ, Francisco. destaca la importancia de la ubicación sistemática. En relación a la ley francesa, que se ha insertado dentro del régimen jurídico previsto para los planes de igualdad, manifiesta que dicha ubicación condiciona el alcance de la desconexión y la concepción última del derecho [El derecho a la desconexión digital, ob. cit., pp. 13 y 15/29].

<sup>26</sup> BAYLOS GRAU, Antonio. Los derechos digitales y la negociación colectiva. *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, nº 9331, 2019, p. 2/5. Recurso electrónico recuperado el 02/03/19 de la BD Smarteca.

facultades empresariales. La opción legislativa no es intrascendente, sino que acarrea importantes consecuencias prácticas, pues, por ejemplo, no será aplicable la infracción específica prevista en la LISOS en relación con las vulneraciones de los derechos listados en el art. 4 ET.

En cualquier caso, para conocer el contenido de este derecho laboral a la desconexión digital es necesario acudir a la legislación en materia de protección de datos. Es el art. 88.1 LOPDP el que dispone que “*los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar*”.

Como puede observarse, el precepto, al igual que ocurre en los protocolos empresariales y convenios colectivos que dan cuenta del mismo, no define este derecho. Algún autor lo ha reflejado como “el derecho para el trabajador de no tener ningún contacto con herramientas digitales con su trabajo durante su tiempo de descanso y sus vacaciones”<sup>27</sup>. Esto abarcaría tanto la no recepción de comunicaciones o instrucciones fuera de la jornada de trabajo (mails, mensajes, llamadas, etc.), como la necesidad de evitar que el trabajador acabe prolongándola para realizar cualquier tarea relacionada con el trabajo gracias a las posibilidades de conectividad que ofrecen las NTICs<sup>28</sup>. Desde el punto de vista empresarial, sin embargo, cabría entenderlo como la prohibición de comunicarse o controlar a los trabajadores mediante dispositivos digitales durante los tiempos de descanso y vacaciones. Y, en fin, de forma neutra, implica el “apagado” de los dispositivos digitales fuera del tiempo de trabajo efectivo o en otros momentos en los que contractualmente haya que estar a disposición de la empresa.

A la luz de esta delimitación normativa es oportuno valorar dos aspectos: qué bienes jurídicos resultan protegidos y si la ley ha configurado la desconexión digital como un derecho del trabajador o una obligación empresarial. Como se verá, la determinación de los bienes jurídicos protegidos determina los distintos mecanismos de tutela aplicables, mientras que la segunda cuestión influye en las concretas medidas previstas para garantizar su eficacia.

### *2.1. Los bienes jurídicos protegidos tras la LOPDP*

Determinar cuál es el bien jurídicamente protegido no es una cuestión meramente teórica, pues delimita el ámbito de actuación normativa para articular las garantías de este derecho. Por poner ejemplos, si consideramos que tutela el derecho a descanso, las instituciones reguladoras del tiempo de trabajo serán las que deban establecer los límites. Si se considera que el bien protegido es la seguridad y salud de los trabajadores, obliga a una relectura de las obligaciones impuestas por la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales* (en adelante, LPRL), especialmente significativa habida cuenta de la falta de desarrollo reglamentario en materia de riesgos psicosociales. Por su parte, desde el ámbito de la conciliación de la vida laboral y familiar, se abren nuevas oportunidades de regulación en el seno de los planes de igualdad. De considerarse protegido un derecho fundamental pueden activarse los mecanismos de tutela contra la vulneración de los mismos. Y, en fin, en todos los casos, como se analizará, va a determinar la posibilidad de exigir unas u otras responsabilidades administrativas diferentes por su incumplimiento si encuentra acomodo en alguna de las previsiones de la *Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social* (en adelante, LISOS).

<sup>27</sup> Cfr. CIALTI, Pierre-Henri. El derecho a la desconexión..., ob. cit., p. 165.

<sup>28</sup> Además de permitir múltiples de formas de comunicación, las NTICs y los medios técnicos existentes en la empresa (servidores, computación en la nube, redes de comunicación, etc.) dan acceso a otras tareas laborales como la realización de gestiones comerciales, elaboración de documentos, desarrollo de aplicaciones o mantenimiento de productos, etc. [VALLECILLO GÁMEZ, María Rosa. El derecho a la desconexión..., ob. cit., p. 176].

En especial, interesa concretar a qué derecho constitucional afecta, pues la tutela dispensada es distinta si se trata de un derecho fundamental, activándose en este caso unas garantías específicas.

Pues bien, en la regulación legal encontramos referencias a los derechos constitucionalmente protegidos que pueden resultar un tanto confusas y contradictorias. Precisamente por ello, con el fin de simplificar el análisis, conviene seguir la propia secuencia utilizada en el art. 88 LOPDP, que atribuye al derecho a la desconexión digital la finalidad de garantizar, por un lado, el tiempo de descanso, los permisos y las vacaciones; y, por otro lado, su intimidad personal y familiar.

La referencia al tiempo de trabajo conecta directamente con los derechos constitucionales al descanso y a la seguridad y salud de los trabajadores<sup>29</sup>, ambos principios rectores de la política social del Estado recogidos en el art. 40.2 CE. Y ello, a pesar de que el art. 88.1 LOPDP menciona el primero, pero omite el segundo, al menos, de forma directa, ya que efectúa una referencia a la fatiga informática en el apartado tercero. Con todo, la falta de una conexión expresa es llamativa, precisamente, por las implicaciones que tiene dicha conectividad que prolonga el tiempo de trabajo en la prevención de los riesgos psicosociales cuyo tratamiento había sido muy analizado por la doctrina. Efectivamente, el estrés laboral que conlleva la sobrecarga digital (fatiga digital o tecnoestrés) es un claro ejemplo de las consecuencias que puede acarrear el hecho de estar en conexión constante con el trabajo, pudiendo provocar *burnt out* o síndrome de desgaste profesional. Ambos derechos, la salud y el descanso del trabajador, están recogidos en el art. 31 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea bajo la rúbrica “*condiciones de trabajo justas y equitativas*”. Sobre esta conexión no existe debate. Nadie duda que mediante la desconexión digital se pretende garantizar los derechos constitucionales al descanso y la protección de la salud<sup>30</sup>.

También entra en juego el derecho a la conciliación familiar y laboral, esto es, el derecho que poseen los trabajadores a compatibilizar el tiempo de trabajo con sus necesidades personales y familiares sin injerencias empresariales. Este derecho, aunque no está expresamente recogido en la Constitución, se deriva de sus artículos 14 y 39.3. Ciertamente, el texto legal no establece una relación directa con la conciliación de la vida laboral y familiar, aunque sí se alude a ella al establecerla como un objetivo a potenciar en la modalización del ejercicio de la desconexión digital en la negociación colectiva. La omisión de este derecho sorprende, en tanto que la ley francesa, en la que se basa, establece una fuerte relación entre la desconexión y la conciliación. De hecho, su regulación se inserta dentro de las cuestiones que obligatoriamente deben ser reguladas por la negociación colectiva en materia de igualdad de sexos, precisamente, para fomentar la conciliación de la vida laboral y personal.

Estos tres aspectos —el descanso, la conciliación y la prevención de riesgos psicosociales— se ponían de manifiesto en el denominado “Informe Mettling”, encargado por el Ministerio de Trabajo francés, para evaluar las consecuencias de la transformación digital en el trabajo y que sirvió de inspiración a la normativa francesa<sup>31</sup>. Además, todas las intervenciones realizadas por la negociación colectiva en España se enmarcan en alguna de estas materias o en todas ellas.

Por otra parte, la referencia a la intimidad personal y familiar entronca este derecho con el de “vida privada”, concepto que no se encuentra recogido en nuestra norma Constitución de forma expresa, pero que si lo está en otros tratados y convenios internacionales ratificados por España, como, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuyo art. 12 es-

<sup>29</sup> En este sentido se han movido todas las aportaciones doctrinales. Entre otros: MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. Jornada laboral..., ob. cit., pp. 250 y ss.; VALLECILLO GÁMEZ, María Rosa. El derecho a la desconexión..., ob. cit., p. 177.

<sup>30</sup> Sobre todo, debe remitirse a todos los autores citados que analizaron el derecho a la desconexión con anterioridad a la aprobación de LOPDPGDD.

<sup>31</sup> Dicho informe, en realidad titulado “Transformación digital y vida en el trabajo” (“Transformation numérique et vie au travail”), es conocido así debido a su autor Bruno Mettling. Al respecto, tampoco parece suscitar dudas entre la doctrina [entre otros: ALEMÁN PÁEZ, Francisco. El derecho de desconexión digital, ob. cit., p. 8/29].

tablece que “*nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación...*”; el Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, que, en su artículo 8, establece que “*toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*”; y el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que lo recoge prácticamente en estos mismos términos. Teniendo en cuenta que el art. 10.2 CE dispone que “*las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”, no cabe duda de que este derecho debe entenderse incluido en nuestra carta magna. No obstante, nuestra jurisprudencia constitucional ha trazado las líneas que llevan a delimitar este derecho.

Seguramente, el motivo de esta ausencia puede explicarse en base al uso indistinto durante mucho tiempo de los términos de intimidad y “vida privada”. Sin embargo, actualmente, el derecho a la “vida privada” ha dejado de equipararse al derecho a la intimidad. Efectivamente, el derecho a la intimidad protege las facetas más íntimas de la persona y su círculo familiar, afectando a su “*esfera espiritual, afectiva o íntima*” (STC 110/1984, de 26 de noviembre). Es decir, como ha manifestado el Tribunal Constitucional, lo que “*el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio*” (entre otras: SSTC 127/2003, de 30 de junio; 199/2013, de 5 de diciembre). En contraposición, el concepto de “vida privada” se explicaría desde una dimensión más amplia, incluyendo otros aspectos de la vida personal que sobrepasan ese círculo íntimo. Doctrinalmente se ha afirmado que el derecho a la intimidad es un derecho fundamental integrado en una categoría dogmática más amplia que engloba también otros derechos de la personalidad: el derecho a la privacidad. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha manifestado en diversas ocasiones sobre la esfera de protección de la vida privada que “*sería demasiado restrictivo limitarla a un “círculo íntimo” donde cada uno puede llevar su vida personal como quiera, y separarla totalmente del mundo exterior a este círculo. El respeto a la vida privada debe incluir también, en cierta medida, el derecho de los individuos para establecer y desarrollar relaciones con sus semejantes*” (STEDH 77/1992, de 16 de diciembre, Caso Niemietz contra Alemania). En este mismo sentido también se ha señalado que se refiere a aquellos factores relacionados la dignidad del individuo y su desarrollo personal (STEDH de 13 de febrero de 2003, Caso Odièvre contra Francia); y que “*comprende la integridad física y psicológica de una persona y puede comprender múltiples aspectos de la identidad de la persona*” (STEDH 2012, de 7 de febrero, Caso Axel Springer AG contra Alemania).

Así, el derecho a la vida privada protege aquellas facetas del individuo que, si bien de forma separada carecen de la relevancia de las que componen la esfera íntima, conjuntamente proporcionan un perfil completo del individuo. Datos como el nombre, la fecha de nacimiento, la imagen, las muestras biomédicas, el ADN y las huellas dactilares que permiten identificar a la persona —aun sin tratarse de información sensible que afecta a su esfera íntima— quedan comprendidos por la protección que dispensa el derecho a la vida privada. Por ello, la protección frente a las intromisiones informáticas y el derecho al tratamiento de datos personales también se incardinan claramente en este derecho. La conexión entre ambos derechos —vida privada y protección de datos— quedó plasmada en el art. 1 del Convenio 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento de datos de carácter personal, ratificado por España el 28 de enero de 1981. El TEDH se ha referido expresamente a esta cuestión (STEDH de 17 de diciembre de 2006, Caso B.B contra Francia), entendiéndose que el derecho a la vida privada

incluye los datos de carácter personal, es decir, en el sentir del art. 2 del Convenio 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento de datos de carácter personal es “*toda información relativa a una persona física identificada o identificable*” (STEDH de 16 de febrero de 2000, Caso Amman contra Suiza).

A pesar de ello, en el seno de la Unión Europea el derecho a la protección de datos personales se desliga del derecho a la vida privada y se conforma como un derecho autónomo<sup>32</sup>. Algo similar ocurre en el derecho español. En efecto, el art. 18.4 CE recoge este derecho en relación con la obligación legal de limitar “*el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*”. Sin embargo, la primera sentencia que se refirió al derecho a la protección de datos (STC 254/1993, de 20 de julio) tomó como referente el art. 18.1 CE, esto es el derecho a la intimidad personal y no el art. 18.4 CE, de manera que hubo que esperar a la STC 290/2000, de 30 de noviembre y la STC 292/2000, de 30 de noviembre, para que el mismo fuera considerado como un derecho autónomo. En particular, ésta última resolución precisó que la libertad informática comprende tanto un derecho de contenido negativo, con el fin de excluir a terceros frente a intromisiones ilegítimas en la vida privada, como un derecho positivo a la protección de los datos con el fin de garantizar un poder de control y disposición sobre el uso y el destino de los datos personales para impedir su tráfico ilícito.

Puede entonces afirmarse que el derecho a la “vida privada” queda referenciado en el art. 18 CE y que los derechos allí expresados son concretas manifestaciones del mismo. El Tribunal Constitucional refrenda esta interpretación en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, en la que entiende que, tanto la libertad informática, como el derecho a la intimidad comparten el mismo objetivo de ofrecer una eficaz protección a la vida privada personal y familiar, así como el mismo fundamento en los derechos a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad.

En atención a lo señalado hasta ahora, hay que discernir si el derecho a la desconexión digital en cuanto que incide sobre la “vida privada” afecta a alguno de estos derechos. Como señalábamos al principio de este apartado el 88 LOPDP hace referencia expresa al derecho a la intimidad personal y familiar. La propia exposición de motivos de esta norma manifiesta esta vinculación señalando que, dentro del Título X, “*ocupa un lugar relevante el reconocimiento del derecho a la desconexión digital en el marco del derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral*”. También el nuevo art. 20 *bis* ET alude al derecho a la intimidad como derecho fundamental afectado, aunque una lectura detenida del precepto muestra cómo, intencionadamente o no, en realidad el respeto a la intimidad personal aparece como una garantía en relación al uso de dispositivos digitales y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización. Entre ambos, se reconoce el derecho a la desconexión digital sin mención alguna a la intimidad personal del trabajador<sup>33</sup>.

Pese a estas referencias legales y aunque algunos autores también aprecian cierta relación entre estos derechos<sup>34</sup>, a nuestro juicio, no parece que, con carácter general, la desconexión digital pueda subsumirse en la concepción relatada anteriormente del derecho a la intimidad personal y familiar. Ello no quiere decir que no existan situaciones excepcionales en que la conectividad con el

<sup>32</sup> Así venía considerado en la derogada Directiva 95/46/CE, en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE; y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo art. 8 señala que “*toda persona tiene derecho a la protección de datos de carácter personal que la conciernan*”.

<sup>33</sup> Corroboración esta afirmación la redacción de la DF 14ª LOPDPGDD que introduce en el artículo 14 del EBEP, un nuevo apartado *j bis*) por el que se reconocen idénticas garantías para los empleados públicos, pero con una redacción algo más clarificadora. Se reconoce el derecho de los empleados públicos “*a la intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a disposición y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, así como a la desconexión digital en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*”.

<sup>34</sup> BAYLOS GRAU, Antonio. Los derechos digitales..., ob. cit., p. 4/5; SERRANO OLIVARES, Raquel. Los derechos digitales..., ob. cit., p. 226; BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro. El derecho a la desconexión..., ob. cit., p. 10/18.

trabajador fuera de la jornada sí revele datos íntimos personales<sup>35</sup>, pero no parece que la intención del legislador al concebir el derecho a la desconexión fuera tutelar al trabajador de este tipo de intromisiones.

Por otro lado, pese al silencio de la norma, podría pensarse que el derecho constitucional protegido es el de la protección de datos (art. 18.4 CE), habida cuenta de que el reconocimiento a la desconexión digital se ha llevado a cabo en el cuerpo normativo que regula dicha materia<sup>36</sup>. Sin embargo, tampoco apreciamos que encuentre acomodo en este derecho, en la medida en que las conductas empresariales frente a las que pretende articular sus garantías no se realizan, como regla general, con el objeto de obtener y mantener datos personales. Este aspecto es lo que diferencia y separa a la desconexión digital del resto de derechos digitales previstos en la LOPDP, que sí responden a la lógica de la protección de datos personales. Su inclusión en esta norma, a última hora y de forma desacertada, en lugar de incorporarlo en la regulación de la jornada de trabajo o en la LPRL resaltando así su carácter preventivo y su conexión con el derecho al descanso y a la salud<sup>37</sup>, obedece seguramente a razones de oportunidad<sup>38</sup>.

Tras descartar estas opciones, consideramos que los principales bienes constitucionales protegidos son el derecho al descanso, a la recuperación de la salud y a la conciliación de la vida familiar y que ha sido la inclusión del derecho de desconexión en la LOPDP lo que ha provocado que quede aparentemente más vinculado a la intimidad personal y a la propia protección de datos. Como señala el Tribunal Constitucional, una de las proyecciones constitucionales del derecho del trabajador a la protección y prevención de su salud se encuentra en el art. 15 de la CE que garantiza la “incolumidad corporal” frente a las injerencias o agresiones de terceros y, en particular, frente a los riesgos del trabajo, de manera que se lesiona este derecho si no se respeta el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo en los términos del art. 14 LPRL (STC 62/2007, de 27 de marzo y STC 160/2007, de 2 de julio). Así, cabría plantear la posibilidad de acceder a la especial protección que se dispensa a los derechos fundamentales

Ahora bien, con ello no queremos decir que este derecho quede totalmente desligado del concepto de “vida privada”. Ya hemos señalado que este concepto es más amplio del que se desprende de la suma de derechos relacionados en el art. 18 CE y, en este sentido, no cabe duda que la desconexión digital tutela el derecho al descanso, entendido ahora como límite a las intromisiones por parte de la empresa fuera del tiempo de trabajo, esto es el derecho a mantener un espacio de vida privada al margen de la vida laboral<sup>39</sup>. Es más, esta interpretación a tenor de algún autor permitiría incluir el derecho en el art. 18.4 CE, entendiendo que el mismo no sólo se refiere a la protección de datos personales, sino también al derecho a no ser “moleestado” mediante medios digitales en dicho tiempo de descanso<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> Se ha puesto como ejemplo los casos en que el trabajador esté obligado a mantener videoconferencias fuera de su jornada y desde su domicilio, propiciando que se capten aspectos íntimos de su persona o de sus familiares (ej. creencias religiosas o políticas, determinadas circunstancias familiares, etc.). véase: TODOLÍ SIGNES, Adrián. Nuevos derechos digitales incorporados al Estatuto de los Trabajadores y EBEP: Más dudas que novedades”, En: TRONCOSO REIGADA, Antonio, *Comentarios al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal y garantía de los Derechos Digitales*, Civitas, preprint, p. 10/21.

<sup>36</sup> De hecho, resulta ciertamente sorprendente que este derecho no resulte nombrado en el art. 20 *bis* ET en relación con los derechos digitales de los trabajadores, ni en los distintos preceptos de la LOPDP, aunque si esta última ya refleja esta anomalía no es de extrañar que se haya trasladado al texto estatutario.

<sup>37</sup> TALÉNS VISCONTI, Eduardo. La desconexión digital..., ob. cit., p. 7/12,

<sup>38</sup> IGARTUA MIRÓ, María Teresa. El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, Centro de Estudios Financieros, nº 432, 2019, pp., 71 y 72.

<sup>39</sup> En este sentido MOLINA NAVARRETE, C. afirma que “el derecho a la desconexión digital fuera de la jornada de trabajo forma parte del *contenido esencial del derecho humano al respeto de la vida privada* de toda persona, por supuesto también del trabajador” [Cfr. El tiempo, ob. cit., p. 918].

<sup>40</sup> TODOLÍ SIGNES, Adrián. Nuevos derechos digitales..., ob. cit., p. 8/21.

El hecho de que la desconexión digital no se relacione directamente con alguno de los derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución podría explicar la opción del legislador de derivar su desarrollo a la ley ordinaria (DF 1ª LOPDP)<sup>41</sup>. En contra, otros autores han defendido la compatibilidad del carácter de ley ordinaria con el desarrollo de un verdadero derecho fundamental argumentando que la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional de la reserva de ley orgánica que realiza el texto constitucional para el desarrollo legislativo de los mismos abarca solo al desarrollo de aspectos esenciales de su régimen jurídico y, en todo caso, a las limitaciones que el legislador pueda realizar de las mismas (SSTC 173/1998, de 23 de julio; 101/1991, de 13 de mayo). En tanto en cuanto que el desarrollo no sea limitativo, nada obsta a que tenga el carácter de ley ordinaria aun cuando mediante la garantía a la desconexión digital se estuviera tutelando un Derecho Fundamental, cuestión que, como evidencian las consideraciones expuestas anteriormente, admite cierta discusión<sup>42</sup>. De esta manera, se ha afirmado, que se estaría facilitando su desarrollo tanto legal como por parte de la negociación colectiva, permitiendo garantizar un derecho de desconexión digital, aun cuando no se vea afectado el derecho a la vida privada o el de intimidad. Además, hay que tener en cuenta que los otros derechos implicados (al descanso y a la salud) no requieren ley orgánica para su desarrollo.

## 2.2. La configuración del derecho en el art. 20 bis ET y 88.1 LOPDP

Otra cuestión que ha centrado las opiniones de la doctrina tiene que ver con la configuración intrínseca de esta institución jurídica, bien como un derecho subjetivo del trabajador, lo que implica dotarle de la facultad de no responder, o bien como una obligación empresarial, es decir como una prohibición de estas prácticas empresariales.

Entendemos que la desconexión digital debe ser interpretada como una obligación empresarial. Implica una conducta de abstención por parte del empresario, ya que se extralimita en el uso de sus prerrogativas de dirección. Si se configura como un derecho del trabajador, es decir, si exime al trabajador de la obligación de responder, proporcionaría una garantía menor que no impediría que muchas veces los trabajadores se sientan obligados a contestar para preservar su relación laboral<sup>43</sup>.

En realidad, poco importa desde un punto de vista práctico su configuración, pues el establecimiento de un derecho siempre lleva consigo el deber de respetarlo, so pena de dejarlo vacío de contenido<sup>44</sup>. Otra cosa es que se doten o no mecanismos que garanticen su efectividad.

Es más, acogiendo una visión más amplia, debe tenerse en cuenta que la vulneración de estos derechos puede venir provocada por una actuación del empresario, con el que se establece una relación jerárquica o vertical, o por la de otros empleados, incluidos directivos y mandos intermedios.

<sup>41</sup> MIÑARRO YANINI, Margarita. La “Carta de derechos digitales” de los trabajadores ya es ley: menos claros que oscuros en la nueva regulación. *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, Centro de Estudios Financieros, nº 430, 2019, p. 13; SERRANO OLIVARES, Raquel. Los derechos digitales..., ob. cit., p. 226.

<sup>42</sup> TODOLÍ SIGNES, Adrián. Nuevos derechos digitales..., ob. cit., p. 9/21 con cita de la STC 137/1986, de 6 de noviembre.

<sup>43</sup> LAHERA FORTEZA, Jesús, 2019. ¿Es solo marketing el derecho a desconectar? En: *Cinco Días* [en línea] Recuperado el 02/03/19 de [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/01/29/companias/1548776510\\_626973.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/01/29/companias/1548776510_626973.html)

<sup>44</sup> En este sentido se ha manifestado alguna autora, pues entiende que el derecho a la desconexión comprende una “doble faz” que debe desplegar y que incluye tanto un deber de abstención empresarial (derecho a no ser “molestado” o “contactado”) como una facultad subjetiva del trabajador (derecho a no responder). Véase: IGARTUA MIRÓ, María Teresa. El derecho a la desconexión..., ob. cit., p. 66. En el mismo sentido, MOLINA NAVARRETE, C. que considera que la desconexión digital requeriría una doble medida: “el poder de autodeterminación del trabajador, plenamente libre para no responder, de un lado, y el deber del empleador de abstenerse de realizar disposición alguna en tal sentido, de otro” [Cfr. *Jornada laboral...*, ob. cit., p. 270]. El mismo autor, en otra obra afirma que “no hay verdaderos derechos sin obligaciones, sin que derechos ni obligaciones puedan tener una auténtica existencia sin una norma de conducta que así lo reconozca y, además, lo proteja con garantías efectivas” [Cfr. MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. *El tiempo...*, ob. cit., p. 896].

La doctrina que ha estudiado la regulación francesa entiende que el legislador galo intentó abarcar al conjunto de relaciones existentes en la empresa, incluyendo las de carácter horizontal, evitando una “visión simplista, que encierra el derecho a la desconexión en la relación jerárquica patrón/trabajador”<sup>45</sup>. En este sentido, su configuración podría plantearse como una obligación, pero no solo del empresario sino también del trabajador o, al menos, como una corresponsabilidad del trabajador y del empresario<sup>46</sup>, de manera que compromete al trabajador a respetar el tiempo de descanso del resto de miembros de la organización. Por ello, el empresario debería abstenerse de ejercer sus facultades de organización y control fuera de la jornada laboral del trabajador y, además, debería garantizar la efectividad del tiempo de descanso, articulando las medidas necesarias para que toda la plantilla cumpla con su deber de no contactar con otros trabajadores fuera de la jornada.

La corresponsabilidad en la desconexión, fue la opción elegida por el “informe Mettling”. Ahora bien, lo que no parece razonable es que la obligación del trabajador sea para consigo mismo, esto es, una “obligación a desconectar” que pudiera abrir la puerta al poder disciplinario en caso contrario. Y es que la ley no tiene un enfoque sancionador para el trabajador sino de establecimiento de garantías.

Pues bien, la literalidad de nuestra norma da a entender que se ha optado por configurar la desconexión digital como un derecho del trabajador y no como un deber empresarial, al menos, de forma expresa. Dicho con otras palabras, tal y como ya hizo la legislación laboral francesa el acento se ha puesto en el trabajador<sup>47</sup>. Esto, además, puede explicar que su reconocimiento legal no vaya acompañado de la previsión de responsabilidades específicas para las empresas incumplidoras.

Ciertamente, el reconocimiento expreso de la obligación empresarial, aunque sea con un alcance simbólico (es decir, sin prever concretas responsabilidades o sanciones), habría contribuido a promover y acentuar el compromiso de la empresa en la materia<sup>48</sup>. Pero lo que no puede afirmarse es que, sin tal reconocimiento, el empresario tenga libertad para no respetar el tiempo de descanso del trabajador o que este último tenga la obligación de continuar trabajando después de su jornada y de responder a los requerimientos de la empresa. En el primer caso, porque la orden empresarial que desconozca el derecho a la desconexión debe ser considerada ilícita, así como también tendrá esta consideración cualquier sanción impuesta al trabajador por no responder a dichos requerimientos o a cualquier otro efectuado por parte de clientes y terceros<sup>49</sup>. Y en el segundo, de forma coherente con lo anterior, porque con el reconocimiento del derecho se proporciona al trabajador un *ius resistentiae* frente a la orden empresarial, pudiendo evitar el principio de *solve et repete* que emana de los arts. 5.a, 5.c y 20.1 ET. En nuestra opinión, ya cabía la oposición del trabajador antes de la LOPDP, pues se trata de una orden ajena al marco temporal que limita la relación laboral, lo que ya de por sí la convierte en ilegítima, independientemente de otros considerandos, como el hecho de que pueda

<sup>45</sup> Cfr. CIALTI, Pierre-Henri. El derecho a la desconexión..., ob. cit., p. 181.

<sup>46</sup> Cita dicho autor una cláusula de convenio colectivo sectorial francés que obliga al trabajador a desconectarse de las herramientas de desconexión remota (ibídem, p. 168).

<sup>47</sup> MATHIEU, Chantal, PÉRETÉ, Marie-Madeleine y PICAULT, Alex. Le droit a la déconnexion: une chimere? *Revue de droit du travail*, n.º 10, 2016, p.592.

<sup>48</sup> CIALTI, Pierre-Henri. El derecho a la desconexión..., ob. cit., p. 177. En este sentido, y a raíz de su inclusión en el convenio colectivo del Grupo Axa, la directora de relaciones laborales y diversidad e inclusión de dicha empresa, reconoció el efecto sensibilizador que conlleva pues desde entonces, “los managers mandan menos emails fuera de hora y que saben que el trabajador no tiene la obligación de responder enseguida, sino que el trabajo puede esperar para el día siguiente”. En PALACIOS, Cristina, 2018. El derecho a la desconexión digital y su aplicación práctica. En: *ElDerecho.com*. Recuperado el 02/03/19 de <https://elderecho.com/el-derecho-a-la-desconexion-digital-y-su-aplicacion-practica>. Ya el propio reconocimiento legal cumple una función pedagógica o recordatoria [REQUENA MONTES, Óscar. La desconexión digital en España: propuesta de regulación desde la prevención del estrés", en AA.VV. *Os impacto das novas tecnologias no direito do trabalho*, preprint, p. 37/42].

<sup>49</sup> PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco. Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Wolters Kluwer, n.º 59, 2019, p. 9/13. Recurso electrónico recuperado el 12/12/19 de la BD Smarteca.

implicar por su acumulación un riesgo para el trabajo o llegar a dañar un derecho constitucional<sup>50</sup>. Ahora, con el reconocimiento legal esta facultad del trabajador se ve reforzada.

En definitiva, se podría reprochar al legislador no haberse esmerado un poco más en la delimitación normativa del derecho, pero “el concepto es por sí mismo suficientemente expresivo como para impedir su lectura minimizadora”<sup>51</sup>. Y, en todo caso, la negociación colectiva puede atemperar esta anómala, aunque habitual, construcción de la desconexión digital haciendo hincapié en el deber empresarial de abstención.

### 3. Instrumentalización de la desconexión digital a través de la Negociación colectiva

#### 3.1. Consideraciones generales

Como en el caso francés, que parece ser el espejo en el que se ha mirado el legislador español, la normativa no establece un régimen jurídico expreso sobre el derecho a la desconexión digital, sino que lo reconoce expresamente en el apartado primero y, en el apartado segundo, deja en manos de la autonomía colectiva su desarrollo. Más concretamente, el art. 88.2 LOPDP determina que “*las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores*”.

Esta forma de proceder tiene defensores entre doctrina<sup>52</sup>, pero también detractores que consideran que supone una debilidad legal<sup>53</sup>, al dotarla de carácter meramente programático<sup>54</sup>. En nuestra opinión, el protagonismo dado a la negociación colectiva es positivo, en cuanto que esta fuente normativa permite adaptar y de acercar la regulación a las necesidades sectoriales y empresariales de forma más precisa y está capacitada para hallar un “justo equilibrio” a través de una regulación pactada y consensuada<sup>55</sup>. Aun así, no puede obviarse que la regulación legal ha dejado muchos flecos sueltos y que se podría haber articulado mejor la intervención de la autonomía colectiva a fin de garantizar la presencia del derecho en los procesos de negociación, incluyéndolo como contenido mínimo del convenio colectivo en el art. 85.3 ET<sup>56</sup>; o estableciendo un concreto deber de negociar. Igualmente resulta criticable que no se haya previsto un régimen jurídico legal supletorio que garantice unos mínimos en defecto de pacto colectivo<sup>57</sup>.

<sup>50</sup> Comparte esta opinión TALÉNS VISCONTI, Eduardo. El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, Instituto Vasco de Administración Pública, n.º 17, 2019, p. 57.

<sup>51</sup> Cfr. PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco. Poderes del empresario..., ob. cit., p. 9/13.

<sup>52</sup> Entre otros: USHAKOVA, Tatsiana. De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, Thomson Reuters-Aranzadi, n.º 192, 2016, p. 120; GORDO GONZÁLEZ, Luís. El Derecho del Trabajo 2.0: la necesidad de actualizar el marco de las relaciones laborales a las nuevas tecnologías. *Revista de Información Laboral*, Lex Nova, n.º 12, 2017, p. 171. Recurso electrónico recuperado el 02/03/19 de la BD Aranzadi; TALÉNS VISCONTI, Eduardo. La desconexión digital..., ob. cit., p. 9/12.

<sup>53</sup> ALEMÁN PÁEZ, Francisco. El derecho de desconexión digital, ob. cit., p. 15/29. En el mismo sentido, considera que supone un “debilitamiento” GONZÁLEZ LABRADA, Manuel. El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: naturaleza y alcance. *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, n.º 87, 2019, p. 96.

<sup>54</sup> VALLECILLO GÁMEZ, María Rosa. El derecho a la desconexión..., ob. cit., p. 175.

<sup>55</sup> Debe repararse en que la digitalización conlleva riesgos para los trabajadores, pero también ventajas para la empresa, de modo que una legislación excesivamente rígida, homogénea y unilateral puede excluir estas últimas. Véase: MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. *Jornada laboral...*, ob. cit., pp. 271 y 272.

<sup>56</sup> TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo. El derecho de desconexión..., ob. cit., p. 15/28.

<sup>57</sup> Para la doctrina, si la autonomía colectiva no interviene, podemos encontrarnos ante un derecho vacío - LAHERA FORTEZA, Jesús, 2019. ¿Es solo marketing..., ob. cit. -, lo que, como se manifiesta en este trabajo, en nuestra interpretación no tiene por qué ser así.

No obstante, a nuestro juicio, cabe esperar que los tribunales eviten que el derecho quede privado de eficacia. Como ya se dijo, el derecho a desconectar ya existía implícitamente en el ordenamiento jurídico que dispensaba mecanismos de protección para el trabajador ante conductas empresariales que invadieran su tiempo de descanso y su vida familiar y personal. A mayor abundamiento, su reconocimiento legal debe entenderse como un refuerzo, una garantía específica para afrontar los cambios introducidos en la organización del trabajo a consecuencia del avance y el desarrollo de la tecnología. Por tanto, solo con su reciente positivización ya se puede entender que estamos ante un “derecho subjetivo perfecto” que el trabajador podrá ejercer incluso en defecto de pacto, oponiéndose a responder sin que por ello pueda ser sancionado. El papel de la negociación colectiva es el de lograr su “plena efectividad”<sup>58</sup>. Al convenio le corresponde su desarrollo, no su reconocimiento, ya que esta función es desempeñada por la ley<sup>59</sup>, por lo que hay que evitar la incorporación de meras declaraciones de intenciones. Podría argumentarse en contra que si no se regulan medidas concretas difícilmente quedará garantizado, pero hay que tener en cuenta que, en todo caso, el empresario deberá definir las modalidades de su ejercicio en la política interna, por lo que está obligado a llevar a cabo ciertas acciones a fin de *garantizar* el *respeto* al tiempo de no trabajo de sus empleados tal y como ordena el art. 88.1 LOPDP. Y estas medidas, concretadas en el protocolo empresarial al que luego nos referiremos, no pueden hacer una interpretación inadecuada o abusiva del derecho a la desconexión en la medida en que serán susceptibles de un ulterior control judicial.

### 3.2. El contenido de la regulación: la modelación y modulación del derecho

El principal cometido que tiene la negociación colectiva es definir las modalidades de ejercicio del derecho, atendiendo a la naturaleza y objeto de la relación laboral y potenciando el derecho a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar. En este sentido, conviene aclarar qué debe entenderse por modalidades de ejercicio y cómo opera la referencia a la naturaleza y objeto de la relación laboral.

Pues bien, el art. 88 LOPDP con esta expresión se está refiriendo a la implementación de medidas concretas para garantizar el derecho<sup>60</sup>, es decir, a las acciones, herramientas, técnicas o sistemas que se pretende emplear. El legislador ha optado por no pre-definir las posibles acciones, ni siquiera ha previsto un régimen supletorio o un listado ejemplificativo de medidas. Por tanto, se apela a la innovación y creatividad de los sujetos negociadores para establecer las más apropiadas para cada caso. Evidentemente, las experiencias ya puestas en práctica pueden servir como modelo para garantizar el derecho a la desconexión digital<sup>61</sup>. Consideramos que incluso el convenio podría articular un régimen disciplinario para aquellos empleados que con su actuación obstaculicen el pleno disfrute del descanso de otros trabajadores de la empresa (no así cuando se produzca un auto-incumplimiento del derecho). De esta manera, la norma permite todo tipo de medidas, sin imponer fórmulas concretas para alcanzarlo y sin que pueda deducirse una preferencia legal por el uso de sistemas tecnológicos que bloqueen de forma automática las comunicaciones fuera del horario de trabajo. Aun así esta opción será la más sencilla y eficaz para garantizar el descanso y la desconexión

<sup>58</sup> IGARTUA MIRÓ, María Teresa. El derecho a la desconexión..., ob. cit., p. 76.

<sup>59</sup> PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco. Poderes del empresario..., ob. cit., p. 9/13. En contra, MOLINA NAVARRETE, C. considera, al hilo de la regulación francesa, que es un “derecho condicionado” a su regulación colectiva [Cfr. Jornada laboral..., ob. cit., 272].

<sup>60</sup> REQUENA MONTES, Óscar. La desconexión digital..., ob. cit., p. 28/43.

<sup>61</sup> En este sentido, pueden ir desde el bloqueo automático de las comunicaciones, la recepción diferida de correos, la redirección del flujo de mensajes y llamadas, acciones de concienciación, etc. Con mayor detalle, véase: CIALTI, Pierre-Henri. El derecho a la desconexión..., ob. cit., p. 178; y BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro. El derecho a la desconexión..., ob. cit., p. 12.

digital<sup>62</sup>. De hecho, si realizamos una lectura del precepto en clave de prevención de riesgos laborales, la opción por estos sistemas automáticos de bloqueo u otras medidas similares resulta más recomendable –como luego analizamos–, siempre que resulte razonable y no perjudique el normal desarrollo de la actividad de la empresa.

Los autores que han estudiado la materia han entendido que de la dicción del precepto se desprende que el legislador está admitiendo ciertas graduaciones en relación “*la naturaleza y objeto de la relación laboral* “. Por un lado, esto puede calificarse como una falta de compromiso del legislador<sup>63</sup> o una devaluación del derecho<sup>64</sup>, pues permitiría limitar o restringir el disfrute del derecho a algunos trabajadores concretos. Sin embargo, por otro lado, no puede obviarse que ciertas realidades laborales que tienen una configuración diversa en cuanto al tiempo de trabajo deberán tomarse en consideración para establecer una regulación equitativa<sup>65</sup>. Es este el sentido que hay que dar a la previsión normativa, pues hay colectivos profesionales en los que no es posible establecer una desconexión rígida y total, ya que la propia naturaleza de su prestación de servicios puede requerir que sean contactados fuera de su tiempo de trabajo. Se trata de supuestos ya conocidos, como aquellos que tienen un tiempo en régimen de localización o el de permanencia a disposición del empresario sin presencia o fuera del centro de trabajo, cuya realización, como ha confirmado la SAN (Social) de 20 de septiembre de 2018, Rec. 125/2018, no implica la realización de trabajo efectivo si no llega a concretarse la intervención del trabajador.

Especial atención merece también su aplicación a los supuestos de trabajadores a tiempo parcial en relación con la realización de las horas complementarias y las de realización voluntaria, por cuanto que la normativa legal no establece previsión alguna en cuanto a la forma y momento de su convocatoria. O, en el mismo sentido, la posibilidad de realizar horas extraordinarias por fuerza mayor para “*prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes*” ex art. 35.3 ET, que puede requerir el mantenimiento de algún cauce excepcional de contacto con el trabajador, pese a que este ejercite su derecho a desconexión. Muchos convenios han hecho uso de esta última posibilidad para exceptuar su ejercicio, pero no han concretado nada al respecto de la forma, momento y canales para el llamamiento, lo que puede situar al trabajador en un estado de permanente alerta y conexión.

La doctrina también apunta otras fórmulas de modulación del derecho en atención al diverso cómputo del trabajo efectivo en aquellos trabajos en los que la separación de la vida profesional y personal se encuentra desdibujada, como en los casos del trabajo a distancia o en aquellos trabajos en los que suele primar la flexibilidad horaria, lo que conlleva mayor capacidad de auto-organización junto con una mayor deuda de disponibilidad hacia la empresa. Especial atención requerirán los supuestos de teletrabajo, ya sea de forma completa u ocasional (también denominado *smartworking*).

El teletrabajo, se configura como un supuesto de trabajo a distancia regulado en el art. 13 ET<sup>66</sup>, ha ido cobrando importancia al compás de la revolución digital y ha adquirido una nueva dimensión a raíz de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19. Las autoridades han impulsado el teletrabajo como una fórmula de distanciamiento social a fin de evitar el contagio y frenar la epidemia. El

<sup>62</sup> En este sentido, también FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio. Cronorreflexión..., ob. cit., p. 14; TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo. El derecho de desconexión..., ob. cit., p. 10/28.

<sup>63</sup> IGARTUA MIRÓ, María Teresa. El derecho a la desconexión..., ob. cit., p. 67.

<sup>64</sup> ALEMÁN PÁEZ, Francisco. El derecho de desconexión digital, ob. cit., p. 15/29.

<sup>65</sup> Véase: TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo. El derecho de desconexión..., ob. cit., p. 11/28.

<sup>66</sup> Expresión que sustituye a la de trabajo a domicilio que figuraba en anteriores versiones de la normativa laboral y que pretendía dar cobertura a la realidad del trabajo industrial a domicilio desempeñado mayoritariamente por mujeres y que, en muchas ocasiones, se realizaba en la economía sumergida. Véase: GARCÍA RAMON, María Dolores; BAYLINA FERRÉ, Mireia; CRUZ VILLALÓN, Josefina; y otras. El trabajo industrial en la España rural: un análisis desde la perspectiva de género. *Boletín de Estudios Geográficos*, Universidad Nacional de Cuyo: Instituto de Geografía, nº 92, 1996, pp. 217-246.

Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 en su art. 5 establece el carácter preferente del trabajo a distancia y conmina a las empresas a establecer “*sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia*”. En esta tesitura las empresas que incluían en su estructura organizativa el teletrabajo han podido afrontar mejor esta crisis que las que no lo hacían. Otras muchas han comenzado a incorporar esta modalidad contractual con tal de frenar el descenso de actividad que aparejan las medidas de contención adoptadas en el 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. Con seguridad esta crisis traerá consigo un cambio de paradigma aumentando el número de puestos de teletrabajo en las empresas.

Pero el mayor recurso al teletrabajo no es posible solamente desde el inicio de la crisis sanitaria. Cabe recordar que el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y en la ocupación<sup>67</sup>, que supuso la revisión de diversas instituciones laborales, entre ellas el derecho a adaptación de la jornada, modificó el artículo 34.8 ET estableciendo que “*las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada, en la ordenación de tiempo de trabajo y de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia* [el subrayado es nuestro], *para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa*”. Como no podría ser de otra manera, la norma prevé que “*en la negociación colectiva se pactarán los términos de su ejercicio*”. Dicho con otras palabras, al amparo del derecho de la adaptación de la jornada se reconoce a los trabajadores y trabajadoras el derecho a solicitar la modalidad del trabajo a distancia, lo cual supone, a nuestro juicio, una matización del tradicional carácter voluntario que tenía este para las partes (STS de 11 de abril de 2005, Rec. 143/2004), al menos, en lo que respecta a la voluntariedad para la empresa. Además, porque aun en defecto de previsión convencional, las posibilidades de ser rechazado por la empresa cuando se solicite para hacer efectivo el derecho a la conciliación son más limitadas con respecto al estado normativo anterior<sup>68</sup>.

El mayor volumen de teletrabajadores que ha habido en los últimos tiempos contrasta con las carencias de regulación y la falta de una normativa homogénea y clara. En efecto, la norma central y de referencia –el artículo 13 ET– adolece de una falta de especificidad por cuanto que regula en general el trabajo a distancia, no siendo un componente esencial de todo el trabajo a distancia el empleo de las NTICs como sí lo es en cambio para el teletrabajo<sup>69</sup>. Por su parte, en el sector público sí que se han aprobado varias disposiciones normativas tanto en el seno de la Administración Central del Estado, como por parte de las Comunidades Autónomas pero que, a parte de tener un contenido y alcance diverso en cada una de ellas, solo resultan aplicables a empleados públicos. Por tanto, es la negociación colectiva el instrumento normativo más recurrente para su desarrollo, así como el más idóneo habida cuenta de su capacidad de adaptación<sup>70</sup>. Idea que también se desprende del Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo (AMET) promovido por el Consejo Europeo y firma-

<sup>67</sup> BOE n.º 57 de 08-03-19.

<sup>68</sup> Indica el tercer párrafo del art. 34.8 ET que, en ausencia de previsión por el convenio, el trabajador igualmente podrá solicitar la adaptación de su jornada o el recurso al teletrabajo y la empresa deberá abrir un periodo de negociación individual de un máximo de 30 días con el trabajador que deberá finalizar: 1) con aceptación de la solicitud; 2) con una propuesta alternativa que le permita la conciliación laboral y familiar; o, 3) con una negativa motivada basándose en razones objetivas.

<sup>69</sup> Y ello, a pesar de su carácter relativamente reciente, ya que fue modificado por el Real Decreto ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE n.º 36 de 11-02-12).

<sup>70</sup> NAVARRO QUINTANILLA, Raquel Yolanda. El teletrabajo: de la dispersión normativa presente a la necesaria regulación normativa europea y estatal futura, En AA.VV. *El futuro del trabajo que queremos*, Vol. II, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017, pp. 107-122. Recurso electrónico recuperado el 02/03/17 de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/publication/wcms\\_615487.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/publication/wcms_615487.pdf)

do por los interlocutores sociales europeos en 2002 con la finalidad de que los trabajadores puedan “*reconciliar vida profesional y vida social y darles una mayor autonomía en la realización de sus tareas*”.

No obstante, el AMET adolece de carácter vinculante, pues se limita a dar una definición de teletrabajo<sup>71</sup>, establecer una serie de principios básicos e interpelar a los actores sociales nacionales para que los incorporen en la negociación colectiva nacional. Tal labor, fue llevada a cabo mediante el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva<sup>72</sup> que se planteaba promover la adaptación y el desarrollo de su contenido a la realidad española, teniendo especialmente en cuenta aquellos ámbitos en los que puede existir más interés, de manera que se impulse una mayor y adecuada utilización del teletrabajo, favorable tanto a las empresas como a los trabajadores. El contenido del AMET se ha ido incluyendo en los sucesivos acuerdos marco interprofesionales sin apenas variaciones, nuevas intervenciones o adaptaciones al contexto actual, más allá de recordar el carácter voluntario y reversible del teletrabajo, la igualdad de derechos respecto a los trabajadores presenciales de la empresa o la conveniencia de que se regulen aspectos como la privacidad, la confidencialidad, la prevención de riesgos, las instalaciones o la formación. Eso sí, remitiendo siempre al propio contenido del AMET.<sup>73</sup>

Pero lo cierto es que el alcance de la implementación que ha tenido en la negociación colectiva sectorial ha sido escaso, ya que muchos convenios se han limitado a reproducir el AMET en sus propios términos, sin desarrollar aquellos aspectos a los que el mismo se refiere o han desarrollando solo algunas de sus materias de forma parcial<sup>74</sup>. Por no hablar de cómo son ignoradas entre sí las diferentes regulaciones de desconexión digital y teletrabajo incorporadas a los más recientes pactos negociados<sup>75</sup>, cuando en realidad son aspectos estrechamente conectados, en la medida en que ambos versan sobre materias relacionadas con el tiempo de trabajo y de no trabajo, donde la negociación colectiva cuenta con un amplio margen de actuación.

En fin, la modalidad del teletrabajo ofrece múltiples ventajas a las empresas (aumento de la productividad, ahorro de costes de empresa, reducción de la tasa de absentismo, flexibilidad), y a los trabajadores, en cuanto que les permite adaptar su jornada a sus necesidades incrementando las posibilidades de conciliar vida laboral y personal y familiar, pero indudablemente también trae consigo desventajas. En el teletrabajo se desdibujan los límites tanto espaciales como temporales que separan la vida laboral de la vida privada. La desaparición de las fronteras espaciales y temporales entre las esferas laboral y privada puede generar a la vez una clara interferencia entre el trabajo y el hogar, pudiéndose llegar a producir una situación de estrés y de dificultad para conciliar, a la práctica, la vida laboral y familiar. El Informe conjunto que presentó la OIT y Eurofund en 2019<sup>76</sup> demuestra que los estos trabajadores trabajan más horas que los que llevan a cabo la prestación de servicios en las dependencias empresariales ocupando tiempos propios del descanso (trabajo vespertino y fines de semana) y sin una retribución adicional. La manera de combatir estos efectos negativos se

<sup>71</sup> “*El teletrabajo es una forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular*”.

<sup>72</sup> Resolución de 31 de enero de 2003, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el Registro y publicación del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003-ANC 2003 (BOE n.º 47 de 24 de febrero de 2003).

<sup>73</sup> El último, el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (Resolución de 17 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo; BOE n.º 173 de 18-07-18), que no prevé nada expresamente al respecto si bien prorroga en sus propios términos a su predecesor, el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017 (Resolución de 15 de junio de 2015, de la Dirección General de Empleo; BOE n.º 147 de 20-06-15), que se pronuncia en el alcance expresado y con remisión al AMET.

<sup>74</sup> Véanse todos los citados en NAVARRO QUINTANILLA, Raquel Yolanda. El teletrabajo..., ob. cit., pp. 118-119.

<sup>75</sup> Un ejemplo bastante gráfico, el del Convenio Colectivo Estatal de Perfumerías y afines (Resolución de 8 de agosto de 2019; BOE n.º 199 de 20 de agosto de 2019), en el que contempla el régimen del teletrabajo que se regula en el art. 15 y, acto seguido, en el art. 16 se regula el derecho a la desconexión.

<sup>76</sup> OIT-Eurofund, Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral, Ginebra: OIT, 2019. Recuperado de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms\\_712531.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_712531.pdf)

ha de mover en dos frentes, mediante un adecuado control y registro de la jornada y mediante la implementación de medidas de prevención de riesgos laborales y de desconexión digital, con el fin de evitar la sobrecarga de trabajo y el estrés que conlleva.

En este sentido, abordar el derecho a la desconexión se reputa esencial para los teletrabajadores, especialmente, para aquellos casos en que se requiera una modulación del mismo. Como recuerda la STSJ Cataluña de 15 de enero de 2019, rec. 5609/18, la realidad del teletrabajo es muy diversa y no en todas las modalidades se cuenta con el mismo sistema de cómputo del tiempo de trabajo, pudiendo pactarse supuestos de total libertad horaria (centrado esencialmente en la consecución de objetivos) o quedando el trabajador sujeto a un horario delimitado y cerrado que debe cumplir. Entre ambos, un término mixto, en el que se deben cumplir ciertas tareas o con ciertos tiempos de disponibilidad durante un horario delimitado, siendo el resto de la jornada auto-gestionada por el empleado<sup>77</sup>. Ello requiere el establecimiento de medidas de desconexión adaptadas a cada situación y si se debe pactar un régimen matizado y flexible de la desconexión para permitir el desarrollo del teletrabajo en los términos pactados es la autonomía de la voluntad colectiva quien debe realizar dicha tarea.

Ahora bien, en defecto de esta, quizás sería más necesario que en otros supuestos que se recoja en el acuerdo individual de teletrabajo *ex art. 13.2 ET*<sup>78</sup>, cuestión que no interesa solo al trabajador sino también a la empresa. No resulta ocioso traer a colación la STSJ Castilla y León (Valladolid) de 3 de febrero de 2016, rec. 2229/15, que condena a la empresa al pago de horas extraordinarias por no haber ejercido ningún tipo de control sobre la jornada del teletrabajador. Aunque la empresa alegó que el control y registro de la jornada no se llevó a cabo para no invadir el derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio, el tribunal rechazó el argumento recordándole que el control del tiempo de trabajo es su responsabilidad –también respecto al teletrabajo– y que la finalidad de los límites de la jornada y descansos es garantizar la protección de la salud, de la cual es deudora en aquellos aspectos que conectan con la relación laboral. La empresa debería haber establecido normas sobre tiempo de trabajo e instrumentos de declaración y control, siendo el trabajador a quien correspondía rechazarlos si consideraba vulnerados sus derechos fundamentales, ya que “*en el caso del trabajo desarrollado con conexión a internet el control del ejercicio laboral a distancia, mediante la comprobación de la conexión del trabajador a la intranet empresarial y de su actividad en la red, no supone en principio y en condiciones normales invasión del espacio protegido bajo el concepto de domicilio y además es susceptible de inspección y control por la Administración Laboral*”. La omisión de control empresarial –aun flexibles– y la ausencia de pautas claras sobre tiempo de trabajo respetuoso con el descanso laboral es “*equivalente a crear un espacio de total impunidad y alegalidad en el trabajo a distancia y en el domicilio*”.

A nuestro juicio, para concluir, la modulación del disfrute de la desconexión digital con base en la referencia a la naturaleza y objeto de la relación laboral no abre tantas posibilidades como en un principio pudiera parecer. Es cierto que juega como una habilitación para restringir el disfrute del derecho, pero también como un límite para no extrapolar este régimen de excepción a cualquier relación laboral, pues únicamente cuando exista una justificación objetiva basada en las especiales características del puesto de trabajo podrá llevarse a cabo por la negociación colectiva. Precisamente, si la ley remite a la autonomía de la voluntad colectiva para su regulación es por su capacidad negociadora, de modo que la eventual limitación del derecho a la desconexión debe tener un carácter transaccional en la que se pacte una contraprestación específica o el establecimiento de sistemas de cómputo de tiempo de trabajo que permitan incluir el tiempo de conexión digital extra como tiempo de trabajo efectivo<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> Por cierto, que la citada sentencia versa sobre un supuesto de despido por transgresión de la buena fe contractual en el que la trabajadora incumple el horario de teletrabajo.

<sup>78</sup> Más reticente a esta posibilidad se posiciona IGARTUA MIRÓ, María Teresa. El derecho a la desconexión..., ob. cit., p. 68.

<sup>79</sup> Sobre esto último: PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco. Poderes del empresario..., ob. cit., p. 10/13.

### 3.3. El alcance y significado del art. 91 LOPDP en relación a la desconexión digital

Finalmente, el art. 91 LOPDP hace un llamamiento genérico a la negociación colectiva como instrumento de refuerzo para que se establezcan “*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*”. Dicho llamamiento se realiza conjuntamente para la regulación de los derechos digitales laborales previstos en los artículos 87 y ss. Algún autor ha afirmado que, en términos generales, el legislador ha configurado estos derechos como una “suerte de presunción de intromisión legítima del empleador en la confidencialidad de los datos y en la esfera privada de los trabajadores” por lo que, necesariamente, el papel de los convenios debe orientarse a revertir este enfoque, reforzando las escasas garantías laborales que se prevén y estableciendo límites a las amplias facultades de control empresarial<sup>80</sup>. Pero el art. 91 resulta redundante para el caso de la desconexión digital que no cuenta con un régimen jurídico-positivo legal que pueda mejorarse colectivamente.

Ahora bien, cabría dilucidar si la negociación colectiva también puede abordar la regulación de las cuestiones a las que alude el art. 88.3 LOPDP cuando establece el contenido de la política empresarial: acciones de formación y sensibilización orientadas a la prevención del riesgo de fatiga informática. En Francia, donde se daba una situación similar, la doctrina concluyó, entendemos que con acierto, que estos contenidos podían ser objeto de regulación colectiva<sup>81</sup>, puesto que la distribución material realizada en los apartados 2º y 3º del art. 88 obedece al diferente enfoque de las distintas dimensiones del derecho a la desconexión, derivando los aspectos relacionados con la seguridad y salud laboral al empresario, en relación con la deuda de protección que le atribuye el art. 14 LPRL; y los relacionados con las instituciones ordenadoras del tiempo de trabajo y de descanso y con la conciliación de la vida laboral y personal, dónde la negociación colectiva encuentra un amplio margen de actuación. En este sentido, podría entenderse útil el art. 91 LOPDP por cuanto que se están estableciendo garantías adicionales a aquellas que la ley le está encomendando.

## 4. El protocolo empresarial de desconexión digital

A nuestro juicio, los apartados 2 y 3 del art. 88 LOPDP prevén normas que obedecen a una finalidad diversa, pero complementaria y sujetas a límites también diversos, de manera que, mientras que la primera norma pretende garantizar el disfrute del tiempo de descanso y la conciliación conectando con este bloque de instituciones normativas, la segunda se orienta hacia la tutela del derecho a la seguridad y salud de los trabajadores conectando su regulación con el bloque normativo de la prevención de riesgos laborales. Vamos a ocuparnos ahora de esta última.

### 4.1. Alcance del deber empresarial de elaborar una política interna de desconexión

El art. 88.3 LOPDP prevé que “*el empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a los trabajadores, incluidos los que ocupan puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de*

<sup>80</sup> Cfr. BAYLOS GRAU, Antonio. Los derechos digitales..., ob. cit., p. 2/5 y 3/5.

<sup>81</sup> CIALTI, Pierre-Henri. El derecho a la desconexión..., ob. cit., p. 178.

*realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas”.*

Esta obligación para el empresario es la mayor aportación del régimen jurídico legal de la desconexión<sup>82</sup>. Con todo, el hecho de que se realicen llamadas a la negociación colectiva y a la regulación unilateral por parte de la empresa en compartimentos estancos puede suscitar algunos problemas en torno a su coordinación. A diferencia de como se ha establecido en el Código de Trabajo francés, en el que el empresario sólo debe elaborar una política de actuación “*a falta de acuerdo*” en la negociación colectiva, en el caso español, quizás por falta de confianza en la actuación colectiva, se dispone que dicha política debe implementarse en todo caso<sup>83</sup>.

En esta tesitura, si se aborda la regulación de la desconexión digital por la negociación colectiva, el mencionado protocolo no podrá desvirtuar el pacto alcanzado y deberá seguir sus postulados<sup>84</sup>. Ahora bien, en ausencia de dicho pacto, pudiera parecer que se dota a la empresa con “un rol preponderante”, otorgándole un poder ilimitado para decidir cuantos aspectos estén relacionados con la desconexión, lo que “dilata excesivamente los márgenes de maniobra del empleador laboral” al establecer una política de carácter programático y con escasa participación por parte los trabajadores<sup>85</sup>.

Sin embargo, si partimos de la premisa de que la hiperconectividad digital es un importante factor de riesgo psicosocial causante de estrés y otros riesgos laborales<sup>86</sup> y que hay una conexión directa con la seguridad y salud de los trabajadores, la interpretación del art. 88.3 LOPDP debe realizarse a la luz de los mandatos de la LPRL<sup>87</sup> y su normativa de desarrollo, pues estamos ante una verdadera norma de carácter preventivo extra-sistemática, ubicada fuera de su cuerpo normativo natural.

#### 4.2. La política interna como deber específico de prevención de riesgos laborales

Ya hemos señalado en este estudio que las NTICs dificultan la desconexión de las obligaciones laborales y son una fuente de generación de riesgos psicosociales, llegando, en casos extremos, a producir “tecno-estrés”<sup>88</sup>. Ello conlleva adoptar un enfoque preventivo del problema, razón por la cual también se había visto con buenos ojos una eventual modificación de la LPRL para que incluyera esta materia<sup>89</sup>.

Lo cierto es que la LOPDP no ha hecho ningún movimiento en este sentido, aunque, al igual que ocurre con las instituciones jurídico-laborales que garantizan el tiempo de descanso, un sector de la doctrina ha defendido que la protección preventiva frente a estos riesgos ya estaría dispensada por las genéricas previsiones de la LPRL con anterioridad a la positivización de la desconexión digital<sup>90</sup>. Así, y en la medida en que la no desconexión puede suponer un riesgo psicosocial para la salud del trabajador, quedaría subsumido dentro del concepto de riesgo laboral frente al que opera la deuda empresarial de protección prevista en el art. 14 LPRL. Ello, obligaría al empresario a adoptar una actitud diligente con el fin de evitar los riesgos, evaluar aquellos que no se puedan evitar y

<sup>82</sup> BLÁZQUEZ AGUDO, Eva María. Novedades laborales..., ob. cit., p. 12/19.

<sup>83</sup> IGARTUA MIRÓ, María Teresa. El derecho a la desconexión..., ob. cit., p. 83.

<sup>84</sup> SERRANO OLIVARES, Raquel. Los derechos digitales..., ob. cit., p. 228.

<sup>85</sup> Cfr. ALEMÁN PÁEZ, Francisco. El derecho de desconexión digital, ob. cit., pp. 17 y 18/29. En este sentido también IGARTUA MIRÓ, María Teresa. El derecho a la desconexión..., ob. cit., p. 73.

<sup>86</sup> REQUENA MONTES, Óscar. La desconexión digital..., ob. cit., p. 36/42.

<sup>87</sup> En este sentido también MIÑARRO YANINI, Margarita. La “Carta de derechos...”, ob. cit., p. 13.

<sup>88</sup> Cabe remitir al completo estudio realizado por GONZÁLEZ COBALEDA, Estefanía. Riesgos psicosociales, derechos fundamentales y NTIC: una perspectiva de protección diferente. *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, Centro de Estudios Financieros, nº 387, 2015, pp. 29 y ss.

<sup>89</sup> TALÉNS VISCONTI, Eduardo. La desconexión digital..., ob. cit., p. 6/12.

<sup>90</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. Jornada laboral..., ob. cit., pp. 276.

combatirlos (art. 15.1.a, b, c y 16 LPRL)<sup>91</sup>. De este modo, estas previsiones deberían bastar para impedir el abuso de los dispositivos electrónicos que puedan menoscabar la salud del trabajador.

También en este sentido se manifestó la doctrina respecto a la regulación francesa al entender que la obligación empresarial de velar por la seguridad y salud se ve reforzada tras la proclamación del derecho a pesar de no incluir medidas específicas. Sin embargo, bien es sabido que, a diferencia de lo que ocurre con otro tipo de riesgos laborales (exposición a agentes químicos, biológicos, ruidos, etc.), la prevención de los riesgos psicosociales no cuenta con un desarrollo normativo específico, lo que dificulta –tal y como ponen de manifiesto diversos informes nacionales e internacionales– su puesta en práctica y la capacidad sancionadora de la Inspección de Trabajo<sup>92</sup>.

Pues bien, el deber de adoptar el protocolo empresarial de desconexión digital, con el contenido que establece la LOPDP, es una medida clara y concreta que la empresa debe observar para tutelar los riesgos psicosociales y que debería incluirse el plan de prevención de riesgos de la empresa<sup>93</sup>. En otras palabras, el derecho a la desconexión obliga a una relectura del marco normativo sobre prevención de riesgos laborales que puede reforzar algunas obligaciones que tenían escasa virtualidad en la gestión de los riesgos psicosociales por su falta de desarrollo reglamentario, al contar con una concreta obligación empresarial de carácter legal. Esta relectura impregnaría el contenido de la política de empresa establecido por el art. 88.3 LOPDP.

#### 4.3. Contenido material del protocolo interno

A la empresa le compete elaborar una política interna que trate básicamente dos aspectos: la definición de las modalidades de ejercicio del derecho y el diseño de las acciones formativas y de sensibilización sobre el uso de la tecnología desde una perspectiva preventiva. Además, debe incluir y tratar el ejercicio del mismo por dos colectivos que requieren un tratamiento específico: directivos y teletrabajadores. Todo ello, oídos previamente los representantes de los trabajadores. Pero vayamos por partes.

Al igual que la negociación colectiva, a la empresa también le corresponde mediante el protocolo empresarial definir las modalidades de ejercicio del derecho. En este sentido, una primera lectura del apartado tercero del precepto legal puede dar a entender que se deja en manos del empleador el dotar de una regulación adecuada al derecho, o bien permite vaciarlo de contenido, estableciendo una mera declaración formal sin mayor repercusión que la de cumplir el trámite ante una eventual inspección laboral<sup>94</sup>, pues aparentemente la ley es poco exigente y pone escasos límites al empleador en la configuración unilateral del disfrute del derecho<sup>95</sup>.

Sin embargo, si se realiza una interpretación sistemática y teleológica de la norma puede alcanzarse una conclusión diversa. Y es que no parece que la ley permita que el protocolo empresarial pueda modular o exceptuar su disfrute para ciertas prestaciones de servicio, circunstancia que sí puede llevarse a cabo a través de la negociación colectiva. El art. 88.2 LOPDP establece que las modalidades de ejercicio diseñadas por la negociación colectiva “*atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral*”, sin embargo, tal referencia no se encuentra en el apartado tercero, por lo que el

<sup>91</sup> La obligación de evaluación de los riesgos también obliga los de tipo psicosocial (STS 16-2-16, Rec. 250/2014).

<sup>92</sup> Véanse los citados en: PAYÁ CASTIBLANQUE, Raúl y YAGÜE BLANCO, Sergio. Doble discriminación indirecta hacia las mujeres trabajadoras en el sistema de prevención y protección social ante los riesgos laborales nuevos y emergentes de origen psicosocial, En: LÓPEZ ANIORTE, María Carmen y RUBIO FERNÁNDEZ, Eva María (dir.), *Visiones multidisciplinares de la igualdad entre hombres y mujeres*, Murcia, Laborum, 2019, pp. 243 y ss.

<sup>93</sup> En este sentido, CIALTI, Pierre-Henri. El derecho a la desconexión..., ob. cit., p. 178.

<sup>94</sup> ZAMORA, Santiago, 2019. Desconexión digital..., ob. cit.

<sup>95</sup> IGARTUA MIRÓ, María Teresa. El derecho a la desconexión..., ob. cit., p. 83.

protocolo no podrá realizar tal modulación<sup>96</sup>. Tiene sentido que así sea. Cuando nos referíamos a las distintas prestaciones de servicios que pueden requerir una modulación, se vió que esta dimensión de la desconexión se vincula con las instituciones normativas ordenadoras del tiempo de trabajo, materia sobre la que la negociación colectiva posee un amplio margen de intervención. Y lo mismo cabe decir respecto a la conciliación de la vida laboral y privada, además, porque para su refuerzo el convenio podría facilitar el acceso del trabajador a modalidades flexibles de trabajo, estableciendo fórmulas alternativas de disfrute del tiempo de descanso y, por tanto, del derecho a la desconexión.

Este rol se atribuye a la autonomía colectiva y no resulta razonable que se desempeñe igualmente mediante una decisión de carácter unilateral del empresario, por lo que la modulación del disfrute del derecho no podrá articularse a través de un protocolo empresarial. El papel del convenio resulta reforzado, el interés de ambas partes en acordar una regulación suficientemente flexible y equilibrada incentivará a iniciar la negociación y, en esta labor, los negociadores tendrán un amplio margen para lograr la efectividad del derecho que no debe desaprovecharse. Por su parte, la política interna deberá acatar e implementar lo establecido en la negociación colectiva respecto a las modalidades de ejercicio del derecho. Ahora bien, en el caso de que no se produzca este proceso de negociación, el empresario podría intentar, en la medida de lo posible, implementar ciertas medidas mediante pacto individual, pues la LOPDP no lo contempla expresamente pero tampoco lo prohíbe. Eso sí, esta posibilidad solo tendría cabida en defecto de la colectiva<sup>97</sup>.

En consecuencia, mediante el protocolo interno no se podrá establecer un disfrute flexible y adaptado del derecho. No es una fuente normativa válida en tanto en cuanto no es negociada. En cambio, sí que es un instrumento válido para integrar la gestión de los riesgos psicosociales en el plan de prevención de la empresa, en especial el riesgo de fatiga informática. Este entendimiento de la norma en clave preventiva introduce límites importantes al evitar que la regulación unilateral del empresario sea tan laxa que impida la desconexión. Al contrario, en el diseño de las acciones en materia de desconexión, deberá partirse de la necesidad de garantizar una protección eficaz frente a los riesgos laborales, para cuyo cumplimiento deberá adoptar “cuantas medidas sean necesarias” para la prevención de los riesgos profesionales y la eliminación o disminución de los mismos (arts. 2, 14.1 y 2 LPRL). Es decir, deberá adoptar todos los medios necesarios para evitar o reducir los riesgos psicosociales que puede desencadenar la hiperconectividad.

Entendido el protocolo de desconexión como una medida que se integra en el plan de prevención de riesgos laborales de la empresa deberán llevarse a cabo sus dos componentes esenciales: la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva (art. 16.2 LPRL). No cabe, por tanto, establecer unas modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión sin llevar a cabo estos dos procesos.

Así las cosas, cualquier empresa que facilite dispositivos electrónicos para la realización de su trabajo deberá llevar a cabo una evaluación que permita valorar los riesgos que entraña para la salud de sus empleados y que proporcione la información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad y el tipo de medidas que deben adoptarse. De no haberse evaluado los puestos de trabajo que requieren un uso intensivo de tecnología, con la aprobación del derecho a la desconexión se deberá proceder a su realización, dejándose constancia documental a efectos de un ulterior control por parte de la Inspección de Trabajo (arts. 23 LPRL y 7 RSP).

<sup>96</sup> En este sentido, PÉREZ DE LOS COBOS, F. también entiende que en el protocolo empresarial “no se trata ya de modular el ejercicio del derecho, cuanto de poner en práctica una política empresarial que facilite y promueva su ejercicio” [Cfr. Poderes del empresario..., ob. cit., p. 10/13].

<sup>97</sup> En contra, se ha considerado que la autonomía de la voluntad supone un anclaje regulador insuficiente - ALEMÁN PÁEZ, Francisco. El derecho de desconexión digital, ob. cit., p. 22/29.

Una vez realizada la evaluación, se deberán definir las medidas preventivas concretas. Esto es, las modalidades de ejercicio que garantizarán el derecho a la desconexión que deben orientarse a eliminar, reducir o controlar el riesgo de fatiga informática y que serán objeto de una adecuada planificación por el empresario mediante la asignación de responsables y recursos para su ejecución, debiendo realizarse un seguimiento adecuado. En concreto, deberá elegir y/o diseñar qué acciones se llevarán a cabo para evitar una constante conectividad digital terminada la jornada laboral. Al respecto, los principios preventivos previstos en el art. 15 LPRL servirán como pautas de comportamiento para optar por las medidas adecuadas: evitar el riesgo de fatiga informática, evaluar y reducir aquellos riesgos que no puedan evitarse, tener en cuenta la evolución de la técnica, instruir a los trabajadores, etc. Desde esta óptica sí que puede entenderse una preferencia por las medidas de protección colectiva frente a las individuales, de manera que puede implicar anteponer cualquier medida impeditiva (ej. bloqueo automático de las comunicaciones, desvío de correos y llamadas...) sobre cualquier otra que requiera la voluntad del trabajador para garantizar su propio derecho a la desconexión. De nuevo aquí cabe insistir en la importancia de la intervención de la negociación colectiva para equilibrar intereses y evitar una aplicación excesivamente rígida.

También forman parte inexcusable del contenido del protocolo las acciones de formación y sensibilización para los trabajadores en relación con el mal uso de los dispositivos digitales que como hemos visto se conecta con el deber empresarial de prevención de riesgos laborales. Por tanto, estas acciones deben realizarse conforme a lo dispuesto en los arts. 18 y 19 LPRL.

La formación preventiva debe ser teórica y práctica; suficiente y adecuada; adaptada al trabajador, al puesto de trabajo y a la evolución de los riesgos; tanto inicial (en la contratación) como posterior (cuando haya cambios en las funciones, los equipos de trabajo o se introduzcan nuevas tecnologías) y periódica si fuera necesario. Su contenido debe orientarse a mejorar los recursos y capacidades del trabajador en relación al uso de la tecnología, facilitar la adaptación al cambio tecnológico y proporcionar mayor flexibilidad mental.

Por su parte, la sensibilización que debe realizarse con el fin de concienciar sobre la importancia de realizar un uso razonable de las herramientas tecnológicas puede enmarcarse tanto en el art. 18 como en el art. 19 de la LPRL, en la parte concerniente a la información en materia de prevención de riesgos laborales. Respecto a esta última dimensión, la empresa debe procurar que los trabajadores sean conocedores de los riesgos para seguridad y salud que puede entrañar el uso de las tecnologías y de las medidas y acciones de prevención y protección implementadas para prevenirlos. De este modo, se debe advertir sobre el impacto y consecuencias de la tecnología sobre la salud laboral, informar sobre las estrategias organizacionales e individuales de prevención o protección frente a los riesgos laborales que puede ocasionar y concienciar sobre buenas prácticas en el uso de dispositivos digitales.

En otro orden de cosas, el propio art. 88.3 LOPDP se refiere de forma expresa y específica a dos colectivos por motivos diversos.

Por un lado, se extiende también a los directivos. Se ha dicho que “la norma hace una referencia, quizá innecesaria, dado el carácter universal del derecho, pero probablemente útil a efectos “didácticos”, a que la política interna deber ir dirigida también a los directivos, normalmente más hiperconectados y con mayores dificultades para la desconexión, en parte debido a su propio rol en la empresa o a la asunción de determinadas responsabilidades”<sup>98</sup>. Siendo cierto, no debe olvidarse que las campañas de información y sensibilización destinadas a los directivos y mandos intermedios han de educar en la necesidad de no contactar a los trabajadores por estos medios fuera de los supuestos en los que se habilite negocialmente en atención a la naturaleza y objeto de la relación laboral. Pero además de este rol del directivo en torno a la desconexión como sujeto activo que puede

<sup>98</sup> Cfr. IGARTUA MIRÓ, María Teresa. El derecho a la desconexión..., ob. cit., p. 68.

ayudar o dificultar su disfrute, a nuestro juicio la norma también está pensando en él como sujeto pasivo, titular del derecho a la seguridad y salud que pretende garantizarse mediante la desconexión digital. Y es que, cabe recordar que aquellos directivos cuya relación quede comprendida dentro del ámbito de aplicación del *Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección*<sup>99</sup>, quedarán excluidos con frecuencia del campo de aplicación de los convenios colectivos, razón por la cual debe instruirse también cierta protección por parte de la empresa, deudora de seguridad.

Y por otro lado, el protocolo empresarial ha de tener especialmente en cuenta el derecho a la desconexión digital en aquellos casos en que toda o parte de la prestación laboral toda se realice a distancia, así como en el domicilio del empleado. En especial, los casos de teletrabajo, habida cuenta de que, además de una mayor exposición a los mencionados riesgos por la propia naturaleza de su trabajo, pueden sufrir cierta monitorización por parte de la empresa mediante las TIC que sí que puede comprometer su derecho a la privacidad o incluso a la intimidad<sup>100</sup>, además de que suelen quedar al margen de las acciones formativas e informativas de las empresas y, en general, de prevención, a pesar de lo dispuesto en el art. 19.4 ET. Es necesario que en estos supuestos se exprese de modo conveniente el derecho a la desconexión y las medidas a realizar para prevenir los riesgos laborales derivados de la hiperconectividad.

## 5. Régimen sancionador

Respecto al régimen sancionador cabe destacar la ausencia de un régimen específico. No obstante, podría plantearse si los incumplimientos en esta materia encuentran acomodo entre las infracciones laborales ya existentes en la normativa general.

Respecto al inexistente régimen sancionador específico, como ya pasó con la legislación francesa<sup>101</sup>, constituye el principal punto débil de la normación española del derecho a desconexión digital. De hecho, parte de la doctrina ha considerado que, precisamente, su configuración como un derecho y no como una obligación empresarial constituye un problema de enfoque que obstaculiza su efectividad al no llevar aparejada la tipificación de conductas empresariales sancionables que permitan alcanzar el objetivo planteado<sup>102</sup>. Podría argumentarse en contra que todo derecho para el trabajador supone una correlativa obligación para el empresario, pero aun así llama la atención que el legislador orgánico ha incluido este derecho dentro del Título X de la LOPD, justo después del Título IX (Régimen Sancionador) que recoge las infracciones y sanciones para los derechos regulados en los títulos anteriores, pero ninguna para los derechos regulados en los preceptos posteriores. Por tanto, a la luz de la ubicación sistemática dentro de la norma, no puede considerarse que se deba a un olvido.

Pero lo cierto es que la LOPDP no es la norma adecuada para regular las infracciones y sanciones que se producen en el orden social, sino que un eventual régimen disciplinario para el empresario infractor habría pasado por modificar la LISOS e incluir una infracción específica por el incumplimiento de este deber, lo que además permitiría la actuación de la Inspección de Trabajo con el fin de sancionar y prevenir estas conductas. Esta intervención normativa, que ha sido defendida por quienes se han acercado al estudio de la materia, contaba con concretas propuestas

<sup>99</sup> BOE n.º 192 de 12-05-85.

<sup>100</sup> NTP 1123: *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (II)*..., p. 3.

<sup>101</sup> CIALTI, Pierre-Henri. El derecho a la desconexión..., ob. cit., p. 180 y ss. No obstante, considera el autor que “el establecimiento de una sanción para el incumplimiento del derecho a la desconexión podría resultar superfluo” en la medida en que tanto el respeto a los tiempos de descanso como la obligación del empresario de velar por la salud de los trabajadores ya cuentan con un “régimen protector suficiente”. De esta manera, el derecho a la desconexión “se presenta como una variable de apreciación explícita” de aquellos.

<sup>102</sup> LAHERA FORTEZA, Jesús, 2019. ¿Es solo márketing..., ob. cit.

de inclusión de infracciones, bien entre las materias sancionables previstas en la subsección 1ª del capítulo II (infracciones en materia de relaciones laborales individuales y colectivas) o en la sección 2ª del mismo capítulo (infracciones en materia de prevención de riesgos laborales), aunque ninguna de ellas fue acogida por el legislador.

Por lo que nos llevaría a la segunda cuestión planteada: ¿podría sancionarse con los tipos de infracciones laborales existentes? Entre el catálogo de conductas sancionables en la LISOS, podría subsumirse una eventual conducta empresarial contraria al derecho a la desconexión en el art. 7.5 LISOS que tipifica como infracción grave la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de tiempo de trabajo (jornada, horas extraordinarias, descansos, etc.). No obstante, la falta de concreción de esta infracción y la ubicación del derecho dentro del art. 20.bis ET y no dentro de los preceptos destinados a la regulación del tiempo de trabajo, podrían dificultar su aplicación. De hecho, únicamente podría ser aplicable en la medida en que ya lo habría sido antes del reconocimiento del derecho, entendiéndose que no se respetan tales límites cuando se invade digitalmente el tiempo de descanso. Podrían haber encontrado acomodo los actos empresariales que vulneren el derecho a desconectar digitalmente de sus empleados en el art. 7.10 LISOS si la opción legislativa por su ubicación sistemática hubiese sido otra, en la medida en que el mismo tipifica como infracción grave *“los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, salvo que proceda su calificación como muy graves, de acuerdo con el artículo siguiente”*.

Por otro lado, se podría cuestionar la aplicación del art. 8.11 LISOS que prevé como infracción muy grave los actos del empresario contrarios al respeto la intimidad y dignidad del trabajador. Aunque, como hemos indicado con serias dudas sobre si el derecho a la desconexión guarda tan estrecha relación con dichos derechos fundamentales como para precipitar la aplicación de esta infracción. Y, además, debe tenerse en cuenta que la conducta empresarial lesiva debería adquirir una entidad suficiente, difícilmente apreciable en el mero envío de comunicaciones y, sobre el que, a priori, el trabajador tiene reconocido –ahora– el derecho a no responder.

Es en lo referente a las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales donde encontramos diversos tipos que podrían dar cabida a sancionar de forma efectiva una mala praxis en materia de desconexión digital. Para empezar, la no adopción del protocolo interno puede suponer una infracción leve tanto porque supone una omisión de un deber en materia de prevención de riesgos laborales (art. 11.4 LISOS) como por la omisión de la obligación formal o documental en que debe materializarse (art. 11.5 LISOS). En ambos casos, prevé el legislador que se aplicará dicha infracción leve salvo tenga trascendencia grave para la integridad física o la salud (circunstancia francamente difícil, a menos que pueda dar lugar a situaciones constitutivas de acoso) o que la obligación documental sea constitutiva de infracción grave o muy grave.

Por lo que respecta a las infracciones graves son varias las que pueden ser aplicables. No llevar a cabo la evaluación del riesgo psicosocial de fatiga informática cuando se utilicen dispositivos digitales, así como sus actualizaciones, revisiones y controles cuando la misma evaluación lo haga aconsejable y no aplicar las medidas preventivas que pudieran deducirse de sus resultados podría dar lugar a aplicar el art. 12.1 LISOS. De la misma manera que no registrar y archivar tales resultados *ex art. 12.4 LISOS* o incumplir con la planificación de la actividad preventiva que derive de la evaluación *ex art. 12.6 LISOS* en materia de desconexión puede ser constitutiva de infracción grave.

Por su parte, el concreto mandato de que la política interna prevea ciertas acciones formación y sensibilización orientadas a la prevención del riesgo de fatiga informática también puede desencadenar algunas infracciones. Así, el art. 12.8 LISOS prevé que es infracción grave el incumplimiento de las obligaciones en materia de formación e información suficiente y adecuada a los trabajadores acerca de los riesgos del puesto de trabajo susceptibles de provocar daños para la seguridad y salud.

Formación que no solo deben percibir los trabajadores ocupantes del puesto de trabajo, sino que los trabajadores designados para las actividades preventivas y los delegados de prevención también deben recibir en relación a este riesgo psicosocial emergente pudiendo, en caso contrario, sancionarse conforme al art.12.12 LISOS.

Misma calificación tendría incumplir el trámite de audiencia en la realización del protocolo con los delegados de personal (art. 12.11 LISOS).

Ahora bien, la posibilidad de sancionar todas estas infracciones en materia de prevención de riesgos laborales debe superar un obstáculo. Y es que la mayoría de los preceptos citados, en su tenor literal, contiene referencias expresas a obligaciones fijadas “*en la normativa de prevención de riesgos laborales*” o “*con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales*”. No obstante, consideramos que se trata de un obstáculo que podría salvarse sin demasiadas dificultades, habida cuenta de la clara naturaleza preventiva que tiene el art. 88.3 LOPDP. Es, a nuestro juicio, una verdadera norma en materia de prevención de riesgos laborales, aunque no se encuentre inserta en dicho cuerpo normativo. Tiene, como ya dijimos, un carácter extrasistemático, por lo que la Inspección de Trabajo en el marco de un procedimiento sancionador o los tribunales ante un procedimiento judicial, deberían realizar una interpretación teleológica y finalista de la norma para permitir la aplicación de dichas sanciones y rechazar una interpretación restrictiva por la cual se prive al derecho a la desconexión digital de un régimen sancionador eficaz.

## 6. Consideraciones finales

A lo largo de este estudio se ha realizado una reconstrucción del régimen jurídico de la desconexión digital. Dejando de lado algunos debates doctrinales como su configuración como derecho u obligación, o si constituye o no un nuevo derecho, la tesis principal que defendemos en este trabajo es que la determinación de los bienes jurídicos protegidos con esta nueva garantía permite proporcionar una interpretación constructiva que no vacía la nueva regulación de contenido y eficacia. A nuestro juicio, el legislador español –así como el francés– ha pretendido garantizar con la desconexión digital el derecho al disfrute del tiempo de no trabajo; la conciliación de la vida privada, familiar y laboral; y la seguridad y salud de los trabajadores frente a los efectos nocivos que puede tener el uso de dispositivos digitales de forma habitual.

En este sentido, consideramos que el artículo 88 LOPDP contiene tres normas que responden a tres fines diversos. El apartado primero reconoce el derecho para todos los trabajadores y empleados públicos sin excepciones, lo que supone un refuerzo a las instituciones tradicionales conexas cuya eficacia podría verse reducida por la generalización y extensión de las NTICs. Así, ni tendrá eficacia una orden empresarial directa que impida al empleado desconectar, ni podrá este último ser sancionado por no obedecerla. Por tanto, nos alejamos de aquellas opiniones que califican el derecho como vacío ante la inacción de la negociación colectiva. Como ya se ha dicho, el derecho lo reconoce la ley y la norma pactada debe prever acciones y herramientas concretas que permitan un ejercicio eficaz de la desconexión digital tomando en consideración las peculiaridades de la actividad profesional. Así mismo, tampoco es necesaria una mayor labor de conceptualización del derecho para su ejercicio, pues no hay dudas sobre el verdadero significado de desconectar digitalmente. Pero, de efectuarse tal conceptualización en la negociación, lo recomendable sería que se hiciese desde la óptica de la conducta empresarial, remarcando y acentuando el deber de abstención y de garantizar el pleno disfrute del tiempo de descanso de los empleados.

Es más, la llamada a la negociación colectiva que efectúa el apartado el art. 88.2 LOPDP se hace precisamente para flexibilizar la regulación del derecho y adaptarla a las necesidades empresaria-

les y de los trabajadores. Pues es la autonomía colectiva la que puede modular su disfrute atendiendo a la naturaleza y objeto de la relación laboral. Esta posibilidad no se le reconoce legalmente al protocolo interno elaborado por el empresario, habida cuenta de que no es un instrumento enmarcado en la autonomía de la voluntad de las partes. Por tanto, en caso de no actuar el convenio, no se puede llevar a cabo esta aplicación flexible y adaptada de la desconexión unilateralmente por la empresa.

Y es que el apartado segundo y el apartado tercero del art. 88 LOPDP responden a distintas lógicas. Mientras que el segundo conecta con las instituciones reguladoras del tiempo de trabajo (tiempo de no trabajo y conciliación) y por ello atribuye tal papel de intervención a la negociación colectiva, el tercero es una norma en materia de prevención de riesgos laborales (seguridad y salud laboral). Como tal, esta última debe de interpretarse a la luz de los mandatos de la LPRL y su normativa de desarrollo. Dicha interpretación exige que el empresario adopte todas las medidas que resulten necesarias para eliminar o minimizar el riesgo de fatiga informática. Consideramos que, pese a estar ubicada fuera de este cuerpo normativo, esta es la principal contribución de la regulación de la desconexión digital. Por primera vez, el legislador laboral aprueba una previsión expresa y específica en materia de prevención de riesgos psicosociales, que tiene carácter obligatorio y vinculante y que deberán implementar todas las empresas cuya actividad requiera el uso de dispositivos digitales por sus empleados.

Con esto no queremos decir que la regulación abordada por el legislador orgánico sea perfecta. Podrían haberse realizado pequeños ajustes en la normativa preexistente para reforzar su ejercicio, como contemplar instrumentos para que las partes necesariamente negocien esta materia en el convenio colectivo o reformar algunos aspectos de regulación de la jornada, en especial la creación de un sistema de registro de la jornada que permita determinar con claridad los tiempos en que debe producirse la desconexión digital. En esta materia, el Gobierno ha puesto fin a las discrepancias judiciales sobre el registro diario de la jornada protagonizado por la Audiencia Nacional, el Tribunal supremo y en última instancia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mediante la inclusión en el art. 34 ET de un nuevo apartado 9 (art. 10 Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo) que obliga a las empresas a garantizar el registro diario de la jornada. Cómo se hará dicho registro queda a expensas de la negociación colectiva, el pacto de empresa o, en su defecto, de una decisión empresarial al respecto, con la garantía de cumplimiento que implica incluir en art. 7 de la LISOS una sanción específica por transgresión de las normas sobre registro de jornada. Así como el legislador también podría declarar expresamente el carácter preventivo del art. 88.3 LOPDP para garantizar que, desde el principio, su elaboración por parte de la empresa se realice de forma integrada en el plan de prevención de riesgos laborales. Así como facilitar la aplicación de las sanciones previstas en la LISOS.

En fin, la regulación de la desconexión digital tampoco puede desligarse del teletrabajo. Su relación con las materias ordenadoras del tiempo de trabajo y la especial vulnerabilidad de estos trabajadores frente a los riesgos psicosociales requieren un tratamiento normativo específico. A mayor abundamiento, tras los últimos acontecimientos en los que se ha producido un salto cualitativo y cuantitativo del recurso al teletrabajo al que se han visto abocadas muchas empresas para evitar una paralización total de sus actividades. Quién sabe si esta transformación de puestos de trabajo presenciales en teletrabajadores –en principio excepcional y extraordinaria– pueda suponer un avance clave y un punto de no retorno al estado precedente en la denominada digitalización o revolución 4.0 que tanto se estaba resistiendo.

Con todo, en la medida en que hay una reforma laboral en ciernes, se abre una nueva ventana de oportunidad para realizar estos ajustes e incluir estos aspectos en la normativa laboral.

## ARTÍCULOS JURISPRUDENCIALES

# La circunstancia de parentesco en la tutela antidiscriminatoria laboral

## The circumstance of kinship in anti-discrimination protection

FRANCISCA MARÍA FERRANDO GARCÍA

*Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Murcia*

ORCID ID: 0000-0003-3585-4367

Researcher ID: R-8600-2018

Recibido: 5/3/2020

Aceptado: 26/3/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5540>

*Resumen:* El presente trabajo estudia la naturaleza y configuración del parentesco como causa de discriminación en el ámbito laboral, y su trascendencia en materia de carga de la prueba y justificación de la medida. Asimismo, examina la repercusión del vínculo de parentesco en la empresa familiar, a efectos de la acreditación del móvil discriminatorio.

En lo que concierne a las consecuencias resarcitorias de la discriminación por razón de parentesco, se plantea la cuantificación de la indemnización por daños morales a la vista de la doctrina constitucional y judicial que permite la aplicación referencial de las cuantías previstas por la LISOS, así como de la exigencia legal de aportar las bases y criterios para determinar la existencia y entidad de los daños morales.

Por último, el estudio analiza el vínculo de parentesco como vehículo de discriminación “por asociación”, figura de construcción judicial que ha permitido ampliar subjetivamente la tutela antidiscriminatoria a sujetos en los que no concurre directamente la causa de la discriminación.

*Palabras clave:* discriminación por parentesco, discriminación por asociación o transferida, discriminación directa/indirecta, garantía de indemnidad, resarcimiento, daños morales.

*Abstract:* This work deals with the legal nature and configuration of the cause of discrimination due to kinship ties, and its significance in terms of burden of proof and justification of the employer's measure. It also examines the impact of the relationship of kinship in the field of family business, regarding the discrimination test.

Concerning the compensatory consequences of discriminatory decisions based on kinship, the quantification of compensation for moral damages is analysed

---

Estudio realizado al amparo del Proyecto DER2016-78123-R, sobre “Implicaciones procesales de la reforma del mercado de trabajo”, financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, e incluido en la Convocatoria 2016 del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016.

\*[franferr@um.es](mailto:franferr@um.es)

in view of the constitutional and judicial doctrine that allow the referential application of the amounts provided for the pecuniary sanction of those infractions typified by the LISOS, as well as the legal requirement to provide the bases and criteria to determine the existence and entity of moral damages.

Finally, this study will analyse kinship relationship as a vehicle for discrimination by association, a figure of judicial construction that has allowed the extension of antidiscrimination protection to subjects in whom the cause of discrimination does not directly concur.

*Keywords:* discrimination by ground of kinship, associative or transferred discrimination, direct / indirect discrimination, guarantee of indemnity, award of compensation, moral damages.

## 1. Introducción

La normativa laboral, tanto estatutaria (art. 17.1 ET) como sancionadora (art. 8.12 LISOS), alude a un particular motivo de discriminación, el vínculo de parentesco<sup>1</sup>, no contemplado expresamente en el texto constitucional, y que, considerado como causa autónoma de discriminación, parece presentar ciertas dudas interpretativas en materia de carga probatoria y de tutela resarcitoria y sancionadora, a las que se hará oportuna referencia a lo largo de este estudio.

Conviene precisar desde este instante, que no se trata aquí de la discriminación basada en el “estatus marital” de la persona trabajadora, ni en su estado civil, circunstancia distinta y también recogida en los arts. 4.2 c) y 17.1 ET, y que pone el acento en la concreta situación de matrimonio, viudedad, divorcio o separación, o de una relación análoga de convivencia conyugal fuera del matrimonio, incluyendo en su caso, tanto relaciones del mismo como de distinto sexo. La discriminación por razón de parentesco tampoco coincide necesariamente con la discriminación basada en el “estatus familiar”, cuya motivación es la existencia de una relación paterno filial, de adopción, o de acogimiento o guarda que implique similares responsabilidades de cuidado, ya sea en el marco de una familia tradicional heterosexual, del mismo sexo o monoparental.

Con todo, lo cierto es que el estatus marital o familiar de una persona puede desencadenar la denominada discriminación “por asociación”, determinando que la misma se vea perjudicada precisamente por su vinculación con otra persona, en quien concurre una causa de discriminación (discapacidad, sexo, etc.), como sucede cuando las responsabilidades o el rol de cuidados que el vínculo familiar comporta, representan una carga o incomodidad que la organización empresarial no desea asumir, o que ha ejercido un derecho fundamental (libertad sindical, tutela judicial, etc.), enfrentándose a los intereses de la empresa, situaciones también analizadas en este trabajo.

## 2. El vínculo de parentesco como causa autónoma de discriminación en el ámbito laboral

### 2.1. Configuración legal de la causa de discriminación prohibida

Entre las causas de discriminación prohibidas en el ámbito laboral, el art. 17.1 ET alude expresamente a los “vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa”. Esta causa de

<sup>1</sup> Sin ignorar la dificultad que encierra la definición del concepto de parentesco, este estudio va a tomar como referencia la noción recogida en el Diccionario del Español Jurídico de la RAE, que considera como tal la “relación que existe entre varias personas por pertenecer o proceder de una misma familia”. En el marco de tan amplia formulación, “los vínculos de parentesco pueden ser de alianza, de filiación y de consanguinidad” (BIELSA CORRELLA, M.C., *La circunstancia mixta de parentesco en el Código Penal Español*, Tirant lo Blanch, monografías, 867, Valencia, 2014).

discriminación no aparece expresamente mencionada en el art. 4.2.c) ET, como tampoco en el art. 14 CE, pero puede considerarse incluida en la mención genérica de causas de discriminación relativas a “cualquier condición o circunstancia personal o social”<sup>2</sup>. En efecto, según la doctrina constitucional, el listado de motivos contenido en el citado precepto no posee un carácter exhaustivo<sup>3</sup>, sino enunciativo, en la medida que el último inciso del art. 14 CE deja abierta la enumeración de causas de discriminación, permitiendo considerar discriminatorio el trato desigual basado en condiciones o circunstancias sociales o personales de la persona como la edad, la profesión o el parentesco<sup>4</sup>.

Estas otras causas no identificadas en el art. 14 CE han sido, precisamente por ello, calificadas como causas “atípicas” de discriminación desde la perspectiva constitucional<sup>5</sup>, aun cuando hayan sido posteriormente recogidas por el legislador. Tal es el caso del parentesco, de configuración estrictamente legal, pues no existe referencia expresa a dicha circunstancia discriminatoria en el texto constitucional, ni en los tratados y pactos internacionales en materia de derechos fundamentales, como tampoco en el Derecho Comunitario (tanto originario como derivado), en el que la interdicción de la discriminación se predica respecto de motivos tasados<sup>6</sup>.

Pues bien, la doctrina ha apuntado que “estas nuevas causas de discriminación pueden tener un distinto grado de protección y justificación”<sup>7</sup> al dispensado respecto de las causas “típicas”, que vienen a recoger supuestos históricos de segregación particularmente odiosos y contrarios a la dignidad de la persona<sup>8</sup>. La diferente configuración (constitucional o legal/jurisprudencial) de las causas de discriminación tiene transcendencia en materia de carga de la prueba, pues respecto de las causas típicas constitucionales la exigencia de justificación de la diferencia de trato es más rigurosa<sup>9</sup>, aceptándose entonces, como único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios aportados, que las causas aducidas por el empresario sean “absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales”<sup>10</sup>. Por el contrario, cuando se trata de causas atípicas, aun cuando sean encuadrables en el art. 14 CE, “corresponde al trabajador acreditar indiciariamente los hechos que comportan un perjuicio basado exclusivamente en la condición social o personal del trabajador”<sup>11</sup>.

Según esta tesis, cuando se alega el parentesco como causa de discriminación prohibida, no cabe extrapolar sin más el mismo canon de justificación exigido con relación a las causas expresadas

<sup>2</sup> En este sentido, véase POZO MOREIRA, F.J., *La tutela judicial de las nuevas causas de discriminación. La cláusula abierta de no discriminación del art. 14 de la Constitución en las relaciones laborales*, Andavira, Santiago de Compostela, 2012, p. 130.

<sup>3</sup> Por todas, véanse las SSTC 22/1981, de 2 de julio; 112/1984, de 28 de noviembre; 75/1983, de 3 de agosto; 41/2006, de 13 de febrero; y 26/2011, de 14 de marzo.

<sup>4</sup> CRUZ VILLALÓN, J., “Igualdad y no discriminación”, en AA.VV., RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., ELORZA GUERRERO, F. (coords.), *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional: XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Tecnos, 2001, p. 271.

<sup>5</sup> POZO MOREIRA, F.J., *La tutela judicial de las nuevas causas de discriminación. La cláusula abierta de no discriminación del art. 14 de la Constitución en las relaciones laborales*, cit., p. 13.

<sup>6</sup> Según advierten, BALLESTER PASTOR, M.A., “Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar”, en AA.VV., BALLESTER PASTOR, M.A. (coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010 (TOL1.833.514, p. 2). PRECIADO DOMÈNECH, C.H., *Igualdad y no discriminación en el derecho de la Unión Europea*, Bomarzo, Albacete, 2016, p. 28; MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 191, 2016 (BIB 2016\80411, p. 19).

<sup>7</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Prólogo”, en POZO MOREIRA, F.J., *La tutela judicial de las nuevas causas de discriminación*, cit., p. xxii.

<sup>8</sup> Por todas, SSTC 19/1989, de 31 de enero, y 62/2008, de 26 de mayo.

<sup>9</sup> SSTC 200/2001, de 4 de octubre, y 182/2005, de 4 de julio. En análogo sentido, véanse DÍEZ-PICAZO, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003, p. 181; y RUIZ MIGUEL, A., “La igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *DOXA*, núm. 19, 1996, pp. 61 y 62.

<sup>10</sup> En este sentido, con relación al despido discriminatorio por razón de sexo de una trabajadora embarazada, véase la STC 125/2008, de 20 de octubre.

<sup>11</sup> POZO MOREIRA, F.J., *La tutela judicial de las nuevas causas de discriminación. La cláusula abierta de no discriminación del art. 14 en las relaciones de la Constitución laborales*, cit., p. 280.

en el art. 14 CE, pues las causas atípicas desde el punto de vista constitucional, constituyen “un *tertium genus* (supuesto intermedio) entre la justificación objetiva y razonable de la diferencia de trato ante situaciones semejantes” y “el test riguroso de razonabilidad que se requiere en presencia de una categoría típica del art. 14 CE”, de forma que en la discriminación por causas atípicas, dicho test “se realiza con mayor indulgencia”<sup>12</sup>, de ahí que sea más difícil encontrar pronunciamientos estimatorios de la existencia de trato discriminatorio.

De otro lado, cabría cuestionar la propia consideración del parentesco como causa de discriminación propiamente dicha en la normativa laboral, pues en este supuesto la prohibición de trato desigual no se relaciona con la vulneración de un derecho fundamental, ni con la protección de un colectivo vulnerable<sup>13</sup>. Y, es que, independientemente de que la lista de causas de discriminación sea abierta y se halle en continua evolución en paralelo con los cambios de la sociedad, la idea que siempre subyace a las causas prohibidas, es la necesidad de protección de un determinado colectivo o grupo social<sup>14</sup>. A lo sumo, el parentesco autónomamente considerado podría actuar en el terreno del principio general de igualdad, que vincula a los poderes públicos impidiendo las “diferencias de trato irrazonables, desproporcionadas o arbitrarias”<sup>15</sup>, cual sería el caso de las cláusulas normativas o convencionales que atribuyen preferencias de trato en la contratación a familiares de los trabajadores de la empresa.

Volviendo a la formulación de esta causa de discriminación en el art. 17 ET, y en lo que concierne al tipo de discriminación prohibida, el citado precepto veda tanto la discriminación favorable como la desfavorable por razón de parentesco. En consecuencia, y según se acaba de afirmar, quedarían subsumidos en la prohibición aquellos supuestos en los que el vínculo de parentesco es motivo de preferencia en el acceso al empleo, en virtud de una norma convencional que establece “reservas de vacantes para familiares de empleados de plantilla o jubilados”<sup>16</sup>. En este sentido, tanto el Tribunal Supremo<sup>17</sup> como la doctrina de suplicación<sup>18</sup>, han afirmado que carece de validez la cláusula de un convenio colectivo estatutario, que otorga preferencia en el empleo a los candidatos hijos, huérfanos o familiares directos de empleados o antiguos trabajadores de la empresa, dado el carácter no justificado de esta preferencia. Como ha entendido la doctrina, la prohibición de discrimi-

<sup>12</sup> *Idem*, p. 264.

<sup>13</sup> En este sentido, TAPIA BALLESTEROS, P., *La discriminación laboral. Análisis del artículo 314 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Monografías, 901, Valencia, 2014, cuestiona la inclusión de la circunstancia discriminatoria de “parentesco con otros trabajadores de la empresa” en el tipo delictivo del art. 314 CP, “debido a que resulta especialmente complejo considerar a los parientes de los trabajadores como un colectivo vulnerable, comparable con el colectivo de mujeres, personas con discapacidad o gitanos, por poner algunos ejemplos”. Para la autora, “en el caso del parentesco se podrá estar violando el derecho a la igualdad pero no el derecho a no ser discriminado, ya que para ser titular de este último se tiene que generar o ahondar en una situación de inferioridad o de marginación para el sujeto debido a que ostenta una característica física, psíquica o social que lo identifica con un grupo concreto que se verá afectado también, aunque sea indirectamente, por el trato desigual dado a uno de sus integrantes”. Por la misma razón, LAURENZO COPELLO, P., “Marco de protección jurídico penal del derecho a no ser discriminado: Racismo y Xenofobia”, en *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 24, entiende que la referencia al parentesco constituye “más que un motivo de discriminación una lesión al principio de igualdad genérico”.

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “Las causas de la discriminación o la movilidad de un concepto”, *Temas Laborales*, núm. 98, 2009, p. 15.

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Nuevas dimensiones de la igualdad: no discriminación y acción positiva”, *Persona y Derecho*, núm. 44, 2001, p. 220. Como recuerda el autor (pp. 226 y 227), la doctrina constitucional reconoce el doble contenido en el art. 14 CE: la prohibición de trato discriminatorio por motivos concretos vinculados con el respeto a la dignidad humana y otros derechos fundamentales, y la cláusula general de igualdad que, a tenor de la jurisprudencia constitucional (por todas, STC 200/2001, de 4 de octubre, STC 27/2004, de 4 de marzo; y STC 154/2006, de 22 de mayo), “no postula ni como fin ni como medio la paridad y solo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato”. Sobre la delimitación de ambos contenidos véase, *in extenso*, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

<sup>16</sup> AAVV., DEL REY GUANTER, S. (Dir.), *Estatuto de los Trabajadores: comentado y con jurisprudencia*, 3ª Ed., La Ley, Madrid, 2007, pp. 364 y 265.

<sup>17</sup> STS de 21 de junio de 1994 (rec. 3210/1993).

<sup>18</sup> V.gr., en las SSTSJ de Canarias de 30 de abril 2001 (AS 2001,3705), Castilla y León de 28 de octubre de 2003 (JUR 2003, 108403), Galicia de 8 noviembre 2004 (rec. 3839/2004, JUR 2004,363332), y Asturias de 31 de octubre de 2014 (rec. 1673/2014).

minación “favorable”, cierra “la posibilidad de actos preferenciales a la contratación no justificados (por ejemplo, las preferencias por razón de parentesco)”<sup>19</sup>. Distinto es el caso, considerado razonable y justificado en aras del fin de protección de la familia, contemplado en la norma del Estatuto del Personal de la Seguridad Social que confería un derecho preferente a ocupar una plaza vacante en una localidad, cuando en ella residiera el cónyuge<sup>20</sup>.

Con todo, la doctrina ha afirmado la posibilidad de que un empresario contrate a determinado trabajador tomando en consideración, entre otros elementos, la relación personal afectiva o de confianza que los une, que puede estar mediatizada por diversos factores sociales, entre ellos, el parentesco<sup>21</sup>.

Las referencias judiciales a supuestos de trato desfavorable por razón del parentesco son más escasas. Cabe citar en este punto, la STSJ Asturias de 27 de diciembre de 2010, que consideró discriminatorio por causa del parentesco, el despido por causas objetivas, con posterior reconocimiento de improcedencia, del hijo de un trabajador sancionado<sup>22</sup>. Asimismo, la STSJ Andalucía de 29 de septiembre de 2000, reputaba discriminatorio el despido de un trabajador de determinado Ayuntamiento por entender el responsable del cese, y haberlo denunciado públicamente, que el trabajador había sido contratado por ser hermano de un cargo público del anterior partido gobernante<sup>23</sup>. Por el contrario, la STSJ Cataluña de 17 de mayo de 2010<sup>24</sup>, desestima la existencia de discriminación. A juicio del tribunal, no se acreditan indicios suficientes de que el despido obedeciera a la relación de parentesco y enemistad paralela entre socios, sino que “las posibles discrepancias entre tales socios (...) más que a razones o cuitas personales obedecen a discrepancias sobre la situación de concurso de la empresa (...)”.

Con relación a las limitaciones al empleo basadas en los vínculos de parentesco, la STSJ Comunidad Valenciana de 7 de abril de 2000<sup>25</sup>, califica como discriminatorio y, por tanto, nulo, el acuerdo suscrito entre el Comité de empresa y la dirección de la empresa que establece la imposibilidad de contratar a personas emparentadas hasta cuarto grado por consanguinidad o afinidad con trabajadores fijos de la empresa, concluyendo que la falta de llamamiento de trabajadores fijos discontinuos emparentados con otros trabajadores de la empresa con base en dicho acuerdo, comporta un despido nulo por discriminatorio<sup>26</sup>.

<sup>19</sup> BALLESTER PASTOR, M.A., “Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa. (Un análisis conceptual y de legalidad tras la sentencia Marshall)”, *Relaciones Laborales*, núm. 18, 1998, tomo 2 (LA LEY 6271/2002). Como razona la autora, “cuando los Tribunales han negado la posibilidad de reserva de puestos por la vía de la negociación colectiva siempre se han referido a colectivos no protegidos por el art. 14 CE, para los cuales se establecían preferencias absolutas (el parentesco es el supuesto más reiterado)”.

<sup>20</sup> STC 192/1991, de 14 de octubre.

<sup>21</sup> ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estudios previos al contrato de trabajo y discriminación*, Cuadernos de Aranzadi Social, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 276; ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Derechos Fundamentales en la Relación de Trabajo”, p. 16 ([https://ocw.uca.es/pluginfile.php/2535/mod\\_resource/content/1/Tema%203.%20DF.%20Causas%20de%20discriminaci%C3%B3n.pdf](https://ocw.uca.es/pluginfile.php/2535/mod_resource/content/1/Tema%203.%20DF.%20Causas%20de%20discriminaci%C3%B3n.pdf)).

<sup>22</sup> Rec. 2534/2010. En este caso, poco después del despido del padre del trabajador, la empresa le encomienda la realización en exclusiva de determinadas funciones, que antes únicamente desempeñaba parcialmente junto con otros cometidos, a sabiendas de que el trabajador quedaría sin ocupación ya que no se iba a contratar más obra relacionada con dichas funciones, con el fin de poder acudir a la vía de extinción del art. 52.c) ET.

<sup>23</sup> Rec. 2601/2000 (JUR 2001/69087), la citada sentencia consideró indicio suficiente el que los representantes de los partidos actualmente en el poder hubieran denunciado públicamente la contratación de este trabajador por considerar que se había realizado sin oposiciones, precisamente por el parentesco con un cargo político y edil del anterior equipo. Por su parte, el Ayuntamiento no pudo probar motivos disciplinarios, ajenos al móvil discriminatorio, que justificaran el despido.

<sup>24</sup> Rec. 588/2010 (JUR 2010, 314176).

<sup>25</sup> Rec. 3569/1999 (AS 2000\3941).

<sup>26</sup> Criterio reiterado por la posterior STSJ Comunidad Valenciana de 10 de mayo de 2000 (rec. 3566/1999, AS 2000\4339).

## 2.2. *Relativización del vínculo de parentesco en las empresas familiares*

Como ha advertido la doctrina, en las empresas familiares, es muy habitual que el parentesco influya notablemente en la selección del personal e incluso en las condiciones de trabajo, “haciendo extremadamente difícil la aplicación de una prohibición de discriminación por razón de parentesco en el sector privado”<sup>27</sup>. En estas empresas la circunstancia del parentesco está presente de forma cotidiana en el desenvolvimiento de las relaciones laborales, lo que hace necesario distinguir los supuestos de discriminación por razón de parentesco de un mero trato perjudicial de carácter arbitrario o injustificado.

En estos casos, el vínculo de parentesco pierde el carácter apriorístico de elemento sospechoso como causa de discriminación prohibida, pues suele ser un factor que planea sobre muchas de las decisiones contractuales, desde la propia contratación, motivada en no pocas ocasiones por la relación familiar. La construcción del panorama indiciario por parte de quien alega la existencia de discriminación por pertenencia a un grupo familiar ha de ser más exigente en este tipo de empresas: de un lado, no cabe deducir la existencia de indicios de una simple sospecha; de otro, el test de razonabilidad se aligera en lo que concierne al vínculo de parentesco, de suerte que la interdicción quedaría circunscrita a los casos en que la medida empresarial desfavorable no encuentre una explicación razonable ajena a la pertenencia a un grupo familiar.

Ello es así porque la noción de discriminación “parte de una generalización”, e implica tratar a una persona conforme a una categoría y no conforme a lo que es individualmente, de forma que en el caso que nos ocupa, existiría discriminación “cuando se perjudique a alguien por el mero hecho de ser pariente de otra persona”<sup>28</sup>.

## 2.3. *Prueba de la influencia del factor de parentesco en la decisión extintiva y calificación de la misma*

Como se ha señalado anteriormente, no parece razonable entender que la existencia de un vínculo de parentesco con otra persona con la que la empresa mantenga una discrepancia o desencuentro, constituya, por sí sola, una causa de discriminación prohibida, ni que, por tanto, determine la nulidad de la decisión empresarial, con independencia de la causa que la motive. La persona afectada por la medida empresarial habría de aportar indicios de que el vínculo de parentesco es la causa determinante, actuando como rasgo diferenciador respecto del trato conferido a otros trabajadores en situación comparable<sup>29</sup>.

En efecto, según reiterada doctrina constitucional, siempre y cuando se aporte la prueba indiciaria por el demandante, “el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aún sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales: no se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo –la no discriminación– sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada”<sup>30</sup>. Conviene subrayar en este punto que la doctrina constitucional sostiene que la prueba

<sup>27</sup> ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Derechos Fundamentales en la Relación de Trabajo”, cit., p. 16.

<sup>28</sup> Ibidem.

<sup>29</sup> Así, en el caso enjuiciado por la STSJ Cataluña de 17 de mayo de 2010 (rec. 588/2010), el tribunal, concluye que no se acreditan indicios suficientes de que el despido obedeciera a la relación de parentesco y enemistad paralela entre socios, sino que “las posibles discrepancias entre tales socios (...) más que a razones o cuitas personales obedecen a discrepancias sobre la situación de concurso de la empresa (...).”

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, 2008, La Ley, Temas, p. 135. Es doctrina reiterada por las SSTC 14/2002, de 28 de enero, 29/2002, de 11 de febrero, 41 y 48/2002, de 25 de febrero, 84/2002, de 22 de abril, 66/2002, de 21 de marzo, 17/2003, de 30 de enero, 49/2003, de 17 de marzo, 171/2003, de 29 de septiembre,

que el empresario ha de realizar versa sobre los motivos reales de sus actos, aunque estos motivos reales no fueran técnicamente suficientes, desde la perspectiva de la legalidad ordinaria, para justificar la medida o decisión tomada<sup>31</sup>.

La cristalización legal de la doctrina constitucional sobre la carga de la prueba que incumbe al demandado, se contiene, aunque con una enunciación distinta, en los arts. 96.1 y 181.2 LRJS, según los cuales, tras la constatación de la existencia de indicios suficientes de trato discriminatorio, “corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. Las referidas exigencias de objetividad, racionalidad y proporcionalidad se valoran conforme al denominado test de razonabilidad de la decisión, en el que se consideran la adecuación o idoneidad (relación medio-fin) de la medida, así como la necesidad de la misma (inexistencia de una alternativa menos gravosa)<sup>32</sup>.

En el caso que aquí se trata, la empresa tendrá que demostrar que habría adoptado la decisión, aunque el trabajador no hubiera sido familiar del tercero con el que mantiene la situación de conflicto. Y ello, con independencia de que “logre o no logre probar fehacientemente el empresario, además, la causa legal (...) alegada en la carta”<sup>33</sup>. De esta forma, en el supuesto hipotético de que no se lograra acreditar suficientemente la causa invocada, pero quedando demostrado que el despido, de ser el caso, no obedeció al motivo discriminatorio imputado, procedería calificar el despido como improcedente, mas no como nulo. Todo ello, sin perjuicio del valor que el reconocimiento de la improcedencia por parte de la empresa en el mismo momento del despido pueda tener como indicio de discriminación, según se expondrá posteriormente al tratar sobre la discriminación “por asociación”.

#### 2.4. La responsabilidad indemnizatoria por daños en caso de discriminación por razón de parentesco

El planteamiento de la pretensión indemnizatoria por parte de la persona discriminada por razón de parentesco, ya sea en el ámbito del proceso de tutela de los derechos fundamentales, ya acumuladamente con la demanda de despido o de impugnación de otro acto discriminatorio, según lo previsto en los arts. 26.2 y 184 LRJS, comporta la aplicación de los criterios generales establecidos legal y judicialmente en lo que atañe a las exigencias de justificación y determinación de la cuantía solicitada.

Al respecto, el art. 179.3 LRJS señala que en la demanda se deben precisar “con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios”. Asimismo, deberá consignar en la demanda “las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador”.

Sin embargo, el propio precepto se refiere a la dificultad de detallar en la demanda los daños y perjuicios cuando la indemnización se solicita exclusivamente en concepto de daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental, complejidad que se extiende a la valoración judicial de la pertinencia de la cuantía reclamada. La aludida dificultad de cuantificar o justificar la cuantía

---

188/2004, de 2 de noviembre, 38/2005, de 28 de febrero, 144/2005, de 6 de junio, 171/2005, de 20 de junio, 138/2006, de 8 de mayo, 168/2006, de 5 de junio, 342/2006, de 11 de diciembre, etc.

<sup>31</sup> MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales*, Netbiblo, La Coruña, 2007, p. 166; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, cit., p. 134.

<sup>32</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F., “La prueba de la discriminación y del acoso sexual y moral en el proceso laboral”, *Evocati Revista*, núm. 18, 2007, p. 12.

<sup>33</sup> STC 41/2006, de 13 de febrero; STC 125/2008, de 20 de octubre.

solicitada en concepto de daños morales, ha llevado a doctrina constitucional<sup>34</sup> y jurisprudencia<sup>35</sup> a aceptar a título orientativo la cuantía de la sanción administrativa pecuniaria correspondiente al incumplimiento empresarial de que se trate, de conformidad con el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social<sup>36</sup>.

En el caso que aquí se trata, la discriminación por parentesco, se aplicaría la cuantía de la sanción contemplada en el art. 40.1.c) LISOS respecto de las infracciones tipificadas en el art. 8.12 de la misma norma, precepto que, como se sabe, califica como infracciones muy graves “*las decisiones unilaterales de la empresa que impongan o impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables*”, motivadas, entre otras razones, por “*vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa*”.

Adviértase, no obstante, que el citado precepto contiene una diferente y más restrictiva formulación de esta causa de discriminación, que la prohibida en el art. 17.1 ET en cuanto alude a los “*vínculos de parentesco con personas pertenecientes o relacionadas con la empresa*”. Ambos preceptos han experimentado una diferente evolución en lo que atañe a esta causa de discriminación: El art. 8.12 LISOS mantiene su tenor original que data de la Ley 8/1988, de 7 de abril, coincidente con la versión inicial del art. 17.1 ET, en la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. Por su parte, la vigente redacción del art. 17.1 ET, que ha conservado el RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, procede de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Ha transcurrido, por tanto, casi una década desde la modificación del art. 17.1 ET, tiempo más que suficiente para considerar que la diferente regulación obedece a un *lapsus* del legislador.

Ciertamente, nada impide que el art. 8.12 LISOS sea más restrictivo que la norma estatutaria<sup>37</sup>, pues cada uno de estos preceptos se mueve en distinto plano y tiene diferentes consecuencias: el art. 17.1 ET se mueve en el plano contractual, declarando la nulidad de la medida o decisión discriminatoria, mientras que el segundo, de carácter sancionador, tipifica una infracción administrativa<sup>38</sup>.

Desde luego, una redacción más genérica, referida al parentesco con personas del entorno empresarial, hubiera permitido, sin ningún género de dudas, incluir en el supuesto de hecho de la infracción tipificada las conductas discriminatorias realizadas en el ámbito de la empresa por razón de parentesco con socios, clientes, proveedores, etc., sin temor a violentar el principio de tipicidad<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> STC 247/2006, de 24 de julio.

<sup>35</sup> SSTS de 15 de febrero de 2012 (rec. 67/2011); de 5 de febrero de 2013 (rec. 89/2012); de 15 de abril de 2013 (rec. 1114/2012); de 11 de febrero de 2015 (rec. 95/2014); de 5 de octubre de 2017 (rec. 2497/2015, RJ 2017, 4918).

<sup>36</sup> Si bien, se aprecia cierta tendencia a la aplicación de la cuantía mínima prevista en dicha norma (SÁNCHEZ PÉREZ, J., “La reparación del daño en la jurisdicción laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 216, 2019, p. 205).

<sup>37</sup> Tampoco es este el único caso de discordancia en las consecuencias de la lesión de un derecho fundamental en los ámbitos contractual y sancionador (normalmente con espectro más restringido). Así, la doctrina constitucional (SSTC de 123/1992, de 28 de septiembre, y 33/2011, de 28 de marzo), ha considerado que el esquirolaje interno constituye una lesión del derecho de huelga [y el TS, en Sentencia núm. 5579/2012, de 11 de junio de 2012, ha declarado que el esquirolaje tecnológico también lesiona dicho derecho fundamental], mientras que la LISOS tipifica como infracción únicamente la sustitución de los trabajadores en huelga “*por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio*” (art. 8.10), ya sea porque procedan de otro centro de trabajo o hayan sido contratados por la empresa, o mediante trabajadores “*puestos a su disposición por una empresa de trabajo temporal*” [art. 19.3.a) LISOS].

<sup>38</sup> Asimismo, el art. 314 CP tipifica, en este caso como delito, la conducta consistente en discriminar gravemente a una persona por razón de su parentesco con otros trabajadores de la empresa, cuando persista la conducta tras un requerimiento o sanción administrativa. Dada la redacción del tipo penal, el ordenamiento laboral constituye un filtro previo de los supuestos que se pueden considerar ilícitos penales, por lo que la doctrina penal ha criticado que el legislador no utilice los mismos términos para referirse a las causas de discriminación. En este sentido, véase TAPIA BALLESTEROS, P., *La discriminación laboral. Análisis del artículo 314 del Código Penal*, cit.

<sup>39</sup> Con relación al referido principio, consagrado en el ámbito penal en el art. 25.1 CE, el Tribunal Constitucional ha señalado que el mismo no queda infringido “en los supuestos en que la definición del tipo incorpore conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación” (STC 62/1982, de 15 octubre). En el mismo sentido, se ha expresado la doctrina constitucional respecto de la potestad sancionadora administrativa, al señalar que caben enunciados ejemplificativos de la conducta sancionable (STC 69/1989, de 20 abril), admitiendo “un margen de indeterminación en la formulación de los tipos ilícitos que no entra en conflicto con el

No obstante, la vigente redacción del art. 8.12 LISOS plantea necesariamente el interrogante de si cabe sancionar al amparo de este precepto aquellas decisiones empresariales que impliquen un trato discriminatorio hacia el trabajador basado en la existencia de vínculos de parentesco con quienes no son trabajadores de la empresa.

Frente a la hipótesis de una posible subsunción, en el art. 8.12 LISOS, del parentesco con otros sujetos relacionados con la empresa, que sí tendría cabida en la prohibición del art. 17.1 ET, cabe objetar el necesario respeto al principio de tipicidad (art. 25 CE), que comporta la prohibición de interpretación analógica (art. 27.4 Ley 40/2015, de 1 de octubre)<sup>40</sup>, toda vez que el tenor del precepto no se establece en términos ambiguos y generales respecto del alcance subjetivo de la conducta infractora, sino que se refiere clara y expresamente a la discriminación por vínculo de parentesco “*con otros trabajadores en la empresa*”.

En este sentido, no se debe olvidar que, estando vigente la anterior redacción del art. 17.1 ET, que aludía exclusivamente al parentesco con otros trabajadores de la empresa, la doctrina de suplicación concluyó que dicho precepto no era aplicable al supuesto en el que el parentesco no se refería a otro trabajador, sino a uno de los socios de la empresa<sup>41</sup>. En coherencia con este criterio, y con mayor motivo dado su carácter sancionador, el art. 8.12 LISOS no resulta de aplicación a las decisiones discriminatorias motivadas por el parentesco con sujetos distintos de los trabajadores de la empresa. Por la misma razón, cuesta admitir la posibilidad de cuantificar el resarcimiento de daños y perjuicios conforme a la sanción prevista respecto de la infracción tipificada en el art. 8.12 LISOS, cuando el vínculo de parentesco no se refiera a otros trabajadores de la empresa, pues se trataría de extrapolar los efectos de una norma sancionadora a un comportamiento no previsto en la misma, llevando el uso referencial del baremo a un terreno que no contempla la doctrina constitucional, ni la jurisprudencia.

Tomando, cuando proceda, como referencia las cuantías indicadas en la LISOS<sup>42</sup>, la fijación de la indemnización por daño moral corresponde al órgano judicial, y ello, a tenor del art. 183.2 LRJS, “*prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa*”. En esta tarea, el tribunal habrá de valorar las bases y elementos clave para dicha determinación, alegados y acreditados en el proceso por la parte demandante, tales como la gravedad de los hechos (en función de su intensidad y duración) y las consecuencias del comportamiento discriminatorio, aun cuando no sea factible “*aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole*”<sup>43</sup>, y tendrá como finalidades el resarcimiento suficiente a la víctima, el restablecimiento de su situación anterior a la lesión, así como la prevención del daño (art. 183.2 LRJS).

---

principio de legalidad, en tanto no aboque a una inseguridad jurídica insuperable”, y “siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia”. Ahora bien, la taxatividad del art. 8.12 LISOS en lo que concierne a los sujetos vinculados con relación de parentesco, deja poco margen para una interpretación extensiva.

<sup>40</sup> VELÁZQUEZ, M., “La Inspección de Trabajo ante la igualdad de trato en el ámbito de las relaciones laborales”, *IUSLabor* 4, 2006, p. 4.

<sup>41</sup> STSJ Cataluña, de 17 de mayo de 2010, rec. 588/2010 (JUR 2010, 314176).

<sup>42</sup> Conviene insistir en que la aplicación del baremo es una posibilidad, una orientación al juzgador, una aproximación a la solución, porque los importes que se expresan en los mismos, son referenciales. Entre otras razones porque se trata de un baremo ajeno a la cuestión de las indemnizaciones por lesión de derechos fundamentales, pues reparar y sancionar son funciones legales radicalmente distintas.

<sup>43</sup> STC 247/2006, de 24 de julio. Tras admitir la utilización de las cuantías establecidas en la LISOS como criterio de referencia para cuantificar la indemnización, la STC 247/2006 señala que, desde la perspectiva constitucional, resulta irreprochable el criterio de la Sala de lo Social del TS, según el cual “no basta con apreciar la vulneración del derecho fundamental del demandante para que el órgano judicial pueda condenar al autor de la vulneración del derecho fundamental al pago de una indemnización, sino que además es necesario para ello que el demandante alegue adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, y asimismo de acreditar en el proceso, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena indemnizatoria”. En el caso enjuiciado, la propia sentencia afirma la existencia de un daño psicológico, a la vista de la duración e intensidad del trato discriminatorio sufrido por el recurrente.

Por último, en lo tocante a los criterios de referencia para determinar la cuantía de la sanción e indemnización por daños y perjuicios, ni el art. 39.2 LISOS ni el art. 183 LRJS aluden a la antigüedad en la empresa, como tampoco a la pérdida del puesto de trabajo –que, como ha señalado la doctrina judicial, constituiría a lo sumo un perjuicio material, que se compensaría con la condena a la readmisión y al abono de los salarios de tramitación hasta dicha fecha–. No en vano, es en los casos de despido improcedente en los que se considera la antigüedad y la pérdida del puesto de trabajo a efectos del cálculo de la indemnización, y ello como alternativa y no como resarcimiento adicional, a la reincorporación al puesto de trabajo. En suma, la indemnización prevista en caso de despido lesivo de derechos fundamentales, sea por daños materiales y/o morales, no debe considerar la antigüedad, ni la pérdida del puesto de trabajo, pues ello implicaría resarcir lo que se va a restituir con la reincorporación y los salarios de tramitación, sino otros daños adicionales que puedan acreditarse.

En este sentido, se pronunció la STSJ Asturias de 27 de diciembre de 2010<sup>44</sup>, con relación a la reclamación de indemnización adicional solicitada por el trabajador afectado por despido discriminatorio por razón de parentesco, por un importe de 5.748,56 euros en concepto de daños morales. El tribunal razona que la readmisión inmediata del demandante y el abono de los salarios dejados de percibir desde el despido nulo resarcen los daños materiales directos derivados de la decisión extintiva. No obstante, atendiendo a la argumentación expresada en la demanda, el tribunal admite que la actuación empresarial lesiva tuvo potencialidad de originar un sufrimiento personal al trabajador, afectar a sus relaciones con compañeros de trabajo y menoscabar sus aspiraciones profesionales, a lo que se unen las molestias y gastos derivados de las gestiones necesarias para recabar la tutela de sus derechos fundamentales mediante la promoción de un proceso judicial, por lo que el tribunal reconoce una indemnización, si bien reduce la cuantía solicitada.

### 3. El parentesco como circunstancia determinante de discriminación por asociación

De lo expuesto hasta ahora, se deduce que la tutela frente al trato desfavorable basado en vínculos de parentesco, presenta ciertas limitaciones en materia de prueba y resarcimiento, sin duda debidas a la inexistencia de anclaje constitucional expreso del parentesco como causa autónoma de discriminación, y a la formulación legal de su prohibición; carencias, en definitiva, que pueden dificultar una tutela eficaz de las personas afectadas. Lo anterior no ocurre, sin embargo, cuando el parentesco se convierte en la correa de transmisión de aquellas causas de discriminación expresamente prohibidas en la norma fundamental o en la normativa comunitaria, en los supuestos de discriminación “por asociación”.

#### 3.1. La discriminación por asociación en la doctrina del TJUE

La discriminación “por asociación” –a la que se alude también bajo las denominaciones de discriminación por vinculación, interposición, transferencia<sup>45</sup>, irradiación o refleja–, constituye aquella modalidad de discriminación que se produce a través de persona interpuesta, o que afecta a una persona no por el hecho de pertenecer a un colectivo determinado, sino por estar vinculada al mismo<sup>46</sup>. En este caso, la tutela antidiscriminatoria ampara a la persona perjudicada o sujeta a un trato

<sup>44</sup> Rec. 2534/2010.

<sup>45</sup> Aceptación utilizada por MUÑOZ RUIZ, A.B., “El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la unión europea y su extensión a los cuidadores”, *Temas Laborales*, núm. 101, 2009, pp. 331 y ss.

<sup>46</sup> VELASCO PORTERO, M.T., “Doctrina del TJ sobre discriminación por asociación y su impacto en nuestra jurisprudencia”, *Revista Galega de Dereito Social* (RGDS), núm. 9, 2019, p. 216.

desfavorable por razón de una causa de discriminación, aun cuando no concurra en ella dicha causa de discriminación.

Esta construcción tiene su origen en el litigio planteado por determinada trabajadora, la señora Coleman, madre de un hijo con discapacidad, cuyo empresario se opuso a que se reintegrara en el puesto que había ocupado hasta el inicio del descanso por maternidad, en circunstancias en las que sí se había permitido que otros trabajadores también padres de hijos sin discapacidad recuperaran sus antiguos puestos. Concretamente, el empresario se opuso a concederle la misma flexibilidad horaria y la reducción de jornada, antes bien, se produjeron comentarios insultantes o fuera de lugar tanto contra ella misma como contra su hijo, cuando solicitó tales facilidades. La Sra. Coleman presentó reclamación oficial contra el mal trato de que era objeto, pero no fue atendida por lo que optó por retirarla. La empresa llegó a amenazarla con el despido por falta de puntualidad en alguna ocasión en que llegó tarde a la oficina, a causa de problemas en el cuidado de su hijo; se le dijo que sería despedida si volvía a faltar a la puntualidad, a diferencia de lo ocurrido con otros trabajadores con hijos sin discapacidad que llegaban tarde al trabajo por las mismas razones.

Tras presentar su baja voluntaria en la empresa por exceso de plantilla (*voluntary redundancy*), interpuso demanda ante la jurisdicción laboral, alegando que se había visto obligada a resolver su contrato (*unfair constructive dismissal*), como consecuencia del acoso padecido y del trato recibido por parte de la empresa, menos favorable que el obtenido por los restantes empleados de la misma con un hijo sin discapacidad a su cargo.

Como quiera que las nociones de discriminación y de acoso por discapacidad recogidas en la normativa nacional aludían, respectivamente, al trato menos favorable hacia la “persona con discapacidad” [art. 3 A.1 *Disability Discrimination Act 1995*] y a la conducta no deseada que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la “persona con discapacidad” (art. 3 B.1 DDA 1995)<sup>47</sup>, la protección de dicha normativa no ampararía a la demandante. No obstante, el órgano jurisdiccional *a quo* (*Employment Tribunal, London South*) elevó diversas cuestiones prejudiciales ante el TJUE, destinadas a determinar si la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, ampararía también a quienes, aun sin tener una discapacidad, reciben un trato menos favorable o sufren acoso por su vinculación a una persona con discapacidad.

El TJUE, en Sentencia de 17 de julio de 2008 (C-303/06), concluyó que la situación constituía una discriminación directa, en aplicación del art. 2.2.a) de la Directiva 2000/78/CE, cuyo objeto es “luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual” en el ámbito laboral (art. 1), y define la discriminación directa como la situación en la que “una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el art. 1”, sin requerir expresamente que en ella concurra personalmente la situación que motiva la discriminación.

<sup>47</sup> En el momento de plantearse la demanda, tampoco la legislación británica en materia de discriminación por razón de sexo (*Sex Discrimination Act 1975*) y edad [*Employment Equality (Age) Regulations 2006*], contemplaba la discriminación por transferencia, aunque la segunda norma sí recogía esta fórmula respecto de los supuestos de acoso (HAND, J., “Discrimination Law and the Ebb and Flow of Indirect Effect in Britain”, *Liverpool Law Rev.*, núm. 37, 2016, p. 125). Por el contrario, la normativa sobre discriminación por razón de raza (*Race Discrimination Act 1976*), orientación sexual [*Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003*] y religión o creencias [*Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003*], incorporaba una formulación más abierta *ratione personae* de la noción de discriminación y acoso por tales causas, análoga a la contemplada por las Directivas 2000/78/CE y 2000/43/CE, que había permitido a los tribunales británicos incluir en su protección la discriminación por asociación. Sobre la sentencia pueden consultarse, entre otros estudios, CORDERO GORDILLO, V., “Discriminación por asociación con una persona con discapacidad”, *Revista de Derecho Social*, núm. 43, 2008, pp. 149-161; MUÑOZ RUIZ, A.B., “El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la unión europea y su extensión a los cuidadores”, cit., p. 331-337; PILGERS-TORFER, M., FORSHAW, S., “Transferred Discrimination in European Law: Case C-303/06, Coleman v Attridge Law; [2008] ICR 1128, [2008] IRLR 722 (EC)”], *Industrial Law Journal*, Volume 37, Issue 4, 2008, pp. 384-393.

El tribunal llega a la misma conclusión con relación a la prohibición de acoso contenida en la Directiva, por entender que la misma “no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas”, de forma que “cuando se demuestre que el comportamiento no deseado constitutivo del acoso del que es víctima un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad está relacionado con la discapacidad de un hijo suyo, al que el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal comportamiento resulta contrario a la prohibición del acoso establecida en el citado artículo 2, apartado 3”<sup>48</sup>.

En cualquier caso, no se trata ahora de analizar en detalle la doctrina comunitaria en esta materia, sino de poner de manifiesto los avances que ha significado en la protección antidiscriminatoria y, en particular, respecto de los supuestos de discriminación en los que interviene la circunstancia de parentesco.

En primer término, y aunque la noción de discriminación por asociación se acuña con relación a la discapacidad, posteriores sentencias han aplicado esta categoría jurídica a otras características protegidas, sobre la base de su idéntica enunciación en la normativa comunitaria, incluso a la discriminación indirecta, apreciándose una clara tendencia a la ampliación de su ámbito objetivo en aras de la mayor eficacia del principio antidiscriminatorio.

A modo de ejemplo, en el supuesto enjuiciado por la STJUE de 16 de julio de 2015 (C-83/14), asunto *Chez Razpredelenie Bulgaria AD*, la demandante, no romaní, que dirige su negocio en un barrio predominantemente romaní de Bulgaria, alega que constituye un tratamiento menos favorable la práctica del proveedor de electricidad consistente en colocar los medidores de electricidad a más altura (seis o siete metros) de lo habitual (1,70 metros) debido a la gran cantidad de casos de manipulación de medidores que se experimentan en el distrito, y que dicha práctica le impide controlar el consumo de energía de su negocio. El TJUE señala que la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, no circunscribe la protección antidiscriminatoria “a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos enunciados en su artículo 1”<sup>49</sup>. La sentencia supone un importante avance en la tutela del derecho a la igualdad, por cuanto implícitamente acepta que el concepto de discriminación por asociación no se halla limitado a los supuestos en que existe una relación personal estrecha con otro sujeto en quien concurre la causa de discriminación prohibida<sup>50</sup>, al tiempo que amplía el alcance aplicativo de dicha construcción judicial, referida en el caso *Coleman* a un supuesto de discriminación directa, para incluir los de discriminación indirecta<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> Esta noción amplia y dinámica de la tutela antidiscriminatoria, aparece también recogida en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, y en vigor desde el 3 de mayo de 2008), cuyo art. 2 alude precisamente a “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad...”. Como ha puesto de relieve la doctrina, el potencial que encierra esta noción en cuanto a la tutela de los trabajadores con discapacidad es sustancial, habiéndose postulado sobre esta base una interpretación de la obligación de la empresa de realizar ajustes razonables, que comprenda la adaptación de la jornada o el traslado a otro centro de trabajo de trabajadores con familiares con discapacidad (GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: origen, evolución y configuración actual: una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, Tesis Doctoral, Barcelona, 2018, p. 363).

<sup>49</sup> Dado que la definición de discriminación por origen racial o étnico varía en las distintas versiones lingüísticas de la Directiva, y no ofrece un criterio interpretativo concluyente, el TJUE se apoya en otros instrumentos normativos, como la redacción del “artículo 19 TFUE, que constituye la base jurídica de la Directiva 2000/43, y que atribuye a la Unión competencia para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos, entre otros, de origen racial o étnico (véase, por analogía, la sentencia *Coleman*, C-303/06, EU:C:2008:415, apartado 38), como el principio de no discriminación por razón de raza o de origen étnico reconocido por el artículo 21 de la Carta, del que esa Directiva es la expresión concreta en los ámbitos materiales comprendidos en ella” (Considerando 58).

<sup>50</sup> Aunque la sentencia no contiene esta afirmación de forma explícita, sí aparece en las Conclusiones de la Abogada General Kokott, en el citado Asunto C-83/14, *Chez Razpredelenie*, fechadas el 12 de marzo de 2015 (aptdos. 57-58).

<sup>51</sup> Con esta sentencia, el TJUE desautoriza la jurisprudencia británica, sentada por la *Court of Appeal* en *Hainsworth v Ministry of Defence [2014]*, según la cual no cabía aplicar el concepto de discriminación por asociación a los casos de discriminación indirecta,

Más recientemente, la STJUE de 20 de junio de 2019 (C-404/18), en el caso *Jamina Hake-lbracht y otros contra WTG Retail BVBA*, califica como discriminatorio el despido de determinada trabajadora, encargada de la selección de personal, que, contrariamente al criterio de la empresa, propone la contratación de una trabajadora embarazada y protesta frente a la decisión empresarial de no aceptar su propuesta. En este supuesto, las represalias se relacionaban tanto con el sexo como motivo de discriminación, como con la adopción de medidas encaminadas, formal o informalmente, a lograr su tutela, por lo que, a tenor de la citada sentencia, resultaban contrarias al art. 24 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Por otra parte, como se deduce de los supuestos arriba mencionados, esta construcción jurisprudencial tiene como presupuesto la existencia de un vínculo con la persona en la que concurre la causa de discriminación, que no se ciñe necesariamente al parentesco. Tanto la naturaleza de la relación (familiar, matrimonial, pareja de hecho o sentimental, vecindad, amistad, colega de trabajo, etc.), como el grado de proximidad pondrán influir, sin duda, en la mayor o menor trascendencia del indicio de discriminación, sin embargo, lo relevante es que dicho vínculo sea real y suficientemente determinante del trato desfavorable o acoso discriminatorio infligido por la empresa<sup>52</sup>.

Por último, el principal mérito de esta doctrina radica en reforzar la virtualidad del principio antidiscriminatorio y hacerlo más efectivo, ampliando su ámbito subjetivo al otorgar protección a quienes padecen trato desfavorable o son víctimas de acoso discriminatorio por parte de la empresa debido a la característica protegida de una tercera persona, ya sea como represalia directa o indirecta por dicha relación (haber asumido la defensa de dicha persona frente a la empresa), ya sea con el ánimo de presionarlas para que adopten alguna decisión<sup>53</sup> o comportamiento con relación a aquella persona (v.gr. no ejercer derechos de conciliación necesarios para el cuidado de la persona) o, en fin, con el propósito de desincentivarla en el ejercicio de un derecho (libertad ideológica o religiosa, libertad sindical, tutela judicial efectiva, etc.). En última instancia, y respecto de determinadas características protegidas como la orientación sexual o el estatus familiar, la noción de discriminación por asociación permitirá proteger a personas asociadas a aquellas que se desvían de la regla dominante (por ser homosexuales, por quedar embarazadas sin haber contraído matrimonio, etc.) a las que, en virtud de una arraigada y rancia concepción del “honor” familiar, se extiende la reprobación de la situación controvertida<sup>54</sup>. En definitiva, de esta forma se posibilita la reparación de estas prácticas y estrategias discriminatorias, aun cuando trasciendan a los colectivos directamente protegidos<sup>55</sup>.

---

puesto que, a diferencia de la definición de discriminación directa, la noción de discriminación indirecta que recoge el art. 2 de la Directiva 2000/43 requiere que la persona demandante posea la característica racial o étnica. Para una opinión crítica de la ampliación del concepto de discriminación por asociación a los supuestos de discriminación indirecta, puede consultarse MASTERS, D., MCKINLEY, S., “Indirect discrimination by association: a regressive step?”, *Cloisters-Discrimination and Equality*, 2015 (<https://www.cloisters.com/indirect-discrimination-by-association-a-regressive-step/>).

<sup>52</sup> BARRIOS BAUDOR, G., PÉREZ CAMPOS, A.I., “La labor creadora de Derecho del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: una aproximación al tema a partir del Derecho del Trabajo Español”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLIX, 2016, p. 38; CRISANTO CASTAÑEDA, A.C., “El Caso Coleman: la discriminación por asociación y el fundamento de su protección. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de las Comunidades Europeas, Sala General, de 17 de julio de 2008. Asunto C-303/06”, AA.VV., *Cuestiones Actuales sobre Derecho Social Comunitario*, 2009, p. 250; PÉREZ CAMPOS, A.I., “Discriminación por asociación”, en AA.V., *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la ley de igualdad entre mujeres y hombres*, BOE, Colección Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 2018, p. 231.

<sup>53</sup> Cual sería el caso del chantaje sexual indirecto, al que alude MOLERO MANGLANO, C., en “El acoso sexual: elementos sustantivos y problemas procesales. A propósito de la STC de 13 de diciembre de 1999”, *Actualidad Laboral*, 2000, ref. XIX, p. 243, tomo 1 (LA LEY 3052/2001), que se produce cuando el beneficio o perjuicio va referido a un tercero que guarda relación de parentesco, amistad o afecto con el propio acosado.

<sup>54</sup> MICHELETTI, L., “Protección internacional de las personas erróneamente percibidas como LGTBI o asociadas con personas LGTBI”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 51, 2019 (BIB 2019\6208, p. 5).

<sup>55</sup> POYATOS I MATAS, G., “Despido de trabajadora por la actividad sindical de su pareja. Discriminación “por asociación”:

### 3.2. Aplicación de la tutela antidiscriminatoria por asociación en el derecho interno español

La doctrina Coleman fue incorporada por el legislador nacional en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, cuyo art. 2.e), define la discriminación por asociación como aquella que “*existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad*”<sup>56</sup>. Con esta previsión, el legislador asume que el riesgo de discriminación no solo afecta a las personas con discapacidad, sino también a aquellas que les prestan cuidados<sup>57</sup>, sus familiares (madres e hijas, en la mayoría de los casos), por cuanto dicha atención tiene una indudable repercusión en la actividad laboral que la empresa no siempre está dispuesta a aceptar.

Al margen de esta disposición legal en materia de discapacidad, no existe, en el ordenamiento español, otra referencia normativa expresa a la discriminación por asociación. Ello ha hecho recaer en nuestros tribunales la tarea de interpretar la normativa antidiscriminatoria a la luz de la doctrina del TJUE, a fin de extender la tutela a trabajadores afectados por un trato perjudicial en razón de su vinculación, ya sea por parentesco, ya por matrimonio o situación análoga, con personas en quienes concurre cualquier motivo de discriminación.

En efecto, la doctrina de suplicación ha apreciado la existencia de discriminación de género por asociación en un buen número de supuestos: Así, la STSJ de Galicia de 13 de abril de 2018<sup>58</sup>, estima probada la discriminación *per relationem* o por asociación padecida por un trabajador para que su esposa no instara la aplicación del protocolo antiacoso en su empresa, que desembocó en el despido de un directivo. El trabajador sufrió presiones por parte de la empresa para que su pareja desistiera de su pretensión, que le provocaron estrés y hasta una angina de pecho, y que le llevaron finalmente a plantear demanda instando la resolución de la relación laboral por incumplimiento grave de la empresa consistente en acoso discriminatorio por razón de sexo. El TSJ de Galicia trae a colación la doctrina *Coleman* y apoya su decisión en la noción de acoso por razón de sexo contenida en el art. 2.1.c) de la Directiva 2006/54, en cuanto se refiere a la situación atentatoria contra “*la dignidad de la persona*”, mientras que el art. 7.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), alude a “*su dignidad*” (en referencia a quien sufre el acoso).

Una vez constatada la existencia de acoso discriminatorio por razón de sexo, el tribunal declara resuelta la relación laboral del actor, con la indemnización prevista en el art. 50.2 ET, incluyendo una cantidad adicional (15.000 €) por vulneración de derechos fundamentales señalada en el art. 183 LRJS, para cuya cuantificación toma como referencia los criterios contenidos en el referido art. 183 LRJS (eficacia preventiva; valoración de los daños sufridos por el trabajador, tanto en su integridad moral y en su proyecto vital y profesional, como en su salud) y en el art. 39.1 LISOS a efectos de graduación de las sanciones por infracciones del orden social (tamaño de la empresa y su volumen de negocios; existencia de un protocolo antiacoso; incumplimiento por parte de la empresa de su obligación *ex art.* 48 LOIEMH de información y formación de sus trabajadores a fin de prevenir el

---

Comentario a la Sentencia 882/2019, de 29 de agosto”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 441, 2019, p. 172.

<sup>56</sup> Ya con carácter previo a la aprobación de esta norma, la STSJ Cataluña 4456/2011, de 23 de junio de 2011 (rec. 515/2011), había aplicado la doctrina Coleman para calificar como nulo el despido de una trabajadora que había solicitado la prestación por cónyuge discapacitado prevista en el convenio colectivo. Entre los indicios de vulneración del derecho fundamental, el tribunal consideró que el breve lapso de tiempo transcurrido entre la solicitud de la prestación y la decisión extintiva, así como el hecho de que la propia empresa hubiera reconocido inmediatamente la improcedencia del despido, basado en la disminución continuada y voluntaria del rendimiento, pese a haber superado recientemente el período de prueba.

<sup>57</sup> PÉREZ CAMPOS, A.I., “Discriminación por asociación”, cit., p. 229.

<sup>58</sup> STSJ de Galicia de 13 de abril de 2018 (rec. 421/2018).

acoso sexual). Con carácter orientativo, acude, asimismo, a la graduación de las multas a imponer por infracciones muy graves del orden social, conforme al art. 40.1.c) LISOS.

Aunque sin citar la jurisprudencia comunitaria, también, el TSJ de Galicia, en sentencia de 31 de enero de 2012<sup>59</sup>, declaró la nulidad del despido de la hermana de otra trabajadora, también despedida estando embarazada que se había negado a aceptar la decisión extintiva reconocida como improcedente por la empresa, invocando su nulidad, pese a que el representante de esta le amenazó con despedir a su hermana. En el caso enjuiciado, el TSJ apreció que la conducta empresarial lesionaba el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de garantía de indemnidad, pues el despido respondió a una represalia frente a la dificultad o imposibilidad de despedir a su hermana embarazada. Interesa, de otro lado, señalar que la resolución comentada rechaza que este caso constituya una discriminación por razón de parentesco, si bien no recoge la argumentación en que basa dicha conclusión.

La teoría de la discriminación por asociación o por vinculación sirve, asimismo, a la STSJ de Galicia de 2 de agosto de 2017<sup>60</sup>, para declarar la nulidad del despido de un trabajador como represalia por su participación como miembro (secretario) de la Mesa electoral en la decisión de inadmitir la candidatura de determinado sindicato en las elecciones sindicales, por incumplir los requisitos legalmente establecidos<sup>61</sup>. Y es que, como señala la sentencia, “aun cuando el actor no pertenece al colectivo amparado por la libertad sindical, si concluyéramos que fue represaliado por su actuación como árbitro independiente entre los distintos Sindicatos que concurrían a las elecciones, el art. 28 CE estaría afectado, pues la amenaza de tal posible injerencia o represalia empresarial privaría de sentido a la exigible independencia de los miembros de la Mesa, independencia que garantiza la actuación de los sindicatos en las elecciones en igualdad de condiciones en ejercicio de su libertad sindical y el efectivo trato peyorativo directamente vinculado con la libertad sindical de tales candidaturas sindicales”.

Igualmente, se ha aplicado esta doctrina para amparar a quien padece represalias en razón de la actividad sindical y acciones judiciales planteadas en ejercicio de sus funciones representativas por otra persona, con quien mantiene un vínculo sentimental. En este caso, enjuiciado por la STSJ de Canarias de 29 de agosto de 2019<sup>62</sup>, los derechos vulnerados por el comportamiento empresarial son la actividad sindical, así como la garantía de indemnidad, que se deduce del derecho a la tutela judicial efectiva (*ex* art. 24 CE). Siguiendo la doctrina constitucional en la materia, el tribunal concluye que el reconocimiento expreso e inmediato por parte de la empresa de la improcedencia del despido de la trabajadora<sup>63</sup>, la conexión temporal entre la acción judicial interpuesta por el representante y el despido de su pareja por disminución continuada y voluntaria de su rendimiento<sup>64</sup>, así como la ausencia de sanciones previas, constituyen indicios suficientes para crear la apariencia de represalia<sup>65</sup>.

Este supuesto guarda cierta similitud con el previamente resuelto por la STSJ de Madrid de 6 de marzo de 2015<sup>66</sup>, en el que una trabajadora de determinado ayuntamiento tiene noticia de la extinción de su contrato al poco de que su pareja de hecho, concejal de la oposición, hubiera presentado una moción interesando la dimisión de un concejal cuñado del alcalde. Aunque el tribunal estima el recurso de la trabajadora, calificando el despido nulo por discriminatorio, no alude en el

<sup>59</sup> STSJ de Galicia núm. 524/2012, de 31 de enero (rec. 4196/2011).

<sup>60</sup> STSJ de Galicia núm. 551/2017, de 2 de agosto de 2017 (rec. 1806/2017).

<sup>61</sup> Véase un comentario de esta sentencia en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “La prohibición de discriminación por asociación o vinculación respecto del derecho a la libertad sindical”, *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, núm. 48, 2018.

<sup>62</sup> STSJ Canarias 882/2019, de 29 de agosto (rec. 531/2019).

<sup>63</sup> Cfr. STC 2/2009, de 12 de enero.

<sup>64</sup> STC 125/2008, de 20 de octubre.

<sup>65</sup> Sobre la referida resolución, véase, POYATOS I MATAS, G., “Despido de trabajadora por la actividad sindical de su pareja. Discriminación “por asociación”: Comentario a la Sentencia 882/2019, de 29 de agosto”, *cit.*, pp. 166-172.

<sup>66</sup> STSJ Madrid 202/2015, de 6 de marzo de 2015 (rec. 933/2014).

fallo a la discriminación por asociación basada en motivos políticos, sino que se refiere a la prohibición de discriminación por circunstancias familiares.

Ya en materia prestacional, esta construcción jurídica ha permitido al Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de enero de 2016, reconocer la pensión de viudedad a una mujer separada del causante, pese a que no era acreedora de la pensión compensatoria ni existía sentencia condenatoria por violencia de género (la mujer no llega a formular acusación en su comparecencia judicial), por considerar acreditada su condición de víctima de violencia de género a los efectos del entonces vigente art. 174.2 LGSS/1994, en virtud de la condena al causante por amenazas y violencia contra el hijo común, que había testificado en favor de la madre durante el trámite de separación, lo que se consideró como un indicio de violencia sobre la madre. Como bien advierte el tribunal, “(a)l igual que cabe la discriminación a través de persona interpuesta (STJUE 17 julio 2008, C-303/06, Coleman; perjuicio a la madre trabajadora de un discapacitado) no es descartable que se ejerza la violencia sobre la pareja dañando al hijo común, máxime si ha manifestado hechos que perjudican al agresor”<sup>67</sup>.

En lo que concierne a la prestación en favor de familiares (art. 226 LGSS), la reciente STS de 29 de enero de 2020<sup>68</sup>, entiende que la denegación de dicha prestación a la hija de una mujer titular de la pensión de vejez SOVI, por considerar que la causante no tenía la condición de pensionista de jubilación o incapacidad contributiva –como exige el art. 216.1.e) LGSS–, constituye un supuesto de discriminación indirecta<sup>69</sup> y, en lo que interesa a este estudio, “refleja o transferida, porque (...) las consecuencias negativas son sufridas sobre quien resulta la beneficiaria por su conexión directa, aun cuando no sea la persona que sufre la discriminación inicial, sino una discriminación por asociación”<sup>70</sup>.

En todo caso, y puesto que la jurisprudencia comunitaria analizada se basa en una interpretación flexible de la noción de la conducta discriminatoria prohibida que se recoge en las Directivas sobre aplicación del principio de igualdad de trato y en el Tratado de Funcionamiento de la UE (arts. 19 y 157 TFUE), es posible afirmar que la figura de la discriminación por asociación es trasladable a cualquier causa de discriminación prohibida (sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual) que aparezca definida con una fórmula amplia que no refiera estrictamente la conducta prohibida a la persona en quien concurre la causa de discriminación<sup>71</sup>. Dicha conclusión es, además, coherente con el propio Derecho interno ya que, de forma análoga a las referidas Directivas, tanto el art. 14 CE, como los arts. 4.2.c) y e) y 17.1 ET y el art. 96.1 LRJS, aluden a la discriminación “*por razón de*” las causas ya conocidas. Pese a estos recursos interpretativos, conviene insistir en la conveniencia de una previsión legal que recoja explícitamente

<sup>67</sup> STS núm. 178/2016, de 20 de enero de 2016 (rec. 3106/2014).

<sup>68</sup> STS núm. 79/2020, de 28 de enero de 2020 (rec. 3097/2017).

<sup>69</sup> Ya que, como razona el TS (FJ. 5 y 6), además de tratarse de una prestación contributiva, esta interpretación restrictiva del art. 217.1.c) LGSS tiene un impacto negativo superior sobre las mujeres, pues son mayoritariamente mujeres las beneficiarias de las pensiones del SOVI (“en el mes de octubre de 2019 –por no ir más atrás–, 234.853 pensiones de dicha naturaleza eran percibidas por mujeres, frente a 26.563 que lo eran por hombres”). Este argumento se refuerza con el dato de que también las prestaciones en favor de familiares se encuentran feminizadas, al generarse “en número también significativamente superior por parte de personas beneficiarias de sexo femenino (los datos estadísticos de la Seguridad Social del mes de octubre de 2019 arrojan un total de 29.450 mujeres, frente a 13.330 hombres)” (FJ.9).

<sup>70</sup> Continúa razonando el FJ. 8 de la sentencia que: “La aplicación del principio de igualdad de trato y la interdicción de la discriminación no queda limitada únicamente a las personas en las que concurre la condición personal amparada, sino que la protección que del mismo se desprende debe ser aplicable también a quien sufra un trato desfavorable por el mismo motivo pese a no ser la persona sobre la que concurría la situación de discriminación. Acogemos de este modo el concepto de discriminación por asociación, delimitado por las STJUE de 17 julio 2008 Coleman –C-303/06– y 16 julio 2015, *CHEZ Razpredelenie* Bulgaria AD - C-83/14–, recogido en nuestro Derecho positivo en el art.63 del RDLeg. 1/2013, de 29 noviembre, por el que se aprueba el TR de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, y también seguido, por ejemplo, en la Circular 7/2019 de la Fiscalía General del Estado, sobre Pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 del Código Penal (CP), que contempla la figura de la discriminación por asociación en relación con la interpretación de la agravante del art. 22.4 CP”.

<sup>71</sup> MUÑOZ RUIZ, A.B., “El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la unión europea y su extensión a los cuidadores”, cit., p. 337.

el concepto de discriminación por asociación con carácter general, respecto de todas las causas de discriminación prohibidas, siguiendo el ejemplo de otros países europeos<sup>72</sup>.

#### 4. Conclusiones

Considerado como motivo autónomo de discriminación, el parentesco constituye una causa atípica de discriminación desde el punto de vista constitucional, aun cuando sea encuadrable en la cláusula general del art. 14 CE, relativa a “*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”. A diferencia de los supuestos mencionados expresamente en el precitado art. 14 CE, que recogen supuestos históricos de segregación particularmente odiosos y contrarios a la dignidad de la persona, el parentesco constituye una causa legal de discriminación en el ámbito laboral (art. 17.1 CE), que difícilmente se justifica en la necesidad de tutela de un colectivo o grupo social vulnerable. Según un sector doctrinal, la configuración legal de esta y otras causas de discriminación tiene transcendencia en materia de carga de la prueba, entendiéndose que, cuando se trata de causas atípicas, como ocurre con el parentesco, no se aplica de forma rigurosa el test de razonabilidad que se requiere en presencia de las categorías típicas del art. 14 CE, ya que constituye una construcción de la doctrina constitucional (influida por el Derecho comunitario y comparado), y desarrollada en el contexto de dichas causas de discriminación (sexo, raza, motivos sindicales...).

Tratándose de una empresa familiar, el vínculo de parentesco pierde el carácter apriorístico de elemento sospechoso como causa de discriminación prohibida. En coherencia con lo anterior, la construcción del panorama indiciario por parte de quien alega la existencia de discriminación por pertenencia a un grupo familiar ha de ser más exigente en este tipo de empresas, al tiempo que el test de proporcionalidad que ha de superar la empresa se dirigirá a señalar una causa razonable, suficiente y ajena a la relación de parentesco.

En lo que concierne a una eventual condena al resarcimiento de daños morales que tome como canon de referencia los arts. 8.12 y 40.1.c) LISOS, tal posibilidad ha sido aceptada, como se sabe, por la doctrina constitucional y judicial respecto de comportamientos tipificados en dicha norma. Sin embargo, el art. 8.12 LISOS tipifica exclusivamente la discriminación por razón del parentesco con otros compañeros de la empresa. El citado precepto no se pronuncia en términos genéricos que permitan la consideración de decisiones basadas en el vínculo familiar con otras personas (socias, clientes, etc.), omisión que podría justificar la inaplicación de dicho parámetro a fin de cuantificar la indemnización, cuando la discriminación se basa en el parentesco con socios de la empresa.

Con todo, existen supuestos en que la relación familiar o de parentesco no es la causa última de discriminación, sino el conducto que permite a la empresa presionar para que una tercera persona no ejerza determinado derecho o para causar indirectamente un perjuicio a través de la persona vinculada a aquella en quien concurre el motivo de discriminación (discapacidad, sexo, actividad sindical o política, etc.) o que ha ejercido determinado derecho fundamental (v.gr. en el caso de la garantía de indemnidad). En estos casos, la doctrina de la discriminación por asociación permite extender a las personas no afectadas directamente por el factor de discriminación, las garantías propias de aquellos derechos fundamentales que han sido vulnerados.

<sup>72</sup> Tras la histórica decisión del TJUE en *Coleman v. Attridge*, la *Equality Act 2010* introdujo el concepto de discriminación por asociación en la legislación del Reino Unido, respecto de las circunstancias de edad, raza, discapacidad, cambio de sexo, religión o creencia, sexo, orientación sexual y embarazo y maternidad. También Irlanda cuenta con una previsión general relativa a la discriminación por asociación [art. 6 (1) (b) *Employment Equality Act 21/1998 revised 2016*] y Suecia incluye esta noción en la definición de discriminación directa [art. 4.1 *Discrimination Act (2008:567)*; véase NORBERG, P., “Report on measures to combat discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Sweden”, European Network of Legal Experts in the Non-discrimination Field, p. 26. Disponible en [https://www.legislationline.org/download/id/5676/file/Sweden\\_Country%20report\\_anti-discrimination\\_2013\\_en.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/5676/file/Sweden_Country%20report_anti-discrimination_2013_en.pdf)].

La doctrina judicial ha ampliado enormemente la eficacia de la tutela antidiscriminatoria al extender el ámbito de aplicación de esta categoría jurídica, tanto desde un punto de vista subjetivo, más allá del vínculo del parentesco, como objetivo, para amparar a quienes padecen discriminación o acoso por razón de diferentes causas de discriminación como la discapacidad, el sexo, o por el ejercicio de determinados derechos fundamentales. No obstante, el alcance de esta construcción jurisprudencial se halla limitado a la propia casuística que contemplan las resoluciones judiciales, lo que plantea dudas respecto de su ámbito objetivo (causas de discriminación prohibidas) y subjetivo. De ahí, la conveniencia de que se introduzca expresamente la noción de discriminación por asociación en la legislación laboral, tanto sustantiva como procesal, así como en las principales normas que regulan el principio antidiscriminatorio en nuestro ordenamiento (v.gr. en la LOIEMH), siguiendo el ejemplo del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, en materia de discapacidad.

## 5. Bibliografía citada

- AAVV., DEL REY GUANTER, S. (Dir.), *Estatuto de los Trabajadores: comentado y con jurisprudencia*, 3ª Ed., La Ley, Madrid, 2007.
- ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estudios previos al contrato de trabajo y discriminación*, Cuadernos de Aranzadi Social, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Derechos Fundamentales en la Relación de Trabajo” ([https://ocw.uca.es/pluginfile.php/2535/mod\\_resource/content/1/Tema%203.%20DF.%20Causas%20de%20discriminaci%C3%B3n.pdf](https://ocw.uca.es/pluginfile.php/2535/mod_resource/content/1/Tema%203.%20DF.%20Causas%20de%20discriminaci%C3%B3n.pdf)).
- BALLESTER PASTOR, M.A., “Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar”, en AA.VV., BALLESTER PASTOR, M.A. (coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010 (TOL1.833.514).
- BALLESTER PASTOR, M.A., “Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa. (Un análisis conceptual y de legalidad tras la sentencia Marschall)”, *Relaciones Laborales*, núm. 18, 1998, tomo 2 (LA LEY 6271/2002).
- BARRIOS BAUDOR, G., PÉREZ CAMPOS, A.I., “La labor creadora de Derecho del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: una aproximación al tema a partir del Derecho del Trabajo Español”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLIX, 2016, pp. 13-62.
- CORDERO GORDILLO, V., “Discriminación por asociación con una persona con discapacidad”, *Revista de Derecho Social*, núm. 43, 2008.
- CRISANTO CASTAÑEDA, A.C., “El Caso Coleman: la discriminación por asociación y el fundamento de su protección. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de las Comunidades Europeas, Sala General, de 17 de julio de 2008. Asunto C-303/06”, AA.VV., *Cuestiones Actuales sobre Derecho Social Comunitario*, Aranzadi, 2009, pp. 239-250.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Igualdad y no discriminación”, en AA.VV., RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., ELORZA GUERRERO, F. (coords.), *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional: XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Tecnos, 2001.
- DÍEZ-PICAZO, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, 2008, La Ley, Temas.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “Las causas de la discriminación o la movilidad de un concepto”, *Temas Laborales*, núm. 98, 2009, pp. 11-57.

- GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: origen, evolución y configuración actual: una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, Tesis Doctoral, Barcelona, 2018. Disponible en <https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/565828/dgc1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- HAND, J., "Discrimination Law and the Ebb and Flow of Indirect Effect in Britain", *Liverpool Law Rev*, núm. 37, 2016, pp. 119-136. <https://doi.org/10.1007/s10991-016-9185-z>
- LAURENZO COPELLO, P., "Marco de protección jurídico penal del derecho a no ser discriminado: Racismo y Xenofobia", en *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial; Consejo General del Poder Judicial, 1996, pp. 217-282.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., "La prueba de la discriminación y del acoso sexual y moral en el proceso laboral", *Evocati Revista*, núm. 18, 2007.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y., "La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 191, 2016 (BIB 2016\80411).
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales*, Netbiblo, La Coruña, 2007.
- MASTERS, D., McKINLEY, S., "Indirect discrimination by association: a regressive step?", *Cloisters - Discrimination and Equality*, 2015 (<https://www.cloisters.com/indirect-discrimination-by-association-a-regressive-step/>).
- MICHELETTO, L., "Protección internacional de las personas erróneamente percibidas como LGTBI o asociadas con personas LGTBI", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 51, 2019 (BIB 2019\6208).
- MOLERO MANGLANO, C., en "El acoso sexual: elementos sustantivos y problemas procesales. A propósito de la STC de 13 de diciembre de 1999", *Actualidad Laboral*, 2000, ref. XIX, p 243, tomo 1 (LA LEY 3052/2001).
- MUÑOZ RUIZ, A.B., "El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la unión europea y su extensión a los cuidadores", *Temas Laborales*, núm. 101, 2009, p. 321-339.
- NORBERG, P., "Report on measures to combat discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Sweden", *European Network of Legal Experts in the Non-discrimination Field*, p. 26. Disponible en [https://www.legislationline.org/download/id/5676/file/Sweden\\_Country%20report\\_anti-discrimination\\_2013\\_en.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/5676/file/Sweden_Country%20report_anti-discrimination_2013_en.pdf)
- PÉREZ CAMPOS, A.I., "Discriminación por asociación", en AA.VV., *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la ley de igualdad entre mujeres y hombres*, BOE, Colección Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 2018, pp. 225-245.
- PILGERSTORFER, M., FORSHAW, S., "Transferred Discrimination in European Law: Case C-303/06, Coleman v Attridge Law; [2008] ICR 1128, [2008] IRLR 722 (ECJ)", *Industrial Law Journal*, Volume 37, Issue 4, 2008, pp. 384-393.
- POYATOS I MATAS, G., "Despido de trabajadora por la actividad sindical de su pareja. Discriminación "por asociación": Comentario a la Sentencia 882/2019, de 29 de agosto", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 441, 2019, pp. 166-172.
- POZO MOREIRA, F.J., *La tutela judicial de las nuevas causas de discriminación. La cláusula abierta de no discriminación del art. 14 de la Constitución en las relaciones laborales*, Andavira, Santiago de Compostela, 2012.
- PRECIADO DOMÈNECH, C.H., *Igualdad y no discriminación en el derecho de la Unión Europea*, Bomarzo, Albacete, 2016.

- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “La prohibición de discriminación por asociación o vinculación respecto del derecho a la libertad sindical”, *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, núm. 48, 2018.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Nuevas dimensiones de la igualdad: no discriminación y acción positiva”, *Persona y Derecho*, núm. 44, 2001, pp. 219-241.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Prólogo”, en POZO MOREIRA, F.J., *La tutela judicial de las nuevas causas de discriminación. La cláusula abierta de no discriminación del art. 14 de la Constitución en las relaciones laborales*, Andavira, Santiago de Compostela, 2012.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.
- RUIZ MIGUEL, A., “La igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *DOXA*, núm. 19, 1996.
- SÁNCHEZ PÉREZ, J., “La reparación del daño en la jurisdicción laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 216, 2019, pp. 181-210.
- TAPIA BALLESTEROS, P., *La discriminación laboral. Análisis del artículo 314 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Monografías, 901, Valencia, 2014.
- VELASCO PORTERO, M.T., “Doctrina del TJ sobre discriminación por asociación y su impacto en nuestra jurisprudencia”, *Revista Galega de Dereito Social (RGDS)*, núm. 9, 2019, pp. 215-228.
- VELÁZQUEZ, M., “La Inspección de Trabajo ante la igualdad de trato en el ámbito de las relaciones laborales”, *IUSLabor*, núm. 4, 2006.

# La discriminación en el acceso al empleo público por razón de edad y su relación con las medidas positivas: cuestiones procesales y sustantivas a raíz de la STSJ C. Valenciana de 20/12/2018 (rec. 3174/2018)

Discrimination in access to public employment on grounds of age and its connection to affirmative action: procedural and substantive issues on the basis of STSJ C. Valenciana 20/12/2008 (rec. 3174/2018)

RAFAEL MOLL NOGUERA

*Profesor Ayudante Doctor*

*Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

ORCID ID: 0000-0002-7763-4621

Recibido: 1/3/2020

Aceptado: 26/4/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5541>

*Resumen:* La discriminación en el acceso al empleo por razón de edad presenta aristas de carácter procesal y sustantivo pendientes de despejarse legalmente. Mientras tanto, los tribunales se enfrentan a esta inseguridad jurídica y, ante la utilización de criterios interpretativos diferentes, e incluso contrarios, la tutela judicial que finalmente obtiene la víctima varía según el caso. En este contexto, el presente artículo pretende dar cuenta de cuáles son los problemas jurídicos más relevantes que suscita la discriminación en el acceso al empleo público por razón de edad respecto del personal laboral. El texto aborda en primer lugar las cuestiones de naturaleza procesal y a continuación profundiza sobre los aspectos materiales, aprovechando como hilo conductor la sentencia objeto de análisis.

*Palabras clave:* competencia jurisdiccional, discriminación, edad, medida positiva, tutela.

*Abstract:* Age discrimination to employment has procedural and substantive aspects to be resolved by law. Meanwhile, the courts face this legal uncertainty and, given the use of different and even contrary interpretative criteria, the judicial protection that the victim finally obtains varies depending on the case. In this context, this article aims to give an account of the most relevant legal problems currently arising from age discrimination in access to public employment in relation to labour jobs. The text deals first with questions of a procedural nature and then goes into the material aspects, taking advantage of the judgment under analysis as a guiding thread.

*Keywords:* jurisdiction, discrimination, age, affirmative action, protection.

---

\*rafael.moll@uv.es

## 1. Introducción

La discriminación en el acceso al empleo por razón de edad se presenta desafortunadamente como una realidad demasiado presente y conocida en la actualidad, a pesar de que su constatación cuantitativa resulte todavía hoy una labor pendiente<sup>1</sup>. En todo caso, gracias a las cifras de desempleo conocidas durante los últimos años, sabemos que el mercado laboral tiende a expulsar tanto a las personas jóvenes como a las maduras<sup>2</sup>, convirtiéndose todas ellas en grupos vulnerables desde el punto de vista de la tutela del derecho constitucional al trabajo. A su vez, el empleo público tiende a mimetizar esta dinámica del mercado laboral y, como consecuencia de ello, los tribunales siguen ejerciendo su labor protectora gracias a unos mimbres legales que, sin embargo, no ofrecen soluciones satisfactorias desde el punto de vista procesal y sustantivo. Esta inseguridad jurídica cobra especial relevancia cuando la posible discriminación por edad en el acceso al empleo tiene como origen o está causada por una medida positiva de fomento al empleo en beneficio de un colectivo social determinado, dentro del marco constitucional y legal vigente. Así, surge la incógnita principal de si los tratos diferenciados en favor de un grupo vulnerable (los jóvenes) pueden amparar y justificar la exclusión de otro sector social desfavorecido igualmente en el mercado laboral (los mayores). Precisamente, la STSJ C. Valenciana de 28/12/2018 aporta respuestas a este y otros interrogantes relativos a la discriminación por edad<sup>3</sup>, cuya fundamentación jurídica es analizada críticamente y comparada con las soluciones dadas por la doctrina, la jurisprudencia y el resto de la práctica judicial.

## 2. El orden jurisdiccional competente

De entrada, y en el terreno de lo estrictamente procesal, la primera incógnita que surge en torno a la discriminación en el acceso al empleo es la relativa al orden jurisdiccional competente para conocer de este tipo de demanda. En este sentido, como se sabe, en aquellos casos en los que el empleador es un sujeto privado no se plantea ningún tipo de duda legal, al corresponderle al orden social el conocimiento de estas cuestiones. Por el contrario, si la empleadora es la Administración pública la respuesta se vuelve menos sencilla como veremos a continuación.

De hecho, y como no podría ser de otra manera, la primera cuestión que se plantea en el recurso que da lugar a la sentencia objeto de análisis es la relativa al orden jurisdiccional competente para conocer del asunto. Debe significarse que en la instancia se entendió que el orden social no era el competente para ello, correspondiéndole al orden contencioso-administrativo. A este respecto, según matiza el tribunal de suplicación, el objeto concreto del litigio es la impugnación directa o indirecta mediante un acto de aplicación (como es el caso) de una convocatoria de empleo público que se reputa como discriminatoria por excluir a los mayores de 30 años.

El TSJ de la Comunidad Valenciana entiende que el orden jurisdiccional competente para conocer de este asunto es el social y no el contencioso-administrativo, cambiando así el criterio

<sup>1</sup> HelpAge Internacional España, *La discriminación por razón de edad en España: Conclusiones y recomendaciones para el contexto español desde un enfoque basado en derechos*, Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social: Madrid, 2020, p. 29.

<sup>2</sup> Consúltese el *Informe sobre el mercado de trabajo anual del 2019* publicado por el Observatorio de las Ocupaciones del SEPE. <https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/observatorio/informes-mercado-trabajo/referentes-mercado-trabajo.html?mgnlFormToken=15698b89-f4b4-42b0-b0ad-641306e6f5cf>

<sup>3</sup> Debe advertirse que en la sentencia comentada se sugiere que nos encontremos ante un supuesto de discriminación multicausal, por cuanto el puesto de trabajo obligaba a tener contacto con el público. No obstante, en este trabajo no se abordará esta posibilidad, si bien la exigencia de un requisito de edad general en una convocatoria en un sector no feminizado difícilmente se traduce en un factor de discriminación por razón de sexo.

jurisprudencial hasta ahora mantenido como regla general<sup>4</sup>. Precisamente la trascendencia de esta sentencia se explica, no solo por el interesante fondo que más adelante se analizará, sino por el giro interpretativo concediendo la competencia al orden social para conocer de la impugnación de los actos previos de las Administraciones públicas.

En este sentido, son cuatro las razones que llevan a la Sala de lo Social a asumir la competencia como propia. En primer término, se señala que la diferenciación entre empleador privado y público a la hora de impugnar una oferta de empleo es “discutible”. En segundo término, se argumenta que la aprobación de la LRJS supuso un cambio sustancial en la delimitación de competencias respecto a lo establecido en la LPL de 1995, pues con el sistema anterior, la impugnación de los actos administrativos de las Administraciones públicas sujetos al derecho administrativo en materia laboral correspondía al orden contencioso-administrativo (salvo que se estableciese lo contrario), mientras que con el actual sistema la impugnación de este tipo de actos corresponde al orden social según se deduce del art. 2.n) y s) de la LRJS, manteniendo el orden contencioso, eso sí, la competencia para conocer de la impugnación directa de las disposiciones generales en materia laboral. En tercer término, entiende que corresponde al orden social por tratarse de un acto administrativo en materia laboral que no se encuentra expresamente atribuido a otro orden jurisdiccional. En cuarto término, el TSJ recupera la jurisprudencia del TS contenida en las sentencias de 28 de abril de 2015 (rec. 90/2014) y 5 de octubre de 2016 (rec. 280/2015) relativa al orden de selección de bolsas de trabajo, y entiende que los argumentos dados por el TS para reconocer al orden social competente allí resultan extrapolables.

No obstante, tal y como reconoce el tribunal, la delimitación de las competencias en el orden social es una cuestión relativamente compleja, pues la norma no resuelve con claridad todos los supuestos que se plantean en la realidad y sigue existiendo disparidad de criterios, especialmente en lo referente a la jurisdicción competente para conocer de las llamadas dentro de una bolsa de trabajo prestablecida<sup>5</sup>. Desde esta perspectiva, resulta interesante acercarse a la jurisprudencia y práctica judicial dictada con posterioridad a la entrada en vigor de la LRJS en torno a la determinación del orden competente para resolver las cuestiones que se suscitan con carácter previo a la existencia de una relación laboral cuando el sujeto contratante es una Administración pública, a fin de verificar si se trata de un tema resuelto o, por el contrario, sigue siendo problemático.

Así, han sido ya varias las veces en las que el TS ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto. Aparece en primer lugar la STS de 28 de abril de 2015 (rec. 90/2014), en la que se apoya la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana. El litigio versaba sobre el respeto al orden de llamada de una bolsa de empleo público, pues en este caso la Comunidad de Madrid no había llamado según disponía el convenio colectivo a los candidatos que aparecían en las posiciones más altas porque con ello se sobrepasaba el límite legal máximo de concatenación de contratos temporales. A la hora de fijar el orden jurisdiccional competente, el TS recupera su doctrina relativa a reclamaciones individuales de los integrantes de las bolsas de trabajo cuando entienden haber sido preteridos en el llamamiento, plasmadas en dos sentencias del Pleno de la Sala de 14 de octubre de 2000 (rec. 2647/98 y 5003/98). De acuerdo con dicha doctrina, el conocimiento de estas cuestiones corresponde al orden contencioso por tres razones principales. Primero, porque siempre que se trate de una contratación externa o nuevo ingreso y no de una promoción interna en donde la Administración actúa

---

<sup>4</sup> La doctrina ha apuntado a que esta debe ser la solución tras la entrada en vigor de la LRJS, véase, NORES TORRES, L. E., “Los órganos del orden social de la jurisdicción y sus competencias”, en Ángel Blasco Pellicer (Dir.), *El proceso laboral*, tomo I, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 44-55 y 81-82; GARCÍA RUBIO, M. A., “La contratación laboral en el Sector Público (I): cuestiones generales y contratos temporales de obra y eventual”, en Ángel Blasco Pellicer y Mercedes López Balaguer (Dirs.), *Las relaciones laborales en el sector público*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 318-319.

<sup>5</sup> GARCÍA RUBIO, M. A., “La contratación laboral en el Sector Público...”, *op. cit.*, pp. 314-319.

claramente como empresario dentro del marco de un contrato de trabajo existente está actuando una potestad administrativa en orden a la selección de personal conforme a parámetros de normas administrativas. Segundo, porque la actuación de la Administración es previa al vínculo laboral y predomina en ella el carácter de poder público, por lo que la regulación por el Derecho Administrativo es prevalente en atención a la presencia de un interés general. Tercero, porque no se trata de un derecho adquirido al puesto de trabajo, sino que solamente son meras expectativas al mismo.

Esta doctrina, matiza el TS, ha sido modificada por la entrada en vigor de la LRJS, ya que el art. 2.º n) atribuye al orden social la competencia para conocer de las “demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en material laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional”. No resulta indiferente que el propio TS se encargue de subrayar el término “laboral” en el texto de la sentencia, pues como continúa explicando el Tribunal, la jurisprudencia anterior se refería a procesos ordinarios planteados individualmente por personas que figuraban en las listas o bolsas de trabajo reclamando su mejor derecho respecto a la persona nombrada, mientras que en el supuesto que se debate en la sentencia de 28 de abril de 2015 es un conflicto colectivo que afecta a la totalidad de los trabajadores incluido en las bolsas para exigir que se siga el orden de preferencia de la puntuación de cada uno de acuerdo con el sistema previsto en el convenio colectivo. Por ello, el auténtico debate gira en torno a la interpretación jurídica del precepto convencional, lo cual, concluye el TS, es materia propia de un conflicto colectivo ex art. 151 LRJS, cuya competencia le corresponde al orden social pues “en este supuesto no puede decirse que lo solicitado por la parte actora afecta en nada a las potestades administrativas de la Administración demandada, en tanto en cuanto lo solicitado es, simplemente, el cumplimiento de un acuerdo colectivo”.

A mayor abundamiento, la STSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2013 (rec. 1706/2013) que, al ser recurrida en casación da lugar a la referida STS de 28 de abril de 2015, matizaba con total acierto que el orden competente debía ser el social porque el objeto del litigio no era estrictamente anterior a la posible relación contractual que pudieran llegar a formalizar los afectados con la Administración pública, sino que, por el contrario, se referiría a la exclusión de estos para volver a ser contratados temporalmente por haberlo sido anteriormente. Desde esta perspectiva, el TSJ de Madrid señalaba que el conflicto derivaba de una relación laboral de duración determinada o, mejor dicho, de varias que habían mantenido con la Administración y, por tanto, el orden social era el competente de conformidad con el art. 2.º a) y g) de la LRJS.

En conexión directa con el supuesto anterior aparece la STS de 5 de octubre de 2016 (rec. 280/2015), a la que también se refiere el TSJ de la Comunidad Valenciana. Los hechos son prácticamente idénticos a los recogidos en el anterior caso, de tal forma que la cuestión litigiosa se concretaba nuevamente en la interpretación de una norma de un convenio colectivo que afectaba a la totalidad de los trabajadores incluidos en las bolsas de trabajo. Así, el TS reconoce que en este supuesto el orden competente es el social. Más esclarecedora es, si cabe, la sentencia de la que trae causa, la STSJ de Madrid de 19 de junio de 2015 (rec. 101/2015). En ella se especificaba que en el caso concreto no se cuestionaba si el personal afectado debía o no ser incluido en la bolsa, pues ya lo estaba, no proviniendo por tanto de una contratación externa, o sea, de nuevo ingreso, sino que se trataba de dilucidar la legalidad de la actuación de la Comunidad de Madrid de acuerdo con lo estipulado en el convenio colectivo.

Hasta el momento puede observarse que tal vez, y en contra de lo sustentado por el TSJ de la Comunidad Valenciana, no resulta automáticamente proyectable la doctrina del TS recogida en las dos sentencias anteriores, pues en ellas solo se matiza o, mejor dicho, se actualiza parcialmente su anterior jurisprudencia a la LRJS, en concreto, en lo que tiene que ver con las actuaciones de

la Administración pública en el ejercicio de sus funciones en materia laboral, como puede ser un conflicto colectivo derivado de la interpretación y/o aplicación de un convenio colectivo<sup>6</sup>. Como resultado, puede afirmarse que la LRJS no ha alterado el reparto competencial, en términos generales, fijado por la doctrina clásica del TS, siendo competente, por consiguiente, el orden contencioso-administrativo para conocer de los conflictos que se generen con antelación al vínculo laboral entre la Administración pública y los candidatos.

Es más, entre estas dos sentencias del TS, se dictó la STS de 30 de noviembre de 2015 (rec. 33/2015), la cual declara plenamente vigente la jurisprudencia tradicional de la Sala cuarta en virtud de la cual le corresponde al orden contencioso-administrativo “la competencia para conocer de los conflictos suscitados por la previsión de puestos de trabajo por los organismos públicos, siempre que tales conflictos no se susciten con ocasión de la cobertura de los puestos en cuestión por procedimientos de promoción interna”, reiterando cada uno de los argumentos en los que se apoya dicha doctrina. Sobre esta base, el TS insiste que cuando la pretensión consista en atacar directa o indirectamente las convocatorias de acceso al empleo público el orden social no resultará competente, y ello, aunque la pretensión pueda derivar del convenio colectivo, puesto que el objeto del litigio se dirige a incidir y paralizar una actuación de la Administración pública, que actúa como tal en el ejercicio de sus competencias y no como empresario. Acaba añadiendo esta sentencia que de alterar la jurisprudencia tradicional se permitiría que el orden social se “impusiera e invadiera las competencias exclusivas y excluyentes del contencioso-administrativo sobre el control jurisdiccional de un proceso de selección externo, cuyo juez natural predeterminado por la ley –nos parece obvio– es este último ex art. 6.4 LOPJ y art. 2.c) de la Ley 29/1998, LRJCA”.

Así las cosas, si bien es cierto que puede apreciarse cierta contradicción con las dos sentencias analizadas previamente, concretamente en lo que se refiere a la incidencia que puede desplegar el origen convencional del conflicto en la determinación del orden jurisdiccional competente, lo que parece claro es que el TS, con los matices indicados, declara vigente su anterior doctrina jurisprudencial a tenor de la cual el orden social no será en principio competente para conocer de los asuntos relativos a bolsas de trabajo en el acceso al empleo público.

En idéntico sentido se pronuncia, nuevamente, el TS en la sentencia de 6 de noviembre de 2018 (rec. 222/2017), al afirmar que “todas las incidencias previas a la constitución del vínculo, como son las relativas al proceso de selección –desde los actos relativos a la oferta de empleo, la convocatoria y sus bases, las pruebas y su desarrollo, la dotación, etc.–, en la medida en que se rigen por el derecho administrativo, se plantean ante el orden contencioso-administrativo. Y ello, en la medida en que predomina aquí su carácter público en la actuación de la administración en cuestión”, remitiendo a sentencias del propio tribunal anteriores a la entrada en vigor de la LRJS.

Por otro lado, en el ámbito de la doctrina judicial parece existir consenso al respecto, pues los tribunales coinciden en reconocer al orden contencioso-administrativo como el competente para conocer de la impugnación directa o indirecta por medio de actos de aplicación de las convocatorias de empleo público. En este sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27 de marzo de 2015 (rec. 133/2013) niega la competencia del orden social porque “lo que se decidía era una contratación externa o nuevo ingreso en la administración, no una simple promoción interna, que es posterior a la existencia del contrato de trabajo, rigiéndose por el derecho administrativo”. Del mismo tribunal, pero de la Sala de lo Social, es la sentencia de 13 de octubre de 2016 (rec. 1716/2015). En ella se aclara que la jurisprudencia sentada del TS relativa al orden competente en estos casos “no ha sido devaluada por la reciente LRJS y, en particular, por su art. 2.n), pues los actos a los que se refiere el precepto “no son aquellos que emite la administración con

<sup>6</sup> En esta línea también la STSJ de Islas Canarias de 30 de octubre de 2015 (rec. 761/2015).

carácter previo a la contratación laboral, para hacerla posible u ordenarla mediante la selección y formación de bolsas de trabajo. Sino que se refiere a los casos en los que la administración actúa revestida de autoridad y no como mera empleadora, porque ejerce facultades de autorización, cautelares o de otro tipo". Es más, dicha sentencia, acertadamente apunta a que la STS de 30 de enero de 2015 (rec. 33/2015), "resuelve un caso ya posterior a la entrada en vigor de la mentada LRJS, sin cuestionarse siquiera la subsistencia de su doctrina, y reitera lo que es un lugar común sobre estos asuntos".

De forma similar, la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social) de 10 de noviembre (proced. 262/2016) se remite a la argumentación contenida en la STS de 30 de noviembre de 2015 (rec. 33/2015), declarándose la Sala no competente porque se trata de impugnar una convocatoria efectuada por un ente público para acceder a plazas de nuevo ingreso, no siendo tal acto propio de un empleador, pues es previo a la formalización de un contrato de trabajo, presupuesto necesario que determina la competencia del orden social de la jurisdicción, tratándose de una actuación administrativa".

Manteniendo el mismo criterio encontramos la STSJ de Castilla y León (Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativa) de 12 de abril de 2019 (rec. 8/2019) que, una vez más, se remite a la STS de 30 de noviembre de 2015, para asumir la competencia para conocer de la impugnación de los concursos de nuevo ingreso de personal laboral para la Administración pública. En concreto, entiende que los actos que ponen término a una convocatoria regida por los principios de mérito y capacidad, propia del ámbito administrativo, dirigida a la contratación externa de un trabajador que hasta el momento no tenía vinculación laboral con el ente administrativo y que exige una partida presupuestaria pública, corresponde conocer de su impugnación a la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>7</sup>.

En conexión con el orden competente, y ante la divergencia interpretativa en la práctica judicial sobre la competencia para conocer, en concreto, de los asuntos relativos al orden de llamada dentro de las bolsas de trabajo<sup>8</sup>, el Tribunal Supremo ha dictado en pleno una sentencia que trata de despejar la cuestión con carácter general. Así, la STS de 11 de junio de 2019 (rec. 132/2018), después de revisar toda la doctrina sobre la distribución competencial entre los dos órdenes implicados, alcanza la conclusión que todas las incidencias durante las fases de contratación del personal laboral por parte de las Administraciones públicas deben conocerse en el orden social, también la fase preparatoria, que viene a conformar el propio vínculo de trabajo entre las partes, por lo que

<sup>7</sup> Es importante señalar la existencia de otros pronunciamientos en los que se declara que la jurisdicción competente es la contencioso-administrativa, por ejemplo, la STSJ de La Rioja (Sala Contencioso-administrativa) de 29 de enero de 2015 (rec. 193/2014); SSTSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 7 de enero junio de 2017 (rec. 451/2017) y 17 de enero de 2018 (rec. 715/2017); SSTSJ de Andalucía (Sevilla, Sala de lo Social) de 17 de mayo de 2018 (rec. 1345/2017) y (Málaga, Sala de lo Social) de 30 de mayo de 2018 (rec. 2169/2017).

<sup>8</sup> En este asunto pueden encontrarse pronunciamientos judiciales en distinto sentido. Por un lado, SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 21 de diciembre de 2016 (rec. 1556/2016) y de 14 de septiembre de 2017 (rec. 1862/2016); SSTSJ C. Valenciana de 4 de abril de 2017 (rec. 3/2017) y la propia de 20 de diciembre de 2018 (rec. 3174/2018); STSJ de Andalucía (Granada) de 26 de octubre de 2017 (rec. 1192/2017); SSTJ de Galicia de 30 de octubre de 2017 (rec. 2012/2017), de 18 de diciembre de 2017 (rec. 3555/2017), de 2 de abril de 2018 (rec. 5336/2017). Todas ellas del orden social, se atribuyen la competencia para conocer de los conflictos surgidos en torno a la preferencia de llamada en las bolsas de empleo. Por otro lado, la STSJ del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 13 de octubre de 2016 (rec. 578/2016) resuelve que la competencia para conocer de una demanda relativa al orden de selección corresponde al orden contencioso-administrativo por "insertarse en actuaciones previas a la contratación y opera al margen de relación laboral alguna debiendo, por consiguiente, reputarse ajena a la jurisdicción social". Asimismo, la STSJ de Extremadura (Sala de lo Social) de 28 de marzo de 2019 (rec. 73/2019) atribuye al orden contencioso-administrativo la competencia para conocer de la pretensión de nulidad y de todos los actos posteriores de la oferta de una plaza de personal laboral por no haberse respetado el orden que, para la cobertura de puestos de trabajo del personal laboral, establece el convenio aplicable. Las razones para adoptar dicha decisión son las mismas, por remisión expresa, a las recogidas en la STS de 30 de noviembre de 2015, en la que, por cierto, anuló otra sentencia anterior del TSJ de Extremadura en un caso similar. En este sentido, concluye que "aunque la razón que se está invocando para tal declaración de nulidad sea la infracción de un precepto de un convenio colectivo, solo la jurisdicción contencioso-administrativa resulta competente para analizar y resolver tal pretensión de nulidad".

rectifica su anterior doctrina y descarta el criterio anterior para la atribución competencial a favor de uno u otro orden jurisdiccional sustentado en la existencia o no de una previa relación o vínculo con la Administración. Ahora bien, este cambio doctrinal surge en el marco de un conflicto colectivo en el que debe interpretarse el convenio colectivo aplicable a la Administración como presupuesto de validez de la convocatoria de empleo. Sin embargo, y frente a la rotundidad interpretativa que acaba de reflejarse, la propia sentencia se encarga de hacer una separación de materias entre ambos órdenes, declarando en favor del social las que versen sobre la aplicación e interpretación de convenios colectivos como condicionante para la validez de la convocatoria<sup>9</sup>; la impugnación de convocatorias de promoción interna en procesos de consolidación, y ello, aunque concurra también personal externo; y, por último, las cuestiones relativas a las bolsas de trabajo y el respeto a la preferencia en el orden de llamada. Por el contrario, serán competencia del orden contencioso-administrativo las cuestiones referidas a la impugnación de convocatorias de acceso de personal laboral en las que no resulte controvertida la interpretación de una norma convencional; y también las incidencias relativas al proceso de selección externo, desde los actos relativos a la oferta de empleo, la convocatoria y sus bases, las pruebas y su desarrollo, la dotación, etc.

Precisamente, esta nueva doctrina de separación de materias –que no deja de ser una recapitulación hecha por parte del TS de sus propias sentencias dictadas con posterioridad a la entrada en vigor de la LRJS–, vuelve a ser aplicada poco después en la STS de 10 de diciembre de 2019 (rec. 3006/2017) para entender que la cuestión relativa a los problemas de la bolsa de trabajo debe conocerla el orden social.

En suma, tras analizar la jurisprudencia del TS y la práctica judicial dictada hasta el momento, se comprueba que la doctrina tradicional del TS en virtud de la cual el orden jurisdiccional competente para conocer de los aspectos previos a la contratación por parte de una Administración pública es el orden contencioso-administrativo se ha visto afectada levemente por la entrada en vigor de la LRJS, especialmente en lo que se refiere a las bolsas de empleo y a la interpretación del convenio colectivo como presupuesto de validez de la convocatoria de empleo.

También es posible concluir que la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de diciembre de 2018 (rec. 3174/2018) se aparta de forma pionera de este criterio –y seguramente acertada desde el punto de vista de la tutela del trabajador–, al reconocer al orden social como competente para conocer de todas las materias referidas a la contratación del personal laboral, incluidas las incidencias previas al vínculo laboral y a la configuración de la bolsa de empleo. Esta sentencia está llamada a convertirse en una referencia de contraste para un futuro recurso de casación en unificación de doctrina ante el TS. Así, el TS tendrá la oportunidad de aclarar, por fin, el exacto alcance de su nueva doctrina, ya que sigue sin resolver con precisión la extensión de la competencia del orden social en lo que tiene que ver con la selección del personal laboral, pues, como se decía, por un lado, reconoce a este orden como el competente para conocer de todas las fases de contratación, pero, por otro lado, establece una distribución por materias entre ambos órdenes<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Por ejemplo, y como muestra de esta doctrina se dicta la STS de 12 de diciembre de 2019 (rec. 119/2018) en relación con la impugnación de las bases de una convocatoria en conexión con la interpretación del convenio colectivo aplicable.

<sup>10</sup> Con fecha de 12 de febrero de 2020, la Sala de Conflictos de Competencia del TS dictó un auto (rec. 13/2019) en la que el TS dirime un conflicto negativo de competencia ante la impugnación de una pregunta por parte de un candidato. El TS, de forma un tanto sorprendente matiza que no se trata de un acto dictado por la Administración en el ejercicio de sus potestades y funciones en material laboral subsumible en el art. 2.º LRJS, sino que la materia es un acto preparatorio “que encuentra acomodo natural entre los litigios que discurren entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo (art. 2.º LRJS)”. Habrá que ver cuál es el recorrido de esta nueva fundamentación jurídica para atribuir la competencia al orden social de los actos previos a la contratación, pues la LRJS no alteró este precepto, por lo que el cambio de doctrina difícilmente puede sustentarse sobre este.

### 3. La impugnación de la convocatoria de empleo público como requisito procesal

A continuación, una vez resuelto cuál debe ser el orden jurisdiccional competente, cabe despejar otra incógnita de índole procesal relativa a la necesidad de impugnar las bases de la convocatoria aparentemente discriminatorias. En este sentido, resulta necesario responder, por un lado, si la tutela judicial efectiva se agotaría en la impugnación de las bases o, por el contrario, además de esta vía, el ciudadano que ha sufrido la aparente discriminación puede atacar el resultado del proceso de selección en el que ha sido excluido. Por otro lado, pero íntimamente ligada a la cuestión previa, debe analizarse si el hecho de no impugnar las bases de la convocatoria impide posteriormente atacar la resolución de seleccionados.

Pudiera pensarse que la falta de impugnación de las bases en su momento hace inviables alegaciones sobre su legalidad con ocasión de la resolución del concurso, pues tales argumentos se debieran haber hecho valer, en su caso, frente a la convocatoria y no frente a la resolución de esta, que debe ajustarse a su contenido. Ello supondría, de algún modo, un recurso indirecto, fuera de plazo, contra las propias bases. Por esta razón, la jurisprudencia y la doctrina judicial impiden impugnar, con carácter general, el acto de aplicación de una convocatoria que en su día no se impugnó y, por tanto, se dejó consentidas y firmes las bases<sup>11</sup>. En este sentido, afirma esta doctrina, que la convocatoria de un concurso y sus bases no constituye una disposición general que permita su impugnación indirecta, ya que no pasa de ser un acto administrativo dirigido a una pluralidad indeterminada de personas, de aplicación concreta y singular de normas legales y reglamentariamente establecidas que, al carecer de voluntad de permanencia, no se integra en el ordenamiento jurídico. Así pues, las bases no son normas reglamentarias, por lo que, en principio, no cabe efectuar una suerte de impugnación indirecta de las mismas en momentos posteriores del proceso selectivo, rigiendo el carácter de acto consentido de las mismas.

Ahora bien, esta doctrina ha sido flexibilizada por parte del TC, al matizar que el hecho de no haber impugnado las bases en su momento no cierra necesariamente la posibilidad de impugnar el acto aplicativo de exclusión cuando el motivo sea la vulneración del ordenamiento constitucional o legal e incidan en una causa de nulidad<sup>12</sup>. La razón de esta facilidad impugnatoria se encuentra en que, según el TC, en realidad no se pretende un enjuiciamiento abstracto de normas, sino que se busca el restablecimiento o reparación de lesiones concretas a derechos fundamentales y libertades públicas.

En efecto, con base en las sentencias del TC, se han abierto cauces de impugnación de las bases en momentos posteriores a su aprobación, no solo en los supuestos restringidos de vulneración de derechos fundamentales y otros supuestos de nulidad de pleno derecho, sino incluso en otros escenarios en los que se genera un verdadero perjuicio ilegal para el interesado. En este sentido, los efectos de una convocatoria ilegal no pueden purgarse por el mero transcurso del tiempo o, dicho de otro modo, la falta de impugnación de las bases no subsana las ilegalidades que pudieran contener, pues ello supondría que “el derecho sería disponible para la Administración y para las partes que lo consienten [...]”. En consecuencia, el consentimiento de las bases no puede convertirse en un obstáculo impeditivo a priori de la fiscalización de los actos administrativos<sup>13</sup>. En la misma línea se mueven las sentencias del TS de 22 de diciembre de 2016 (rec. 3998/2015 y rec. 3982/2015), según las cuales los participantes de un concurso pueden impugnar judicialmente los actos de asignación

<sup>11</sup> SSTC (Sala Contencioso-administrativa) de 22 de mayo de 2009 (rec. 2586/2005), de 9 de diciembre de 2002 (rec. 985/2000), 24 de enero de 1991 (RJ 1991, 430); STSJ C. Valenciana de 15 de octubre de 2001 (Sala Contencioso-Administrativo, rec. 41/2001); STSJ Murcia de 21 de noviembre de 2007 (rec. 926/2007); SAN (Sala Contencioso-Administrativo) de 16 de marzo de 2011 (rec. 43/2010).

<sup>12</sup> SSTC 193/1987 de 9 de diciembre, 93/1995 de 19 de junio, 200/91 de 28 de octubre, y 107/2003 de 2 de junio.

<sup>13</sup> STSJ de Galicia de 13 de julio de 2017 (Sala de lo Social, rec. 153/2017)

de plazas sin necesidad de tener que impugnar previamente las bases del concurso (de promoción interna) si las mismas incurren en ilegalidad por contravenir lo dispuesto en el convenio colectivo, puesto que, en caso contrario, supondría renunciar a derechos reconocidos en el convenio colectivo. Pues bien, en coherencia con esta doctrina, la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de diciembre de 2018 (rec. 3174/2018) valora acertadamente que, estando en juego la posible vulneración de un derecho fundamental, no debe impedirse a la trabajadora impugnar los actos aplicativos de una convocatoria que en su momento no atacó.

En cambio, en lo que se refiere a la primera incógnita planteada al inicio de este apartado, esto es, si la tutela judicial se agota en la impugnación de las bases, de tal forma que no es posible a continuación reintentar indirectamente la anulación de dichas bases impugnando un acto de aplicación, la respuesta es necesariamente diferente. En efecto, si se hubieran impugnado las bases ante el orden jurisdiccional competente, bien por la propia trabajadora, bien por terceros, rechazándose por sentencia firme el carácter discriminatorio de las mismas, no se podría reabrir de nuevo el debate en un proceso posterior al hilo de la impugnación de un acto aplicativo habida cuenta de la cosa juzgada material. En efecto, a pesar de que para que exista la presunción de cosa juzgada y surta efecto en otro juicio es necesario la identidad entre las causas, las personas y calidad con que fueron demandadas, el TS y la práctica judicial declaran que ese clásico criterio no puede ser exigido de una forma rígida y literal, sino que debe atenderse a la finalidad que persigue, de modo que si la resolución recaída en el primer proceso constituye un presupuesto esencial para la adecuada decisión del segundo, la excepción debe ser acogida<sup>14</sup>. Por tanto, si se hubiera desestimado la pretensión de declarar una convocatoria discriminatoria, no podrá perseguirse su anulación impugnando un acto aplicativo de esta, por cuanto existe una especial conexión entre los objetos procesales al suponer lo juzgado un prejuicio o un antecedente lógico ineludible para el juicio sobre el objeto del segundo proceso.

#### **4. La discriminación en el acceso al empleo público por razón de edad en supuestos de promoción al empleo de un determinado colectivo**

##### *4.1. La edad como factor de discriminación*

De entrada, conviene empezar matizando que la edad, como rasgo físico propio de todas las personas, es un elemento bastante impreciso y ambiguo en el campo de la discriminación<sup>15</sup>. Es decir, no está de más plantearse, siquiera brevemente, cuál es la razón ontológica por la que la edad puede constituir un factor de discriminación laboral. A diferencia de otros posibles motivos de discriminación, la edad no se presenta como una realidad fija, absoluta y limitada a partir de la cual analizar y enjuiciar la eventual diferencia de trato entre un colectivo posiblemente discriminado en relación con otro no discriminado. Por el contrario, la edad aparece como una realidad cambiante, pues todos vamos cumpliendo años y, precisamente por ello, difícilmente se puede delimitar de forma nítida un grupo social susceptible de padecer discriminación por tal razón. Por tanto, la pertenencia al grupo social susceptible de sufrir discriminación no depende de ninguna característica inherente

---

<sup>14</sup> STS de 9 de marzo de 2007 (rec. 1968/2005) y de 18 de abril de 2012 (rec. 63/11); STSJ País Vasco de 29 de enero de 2002 (rec. 11/2002); SAN de 20 de noviembre de 2006 (proced. 140/20006); STSJ C. Valenciana de 22 de diciembre de 2009 (rec. 3523/08); STSJ Andalucía (Sevilla) de 24 de mayo de 2011 (rec. 721/2011); STSJ País Vasco de 27 de abril de 2017 (rec. 730/2017).

<sup>15</sup> APARICIO TOVAR, J. y OLMO GASCÓN, A. M., *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Albacete: Bomarzo, 2007, p. 12.

a la persona que la acompañe permanentemente, “sino que es un rasgo que cambia en las distintas fases por las que atraviesa su vida”<sup>16</sup>.

Desde esta perspectiva, el *tertium comparationis* entre colectivos sociales irá inexorablemente mutando con el paso del tiempo, a medida que la propia estructura social vaya alterándose, por ejemplo, rejuveneciéndose o madurando. A este respecto, no se sabe con exactitud, tal vez porque dicha frontera sea imposible de trazar, cuándo un trabajador deja de ser joven para ser un trabajador no joven y cuándo un trabajador no joven pasa a ser un trabajador maduro, y si un trabajador no joven es lo mismo que un trabajador no maduro. Más allá de este galimatías, podemos acercarnos a edades orientativas que nos permiten fijar fronteras, aunque ambiguas, gracias a los planes de fomento de empleo para colectivos vulnerables. Ahora bien, la fijación de cualquier edad concreta a fin de diferenciar y separar colectivos sociales para compararlos entre sí no deja de ser cuestionable.

En suma, como ha señalado la doctrina<sup>17</sup>, definir el grupo potencialmente discriminado resulta una tarea difícil, ya que la edad es siempre una realidad relativa y cambiante<sup>18</sup>, lo que conduce a que las víctimas puedan ser diferentes en función del criterio seguido, de tal modo que la discriminación no se dirige directamente contra las personas, sino contra un atributo mutable de ellas<sup>19</sup>.

Con independencia de estas reflexiones iniciales, en el plano normativo, tanto internacional<sup>20</sup> como nacional<sup>21</sup>, la edad sí aparece reconocida como un factor discriminatorio<sup>22</sup>. En cambio, dicho reconocimiento no ha implicado una tutela comparable al resto de causas discriminatorias<sup>23</sup>, posiblemente por las razones expuestas anteriormente que dificultan, en última instancia, regular la discriminación por razón de edad de forma clara y eficaz. De hecho, a nivel comunitario, como se comentará más adelante, no puede hablarse de la existencia de un principio absoluto de no discriminación por razón de edad<sup>24</sup>.

#### 4.2. La difícil tarea de delimitar la discriminación en el acceso en el empleo por razón de edad

##### 4.2.1. El marco jurídico de la discriminación en el acceso en el empleo por razón de edad y el papel de las medidas positivas

Conviene recordar que el debate o conflicto jurídico que subyace a la discriminación es la adecuada conjugación entre dos derechos de relevancia constitucional: por un lado, el derecho fundamental de igualdad, consagrado como tal en el art. 14 CE en conexión con el derecho al trabajo del art.

<sup>16</sup> SANGUINETI RAYMOND, W., “Discriminación por edad y negociación colectiva: una relación por construir”, en Jaime Cabeza Pereiro, Belén Cardona Rubert y Fernando Flores Giménez (Coords.), *Edad, Discriminación y Derechos*, Navarra: Aranzadi, 2019, p. 296.

<sup>17</sup> MERCADER UGUINA, J. R., *Principios de igualdad, trabajadores maduros y condiciones de trabajo (en especial acceso al empleo y extinción)*, Madrid: Estudios de I+D+I, núm. 46, 2009, p. 4. (consultado 20/04/2020). <http://envejecimiento.csic.es/documentacion/biblioteca/registro.htm?id=53281>

<sup>18</sup> SERRANO ARGÜELLO, N., “La edad como factor de discriminación en el empleo”, *RCUT*, núm. 12, 2011, p. 22.

<sup>19</sup> SANGUINETI RAYMOND, W., “La edad: ¿centenaria de las discriminaciones?”, *Trabajo y Derecho*, núm. 59, 2019, p. 11.

<sup>20</sup> En profundidad, MARTÍNEZ QUES, Á. A., “La protección jurídica de las personas mayores desde la perspectiva de los derechos humanos”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015, pp. 1067-1102.

<sup>21</sup> En profundidad, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “La edad máxima como límite para el acceso a la función pública”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 13, 2005, pp. 1-14.

<sup>22</sup> El TC en la STC 75/1983 de 3 de agosto pronto la incorporó vía interpretativa en el listado del art. 14 CE, y la versión de 1980 del ET ya contemplaba en el art. 4 la edad como factor discriminatorio.

<sup>23</sup> LOUSADA AROCHENA, J. F., “Discriminación por edad: conceptos generales”, en Jaime Cabeza Pereiro, Belén Cardona Rubert y Fernando Flores Giménez (Coords.), *Edad, Discriminación y Derechos*, Navarra: Aranzadi, 2019, p. 77.

<sup>24</sup> OLARTE ENCABO, S., “Edad y empleo. Colectivos desfavorecidos”, en Jaime Cabeza Pereiro, María Amparo Ballester Pastor y Marta Fernández Prieto (Dirs.), *La Relevancia de la Edad en la Relación Laboral y de Seguridad Social*, Navarra: Aranzadi, 2009, p. 84.

35.1 CE; y, por otro lado, el derecho a la libertad de empresa previsto en el art. 38 CE, en cuyo núcleo esencial se halla la capacidad de decidir el número de trabajadores y la elección concreta de los mismos<sup>25</sup>, prohibiéndose, en todo caso, que dicha decisión empresarial esté motivada por una razón discriminatoria.

A partir de ahí, y por lo que se refiere a la discriminación por razón de edad, esta puede planear y materializarse en tres momentos de la relación laboral: con carácter previo a la misma, esto es, en el acceso al empleo; durante la relación laboral, como pudiera ser en supuestos de ascensos o promoción; y, por último, la discriminación puede tener lugar al momento de extinguir la relación laboral. Profundizando en la discriminación en el acceso en el empleo, sin duda, la más difícil de controlar por cualquier política antidiscriminatoria<sup>26</sup>, la casuística y la normativa comunitaria ha permitido dibujar dos grandes escenarios de posible discriminación por razón de edad<sup>27</sup>: la edad como requisito profesional esencial y determinante, y la edad como elemento configurador de políticas de empleo.

En relación con las exigencias de edad propias del puesto de trabajo resulta *a priori* fácil de entender que no constituyan una discriminación, en la medida en que el estado físico de la persona trabajadora puede tener una repercusión en el desempeño de la actividad. Debe tratarse, en todo caso, de un requisito profesional esencial y determinante, que se desprenda de datos científicos en el marco de la medicina del trabajo y deportiva, como pudiera ser la capacidad respiratoria, la musculatura o la resistencia física<sup>28</sup>. Pues bien, en estos supuestos, la imposición de una frontera biológica parece razonable sin que ello suponga por sí mismo una discriminación por razón de edad. En este sentido, el art. 4.1 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación recoge y ampara esta diferencia de trato, sin que ello suponga una discriminación, siempre que la edad constituya una condición esencial y determinante en relación con el puesto a ocupar concreto.

Respecto a aquellos otros puestos de trabajo en los que el estado físico no tiene mayor repercusión, la exigencia de una determinada edad puede resultar más difícil de entender<sup>29</sup>. Con todo y con ello, el art. 6.1 de la Directiva contempla la posibilidad de que los Estados miembros añadan otras diferencias de trato por motivo de edad lícitas en el marco de las políticas nacionales. Es decir, la norma comunitaria parte del presupuesto de que la edad, en tanto en cuanto es un hecho biológico cambiante y que afecta a su capacidad laboral, está en condiciones de “generar diferencias justificadas”<sup>30</sup>. A este respecto, y bajo el paraguas de la persecución de objetivos legítimos –que la propia Directiva se encarga de señalar cuáles son, como las políticas de empleo o la regulación del mercado de trabajo–, el legislador comunitario ofrece un listado ejemplificativo de posibles tratos justificados. Entre ellos destacada el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo para los jóvenes o los trabajadores de mayor edad.

A mayor abundamiento, y con el fin de garantizar la igualdad real entre los ciudadanos, el art. 7 de la Directiva reconoce la posibilidad de que los Estados miembros adopten medidas de acción

<sup>25</sup> GOERLICH PESET, J. M., “El ingreso del trabajador en la empresa”, en José María Goerlich Peset (Dir.), *Manual de Derecho del Trabajo I*, 7ª Edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 203.

<sup>26</sup> SANGUINETI RAYMOND, W., “La edad: ¿centienta de las discriminaciones?”, *op. cit.*, p. 10.

<sup>27</sup> AGÍS DASILVA, M., “Discriminación por edad en el empleo y la ocupación desde la perspectiva del Derecho Europeo”, en Jaime Cabeza Pereiro, Belén Cardona Rubert y Fernando Flores Giménez (Coords.), *Edad, Discriminación y Derechos*, Navarra: Aranzadi, 2019, p. 149.

<sup>28</sup> FUENTETAJA PASTOR, J. Á., “Los límites máximos de edad como requisito de acceso a la función pública desde la perspectiva del derecho europeo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia Vital Pérez y Ayuntamiento de Oviedo, de 13 de noviembre de 2014”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 53, 2015, pp. 1-15.

<sup>29</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “La edad máxima como límite...”, *op. cit.*, p. 7.

<sup>30</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Discriminación por razón de edad y trabajadores jóvenes”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2017, p. 1034.

positiva para prevenir o compensar las desventajas que puedan sufrir un determinado colectivo social vulnerable, como pudiera ser los jóvenes o los trabajadores de mayor edad. El trato diferenciado derivado de la aplicación de estas medidas no constituirá una discriminación por razón de edad, o de cualquier otro motivo, habida cuenta de la finalidad compensadora o preventiva que persiguen en aras de la igualdad social. Con este fundamento legal, es frecuente que las políticas de empleo sirvan de justificación de trato diferenciado en virtud de la edad<sup>31</sup>.

Así las cosas, la Directiva no considera un motivo “sospechoso” de discriminación la edad, al menos en comparación con la raza o el sexo, precisamente, porque se trata de un factor cuyo alcance y límites no son fáciles de definir<sup>32</sup>. Dada la literalidad amplia de las excepciones de la Directiva, el TJUE, ante el elevado número de cuestiones prejudiciales elevadas por los órganos nacionales, ha elaborado una jurisprudencia que, a pesar de su carácter “oscilante” y “contradictorio”, ha terminado por avalar que cualquier medida susceptible de ser adscrita a objetivos de política de empleo será legítima si resulta apta para promover su consecución y no exista otra menos agresiva capaz de hacerlo, de tal modo que solo las medidas manifiestamente innecesarias podrán ser consideradas discriminatorias<sup>33</sup>.

Como se observa, la ponderación de derechos en liza referida previamente, recuérdese, el derecho a la igualdad y la libertad de empresa, se complica aún más, en cuanto que en la ecuación están presentes otros elementos de igual relevancia constitucional, como son las acciones positivas en favor de un colectivo determinado de trabajadores y las medidas concretas de política de empleo impulsadas tanto por los agentes sociales como por el Gobierno, con amparo legal, como se sabe, en los arts. 17.2 y 17.3 del Estatuto de los Trabajadores respectivamente.

Si bien es cierto que la OIT ha entendido que las políticas públicas dedicadas preferentemente a un grupo de edad frente a otro suponen una discriminación entre estos dos grupos<sup>34</sup>, según el art. 7.1 de la Directiva, en conjunción con el 6.1, las medidas de acción positiva, más que una excepción a la prohibición de discriminación, constituyen una habilitación para llevar a cabo diferencias lícitas basadas en la edad<sup>35</sup>. En esta línea, el informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE y la Directiva 2000/78/CE del año 2014 recuerda que las diferencias de trato basadas en la edad resultan admisibles si están justificadas objetiva y razonablemente por una finalidad legítima y si los medios empleados para alcanzar tal finalidad resultan apropiados y necesarios. En definitiva, estas medidas de acción positiva tratarán de fomentar la integración en el mundo laboral de determinados colectivos que, en este caso, por razón de su edad, permanecen en una situación más desfavorable para el mercado laboral que el resto de los trabajadores<sup>36</sup>.

Es evidente que las políticas que favorezcan o fomenten el empleo de un determinado colectivo social delimitado por la edad implicará perjudicar las opciones o las expectativas del resto de trabajadores<sup>37</sup>, especialmente los maduros, pues ambos tienen, en cierto modo, intereses contradic-

<sup>31</sup> FITA ORTEGA, F., “La tutela del Derecho a la no discriminación de los trabajadores de edad avanzada en el contexto español y de la Unión Europea”, *RGDTSS*, núm. 52, 2019, p. 73.

<sup>32</sup> REQUENA CASANOVA, M., “Principio de no discriminación y límites de edad en el acceso al empleo público: del asunto Wolf a la sentencia TJUE Vital Pérez C. Ayuntamiento de Oviedo”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 38, 2016, p. 242.

<sup>33</sup> SANGUINETI RAYMOND, W., “La edad: ¿cenicienta de las discriminaciones?”, *op. cit.*, p. 13.

<sup>34</sup> OIT., *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, presentado ante la Conferencia Internacional del Trabajo en su 96ª reunión, 2007, Informe I (B), p. 42.

<sup>35</sup> SERRANO ARGÜELLO, N., “La edad como factor de discriminación en el empleo”, *RCUT*, núm. 12, 2011, p. 36

<sup>36</sup> MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “La cuestión de la edad en las relaciones laborales a la luz del principio de no discriminación por razón de edad”, en Jaime Cabeza Pereiro, María Amparo Ballester Pastor y Marta Fernández Prieto (Dirs.), *La Relevancia de la Edad en la Relación Laboral y de Seguridad Social*, Navarra: Aranzadi, 2009, p. 73.

<sup>37</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualación de los resultados”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1996, p. 9.

torios<sup>38</sup>. En otros términos, habida cuenta de la existencia de diferentes colectivos desfavorecidos en términos de empleo, se genera una competitividad entre ellos por los estímulos de fomento al empleo que se ofrezcan<sup>39</sup>. A pesar de la bondad que debe presumírsele a cualquier medida de acción positiva, lo cierto es que en el ámbito de las diferencias de trato por razón de edad surge, como resultado de su aplicación, una situación paradójica dada la existencia de dos grupos sociales desfavorecidos en el mercado laboral: los jóvenes y las personas de mayor edad. A este respecto, alguna parte de la doctrina entiende que no resulta legítimo favorecer a un grupo de edad (los jóvenes) a costa de discriminar (con expulsión) a otros (los de edad avanzada) por ser ambos discriminados en realidad por su edad<sup>40</sup>. Según esta corriente, las medidas positivas no pueden encontrar su fundamento en el llamado reparto del empleo o la redistribución del trabajo, pues ello constituye un “frontal ataque a la efectiva consecución de la prohibición de discriminación en el empleo”<sup>41</sup>.

Por el contrario, otra corriente de pensamiento defiende que la adopción de medidas de acción positiva en favor de un colectivo determinado en el acceso al empleo es posible mientras resulte constatable que ser joven o mayor incide desfavorablemente para ser contratado<sup>42</sup>. En particular, la validez de una medida positiva en el acceso en el empleo dependerá de si dicha medida resulta necesaria, adecuada y proporcional<sup>43</sup>.

Así, y no siendo problemático justificar las dos primeras condiciones, la proporcionalidad y razonabilidad de la medida se vuelven un aspecto complejo, pues para afirmar que la medida es proporcional es preciso realizar tres operaciones jurídicamente difusas: en primer lugar, se debe valorar el daño o perjuicio que puede generar la medida a una concreta persona por quedarse al margen del proceso de selección en cuestión; en segundo lugar, debe medirse el beneficio que con la adopción de la medida positiva se genera para el resto de la sociedad; y por último, se exige comparar los potenciales perjuicios y los pretendidos beneficios, siendo necesario que estos últimos sean mayores que los primeros. Lo anterior no significa que los daños o perjuicios que puedan causarse a los excluidos sean intrascendentes, pero sí resultan “irrelevantes jurídicamente” en lo que atañe a la legitimidad de las medidas de acción positiva, de tal modo que dicho perjuicio queda superado por los beneficios que implica para la colectividad<sup>44</sup>.

En el terreno práctico, el empleador debe estar en condiciones de acreditar la vulnerabilidad del sector poblacional que pretende beneficiar con la acción positiva y exigir a los candidatos los requisitos profesionales suficientes para llevar a cabo la prestación de servicios con solvencia. En caso contrario, de no existir o no poder acreditar dicha situación desfavorable de partida o no exigir los requisitos de suficiencia y solvencia podría entenderse que ha generado una discriminación para aquellos otro que, poseyendo esos requisitos, no pueden acceder a la contratación por pertenecer a ese otro colectivo que queda excluido de la oferta de empleo en cuestión<sup>45</sup>.

Desde mi punto de vista, resulta legítimo establecer medidas de acción positiva en favor de determinados grupos en atención a su edad, aunque tengan como secuela el efecto antagonista, siendo lo realmente importante la justificación de esa medida, pues no debe confundirse una me-

<sup>38</sup> SANGUINETI RAYMOND, W., “Discriminación por edad y negociación ...”, *op. cit.*, p. 296.

<sup>39</sup> FITA ORTEGA, F., “Políticas de empleo y edad”, en Jaime Cabeza Pereiro, Belén Cardona Rubert y Fernando Flores Giménez (Coords.), *Edad, Discriminación y Derechos*, Navarra: Aranzadi, 2019, p. 228.

<sup>40</sup> SERRANO ARGÜELLO, N., “La edad como factor de discriminación en el empleo”, *RCUT*, núm. 12, 2011, p. 39

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>42</sup> FABREGAT MONFORT, G., *Las medidas de acción positiva. La posibilidad de una nueva tutela antidiscriminatoria*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 50.

<sup>43</sup> *Idem*. En este sentido, SSTC núm. 78/2012 de 16 de abril y núm. 117/2011 de 4 de julio.

<sup>44</sup> FABREGAT MONFORT, G., *Las medidas de acción positiva. La posibilidad de una nueva tutela antidiscriminatoria*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 51.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 49

didamente de exclusión con otra positiva o de favorecimiento<sup>46</sup>. Así, mientras que para que las primeras resulten válidas debe exigirse una justificación poderosa, las medidas positivas serán válidas si se acredita la finalidad de tutela y restitución de igualdad de oportunidades que persigue en beneficio de los desfavorecidos por circunstancias personales inevitables, máxime cuando dicho trato diferenciado se encuadra en el marco de las políticas de empleo<sup>47</sup>.

Cabría apuntar una última cuestión sobre la justificación de los tratos diferenciados, y es la relativa a si el interés empresarial puede constituir una finalidad legítima según la Directiva europea comparable a las políticas de empleo o el mercado de trabajo o, por el contrario, estas conductas empresariales sí constituyen una discriminación en el acceso al empleo por razón de edad. Sobre el asunto se posicionó el Tribunal Supremo avalando el trato diferenciado en la conocida sentencia de 27 de diciembre de 1999 (rec. 1959/1999) en relación con la fijación de una edad máxima de 25 años para ser contratado como personal auxiliar de vuelo. El interés empresarial en rejuvenecer la plantilla es según el Alto Tribunal perfectamente justificable, pues la actividad de auxiliar de vuelo requiere de unas condiciones psicofísicas especiales, siendo la media de la plantilla en ese momento de 40,1 años.

#### 4.2.2. La decisión del TSJ C. Valenciana desde una perspectiva crítica

Pues bien, la sentencia comentada, que está sirviendo de hilo conductor, entiende que la convocatoria del Ayuntamiento de Almenara para la contratación de dos informadores turísticos para el periodo estival (93 días) bajo la modalidad contractual de obra o servicio determinado, y según la cual se contratarían preferentemente a aquellas personas candidatas con formación o experiencia en la dinamización de recursos turístico, siempre y cuando no excedieran los 30 años, resulta discriminatoria por razón de edad. Alcanza tal conclusión después de valorar que no existe en tal caso una justificación objetiva y razonable para fijar el umbral excluyente de la edad de 30 años, pues considera que la existencia de otros colectivos sociales con altas tasas de desempleo, como son los “trabajadores maduros”, no permite establecer “una suerte de preferencia de unos sujetos sobre otros”, sino que deberá ponderarse ambos derechos mediante el canon de proporcionalidad. Así, la sentencia admite la idoneidad de la medida para favorecer el empleo juvenil, pero rechazada que resulte la única medida efectiva y adecuada para tal fin, negando igualmente que dicha medida sea proporcional al generar mayores perjuicios para la comunidad que beneficios, al haber bastado, según el tribunal, recurrir a los programas específicos de apoyo al empleo juvenil para llevar a cabo estas medidas.

Sin embargo, y desde una perspectiva crítica, como la doctrina ha apuntado, los trabajadores jóvenes se encuentran, como regla general, en una situación mucho más desfavorecida por el propio ordenamiento<sup>48</sup> y por el mercado laboral<sup>49</sup>. En este sentido, conviene recordar que los jóvenes son un colectivo de especial atención y protección en el texto constitucional, al establecerse en el art. 48 CE que los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo social y económico (también político y cultural). A su vez, durante los últimos años, como es sabido, la Unión Europea ha destinado gran parte de su presupuesto en el desarrollo de políticas de empleo juvenil, principalmente a través de la Iniciativa de Empleo Juvenil e importantes inversiones específicas en el marco del Fondo Social Europeo. A mayor abundamiento, la vigente Ley de empleo (Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre) identifica como colectivo prioritario

<sup>46</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La discriminación por razón de edad”, *Temas Laborales*, núm. 59, 2001, p. 97.

<sup>47</sup> Así lo ha avalado el propio TC en múltiples sentencias, entre otras, la 280 /2006 de 9 de octubre (FJ 8) y 341/2006 (FJ 3). También el TJUE expresamente en la sentencia de 5 de marzo de 2009 (Asunto C-388/07 Age Concern England).

<sup>48</sup> APARICIO TOVAR, J. y OLMO GASCÓN, A. M., *La edad como... op. cit.*, p. 29.

<sup>49</sup> SOLÀ I MONELLS, X., “La imposición de límites máximos de edad en el acceso al empleo”, *IusLabor*, núm. 3, 2016, p. 3.

de especial atención a los jóvenes, con particular atención a aquellos con déficit de formación, a favor de los cuales se establecerán programas específicos destinados a fomentar su empleo. Es cierto que existen otros colectivos también considerados prioritarios, pero en el caso de las personas mayores de 45 años, la doctrina ha matizado que no todos integran un colectivo prioritario, sino que la norma añade el requisito de que se trate de parados de larga duración, por lo que solamente estos deberían ser un colectivo beneficiario o destinatario de medidas de acción positiva<sup>50</sup>.

En todo caso, debe significarse que el fomento del empleo juvenil es entendible que se haga gracias a planes de empleo temporal, pues una vez salvada la etapa en la que se les presume menos experiencia pasarán al grupo social de trabajadores no jóvenes<sup>51</sup>. Precisamente esta transitoriedad asociada a la experiencia profesional de los jóvenes explica que la temporalidad pueda ser una característica aceptable en el fomento de este tipo de trabajadores y no para otros. Dicho de otro modo, una persona madura no se encuentra en una situación transitoria, sino que cada vez será un trabajador de más edad, por lo que confiar en la contratación temporal como medida de fomento no es lo óptimo. Así, las finalidades perseguidas por la política de empleo en caso de los colectivos desfavorecidos por razón de edad no son plenamente coincidentes, pues mientras que para los jóvenes buscan estimular su acceso al mercado de trabajo, en el caso de trabajadores maduros el objetivo debe ser el acceso y, sobre todo, el mantenimiento en él<sup>52</sup>. Y, precisamente, desde esta perspectiva, la medida positiva en favor de los menores de 30 años fijada en la convocatoria del Ayuntamiento de Almenara sí que resultaría idónea, necesaria y proporcional.

A mayor abundamiento, no debe olvidarse que los tratos de favorecimiento no exigen una justificación tan intensa como los de mera exclusión. En otros términos, el defensor de la medida positiva en favor de los trabajadores por razón de su edad no está obligado a aportar pruebas rigurosas que desdibujen la sospecha de discriminación, ni el tribunal debe someterla a control estricto como si de una medida peyorativa se tratase<sup>53</sup>, sin perjuicio de tener que probar la adecuación de la medida con los fines propuestos. La doctrina apunta a que debe partirse de una valoración apriorísticamente favorable de la medida que busca eliminar la discriminación<sup>54</sup>, sin que resulte de aplicación estricta el vigente art. 96 de la LRJS, de tal modo que cualquier medida de acción positiva goza de una especie de presunción de legitimidad, dada su finalidad compensadora de la desigualdad<sup>55</sup>. De hecho, se apunta a que el propio Tribunal Constitucional no suele hacer un control muy exigente en cuanto a la justificación de la exigencia de un tope de edad para acceder al empleo se refiere, si está basada dicha medida en el favorecimiento a un determinado colectivo social<sup>56</sup>.

## 5. El alcance indeterminado de la tutela reparadora por discriminación en el acceso en el empleo

En último lugar, debe prestarse atención a la tutela que el ordenamiento jurídico brinda a las personas que han sufrido discriminación en el acceso en el empleo. Destaca que la Directiva comunitaria no establezca un régimen de posibles sanciones y recursos en caso de discriminación por razón de edad, sino que deja a los Estados miembros la libertad de establecer las soluciones adecuadas para

<sup>50</sup> OLARTE ENCABO, S., "Edad y empleo. Colectivos desfavorecidos", *op. cit.*, p. 91.

<sup>51</sup> APARICIO TOVAR, J. y OLMO GASCÓN, A. M., *La edad como...op. cit.*, p. 86.

<sup>52</sup> FITA ORTEGA, F., "Políticas de empleo y edad", *op. cit.*, p. 222.

<sup>53</sup> APARICIO TOVAR, J. y OLMO GASCÓN, A. M., *La edad como...op. cit.*, p. 108.

<sup>54</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. E., "La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional", en Manuel Ramón Alarcón Caracuel (Coord.), *Constitución y derecho del trabajo, 1981-1991, análisis de diez años de jurisprudencia constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 1992, p. 244.

<sup>55</sup> OLARTE ENCABO, S., "Edad y empleo. Colectivos desfavorecidos", *op. cit.*, p. 89.

<sup>56</sup> APARICIO TOVAR, J. y OLMO GASCÓN, A. M., *La edad como...op. cit.*, p. 108.

alcanzar el objetivo marcado en la Directiva, si bien en su art. 17 obliga a establecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, pudiendo incluir la indemnización a la víctima.

A partir de ahí, el legislador español en los arts. 182 y 183 LRJS contempla dos medidas reparadoras ante la lesión de un derecho fundamental: por un lado, el restablecimiento de la víctima en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión; y, por otro lado, el reconocimiento de una indemnización en función del daño moral, y los daños y perjuicios adicionales derivados. En el contexto concreto de que la discriminación tenga lugar en el acceso al empleo, cabe preguntarse ¿puede condenarse al empresario a contratar a la persona discriminada?

Al respecto, la reparación de las consecuencias de la decisión discriminatoria en el acceso al empleo impondría la realización del acto omitido, esto es, contratar a la persona rechazada por su edad, si bien ello casa tremendamente mal con el carácter personalísimo de la relación laboral. Desde esta perspectiva, la doctrina es unánime en rechazar que en estos casos se pueda imponer al empresario la contratación del trabajador discriminado, no siendo posible la constitución forzosa y directa de la relación laboral<sup>57</sup>. Por tanto, solo cabe, por un lado, la corrección de la convocatoria en términos generales y, por otro lado, la exigencia individual de una indemnización sustitutoria de daños y perjuicios, que puede comprender no sólo el daño emergente, sino también el lucro cesante, a probar en todo caso por el trabajador (art. 1106 CC)<sup>58</sup>. En este sentido, debería probarse que la conducta discriminatoria le ha impedido o dificultado el acceso a otro empleo y con otros empleadores.

En esta misma línea aparece algún otro pronunciamiento judicial, como por ejemplo, la STSJ de Aragón de 21 de diciembre de 1998 (núm. 777/1998), que entendió que no podía condenarse a la empresa a la contratación de la víctima y al abono de los salarios que habría percibido si no hubiera sufrido discriminación porque el propio carácter temporal de la relación laboral lo impedía y, especialmente, porque “carece de derecho a ser retribuida con salarios no habiendo prestado servicios efectivos laborales”. Así, este tribunal señaló que en estos casos solo cabe un pronunciamiento resarcitorio teniendo en cuenta el carácter temporal de la contratación frustrada.

No obstante, en la sentencia objeto de comentario, el TSJ de la Comunidad Valenciana, una vez ha alcanzado la consideración de que la trabajadora mayor de 30 años ha sufrido discriminación y, por tanto, no debió ser excluida del proceso de selección, deriva la conclusión que la trabajadora debe ser baremada al igual que el resto de los trabajadores y, en su caso, estimarle la petición de ser retribuida por el trabajo que habría desempeñado si no hubiera sufrido tal discriminación.

Es decir, el TSJ de la Comunidad Valenciana se aparta de la doctrina previamente referida y considera que la tutela reparadora debe integrar, al menos, la baremación por parte del propio TSJ de los méritos de la candidata víctima conforme al baremo de la convocatoria; el derecho a ser contratada si obtuviera una valoración suficiente en dicha baremación; y el reconocimiento de las retribuciones que habría percibido de haber sido contratada por no haber sufrido discriminación. En consecuencia, el tribunal, después de calcular la puntuación correspondiente a la candidata, condena al ayuntamiento al pago de la totalidad de las retribuciones que la víctima hubiera percibido de no haber padecido discriminación desde el momento inicial. Obsérvese que la condena al Ayuntamiento a contratar a la víctima no podía ser ejecutada en sus propios términos pues el periodo temporal para prestar los servicios ya había pasado, por lo que parece que el tribunal basa su decisión en el art. 18.2 de la LOPJ, para reconocer y calcular la indemnización equivalente a los

<sup>57</sup> ALONSO OLEA, M. y BARREIRO, G., *Estatuto de los Trabajadores. Texto y Comentario breve*, Madrid: Civitas, 1980, p. 63; BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, 2ª Edición, Madrid: Trotta, 1995, p. 500; GOERLICH PESET, J. M., “El ingreso del trabajador en la empresa”, *op. cit.*, p. 213.

<sup>58</sup> GOERLICH PESET, J. M., “El ingreso del trabajador en la empresa”, *op. cit.*, p. 213; FITA ORTEGA, F., “La tutela del Derecho a la ...”, *op. cit.*, p. 85.

días que hubiera trabajado de no haber sufrido discriminación. Asimismo, el tribunal le reconoce una indemnización por daños morales de 1000 euros atendiendo exclusivamente a las “circunstancias y gravedad del hecho”, a pesar de que la víctima solicitaba una cuantía mayor en tal concepto.

No obstante, no es la primera sentencia que opta por una tutela más garantista en favor de la persona discriminada, pues la STSJ de Islas Canarias (Las Palmas) de 22 de diciembre de 2007 (rec. 980/2007) reconoció a la víctima el derecho a ser contratada por el empleador y, al mismo tiempo, una indemnización por lucro cesante en cuantía equivalente a los salarios dejados de percibir y, a mayores, una indemnización por daños morales atendiendo a la situación de angustia e incertidumbre.

En conexión con la tutela reparadora, debe traerse a colación las sentencias del Tribunal Constitucional, núm. 173/1994 de 7 de junio (FJ 4) y la núm. 29/2002 de 11 de febrero de 2002 (FJ 7), que abordaron un supuesto concreto: empresa que no renovó el contrato temporal de la trabajadora por estar embarazada o formar parte de un sindicato, respectivamente. El TC determinó que la tutela que merecía la víctima en este tipo de situaciones debía ser la misma que la prevista para los despidos fundados en la vulneración de un derecho fundamental, o sea, la ineficacia absoluta del acto empresarial extintivo, de tal modo que la denegación de la prórroga quedaba anulada y, por ello, debía entenderse prorrogado el primitivo contrato temporal. Ahora bien, la doctrina ha puntualizado con acierto que no se puede otorgar a estas sentencias un carácter generalizado extensible a otros supuestos como el que se aborda en la sentencia objeto de análisis, ya que no se trataba de una primera contratación, sino la denegación de una prórroga de un contrato temporal, lo cual resulta más fácilmente reconducible a las consecuencias previstas para el despido<sup>59</sup>. Asimismo, no debe olvidarse que la causa de discriminación en dichas sentencias es diferente, con un marco jurídico protector con distinto alcance, seguramente mayor por las razones expuestas al principio de este artículo.

No obstante, es preciso señalar que, en un supuesto de discriminación por razón de sexo, el Tribunal Constitucional, en su sentencia núm. 108/2019, de 30 de septiembre de 2019, ha extendido esta tutela integral, que incluye la obligación para el empresario de contratar a la víctima, a la fase anterior a la celebración del contrato, por cuanto anula la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de enero de 2017 (rec. 3116/2016) que revocaba y dejaba sin efecto la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Valencia de fecha 23 de junio de 2016 (autos 447/2016). Esta última, además de reconocerle a la víctima el derecho a percibir las cantidades equivalentes a las retribuciones correspondientes desde el momento que debió ser contratada y de una indemnización, a mayores, por daños morales, condenó a la Administración pública a su contratación en la plaza a la que víctima por discriminación aspiraba.

A pesar de este importante avance jurisprudencial en la tutela reparadora frente a la discriminación, resulta necesario relativizar su impacto atendiendo a dos matices. Primero, tal vez esta tutela no sea directa y automáticamente extensible al resto de causas discriminatorias, pues como el propio Tribunal Constitucional recuerda en esta sentencia, para la discriminación por razón de sexo del art. 14 CE se ha establecido un canon mucho más estricto y riguroso que el de la mera razonabilidad y proporcionalidad que, como se apuntó al principio, guía la licitud de las medidas de acción positiva, muy presentes en la promoción al empleo por edad.

Segundo, en esta sentencia, el TC se limita a anular la STSJ, lo que lleva a recuperar eficacia a la SJS, sin entrar en la tutela reparadora en caso de discriminación. De hecho, en la fundamentación jurídica no se hace mención al fallo de la SJS en lo relativo a “con el reconocimiento de la relación jurídica con efectos retroactivos al momento de su selección”. Es más, a diferencia de otros casos, ni siquiera en este supuesto ha declarado la firmeza de la SJS<sup>60</sup>. En este sentido, a la hora de concretar el

<sup>59</sup> FITA ORTEGA, F., “La tutela del Derecho a la ...”, *op. cit.*, p. 84.

<sup>60</sup> Por ejemplo, STC 149/2017 de 18 de diciembre de 2017 (vid. fallo y FFJJ 7 y 8); STC 2/2017 de 23 de febrero de 2017 (fallo y FJ 7); 71/2013 de 8 de abril de 2013 (fallo y FJ 4).

alcance de su sentencia y, en concreto, del restablecimiento del derecho, el TC, a pesar de la libertad que tiene *ex arts.* 54 y 55 LOTC, no ordena ninguna medida específica más allá de la anulación de la STSJ<sup>61</sup>. Ahora bien, no debe olvidarse que el TC ha de estar al objeto de la demanda y a las alegaciones del demandante y, en este caso, lógicamente ninguna objeción se hace a la SJS, que no impugna, sino que la impugnada es la STSJ. Por tanto, como se ve, el TC no entra en la SJS porque no es la que se recurre y tampoco establece medidas específicas de tutela, lo cual sí hubiera sido necesario en caso de que todas las sentencias previas hubieran negado el derecho y hubieran sido objeto de impugnación.

## 6. Bibliografía

- AGÍS DASILVA, M., “Discriminación por edad en el empleo y la ocupación desde la perspectiva del Derecho Europeo”, en Jaime Cabeza Pereiro, Belén Cardona Rubert y Fernando Flores Giménez (Coords.), *Edad, Discriminación y Derechos*, Navarra: Aranzadi, 2019, pp. 135-161.
- ALONSO OLEA, M. y BARREIRO, G., *Estatuto de los Trabajadores. Texto y Comentario breve*, Madrid: Civitas, 1980.
- APARICIO TOVAR, J. y OLMO GASCÓN, A. M., *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Albacete: Bomarzo, 2007.
- BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, 2ª Edición, Madrid: Trotta, 1995.
- FABREGAT MONFORT, G., *Las medidas de acción positiva. La posibilidad de una nueva tutela antidiscriminatoria*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. E., “La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional”, en Manuel Ramón Alarcón Caracuel (Coord.), *Constitución y derecho del trabajo, 1981-1991, análisis de diez años de jurisprudencia constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 1992, pp. 161-274.
- FITA ORTEGA, F., “La tutela del Derecho a la no discriminación de los trabajadores de edad avanzada en el contexto español y de la Unión Europea”, *RGDTSS*, núm. 52, 2019, pp. 61-92.
- FITA ORTEGA, F., “Políticas de empleo y edad”, en Jaime Cabeza Pereiro, Belén Cardona Rubert y Fernando Flores Giménez (Coords.), *Edad, Discriminación y Derechos*, Navarra: Aranzadi, 2019, pp. 209-230.
- FUENTETAJA PASTOR, J. Á., “Los límites máximos de edad como requisito de acceso a la función pública desde la perspectiva del derecho europeo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia Vital Pérez y Ayuntamiento de Oviedo, de 13 de noviembre de 2014”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 53, 2015, pp. 1-15.
- GARCÍA RUBIO, M. A., “La contratación laboral en el Sector Público (I): cuestiones generales y contratos temporales de obra y eventual”, en Ángel Blasco Pellicer y Mercedes López Balaguer (Dirs.), *Las relaciones laborales en el sector público*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 299-416, pp. 314-319.
- GOERLICH PESET, J. M., “El ingreso del trabajador en la empresa”, en José María Goerlich Peset (Dir.), *Manual de Derecho del Trabajo I*, 7ª Edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La discriminación por razón de edad”, *Temas Laborales*, núm. 59, 2001, pp. 93-124.
- HelpAge Internacional España, *La discriminación por razón de edad en España: Conclusiones y recomendaciones para el contexto español desde un enfoque basado en derechos*, Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social: Madrid, 2020.

<sup>61</sup> Véase el fallo de la STC 342/2006 de 11 de diciembre de 2006..

- LOUSADA AROCHENA, J. F., “Discriminación por edad: conceptos generales”, en Jaime Cabeza Pereiro, Belén Cardona Rubert y Fernando Flores Giménez (Coords.), *Edad, Discriminación y Derechos*, Navarra: Aranzadi, 2019, pp. 73-96.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “La cuestión de la edad en las relaciones laborales a la luz del principio de no discriminación por razón de edad”, en Jaime Cabeza Pereiro, María Amparo Ballester Pastor y Marta Fernández Prieto (Dirs.), *La Relevancia de la Edad en la Relación Laboral y de Seguridad Social*, Navarra: Aranzadi, 2009, pp. 69-80.
- MARTÍNEZ QUES, Á. A., “La protección jurídica de las personas mayores desde la perspectiva de los derechos humanos”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015, pp. 1067-1102.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “La edad máxima como límite para el acceso a la función pública”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 13, 2005, pp. 1-14.
- MERCADER UGUINA, J. R., *Principios de igualdad, trabajadores maduros y condiciones de trabajo (en especial acceso al empleo y extinción)*, Madrid: Estudios de I+D+I, núm. 46, 2009.
- NORES TORRES, L. E., “Los órganos del orden social de la jurisdicción y sus competencias”, en Ángel Blasco Pellicer (Dir.), *El proceso laboral*, tomo I, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 11-140.
- OIT., *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, presentado ante la Conferencia Internacional del Trabajo en su 96ª reunión, 2007, Informe I (B).
- OLARTE ENCABO, S., “Edad y empleo. Colectivos desfavorecidos”, en Jaime Cabeza Pereiro, María Amparo Ballester Pastor y Marta Fernández Prieto (Dirs.), *La Relevancia de la Edad en la Relación Laboral y de Seguridad Social*, Navarra: Aranzadi, 2009, pp. 81-97.
- REQUENA CASANOVA, M., “Principio de no discriminación y límites de edad en el acceso al empleo público: del asunto Wolf a la sentencia TJUE Vital Pérez C. Ayuntamiento de Oviedo”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 38, 2016, pp. 239-254.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Discriminación por razón de edad y trabajadores jóvenes”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2017, pp. 1033-1044.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualación de los resultados”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1996, pp. 3-12.
- SANGUINETI RAYMOND, W., “Discriminación por edad y negociación colectiva: una relación por construir”, en Jaime Cabeza Pereiro, Belén Cardona Rubert y Fernando Flores Giménez (Coords.), *Edad, Discriminación y Derechos*, Navarra: Aranzadi, 2019, pp. 291-321.
- SANGUINETI RAYMOND, W., “La edad: ¿cenicienta de las discriminaciones?”, *Trabajo y Derecho*, núm. 59, 2019, pp. 10-15.
- SERRANO ARGÜELLO, N., “La edad como factor de discriminación en el empleo”, *RCUT*, núm. 12, 2011, pp. 17-44.
- SOLÀ I MONELLS, X., “La imposición de límites máximos de edad en el acceso al empleo”, *Ius-Labor*, núm. 3, 2016, pp. 1-28.

## DEBATES

# La prostitución: notas para el debate

## Prostitution: notes for debate

PABLO DE LORA\*

*Facultad de Derecho (UAM)*

ORCID ID: 0000-0001-6992-0559

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5542>

*Resumen:* Estas notas tienen la única pretensión de mostrar qué argumentos pueden ser esgrimidos frente a la posibilidad de intercambiar sexo por dinero si asumimos una concepción desacralizada o no significativa del sexo de acuerdo con la cual el consentimiento de los intervinientes es condición necesaria y suficiente de la licitud moral y jurídica de la relación sexual. A lo largo de estas páginas se analizan los argumentos basados en alguna forma de perfeccionismo moral, la falta de consentimiento, el daño, la instrumentalización y el conocido como argumento expresivo.

*Palabras clave:* sexo, prostitución, daño, perfeccionismo, paternalismo, consentimiento, instrumentalización, industria del sexo.

*Abstract:* In the following pages I attempt to show what arguments may be raised against the exchange of sex for money. The difficulty for those who argue against prostitution lies in the fact that we hold a non-significant conception of sex according to which consent is a necessary and sufficient condition for the moral and legal acceptance of sexual relations. I analyze 5 arguments: moral perfectionism, the lack of consent that allegedly implies buying sex, harm, instrumentalization and the so-called “expressive arguments”.

*Keywords:* sex, prostitution, harm, perfectionism, paternalism, consent, instrumentalization, sex industry.

### 1. Introducción

Imaginen dos individuos. Se miran cruzando un paso de cebra. Se atraen. Se citan con gestos inapreciables. Se dirigen a un lugar reservado. Se besan, se abrazan y tienen lo que comúnmente describimos como “relaciones sexuales”. Tal vez sin mediar palabra alguna. ¿Fueron buenas las razones para hacerlo?

A quienes tienen en su utillaje normativo la autonomía personal como herramienta más importante, la pregunta les sonara impropia, excéntrica. ¿Cómo que “buenas razones”? Su perplejidad derivará seguramente del hecho de que consideran que tales razones son “relativas al agente”, es decir,

---

\*pablo.delora@uam.es

con respecto a la bondad del sexo son “internalistas”<sup>1</sup>. No se abrumen: no deja de ser una versión del “con su pan se lo coman” (con perdón). Siendo internalistas todo lo que les importará saber para enjuiciar a los protagonistas del escarceo es si desearon hacer lo que hicieron, si no fueron forzados, si no se aprovecharon de la eventual menor edad o situación de embriaguez del otro<sup>2</sup>. Imaginen ahora la misma escena pero con un final, tal vez, menos feliz. Uno de los individuos le dice al otro: “son 50 euros”. ¿No deberíamos mantener nuestro anterior enjuiciamiento aunque descubramos ahora que la razón por la que una de las partes accedió a mantener relaciones sexuales fue el dinero? ¿Qué resta moralmente el dinero si mantenemos constante la autonomía de quienes se relacionan sexualmente? Y más importante aún: ¿Cómo resistirse a esta conclusión que haría de la prostitución algo necesariamente permisible desde el punto de vista jurídico, toda vez que aceptamos la permisibilidad jurídica de las relaciones sexuales frívolas, casuales, *por cualquier razón* siempre que sean consentidas?<sup>3</sup> Las notas que siguen son meramente un intento de cartografiar las razones que pudiéramos albergar para ejercer esa resistencia.

## 2. Perfeccionismo moral

Las avenidas para ello son diversas. La primera de ellas consiste en negar la mayor, sostener que sí hay buenas o malas razones para tener relaciones sexuales que van más allá de lo que las partes deseen. En suma, rechazar el internalismo y abrazar el “externalismo”. El lector seguramente podrá alcanzar esas razones en el almanaque de su memoria, tal vez de sus propias convicciones: tener hijos, estar enamorado... Sin duda no a cambio de dinero que corrompe el significado profundo y genuino del sexo; una práctica que constituye, esencialmente, una actividad de recíproca dación de placer, nunca un “negocio”<sup>4</sup>. Y en esto encuentra uno curiosos compañeros de navegación. Si pensamos en España, tanto el anarquismo de los años 30 del pasado siglo, el de la asociación Mujeres Libres que promovía los “liberatorios” de prostitución<sup>5</sup>, cuanto la Iglesia Católica a través de la Junta Nacional de Protección a la Mujer, pasando por el insigne penalista Luis Jiménez de Asúa<sup>6</sup>, o, más recientemente, el filósofo conservador británico Roger Scruton<sup>7</sup>, todos ellos comparten la idea de que la prostitución es “indecente”, aunque el arqueo de las causas diverja: la posmodernidad que siguió a los polvos (ejem) de Mayo del 68; el sistema de explotación capitalista; renegar de la fe; la orfandad, o, al fin, la falta de formación hogareña al decir de ilustres representantes del nacional-catolicismo español<sup>8</sup>.

En sociedades liberales y plurales como las nuestras en las que razonablemente discrepamos sobre la vida buena, esas razones no son asequibles, pertenecen al dominio de la convicción íntima o privada, es decir, no pueden esgrimirse en el foro público como justificaciones de normas jurídicas que prohíben acciones o actividades con carácter general. Imaginen que adoptamos la versión de la bondad del sexo que se propala en algunos pagos feministas de nuestros días: el placer mutuo, la empatía<sup>9</sup>. ¿Qué hacemos con las prácticas masturbatorias no mutuas, el sadomasoquismo, las palabras gruesas al oído o las muchas parafilias que son abyectas a los ojos de muchos? ¿Las prohibimos también por las mismas razones que habríamos de prohibir el intercambio de sexo por dinero?

<sup>1</sup> Alan H. Goldman (1977): “Plain Sex”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 6, nº3, primavera 1977, pp. 267-287.

<sup>2</sup> Se trata de conductas todas ellas no sólo moralmente reprochables sino también penalmente típicas.

<sup>3</sup> Ole Martin Moen “Is Prostitution Harmful?”, *The Journal of Medical Ethics*, Vol. 40, 2014, pp. 73-81.

<sup>4</sup> Sascha Settegast, “Prostitution and the Good of Sex”, *Social Theory and Practice*, Vol. 44, nº3, July 2018, pp. 377-403, p. 398.

<sup>5</sup> Una suerte de cotolengos en los que dar a las prostitutas tratamiento psiquiátrico, educación moral y oportunidades laborales; véase la descripción y objetivos en el número 5 de la revista *Mujeres libres* (1936) de la CNT (disponible en: <https://cgt.org.es/wp-content/uploads/2017/10/Mujeres-Libres-05.pdf>).

<sup>6</sup> *Libertad de amar y derecho a morir*, Historia Nueva, Madrid, 1928.

<sup>7</sup> *Sexual Desire. A Philosophical Investigation*, Bloomsbury, 1986.

<sup>8</sup> Ernesto Jiménez Asenjo, *Abolicionismo y prostitución*, Reus, Madrid, 1963, pp. 150-151.

<sup>9</sup> Settegast, op. cit.

### 3. Falta de consentimiento

Cabría, en segundo lugar, sostener que cuando media el dinero la relación sexual no es consentida, que toda forma de prostitución es, en el fondo, una violación pues la libre elección de quien se prostituye es un “mito”<sup>10</sup>. Esta avenida resulta poco prometedora. Preguntémosnos, en primer término, por la naturaleza de tal tesis. Si se trata de una definición estipulativa de la prostitución, como tal no prueba nada, y enarbolada como un argumento concluyente más bien incurre en una flagrante petición de principio. El razonamiento discurriría así: “toda relación sexual a cambio de dinero es una forma de violencia; la prostitución es una relación sexual a cambio de dinero, luego la prostitución es una forma de violencia”. La conclusión se sigue lógicamente de las premisas, pero, ¿por qué resultaría *siempre* una forma de violencia el intercambio de sexo por dinero? Para los miembros de la tribu Merina, que habita en Madagascar, es un signo de respeto que el marido pague a la mujer por tener relaciones sexuales<sup>11</sup>. Y en nuestro contexto socio-cultural: ¿no podrían ser algunos arreglos matrimoniales especies de ese género como sostuvo célebremente Simone de Beauvoir en *El segundo sexo*<sup>12</sup> o Marx y Engels el *Manifiesto Comunista*? Si los matrimonios o la vida en pareja son formas de violencia, ¿cómo es que las permitimos?

Es indudable que puede haber circunstancias en las que ese consentimiento de quienes ejercen la prostitución está viciado o no puede ser considerado como genuino. Pensemos en la extrema necesidad de una de las partes que accede a la prestación sexual porque sus alternativas para la satisfacción de otras necesidades básicas son inexistentes. Pero, ¿es así en todos los casos? La respuesta, a la luz de lo que las propias prostitutas señalan y de lo que sabemos, es negativa<sup>13</sup>. ¿Por qué habría de ser distinto el intercambio de sexo por dinero de otros intercambios que involucran actividades muy penosas o arriesgadas que se desarrollan de ordinario? Los médicos hacen tactos rectales o aclaran secreciones a pacientes; los microbiólogos analizan esputos y heces, los masajistas y fisioterapeutas se las ven con cuerpos deformes, los actores porno repiten escenas que pueden resultar humillantes, los fontaneros desatrancan retretes colmatados, los bomberos alcantarillas y los militares se entrenan para ser carne de cañón.

Quienes transitan esta avenida, además, no se la creen en el fondo pues si de verdad pensarán que toda relación sexual mantenida por dinero es una violación no reclamarían meramente la adopción del modelo “nórdico” para combatir la prostitución<sup>14</sup>, sino que exigirían que a los clientes se les imputaran esos delitos contra la libertad sexual sin necesidad de recurrir a figuras específicas o a embarcarse en largos y estériles debates sobre el alcance de la “tercería locativa”.

### 4. El argumento del daño

Pero, quienes acceden a tener relaciones sexuales a cambio de dinero ¿caso no incurren en daños ciertos que eventualmente justifican el paternalismo del poder público sobre dichas actividades? Son evidentes los perjuicios generados por la prostitución vinculados a la transmisión de enferme-

<sup>10</sup> Ana de Miguel, *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*, Cátedra, Madrid, 2015.

<sup>11</sup> Jason Brennan y Peter M. Jaworski, *Markets. Without Limits. Moral Virtues and Commercial Interests*, Routledge, New York-London, 2016, p. 65.

<sup>12</sup> *El segundo sexo*, Cátedra, Madrid (traducción de Alicia Martorell), 2001 (1949), p. 356.

<sup>13</sup> La investigación de Marina Llobet al respecto de la falta de rigor de las cifras frecuentemente divulgadas sobre la incidencia de la trata en España es concluyente; véase “¿Prostitución?: ni sí ni no, sino todo lo contrario. Sesgos empíricos, contradicciones de *lege lata* y desaciertos de *lege ferenda*”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-19, 2017.

<sup>14</sup> Suecia fue pionera en instaurar un modelo prohibicionista que castiga solo al cliente. Después han seguido su estela Noruega, Islandia, Irlanda del Norte y Francia.

dades sexuales, la depresión, el insomnio, el estrés, cuando no la violencia incluso con resultado de muerte a manos de los clientes<sup>15</sup>. Claro que también es cierto que: a) muchos de esos daños tienen una fuente “extrínseca” a la práctica en sí pues derivan del estigma social, un estigma que a su vez se ve alimentado precisamente por la prohibición o censura jurídica<sup>16</sup>; b) no todos los supuestos en los que se intercambia sexo por dinero transcurren bajo esas condiciones de peligro, y, en todo caso c) la respuesta del poder público no necesariamente ha de ser la prohibición sino más bien el del establecimiento de un marco regulatorio que minimice o elimine esos riesgos o daños (más sobre esto enseguida).

## 5. Instrumentalización

Cabría, en un modo ligeramente distinto, apelar a que el servicio sexual a cambio de dinero vulnera el imperativo categórico kantiano puesto que implica tratar a quien ofrece el servicio sexual meramente como un instrumento. De nuevo, se trata de un argumento que “probaría demasiado”, es decir, obligaría a proscribir o censurar prácticas que entendemos admisibles moral y jurídicamente. Para empezar, bajo una determinada concepción de la actividad sexual, ésta sería siempre una forma de instrumentalización del otro. Así lo entendía el propio Kant en sus *Lecciones de Ética* donde sostiene que sólo mediante el contrato matrimonial y el compromiso vital íntegro que implica se logra purgar esa esencial degradación del ser humano que acontece al convertirse en medio de la satisfacción sexual ajena<sup>17</sup>.

En realidad no es por mor de la práctica sexual per se –medie o no dinero– por lo que se puede producir una vulneración del imperativo categórico kantiano, sino, de nuevo, por las condiciones de su realización. Y es que no basta con que tratemos a los demás como instrumentos –todos lo hacemos continuamente– sino *meramente* como tales. Y ello no viene determinado, a mi juicio, porque el desempeño sea descarnadamente fisiológico o corporal (como típicamente se denuncia que ocurre en los supuestos de la prostitución y también en análogos servicios como la gestación por sustitución). Al fin y al cabo, no hay actividad para otros –llámese trabajo desde el punto de vista del Derecho laboral, o prestación de servicios con o sin remuneración– que no involucre todo nuestro “cuerpo”: estas líneas que mal escribo ahora mismo, bien que lo haga con mucho gusto, exigen que todo mi metabolismo celular se centre fundamentalmente en estar alerta y concentrado para no desbarrar en exceso.

Evitar esa instrumentalización moralmente odiosa, entender que la prostitución plantea un problema esencialmente “regulatorio”, es el espíritu que anida en la apuesta “reglamentista” o “regulacionista”, una llamada a la intervención del poder público para que los trabajadores del sexo (también los hombres y las mujeres trans, también otros profesionales del sexo que no ejercen la prostitución) desarrollen su actividad dignamente; quizá, como se discute en las contribuciones que siguen, no estando en ningún caso sometidas al poder de dirección ajeno, ni siendo institucionalmente considerada la prostitución meramente como “un trabajo más” de forma tal que pueda ser ofrecida por los servicios de empleo a quienes demanden trabajo, o engrosando el catálogo de las profesiones u oficios que se aprenden<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Para un detalle exhaustivo véase Frej Klem Thomsen, “Prostitution, disability and prohibition”, *The Journal of Medical Ethics*, Vol. 41, 2015, pp. p. 452.

<sup>16</sup> Martin Moen, cit. Si la práctica de relaciones sexuales entre personas del mismo sexo genera depresión porque socialmente los gays y lesbianas son estigmatizados, ¿constituye esa una buena razón para prohibir la práctica?

<sup>17</sup> Immanuel Kant, *Lecciones de Ética*, Crítica, Barcelona, 1988, p. 207.

<sup>18</sup> Agustí Vicente, “Prostitution and the Ideal State. A Defense of a Policy of Vigilance”, *Ethical Theory and Moral Practice*, publicado en línea el 13 octubre 2015.

## 6. El argumento expresivo

La más prometedora de las avenidas es, a mi juicio, la que muestra que cuando hablamos de la prostitución como un problema ético y por ende jurídico, el argumento del sexo casual –ese razonamiento con el que arrancaba estas páginas y de acuerdo con el cual cualquiera que haya desacralizado la actividad sexual no puede tener nada que objetar al sexo por dinero– ese argumento, digo, no es útil porque la prostitución *es mucho más que intercambiar sexo por dinero*. La prostitución es problemática *qua* industria por lo que socialmente “expresa” y consolida, sostiene un sector del feminismo pujante en nuestros días<sup>19</sup>. Dicho de otra forma, “lo malo” de la prostitución es que evidencia la desigualdad lacerante y persistente entre hombres y mujeres, pues en un mundo donde hubiera igualdad de sexos no habría prostitución, es decir, no habría una actividad consistente en que ellos –como colectivo explotador paradigmático– tienen a su disposición la posibilidad mercantil de comprar el placer sexual a ellas, el colectivo explotado paradigmáticamente. Al decir de Jeffrey Gauthier: “La oposición feminista a la prostitución no necesariamente es, y frecuentemente no es, algo dirigido contra la esencia de la práctica, sino más bien *hacia la práctica tal y como se conforma en una sociedad gobernada por un trasfondo de asunciones sexistas*”<sup>20</sup>.

La fuente del “estrés moral” que nos genera la prostitución, y la consiguiente apuesta por su “abolición”, es la existencia de un entramado de reglas e instituciones (de órdenes jurídicos diversos) que “normaliza” –en su más prístino sentido de hacer “normado”– el arrendamiento de un servicio íntimo. Así pues, cualquier forma de “reglamentismo” del ejercicio de la actividad prostitucional no es sino una odiosa manera de apuntalar lo que debe ser simplemente desterrado en aras al ideal de la igualdad.

A mi juicio, el argumento se puede entender de formas distintas que conviene deslindar. Cabe, en primer lugar, interpretarlo como la censura a ciertas formas en las que la industria del comercio sexual pudiera mostrarse: pensemos en el tipo de exhibición que ha hecho célebres a las calles del Barrio Rojo de Amsterdam; imaginemos que ese modelo de “arrendamiento corporal” se extendiera en toda la geografía urbana, con publicidad en los medios, etc. Bien pudieran tener tales “normalizaciones” los efectos deletéreos que denuncian quienes esgrimen el argumento expresivo. Así y todo, lo que no se sigue de ello es que haya que abolir toda forma de prostitución, salvo que regresemos a nuestra casilla de salida perfeccionista bajo el expediente de considerar que mantener relaciones sexuales por dinero nunca es una buena razón y que por ello debe prohibirse jurídicamente. No siendo así, el argumento expresivo alimenta en puridad el regulacionismo o reglamentismo que antes describía someramente.

Alternativamente, cabe entender el argumento expresivo como una apelación a la existencia de una relación de causalidad bidireccional de acuerdo con la cual la prostitución alimenta la desigualdad estructural entre hombres y mujeres, y ésta a su vez aquélla. ¿Cómo concebir entonces la existencia de otras industrias sexuales, marginales en comparación, que no se centran en las relaciones sexuales entre hombres y mujeres o en los deseos sexuales de los hombres con respecto a las mujeres? ¿Qué papel juegan esas otras formas de prostitución? ¿Cómo entender la prostitución gay? ¿Y la demanda de mujeres que pagan a hombres para obtener satisfacción sexual? Es un hecho incontestable cuán abrumadoramente imperante es la prestación de servicios sexuales de mujeres a hombres frente a todas esas otras presentaciones del fenómeno de la prostitución, pero aquél, en su esencia, no difiere: relaciones sexuales, que de otro modo no se tendrían, a cambio de dinero.

<sup>19</sup> Por todos, Debra Satz, *Por qué algunas cosas no deberían estar en venta: los límites morales del mercado*, Siglo XXI, 2015, p. 200.

<sup>20</sup> Jeffrey Gauthier, “Prostitution, Sexual Autonomy and Sex Discrimination”, *Hypatia*, 26, 1, winter 2011, pp. 166-186, p. 174 (cursivas mías).

Es más, está muy lejos de estar contrastado empíricamente —esa es la naturaleza de esta versión del argumento expresivo— que la existencia de la prostitución contribuya a, o sea el reflejo de, la desigualdad de sexos. Estudios recientes no muestran eso sino más bien lo contrario. Así, una encuesta desarrollada en los Estados Unidos entre clientes de servicios sexuales muestra actitudes menos sexistas que las de la población en general<sup>21</sup>.

En definitiva, la prestación de servicios sexuales a cambio de dinero de un modo “profesionalizado” no es una actividad moralmente inocua, y, por razones vinculadas al daño potencial de quienes prestan el servicio y en aras a la evitación de estereotipos socialmente perniciosos, el Derecho debe intervenir aun de modo no prohibitivo. El llamado “abolicionismo”, en la medida en que pretende imponer una visión sobre la relación sexual “buena” (por igualitaria) y no sólo “correcta” (jurídicamente aceptable por cuanto es consentida) constituye, a mi juicio, una forma de perfeccionismo moral incompatible con el valor de la autonomía de los individuos.

---

<sup>21</sup> Barbara G. Brents et. el., “Are Men Who Pay for Sex Sexist? Masculinity and Client Attitudes Toward Gender Role Equality in Different Prostitution Markets”, *Men and Masculinities*, 4 de febrero de 2020 (<https://doi.org/10.1177/1097184X20901561>)

# De nuevo, sobre trabajo y prostitución

## Again on work and prostitution

AURELIO DESDENTADO BONETE\*

*Profesor honorífico de la Universidad Carlos III de Madrid*

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5543>

*Resumen:* Ese artículo aborda el problema de la consideración de la prostitución como un trabajo que puede dar lugar a un contrato laboral. Comienza con una referencia a la dificultad de conocer la prostitución como hecho social y expone las dificultades existentes para el encaje de esa actividad dentro de las características generales que delimitan el supuesto de aplicación de las normas laborales. Continúa con una exposición breve del estado de la cuestión en la doctrina judicial y termina con una referencia a las posibles alternativas.

*Palabras clave:* contrato de trabajo, prostitución, autonomía privada, voluntariedad, dependencia, imposición legal, moral, orden público.

*Abstract:* This article addresses the issue of considering prostitution as a job leading to an employment contract. It begins with a reference to the difficulty of recognising prostitution as a social reality and exposes the problems of fitting this activity within the frame of labour law. The article goes on to briefly present the state of the matter in judicial doctrine and closes with a reference to possible alternatives.

*Keywords:* employment contract, prostitution, private autonomy, voluntary, dependency, legal imposition, morality, public order.

### 1. La relación entre trabajo y prostitución como problema

#### *a) Un hecho social complejo, un conocimiento bastante limitado*

Continúo aquí algunos análisis y conclusiones que ya he expuesto en otros trabajos en curso de publicación cuando se redacta éste<sup>1</sup>. Esta persistencia en un tema que tiene su interés, pero también su dificultad, solo puede excusarse por la amable invitación de los profesores Mercader y de la Puebla; una invitación que, dada su autoridad, no he tenido la prudencia de resistir. Ello me obliga ahora a la dura tarea de volver sobre lo mismo, aunque sin perder la esperanza de poder aportar algo nuevo.

---

\*adesdent@der-pr.uc3m.es

<sup>1</sup> “De Mesalina a OTRAS: la prostitución como trabajo ante los tribunales del orden social”, Revista de Jurisprudencia, El Derecho, nº 2, marzo 2020 y “Prostitución y contrato de trabajo. Una crítica y una propuesta”, pendiente de publicación en el libro colectivo “Los derechos de las mujeres y sus límites” (Cátedra de Estudios Iberoamericanos Jesús Polanco / Universidad Autónoma de Madrid).

Comenzaré con un reconocimiento de las limitaciones. Creo que no conocemos bien la prostitución como fenómeno social<sup>2</sup> y ello es un obstáculo importante a la hora de abordar correctamente los problemas y de encontrar soluciones. Así que, con el necesario relativismo y el absoluto respeto a las opiniones contrarias, me limitaré a una exposición de algunos datos y reflexiones que puedan contribuir al necesario debate sobre una situación que no es satisfactoria y que no parece tener una solución clara.

Las dificultades de conocimiento surgen lógicamente porque estamos situados en un ámbito de alejamiento / ilegalidad, en el que se ignoran, alteran o borran los hechos provocando lo que a veces se designa como “invisibilidad” en un entorno difícil y complejo.

Con todo, es útil comenzar con algunas aproximaciones al fenómeno. Desde una perspectiva histórica, se ha señalado que la regulación de la prostitución tuvo en España desde mediados del XIX una orientación reglamentista, con un intento abolicionista en 1935 que quedó sin efecto con la guerra civil<sup>3</sup>. Después, en el primer franquismo, la situación resulta más confusa<sup>4</sup>. A partir de 1956 se impone un abolicionismo de corte tradicional<sup>5</sup> que, con las lógicas correcciones derivadas del cambio político, se mantendrá, al menos formalmente, hasta que el Código Penal de 1995 incluya una regulación claramente orientada a la protección de la libertad sexual, que, sin embargo, será objeto de algunas restricciones en las reformas posteriores.

Esta es, en muy apretada síntesis, la evolución de nuestro ordenamiento. Pero hay una serie de factores, como el crecimiento del número de personas dedicadas a esa actividad, la conexión con la emigración ilegal y la trata, la mayor percepción social del coste de determinadas externalidades y las reivindicaciones de igualdad desde una perspectiva de género, que han producido en los últimos tiempos una mayor preocupación social.

En esta línea se inscribe el informe sobre la situación actual de la prostitución en nuestro país que se hizo público en mayo de 2007 por la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades de las Cortes. Es, sin duda, un documento, polémico, pero de gran interés<sup>6</sup> y con una influencia destacable, que en buena medida persiste. Conviene comenzar, por tanto, con una referencia a él.

El diagnóstico del informe ponía de relieve: 1º) la existencia de un volumen de negocio de “dieciocho mil millones de euros al año”<sup>7</sup> con un importante gasto en publicidad<sup>8</sup>; 2º) la estimación de unas 400.000 personas dedicadas a esa actividad, cifra integrada fundamentalmente por mujeres; la mayoría “con graves problemas económicos”, en muchos casos “en situaciones degradantes”, con

<sup>2</sup> C. MARTINEZ MORENO en “La prostitución desde la perspectiva del Derecho del Trabajo” (de próxima publicación en Tirant lo Blanch) destaca que “es difícil saber cuántas personas están ejerciendo en cada momento la prostitución, cuántas realizan su actividad de manera voluntaria, dependiente o independiente” y “en qué tipo de establecimiento”. En el mismo sentido E. BOZA MORENO (“La prostitución como trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs.20-24).

<sup>3</sup> J-L GUEREÑA, “La prostitución en la España contemporánea”, Marcial Pons, 2003, pág. 451.

<sup>4</sup> Vid. L. GARRIDO GUZMÁN, “La prostitución: estudio jurídico y criminológico”, EDERSA, Madrid, 1992, págs. 156- 160, en una valoración centrada en las normas que contrasta con la práctica social de tolerancia que recoge GUEREÑA para este periodo.

<sup>5</sup> Con el Decreto - Ley de 3 de marzo de 1956 y luego con la ratificación en 1962 del Convenio de 21 de marzo de 1950, sobre represión de la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena.

<sup>6</sup> El informe se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes (VIII Legislatura) nº 379, 24.5. 2007. Consta de un total de 224 páginas, de las cuales 25 corresponden al informe de la ponencia aprobado por la Comisión y el resto a las intervenciones de los comparecientes. El informe puede verse como un texto político, sin duda significativo, aunque, desde luego, discutible tanto en sus estimaciones como en sus conclusiones. Las aportaciones de los comparecientes tienen especial interés, porque, aparte del valor de sus contribuciones, recogen análisis, opiniones y propuestas que reflejan, desde una perspectiva realmente plural, posiciones de signo diverso por parte de personas cualificadas del ámbito académico o profesional, sindicatos, organizaciones de trabajadores sexuales - incluido el sector mal conocido de la prostitución masculina -, asociaciones asistenciales, religiosas y feministas, entidades públicas y representaciones de los cuerpos de seguridad del Estado.

<sup>7</sup> Con una ganancia media anual estimada para los empresarios de 45.000 € por persona dedicada a la prostitución (pág. 20).

<sup>8</sup> Con un ingreso estimado de 5 millones de euros por publicidad relacionada con la prostitución para el periódico de mayor tirada (pág. 17).

de privación de libertad y un fuerte grado de dependencia de organizaciones que las explotan con vulneración de los derechos humanos<sup>9</sup>; 3º) la presencia de un alto componente diferencial de género, ya que la mayoría de las personas que practican la prostitución son mujeres, mientras que el 99,7% de los consumidores son varones<sup>10</sup>; 4º) el alto porcentaje de personas extranjeras que conecta el ejercicio de la prostitución con la emigración ilegal, el tráfico y la trata<sup>11</sup>; 5º) la estimación, en términos de demanda, de que “en nuestro país hay 15 millones de varones potenciales clientes” de la prostitución y que el 6% de la población española es consumidora habitual de prostitución<sup>12</sup> y 6º) una destacada presencia en el sector de las mafias dedicadas a la trata de personas<sup>13</sup>.

El informe tiene una orientación abolicionista en sus análisis y en sus propuestas. Así, se afirma, por ejemplo, que: 1º) la regulación incrementa tanto la prostitución como la trata<sup>14</sup>; 2º) el considerar la prostitución como un trabajo “entra en colisión con nuestra normativa en materia de derechos laborales”<sup>15</sup>; 3º) a efectos de “la intervención del Estado, nada aporta la distinción entre prostitución libre o forzada”, distinción que “olvida que el ejercicio de la prostitución atenta contra la dignidad de las personas que la ejercen”<sup>16</sup> y 4º) la prostitución no supone un ejercicio de la libertad sexual, porque “la sexualidad requiere una situación de igualdad y voluntariedad”, en la que “no puede haber” una “relación comercial que constituye en sí misma una situación abusiva, de poder”<sup>17</sup>.

El informe propugna un cuadro muy completo de medidas en orden a erradicar la explotación sexual y la trata de personas, establecer una protección social eficiente y permitir la reinserción laboral en el marco de un plan integral. No podemos examinar aquí esas medidas, aunque haremos alguna referencia a las que se relacionan con la posibilidad de un contrato de trabajo para el ejercicio de la prostitución, una alternativa contra la que el informe se pronuncia tanto de forma general como específica en los términos ya mencionados. Hay que destacar que una de las medidas propuestas era la ampliación del ámbito de ilicitud penal, que partiendo de la existencia de una penalización completa del proxenetismo, proponía “la recuperación de otras figuras desaparecidas como la tercería locativa”<sup>18</sup>.

Existen lógicamente divergencias con las tesis abolicionistas del informe. Pero también hay discrepancia con las estimaciones. Así, se ha señalado que la cifra de 400.000 mujeres dedicadas a la prostitución en el conjunto del país es excesiva<sup>19</sup> y que lo mismo ocurre con el cálculo del porcentaje de clientes, pues la referencia a 15 millones clientes “potenciales” solo registraría un grupo de edad, mientras que la mención de un 6% de la población española como consumidores “habituales” no parece tener un fundamento estadístico claro<sup>20</sup>. En relación con el volumen de negocio, hay que tener en cuenta las estimaciones posteriores del INE sobre la participación en el PIB de las actividades ilegales<sup>21</sup>.

<sup>9</sup> Págs. 18, 20 y 22. Aunque también se hace referencia a la existencia de “supuestas ventajas”, como “la flexibilidad horaria y de dedicación”, así como la percepción de ingresos “mucho más elevados de lo que cobran mujeres con preparación cultural y laboral igual” (pág. 20).

<sup>10</sup> Págs. 17 y 18. La prostitución masculina tendría también una demanda masculina. Sobre la prostitución masculina puede consultarse la comparecencia del representante de la Fundación Triángulo (págs. 71 a 77).

<sup>11</sup> Págs. 18, 20 y 21.

<sup>12</sup> Pág. 20.

<sup>13</sup> Págs. 17, 20 y 22.

<sup>14</sup> Pág. 21.

<sup>15</sup> Págs. 19 y 22.

<sup>16</sup> Pág. 18.

<sup>17</sup> Pág. 19.

<sup>18</sup> Pág. 25.

<sup>19</sup> E. SANCHIS, “La ponencia sobre la prostitución en España”, Claves de Razón Práctica, nº 187/ 2008 (págs. 18 y 20). Se refiere a un abanico de estimaciones que van de 100.000 a 500.000, pasando por 300.000 y 400.000. Se considera más razonable la estimación inferior realizada por EDIS.

<sup>20</sup> E. SANCHIS, “La ponencia...” cit., pág. 20.

<sup>21</sup> BOZA MOORENO, op.cit., págs. 20 y 21. Vid. Instituto Nacional de Estadística, “Contabilidad Nacional de España. Nueva base 2010” en <https://www.ine.es/prensa/np862.pdf>. El INE advierte que los datos tienen carácter excepcional y solo a efectos in-

Antes y después del informe de la Comisión Mixta fueron apareciendo otros estudios en algunas Comunidades Autónomas, como Cataluña, Andalucía, Castilla y León<sup>22</sup> y Valencia. En esta última Comunidad se publicó un estudio en 2007, que contiene una estimación muy completa de la prostitución en ese ámbito<sup>23</sup> y que fija una cifra de 7.560 mujeres (500 en la calle, 5.000 en clubes de carretera y urbanos<sup>24</sup>, 1.700 en pisos, tanto “autogestionados” como “empresariales”, y 360 en la denominada prostitución de lujo). Revisada al alza la cifra final para corregir desviaciones de cómputo, se concluye que el número total se podría fijar en torno a 10.000 mujeres para la Comunidad Valenciana, lo que representaría un 10% sobre la cifra que se acepta para el conjunto nacional.

### *b) Prostitución forzada y prostitución voluntaria*

Otro punto objeto de debate se refiere al carácter forzado o voluntario de la prostitución. Desde algunas posiciones abolicionistas se ha venido manteniendo que toda prostitución es forzada; afirmación que se justifica tanto por razones de principio (la prostitución es algo que nadie puede elegir libremente), como en ocasiones aportando altos porcentajes de involuntariedad (hasta el 95% en algunos casos), que vendrían a concluir que el ámbito de la prostitución libre es tan extraordinariamente limitado que no justifica su reconocimiento laboral<sup>25</sup>.

Pero también aquí hay discrepancias<sup>26</sup>, que llevan a la necesidad de hacer distinciones. En primer lugar, es preciso aclarar que el condicionamiento que, en mayor o menor intensidad, experimentan todos los que tienen que vivir de un trabajo no equivale, aunque pueda ser muy apremiante, a una determinación forzosa al mismo mediante violencia o intimidación<sup>27</sup>. Y, en segundo lugar, hay que distinguir también entre una prostitución forzada, más o menos amplia, que es la que opera

---

formativos. El conjunto de actividades ilegales para 2010 se fija en un 0,87 del PIB; la prostitución representa un 0,35%, por debajo del tráfico de drogas con un 0,50%.

<sup>22</sup> Un panorama general de estos estudios puede consultarse en F. REY MARTÍNEZ, R. MATA MARTÍN y N. SERRANO ARGÜELLO, “Prostitución y Derecho”, Aranzadi, Elcano, 2004, págs. 51-60.

<sup>23</sup> VV. AA. (I.SERRA, coord.), “La prostitución femenina en la Comunidad Valenciana”, Institut d’Estudis de la Dona, Universitat de València, <http://www.inclusio.gva.es/documents/610706/162187124/Prostitucion+femenina+CV/b2270ceb-9918-4deb-8488-124cfd671106>, en especial y respecto a la cuantificación, págs. 79-108.

<sup>24</sup> Con un claro predominio de los clubes de carretera sobre los urbanos. Una clasificación más general de las modalidades de ejercicio en L. GARRIDO GUZMÁN, op.cit. págs. 70 a 80.

<sup>25</sup> El informe de la Comisión Mixta señala, como hemos visto, que “a efectos de la intervención del Estado nada aporta la distinción entre prostitución libre y forzada”, lo que se justifica con citas del Convenio de Lake Success, del entonces art. 188 del Código Penal y de la resolución del Parlamento Europeo de 2 de febrero de 2006. Pero el que puedan pensarse también determinados supuestos de prostitución no forzosa o que se recomiende “luchar contra la idea de que la prostitución es equiparable a un trabajo” no equivale a desconocer las diferencias existentes entre las dos formas de prostitución, que tienen un tratamiento distinto en nuestra legislación penal. Además, el Convenio de Lake Success no tiene aplicación directa, sino a través de las normas penales españolas (STS3ª 22.4. 2010, r. 506/07) y tampoco la tiene la resolución del Parlamento Europeo mencionada, que es una declaración política que se limita a realizar recomendaciones.

<sup>26</sup> Para una referencia a estas posiciones y al debate sobre el controvertido porcentaje del 95 % de prostitución forzada, vid. M. LLOBET ANGLÍ, “¿Prostitución?: ni sí, ni no, sino todo lo contrario. Sesgos empíricos, contradicciones de *lege data* y desajustes de *lege ferenda*” (Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología, nº 19-19/2017). Tienen interés también, en el Informe de la Comisión Mixta, las divergencias en este punto entre la representante del colectivo Hetaira, Sra. Garaizabal (págs. 40 y 41), y la Sra. Fontecha, Secretaria de Igualdad de UGT (págs. 98 y 99). En “Prostitución voluntaria o forzada. Una cuestión a debate” (Papers, 96//3, 2011) E. SANCHIS ha abordado el tema a partir de una encuesta realizada a 23 personas, extranjeras y nacionales dedicadas a la prostitución en la Comunidad Valenciana.

<sup>27</sup> Vid. A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ SAÑUDO y J. GARCÍA MURCÍA (“Derecho del Trabajo”, Tecnos, Madrid, 2019, págs. 38 y 39), que distinguen entre la compulsión económica al trabajo y el trabajo forzoso: en todas las sociedades históricas la gran mayoría de las personas han tenido que trabajar para vivir, pero “cuando se habla de trabajo libre y trabajo forzoso no nos estamos refiriendo a dicha compulsión”, pues solo “existe trabajo forzoso cuando existe imposición del trabajo por parte de otra persona y trabajo libre cuando esta imposición externa no se da”. En sentido similar, M. ALONSO OLEA, “Introducción al Derecho del Trabajo” (Civitas, Madrid, 2002, págs. 75-78).

normalmente en el ámbito delictivo de la trata, aunque no solo en éste, y que quedaría por definición fuera del ámbito laboral, y otra voluntaria, en la que sí tiene sentido discutir sobre su eventual carácter laboral cuando se realiza por cuenta ajena.

*c) Pero, ¿se trata de un trabajo?*

Hecha esta distinción básica, es conveniente también señalar que la controversia sobre la posibilidad de una relación laboral para el ejercicio de la prostitución se enfrenta con dificultades importantes. Vamos a examinar brevemente algunas de ellas.

En primer lugar, hay que examinar si la prostitución puede definirse como un trabajo, pues el art. 1 ET nos dice que el ordenamiento laboral solo se aplica a los trabajadores, es decir, a quienes realizan voluntariamente un trabajo en determinadas condiciones de ajenidad, dependencia y retribución. No se trata solo de una cuestión teórica, ya que en el informe de la Comisión Mixta se sostiene una posición negativa a la consideración de la prostitución como un trabajo y en las intervenciones de los comparecientes hay también algunos pronunciamientos en este sentido, que invocan consideraciones de orden moral, dignidad y respeto a las mujeres, aparte de hacer referencia a la efectiva garantía de los derechos fundamentales y al rechazo de condiciones degradantes de explotación. Hay también opiniones discrepantes<sup>28</sup>.

Son, unas y otras, respetables, pero plantean un problema que aquí debe abordarse desde la doble perspectiva de la realidad y de la incidencia sobre ella de las consideraciones legales y morales, distinguiendo, por tanto, entre lo que es un trabajo en sí y la calificación jurídica o moral que pueda aplicársele.

A estos efectos, el trabajo debe considerarse ahora en una vertiente más empírica como una actividad humana dirigida a la producción de bienes y servicios mediante un esfuerzo personal. Esa actividad, que puede ser por cuenta propia o ajena, tiene un carácter instrumental, ya que, como se ha señalado, “la característica esencial del trabajo productivo está en que la persona que trabaja pone su esfuerzo teniendo como finalidad la obtención a través de éste de los medios materiales (...) que necesita para subsistir”; una finalidad que “en todo tiempo ha sido y que, desde luego, hoy sigue siendo la motivación dominante de quienes trabajan”, pues, en cita de Schopenhauer, “quien hace profesión de una cosa, ama más el beneficio que de ella obtiene que dicha profesión”<sup>29</sup>. Este es el trabajo en sí que es independiente de su consideración como una actividad que puede ser socialmente productiva, improductiva o antisocial<sup>30</sup>. En este último caso estaremos ante un trabajo ilícito o delictivo, pero ante un trabajo.

Podríamos recordar aquí, a efectos de distinguir estos dos planos, la doctrina del Tribunal de Justicia europeo, que ha reconocido que la prostitución es una actividad económica en la medida en que “constituye una prestación de servicios remunerada”, sin perjuicio de precisar también, en relación con la alegada inmoralidad de esa actividad, que no le corresponde al Tribunal “sustituir por la suya la apreciación de los legisladores de los Estados miembros en los que una actividad supuestamente inmoral se practica legalmente”<sup>31</sup>, aunque tampoco la de otros en los que está prohibida en razón de esa inmoralidad o de consideraciones de orden público.

<sup>28</sup> Vid., por ejemplo, las intervenciones de las Sras. Garaizabal, Juliano y Falcón (págs. 39- 52), de la Sra. Fontecha (UGT, págs. 98-102) y de las representaciones de CC.OO (págs. 33-35 y 65 - 68).

<sup>29</sup> ALONSO OLEA, “Introducción al Derecho del Trabajo”, cit., pág. 60.

<sup>30</sup> ALONSO OLEA, op.cit.pág. 62.

<sup>31</sup> STJCE 20.11. 2001 (C 268/99), con criterio reiterado por las SSTJUE 16.12. 2010 (C- 137/09) 1.10.2015 (C 341/14) y 8.5.2019 (C 230 /18). Sobre esta doctrina, vid. A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, “La prostitución como actividad económica, la incidencia de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la cuestión” en VV. AA., “Prostitución y trata”, Tirant lo Blanch, 2007, págs. 255- 291.

El Derecho puede, por tanto, rechazar ese trabajo por razones morales o de otra índole; un rechazo que puede también operar con mayor intensidad a través de las normas penales con sanciones de este carácter o, más moderadamente, a través de su exclusión por las normas civiles, laborales o administrativas. Pero esto nos lleva a otras cuestiones.

*d) ¿Qué tipo de trabajo?*

Se afirma a veces que la prostitución es un mundo de diversidad y esa diversidad se produce también respecto a la forma en que se ejerce. Hay prostitución por cuenta propia<sup>32</sup>, formas asociativas de ejercicio y prostitución por cuenta ajena, que es la que se realiza a través de un tercero que organiza la actividad, la dirige y la retribuye. ¿Cabe para esta última modalidad un contrato de trabajo?

Hay dificultades importantes y no se refieren solo a las eventuales prohibiciones legales, sino que afectan a la naturaleza de la propia actividad y a los obstáculos para definir una posición empresarial. Así, la prostitución callejera suele presentarse como un típico trabajo por cuenta propia, pero pueden aparecer determinadas “protecciones”, que, aparte de su eventual calificación penal, podrían confundirse con posiciones empresariales en un sentido económico (explotación del trabajo ajeno) y en la dirección de la actividad (dependencia). En la actividad que se desarrolla en pisos y en clubs de carretera, las posiciones de dependencia deberían ser más claras, pero cabe su distorsión, recurriendo al juego de otras figuras contractuales, con diferentes combinaciones. Por otra parte, la clasificación formal de las modalidades de ejercicio queda perturbada por la presencia de vínculos con la trata o el tráfico de personas y otras formas forzadas de explotación sexual<sup>33</sup>. Así que la prostitución es también un “espejo oscuro”, como subraya una imagen literaria.

En las clasificaciones tradicionales de los llamados “soportes de la prostitución” se suele distinguir entre proxenetes, rufianes y clientes<sup>34</sup>, a los que pueden añadirse las personas dedicadas al ejercicio de la llamada tercería locativa, entendida como una actividad que se limita a proporcionar, a cambio de precio, el local donde se practica la prostitución. Dejando aparte a los clientes y a la tercería, se trata de nociones en general desfasadas, pero que reflejan la complejidad de la actividad. El proxeneta se definía tradicionalmente por una función de mediación, aunque hoy asume sin duda un significado más amplio como el supuesto típico de la posición empresarial en el sector; el rufián suele vincularse con la protección de la persona que ejerce la prostitución, viviendo a su costa y manteniendo en ocasiones con ella algún tipo de relación personal. Estas figuras presentan dificultades a la hora de establecer una posición empresarial, pues con frecuencia los vínculos reales se alteran o se ocultan, de forma que el proxenetismo se presenta como mera tercería locativa y el rufián podría asumir en algunos casos posiciones materialmente empresariales, dirigiendo la actividad, controlándola y recaudando los ingresos<sup>35</sup>. La entrada de la trata y el tráfico de personas añade

<sup>32</sup> Es la forma de ejercicio con menos problemas de legalidad, aunque en la práctica pueden surgir dificultades importantes de orden administrativo Sobre la prostitución por cuenta propia, vid. G. POYATOS MATA, “La prostitución como trabajo autónomo” Bosch, Barcelona, 2009 y F. V. LÓPEZ I MORA, “Prostitución y estatuto profesional” en VV. AA., “Prostitución y trata”, cit., págs. 172-178, que examina también el trabajo asociado (págs.178- 182).

<sup>33</sup> En este sentido, son ilustrativos los informes presentados a la Comisión Mixta por la Policía Nacional (págs. 77-80) y la Guardia Civil (págs. 132- 136).

<sup>34</sup> Una exposición muy detallada de los soportes en GARRIDO GUZMÁN, op.cit., págs. 99- 121.

<sup>35</sup> Vid, por ejemplo, la práctica que recoge el estudio sobre la prostitución en Castilla y León en relación con los establecimientos de carretera: el propietario del hotel o club cobra una tarifa diaria por hospedaje y se compromete a dar al proxeneta el 50% del dinero generado por las consumiciones y el 30% de los servicios sexuales; él se queda con otro 30% y el 40% restante será para la prostituta. El proxeneta deja a las mujeres en el hotel y no regresa hasta pasados 21 días, fecha en la que retira a las mujeres y hace cuenta con el propietario (REY MARTINEZ y otros, op.cit, pág. 59).

más complejidad, pues el traficante puede ocultarse detrás del proxeneta en una doble posición empresarial<sup>36</sup>.

*e) Regular, abolir, prohibir*

¿Hay un margen de licitud para este trabajo cuando se realiza por cuenta ajena? Esta pregunta nos lleva a examinar el sistema de regulación de la prostitución en el que deba encuadrarse el ordenamiento de que se trate, pues de ello depende que haya o no un espacio para un trabajo legal. En este punto se han definido tres modelos. El primero el reglamentismo, que reconoce el ejercicio de la prostitución, pero que la somete a diversos controles de orden público, administrativo o sanitario<sup>37</sup>. El abolicionismo reacciona contra las regulaciones y los controles, que considera degradantes para sostener que hay que erradicar la prostitución, excluyendo su legalización y penalizando a quienes la explotan, pero no a quienes la ejercen. Si la penalización se extiende al cliente, estamos en una versión radical de este modelo. Si alcanza a quien ejerce la prostitución, se trata ya de otro modelo: el prohibicionismo<sup>38</sup>. Con este y con un abolicionismo estricto y coherente no habría espacio para un ejercicio legal de la prostitución.

*f) ¿Es viable un contrato de trabajo para el ejercicio de la prostitución?*

Pero los modelos no suelen darse en estado puro. Como hemos visto, en España desde 1956 se adoptó el abolicionismo, que se reforzó con la ratificación del Convenio de Lake Success en 1962. Pronto se impuso, sin embargo, en la práctica una amplia tolerancia que enlazó con una regulación más moderada como consecuencia de la transición política. Con el Código Penal de 1995 parecía que íbamos hacia un reglamentismo liberal, pero no se pasó de la alegalidad. A partir de la reforma de la Ley Orgánica 11/2003, el ámbito delictivo volvió a ampliarse, pero de una forma problemática que dio lugar a una doctrina jurisprudencial moderadora que permitía un margen de licitud<sup>39</sup>. En lo esencial, esta situación parece haberse mantenido con la reforma 2015 en la nueva redacción del art. 187 del Código Penal que no penaliza la explotación de la prostitución voluntaria de adultos cuando no sea abusiva en el sentido que precisan los supuestos de los apartados a) y b) del párrafo 2º del nº 1 de ese artículo. 187<sup>40</sup>.

El Derecho Penal no agota la respuesta al problema. Están también los límites que para la autonomía privada establece el art. 1255 CC. Pero, como he señalado en otro lugar, las leyes, aparte

<sup>36</sup> Un ejemplo en la STS2ª 13.11. 2019 (r. 10121/19) en un caso de prostitución coactiva y trata.

<sup>37</sup> El reglamentismo ha tenido históricamente una versión clásica muy poco respetuosa con las personas dedicadas a la prostitución y que motivó la reacción del primer abolicionismo de Josephine Butler (J.R. WALKOWITZ, “Sexualidades peligrosas” en VV. AA., “Historia de las Mujeres (IV). El siglo XIX”, págs. 397- 406). Hay, sin embargo, un reglamentismo contemporáneo de carácter más liberal.

<sup>38</sup> Un panorama de estos sistemas en P. DE LORA, “¿Hacernos los suecos? La prostitución y los límites del Estado”, Claves de Razón Práctica, nº 187/2008. Desde una perspectiva laboral, vid. S. OLARTE ENCABO, “La prostitución voluntaria: ¿una forma de esclavitud o de ejercicio de libertad personal, de trabajo y de empresa”. La valoración de estos sistemas es variable. El modelo sueco suele presentarse desde perspectivas abolicionistas como un gran logro en la reducción del número de personas dedicadas a la prostitución y de la trata con un coste reducido en términos represivos. Pero los partidarios de la legalización destacan la dificultad de las estimaciones como consecuencia del paso a la clandestinidad y los efectos negativos de ésta.

<sup>39</sup> Una síntesis de esa doctrina en el ATS2ª 9.6.2016 (10.092/16), que señala que, en virtud del principio de proporcionalidad, hay que entender que el tipo exige, entre otras circunstancias, que los rendimientos económicos se deriven de “la explotación sexual de una persona que se halle mantenida en ese ejercicio mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o como víctima del abuso de superioridad o de su situación de necesidad o vulnerabilidad”.

<sup>40</sup> M. MUÑOZ CONDE (“Derecho Penal. Parte Especial”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 239- 241) y E. ORTS BERENGUER en VV. AA., “Derecho Penal. Parte Especial” (Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 256 y 257)

de lo ya dicho sobre las penales, no contienen una exclusión clara. La moral y el orden público son más problemáticos. En el plano de la moral social se registran posiciones diversas, de modo que no es fácil apreciar el consenso necesario para sostener una prohibición cuando se trata de prostitución voluntaria de adultos<sup>41</sup>. Además, la experiencia comparada de los países de nuestro entorno cultural muestra la existencia de soluciones diferentes. Tampoco está en juego el orden público entendido como el conjunto de los principios rectores de la comunidad o como la necesaria reacción ante un riesgo relevante para “un interés fundamental de la sociedad”<sup>42</sup>, sin perjuicio de que lógicamente puedan adoptarse medidas administrativas clásicas para eliminar o corregir externalidades.

Se ha cuestionado también la adecuación del propio contrato de trabajo para regular la práctica de la prostitución por cuenta ajena. Hay, desde luego, en la legislación laboral algunas regulaciones que se ajustan mal o carecen de sentido en esta actividad y que requerirían su eliminación o adaptación en unos términos que no es fácil abordar por vía aplicativa<sup>43</sup>.

La objeción más importante pone de relieve la dificultad o, para algunos, la imposibilidad de admitir el ejercicio de poderes empresariales de dirección, control y disciplina sobre una actividad de carácter tan personal y subrayan que el ejercicio de esos poderes pone en riesgo o vulnera directamente los derechos a la libertad, la intimidad o la integridad personal<sup>44</sup>.

Una posible solución sería, como se ha señalado, una relación laboral especial que permitiera dar respuesta a la singularidad de esta actividad y que, en concreto, garantizara la necesaria “atenuación de la dependencia”<sup>45</sup> en la línea de otras experiencias comparadas<sup>46</sup>. Pero incluso en el ámbito de la legislación vigente cabe, como han apuntado ya algunas sentencias de instancia, la solución de la laboralidad, aunque haya que adoptar las necesarias cautelas. Una interpretación respetuosa de las normas podría dar respuesta a las exigencias que se derivan del reconocimiento de los derechos fundamentales en cuestión<sup>47</sup>.

Si tampoco se considera posible esta vía, hay que recurrir al art. 9. 2 ET, un precepto que requiere también una interpretación, pues solo garantiza para los contratos nulos - y éste sería el caso

<sup>41</sup> En ocasiones se califica la prostitución como violencia de género, esclavitud o trabajo forzoso. En su significado estrictamente jurídico estas calificaciones no encajan como definición general. No hay violencia si no se impone una acción mediante la fuerza o la intimidación; no hay esclavitud ni trabajo forzado si se trata de un contrato en el que se puede entrar y salir libremente, sin perjuicio de la presión de los condicionamientos económicos que nos obligan a trabajar para vivir. Por otra parte, si hay violencia, imposición forzosa del trabajo o un contrato de esclavitud, no existirá, por supuesto, contrato de trabajo.

<sup>42</sup> STJCE 20.11. 2001, C 268/99).

<sup>43</sup> El problema de la edad mínima laboral se resuelve por la aplicación de las normas penales. Pero hay normas en diversas materias (formación, empleo, clasificación profesional y promoción, ocupación adecuada y extinción del contrato, entre otras) que requerirían exclusiones o adaptaciones. Sobre estos problemas vid. la completa de exposición de LÓPEZ I MORA (op.cit., págs. 188- 199), que apunta posibles soluciones; también OLARTE ENCABO (op.cit. págs.556- 557) y DE LORA (“¿Hacernos los suecos?”, cit., págs. 32y 33).

<sup>44</sup> Está también implicada la dignidad de la persona en una dimensión que se ha relacionado con la cosificación. Remito en este punto a dos artículos recientes de interés: F. ALEMÁN PÁEZ, “El trabajo sexual en la Ley alemana reguladora de la prostitución (“das prostituiertenschutzgesetz”). Bases teóricas y exegéticas de una isonomía crítica” (Derecho de las Relaciones Laborales, nº 7/2018), y M. CUENCA ALARCÓN, “La libertad sexual y reproductiva e igualdad por razón de género (el supuesto de la aún llamada prostitución)” (Derecho de las Relaciones Laborales nº 8/2019). En mi trabajo “Prostitución y contrato de trabajo” he abordado estos problemas a partir de los límites de la imposición legal y de las exigencias del respeto a la autodeterminación personal.

<sup>45</sup> Un examen de las posibles medidas para garantizar la adaptación en R. FERNÁNDEZ, R.TASCÓN, H. ÁLVAREZ y J.G. QUIRÓS, “Sobre la posible regularización laboral de la prostitución: reflexiones para un debate” (Revista de Trabajo y Seguridad Social (CIF), nº 24/2007) y LÓPEZ I MORA (op.cit. págs. 182-200). La propuesta de relación laboral especial se ha formulado, entre otros, por FITA ORTEGA (op.cit., págs. 251-253), CANO GALÁN (op.cit. págs. 628), BOZA MORENO (op.cit., págs. 67, 68 y 121), C.GALA DURÁN (intervención en la Comisión Mixta de Derechos de la Mujer, cit., pág. 117-120) y el Grupo de Estudios de Política Criminal (“ Propuesta de regulación del ejercicio voluntario de la prostitución”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 24 y 25).

<sup>46</sup> En particular, determinadas medidas previstas en la legislación alemana, como la llamada “ prohibición de órdenes” sobre algunos aspectos de la ejecución de la prestación laboral que afectan más directamente a la libertad sexual y la intimidad. Sobre esta legislación, vid. el completo análisis de ALEMÁN PÁEZ en el artículo citado.

<sup>47</sup> Aparte de otras adaptaciones, la limitación de los poderes de dirección empresariales sería posible a la vista de las cláusulas generales de los artículos 4.2.d) y e) en relación con los arts. 19.1 y 20.2 y 3. ET. Por vía interpretativa habría que garantizar la salida de la relación sin necesidad de preaviso.

- “la remuneración” correspondiente al trabajo que ya se “hubiere prestado”. La solución contrasta con la del art. 36.5 de la Ley Orgánica, sobre derechos y libertades de los extranjeros, que va más allá, incluyendo las responsabilidades de Seguridad Social.

Por ello, dada la situación actual, creo que tiene interés detenerse en una opinión discrepante que se puso de relieve como voto particular en una sentencia ya algo antigua, la STSJ Sevilla 4.12.2003<sup>48</sup>. El voto, como veremos, tuvo importancia en la renovación de los argumentos contrarios a la legalización. Era un caso que se presentaba como alterne y en el que se impugnaban las altas de oficio. La sentencia desestimó el recurso de la empresa, confirmando la desestimación de la impugnación del alta en la Seguridad Social por apreciar la laboralidad del alterne. El voto discrepa por entender que hay también práctica de la prostitución, lo que determina la nulidad del contrato. Razona que “no se trata de que califiquemos con cánones éticos la actividad”, sino de garantizar “los derechos a la libertad sexual y a la dignidad personal” frente al “ejercicio de los poderes directivos y de organización del empresario”, que crean un “evidente peligro de que la prostitución sea forzada y no libre”. Sostiene, por tanto, que los contratos deben considerarse nulos, pero sin que “su invalidación afecte a los derechos derivados de la relación de servicios”, de forma que procede el alta. Pero, queda también “abierta la posibilidad” de que las afectadas abandonen “la actividad en cualquier momento”. Dos puntos hay que resaltar: el contrato es nulo, pero parece que la consecuencia de esa declaración no produce automáticamente la terminación del vínculo, sino que se concreta en reconocer a las afectadas la posibilidad de abandonar en cualquier momento la relación y además los efectos de la prestación de servicios realizada se extienden al alta en la Seguridad Social, aplicando la solución prevista para los extranjeros irregulares.

## 2. ¿Qué han dicho los tribunales del orden social sobre la prostitución como trabajo?

### a) *La posición dominante: exclusión del contrato de trabajo para el ejercicio de la prostitución*

Es este un tema que he abordado de forma más detenida en los artículos ya mencionados, por lo que me limitaré aquí exponer las líneas básicas de la doctrina judicial<sup>49</sup>.

En este sentido creo que la pregunta que abre este apartado tiene en la actualidad una respuesta clara: la prostitución no es en la doctrina judicial dominante un trabajo por cuenta ajena incluido en el ordenamiento laboral. En consecuencia, el contrato laboral para el ejercicio de la prostitución sería nulo, sin perjuicio de la aplicación de las garantías que prevé el art. 9 del Estatuto de los Trabajadores.

Esa es, en síntesis, la respuesta de los órganos judiciales del orden social. Veamos ahora en líneas generales cuáles son los fundamentos de esa conclusión y hasta dónde llega el acuerdo o se produce el desacuerdo.

- 1º) Lo primero que hay que aclarar es que la Sala de lo Social 4ª del Tribunal Supremo se ha pronunciado en el sentido que se acaba de indicar, pero lo ha hecho de una forma

<sup>48</sup> R 2026. Vid. el comentario de D. DE LA VILLA y DE LA SERNA, “Relaciones laborales de hecho, nulidad del contrato de trabajo y actividades laborales de causa u objeto ilícitos o contrarios a las buenas costumbres” (Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social nº 6/2004), que también pone de relieve la necesidad de generalizar la solución prevista para los emigrantes irregulares.

<sup>49</sup> Remito también para el análisis de la doctrina judicial a los trabajos ya citados de REY MARTÍNEZ y otros, FITA ORTEGA, CANO GALÁN y BOZA MORENO, a los que hay que añadir los de M. GONZÁLEZ DEL RÍO (“El ejercicio de la prostitución y el contrato de trabajo” (Comares, Granada, 2013) y J.F. LOUSADA AROCHENA “El tratamiento legal de la prostitución: ¿ forma de esclavitud o trabajo sexual?” en “El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud”, cit., págs. 649- 651).

indirecta, que es dudoso que podamos calificar como doctrina jurisprudencial en sentido propio. Existen, en primer lugar, las sentencias históricas sobre el alterne de los años 80 del siglo pasado<sup>50</sup>. Pero estas sentencias, aunque aceptaron la laboralidad de ese trabajo, no contemplaron el caso de la prostitución, ni su eventual concurrencia con el alterne. No se dijo que el alterne podía ser laboral, pero la prostitución no, y no se dijo sin duda porque no era necesario, dado el planeamiento de los casos. En realidad, la práctica del alterne era o se fue haciendo más compleja, apareciendo en los nuevos casos relaciones problemáticas con la prostitución, a las que luego se hará referencia.

- 2º) Hay una sentencia bastante posterior, la STS 27.11. 2004<sup>51</sup>, dictada en el caso “Mesalina”, que suele considerarse más explícita. Es una resolución de interés, pues resuelve un caso en el que se había denegado la inscripción de una asociación empresarial de la Ley 19/1977 por la conexión de su ámbito con el ejercicio de la prostitución. Pero, en realidad, ese ámbito se definía en función de la actividad de los asociados a la patronal y la actividad quedaba referida a “la tenencia o gestión o ambas, de establecimientos públicos hoteleros destinados a dispensar productos o servicios que tengan como público objetivo terceras personas, ajenas al establecimiento, que ejerzan el alterne y la prostitución por cuenta propia”. Por tanto, a efectos de la inscripción como organización patronal, no se planteaba el problema de una eventual actuación en unas hipotéticas relaciones colectivas de trabajo entre los empresarios asociados y las personas dedicadas a la prostitución, ya que éstas eran solo clientes y además actuaban por cuenta propia. Se confirmó, por tanto, el fallo de la Audiencia Nacional favorable a la inscripción de la asociación empresarial, pero precisando, por una parte, que la acción colectiva de la patronal hacía referencia al personal laboral de los establecimientos ( “ camareros, limpiadoras, etc.), incluido “el alterne en su caso, cuando (...) sea laboral”, y advirtiendo, por otra parte, que si en “el curso de su actuación futura” pudiera apreciarse un fomento de la prostitución, “habrán de adoptarse las medidas oportunas por quien corresponda”. No hay pronunciamiento explícito, porque no es necesario en el caso, aunque se está indicando que cabe el alterne laboral, pero no la prostitución laboral.
- 3º) El protagonismo en la elaboración de la doctrina judicial ha correspondido, por tanto, a los órganos de instancia y de suplicación, decidiendo normalmente procedimientos de oficio y, más raramente, despidos, lo que no deja de ser significativo. Nos ocuparemos solo de las sentencias de suplicación, que con bastante frecuencia han tenido que entrar en un marco de relaciones muy complejas entre alterne y prostitución; un problema que todavía no tiene una solución uniforme. No puedo ocuparme aquí de este tema pero hay que destacar su interés, ya que, nos ilustra sobre las nuevas formas de ejercicio de la prostitución y además, desde una perspectiva jurídica, pone de relieve un tema doctrinal importante: el de los negocios complejos o coaligados: alterne laboral por cuenta ajena o propia y prostitución también por cuenta ajena o por cuenta propia, combinada en ocasiones con el arrendamiento de habitaciones en el propio establecimiento<sup>52</sup>.

Dejando al margen las dificultades derivadas de las conexiones, las sentencias de suplicación coinciden en la solución del problema principal: no es posible un contrato de trabajo para el ejer-

<sup>50</sup> Las sentencias históricas van de la STS 3.3.1981 (RJ 1301) a la STS 4.2.1988 (RJ 571).

<sup>51</sup> R. 18/2004.

<sup>52</sup> ¿Qué hacer en estos casos?, ¿hay dos o tres relaciones independientes?, ¿prevalece la principal?, ¿la prostitución desplaza siempre al alterne?. Pueden confrontarse, por ejemplo, las soluciones de las SSTSJ Galicia 16.1.2015 (r. 3656/13) y STSJ Cataluña 2. 10.2008 (r. 943/06).

cicio de la prostitución. Pero, si la conclusión es uniforme, la argumentación se va haciendo más compleja, aunque no contradictoria. En las primeras sentencias, bastante “escasas”, como se ha dicho<sup>53</sup>, encontramos la argumentación tradicional que se funda en los límites del contrato por ilicitud del objeto o de la causa (art. 1255 en relación con los arts. 1271 y 1275 del Código Civil). Ahora bien, conforme avanza el nuevo siglo y probablemente como consecuencia del nuevo Código Penal de 1995, los pronunciamientos son más frecuentes y la fundamentación se hace más compleja con la referencia a la vulneración de los derechos fundamentales (la libertad sexual, la integridad y la intimidad) y mediante la incorporación de algunas posiciones del abolicionismo como la referencia a la violencia de género, la esclavitud o el trabajo forzoso<sup>54</sup>. En este sentido, resulta significativa la argumentación de la STSJ Cataluña 15.5.2009<sup>55</sup>, en la que se señala que “no entra ni puede entrar dentro de las facultades del empresario que regula el art. 20 ET el disponer sobre el uso del cuerpo de la propia persona que trabaja, pues “no es esa persona el objeto del contrato laboral”, lo contrario sería “una interpretación aberrante y fraudulenta que intenta asimilar la venta de la fuerza de trabajo” a “la venta del uso del cuerpo de los trabajadores”, algo que sería parecido a “la relación de esclavitud”. Esta nueva fundamentación se ha ido generalizando,<sup>56</sup> concurriendo en muchos casos con la tradicional a partir del art. 1255 CC.

- 4º) Es importante destacar también que después del caso Mesalina el Tribunal Supremo no ha abordado el problema de forma directa, aunque en ocasiones, al inadmitir recursos de unificación de doctrina, se incorpora alguna referencia *obiter dicta* a la exclusión del contrato de trabajo para el ejercicio de la prostitución<sup>57</sup>.

Por ello, si tenemos en cuenta lo dicho sobre las sentencias históricas del alterne, las limitaciones de la decisión del caso Mesalina y las que se derivan de las nuevas resoluciones del Tribunal Supremo - sentencias o autos de inadmisión -, hay que concluir que no existe jurisprudencia sobre el problema.

- 5º) De ahí la conveniencia de cerrar la exposición de este apartado con una mención de la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 19 de noviembre de 2018<sup>58</sup>, que ha resuelto un nuevo caso famoso, el del sindicato OTRAS. La sentencia, que está pendiente de recurso de casación, tiene interés, porque se pronuncia de nuevo sobre un problema de carácter colectivo: un sindicato de trabajadores del sexo, cuyos estatutos se anulan por considerar que está incluida en su ámbito la prostitución por cuenta ajena. Pero es importante también porque en esta resolución se contiene una completa síntesis de los argumentos, tanto tradicionales como innovadores, que excluyen la laboralidad de la prostitución por cuenta ajena.

<sup>53</sup> REY MARTÍNEZ y otros (págs.195 -213), que examinan también decisiones de los órdenes civil y contencioso-administrativo. Pueden citarse las SSTJS Islas Baleares 9.1.1992 (AS 201), Cataluña 2.1.1997 (AS 340) y 17.9.2003 (r. 3826/03); esta última aceptando la laboralidad del alterne concurrente con la prostitución.

<sup>54</sup> Esta renovación se inicia con el voto particular de la STSJ Sevilla 4.12.2003 (2026/03), que ya se ha examinado y que se funda en los derechos constitucionales a “la libertad sexual y a la dignidad”. El paso hacia los argumentos con perspectiva de género puede verse en la STSJ Galicia 10.11.2004 (r. 3598/04), que acepta los de la sentencia de instancia (SJS Vigo 7.5.2004 (p.803/03)). Se aprecia la nulidad de los contratos de trabajo que tengan por objeto el ejercicio de la prostitución, “al ser la explotación de la prostitución por cuenta ajena una forma de violencia de género” y de “esclavitud de las mujeres”, aunque también añade una referencia a la moralidad.

<sup>55</sup> R 101/08. La sentencia admite como laboral el alterne concurrente con la prostitución, lo que motiva un voto particular.

<sup>56</sup> Por ejemplo, en las SSTSJ Galicia 16.1.2015 (r. 3656/15) y 12.6.2019 (r. 753/19); también en las del TSJ de Cataluña de 4.7.2013 (r. 3656/12) y 15.11.2013 (4248/13) y en la SSAN 19.11.2018, p. 258/18). La STSJ Cataluña 11.11.2019 (r. 3647/19) adopta también una perspectiva de género, pero se centra en la lesión de los derechos fundamentales a la libertad sexual y la intimidad.

<sup>57</sup> SSTS 29.10.2013 (r. 61/139) y 21.12.2016 (r. 1778 y 1868/15), que citan numerosos autos de inadmisión.

<sup>58</sup> P. 258/18.

*b) Una solución alternativa: la prostitución puede dar lugar a un contrato de trabajo*

Este es, en resumen, el panorama de la doctrina judicial. Ha surgido, sin embargo, una discrepancia cualitativamente importante, que se puso de relieve hace ya algunos años en la sentencia del Juzgado de lo Social nº 10 de Barcelona de 18 de febrero de 2015<sup>59</sup>. La sentencia, con una argumentación innovadora, decide en un procedimiento de oficio sobre el caso de un establecimiento que se presentaba como centro de masajes. Quedó probada la práctica de la prostitución y la presencia de datos que confirmaban las notas de ajenidad y dependencia, sin que se apreciara ningún elemento de coacción o presión por parte de la empresa o de terceros.

La sentencia reconoce que, aplicando los criterios de la doctrina judicial vigente, el contrato de trabajo debería ser excluido. Pero entiende que hay que reconsiderar esa conclusión. En primer lugar, en atención a las siguientes consideraciones: 1ª) la legislación penal vigente<sup>60</sup> deja un margen de licitud a la explotación de la prostitución de adultos cuando, como en el caso, es voluntaria y no se realiza en condiciones abusivas, y 2ª) no hay en estos casos, en principio, una vulneración de los derechos fundamentales que suelen invocarse por la doctrina judicial para justificar la ilicitud, porque, con cita de la doctrina científica, se razona que un contrato libremente aceptado no puede implicar una violación de la libertad, la intimidad o la dignidad.

Ahora bien, el principio de igualdad visto desde la perspectiva de género y desde el ámbito europeo plantea al juez más problemas. Para abordarlos se examina tanto la STJCE 20.11. 2001<sup>61</sup>, como la resolución del Parlamento Europeo de 26.2.2014, sobre la explotación sexual y la prostitución y su impacto en la igualdad de género. La sentencia del Tribunal de Justicia, considera, como ya hemos visto, que la prostitución ejercida de manera independiente está incluida en la noción de “actividades económicas”, lo que puede verse como una forma de normalización. Pero, aparte de que esto no resolvería el problema de la prostitución por cuenta ajena, el magistrado afirma que los problemas se plantean a la vista de la resolución del Parlamento Europeo mencionada, en la que hay una condena muy contundente de la legalización de la prostitución que se reproduce en parte<sup>62</sup>. De todas formas y reconociendo que la resolución no tiene carácter normativo, la sentencia concluye señalando que en la situación actual y hasta que el Estado español “no asuma (...) el modelo nórdico de lucha contra la prostitución”, no puede rechazar “el reconocimiento del carácter laboral” de la relación, ya que ello, en la actual “situación de alegalidad”, lo que haría sería “agravar enormemente la incuestionable lesión de la dignidad, la libertad y la igualdad que comporta toda relación por cuenta ajena para la inmensa mayoría de las mujeres que la ejercen”.

Pese al destacable esfuerzo argumental con el que ha justificado su innovadora posición, la influencia de esta sentencia en la práctica judicial ha sido limitada. Solo conozco dos resoluciones judiciales de instancia - una de ellas resolviendo un caso de prostitución masculina - que hayan mantenido esta posición<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> P. 835/13

<sup>60</sup> El art. 188. 1 del Código Penal en la versión de la Ley Orgánica 1/2003. No había entrado en vigor la reforma de 2015.

<sup>61</sup> Vid. *supra* 1.c).

<sup>62</sup> Veamos algunas de las afirmaciones: 1ª) no solo la prostitución forzada, sino también la prostitución en general, representan una forma de esclavitud incompatible con la dignidad de la persona, los derechos fundamentales y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2ª) están además ligadas a la desigualdad de género, 3ª) la prostitución tiene consecuencias físicas y psicológicas devastadoras, 4ª) la legalización del “trabajo sexual”, la despenalización de la industria del sexo y la legalización del proxenetismo son contraproducentes y aumentan el riesgo de violencia y el número de víctimas. La sentencia recuerda también que en su punto 29 la resolución del Parlamento considera que el sistema más adecuado para luchar contra el tráfico de mujeres y menores con fines de explotación sexual, mejorando la igualdad de género, es el denominado modelo nórdico, en el que la compra de servicios sexuales constituye delito.

<sup>63</sup> Se trata de la SJS nº 33 Barcelona 14.9.2017 (p. 938/16) y de la SJS nº 32 Barcelona 10.12. 2018 (p. 149/18 E). La segunda, que trata de la prostitución masculina, ha sido revocada por la STSJ 11.11.2019, una sentencia de indudable interés que ya se ha men-

### 3. ¿Qué podemos hacer?

Para terminar quiero subrayar que no estamos solo ante un problema más o menos complejo sobre la interpretación de las normas vigentes. Se trata de una cuestión política en la que surgen además preguntas bastante radicales de orden moral y social.

Por eso he comenzado estas notas con una referencia, quizá demasiado extensa, al informe de la Comisión Mixta de Derechos de la Mujer. Pese a las críticas de que ha sido objeto, creo que fue una iniciativa positiva que permitió un debate que era necesario y que habría que reabrir, partiendo de un análisis completo y neutral de una realidad tan difícil de conocer.

En cualquier caso, los acuerdos no son fáciles. Y no se trata solo de determinar lo que consideramos bueno o conveniente en el ámbito de los planes de vida. Estamos ante un viejo problema de la Filosofía del Derecho: el de la imposición legal de la moral. ¿Hasta dónde pueden llegar las leyes?, ¿qué costes puede tener en términos de libertad y de protección social? Aquí nos encontramos de nuevo con el eterno retorno del debate sobre las relaciones entre la ley y la moral o entre la justicia y la utilidad.

Se ha dicho que la situación legal en nuestro país es “insatisfactoria, contradictoria e hipócrita”<sup>64</sup>. Sin duda es posible calificarla así, dada la distancia entre la realidad y la norma y las dificultades para obtener conclusiones claras en puntos importantes. Pero también podría verse esa ambigüedad como una solución moderada de equilibrio ante unas posiciones que no son fácilmente conciliables.

Hay, por tanto, tres opciones: mantener la situación actual, procurando dentro de lo posible evitar las situaciones de desprotección, adoptar un abolicionismo decidido en la línea del modelo sueco o pasar a una regulación que permita un ámbito de legalidad para la prostitución no forzada de adultos con adaptaciones que tampoco son fáciles.

---

cionado en la nota 56. En la línea que excluye la laboralidad puede consultarse también la SJS nº 24 Madrid 25.7.2017 (p. 389/17), revocada solo en parte por la STSJ Madrid 18.2. 2019 (868/18), que acepta la laboralidad del alterne, pero no de la prostitución.

<sup>64</sup> OLARTE ENCABO op.cit., pág. 552.

# ¿Tiene el Derecho del Trabajo alguna respuesta ante la prostitución?

Does labour law have any responses to prostitution?

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO

ORCID ID: 0000-0001-5316-3637

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5544>

## 1. Algunas consideraciones preliminares

El enfoque tradicional de la prostitución –intercambio de sexo por dinero– desde el ordenamiento laboral ha consistido en negar la posibilidad de considerar dicha actividad como parte integrante del objeto o campo de aplicación de aquel al tratarse de una actividad ilícita y contraria a la moral, no susceptible de instrumentar a través de un contrato (arts.1.271 y 1.275 CC), el de trabajo en este caso. Más modernamente, situar a los derechos básicos de la persona en el centro del debate, atribuir a la dignidad humana y a la libertad individual la condición o cualidad de valores superiores de nuestro ordenamiento y pilares básicos de la convivencia, conduciría o reforzaría aún más dicho presupuesto.

Sin embargo, y siempre desde un punto de vista estrictamente personal, esta no deja de ser una visión un tanto simplista del asunto, por varias razones. La primera, que el hecho de que el ordenamiento general no se integre de compartimentos estancos implica que el Derecho del Trabajo y las instituciones que el mismo comprende pueden entrar en relación e interactuar con otras ramas del ordenamiento, en particular con el Derecho Internacional y el Derecho Penal, centrados en la protección de las víctimas de trata de seres humanos o de explotación. De hecho, con frecuencia este tipo de situaciones se detectan gracias a la estrecha colaboración entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en ejercicio esta última de sus atribuciones para perseguir y que se sancionen conductas vulneradoras y lesivas de los derechos de los trabajadores, situaciones de fraude laboral, o infracciones en materia de trabajo de ciudadanos extranjeros o menores de edad. De este modo el Derecho del Trabajo irrumpe de lleno en la realidad económica y en el contexto social en los que se desenvuelve la prostitución.

La segunda razón por la que creo que no se puede sostener que el que podría denominarse “mercado del sexo” sea algo ajeno por completo a la normativa laboral es que dentro del mismo quedan englobadas actividades y servicios de muy variada índole –desde la lúdica, de ocio y esparcimiento, a la menos conocida de tipo asistencial–, respecto de cuya licitud o posibilidad legal no se ha suscitado duda alguna hasta este momento. Al contrario, alrededor del sexo se articulan y organizan actividades económicas que incluso pueden llegar a ser muy lucrativas, como la pornografía,

---

\*cmmoreno@uniovi.es

en sus variadas expresiones y soportes; las líneas eróticas; las saunas y casas de masajes; los servicios de *escort* –azafatas, modelos o acompañantes–; los clubes de *streaptease* o de *lap dance*; y hasta la llamada “asistencia sexual” para las personas con limitaciones funcionales que dificulten la práctica espontánea y autónoma del sexo. Y, naturalmente, el “alterne” y la prostitución. Actividades y negocios con mucha frecuencia entremezclados, y que pueden servir –lo hacen, de hecho– para enmascarar y proporcionar un paraguas de legalidad al ejercicio de la prostitución. Esto es particularmente visible, al menos desde la perspectiva jurídico-laboral, en relación con el alterne, que es respecto del que existe más casuística, más claros criterios administrativos y más abundante doctrina judicial.

Por otra parte, la dignidad humana y la libertad personal admiten una comprensión y un entendimiento en un doble sentido que no deja de encubrir –o puede hacerlo– un prejuicio ideológico o un posicionamiento moral. Por un lado, como obstáculos insalvables para admitir la prostitución, para negar a las personas que la ejercen la capacidad de discernimiento para decidir su propia vida; pero también para justamente lo contrario, para fundar la posibilidad de una disposición libre y autónoma del propio cuerpo y de la sexualidad sin que el resultado tenga inexorablemente que ser el de la reprobación social y la estigmatización.

Sea como fuere, la realidad, incluso la regulada, va por otros derroteros. Y la anomia o la ambigüedad, cuando no la incongruencia y la contradicción normativas, habilitan espacios para que la prostitución no sólo sea un fenómeno posible, sino un negocio tremendamente lucrativo para una de las partes, y sin derechos para la que ocupan las personas de las que se nutre.

## 2. Una panorámica del negocio del sexo desde la normativa internacional y europea

La primera y principal norma laboral internacional que se ocupa de la prostitución es el *Convenio sobre el trabajo forzoso de la OIT de 1930* (Protocolo adoptado en la 103ª reunión en Ginebra en 2014), que la prohíbe como trabajo por cuenta ajena, aunque nada dice sobre si podría constituir un trabajo por cuenta propia.

Por su parte, el Derecho de la Unión Europea adopta, como ya se ha dicho, una visión “victimocéntrica” (C. VILLACAMPA ESTIARTE), conforme a la cual se establece una correspondencia estricta entre prostitución y trata de seres humanos [*Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación actual en la lucha contra la violencia ejercida contra las mujeres y futuras acciones de 2006* (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0038+0+DOC+XML+V0//ES>). La prostitución se concibe además como una práctica contraria a la igualdad de género, por definición incompatible con la consideración como un “trabajo” [*Recomendación sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género*, de 23 de febrero de 2014 (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0162+0+DOC+XML+V0//ES>)]; y, en concordancia con ello, se propugna la ilegalización del proxenetismo y la instauración de un modelo como el nórdico que penalice la compra de servicios sexuales [*Directiva 2011/36/UE, del Parlamento y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas* (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:101:0001:0011:Es:PDF>)].

Pese a todo, la situación en Europa no es ni mucho menos así de clara y terminante, ya que el TJUE ha admitido en ocasiones que la prostitución pueda ser una profesión o fuente de ingresos lícita. Indirectamente lo hace la STJUE de 16 de noviembre de 2004, asunto *Panayotova* (C-327/02) [ECLI:EU:C:2004:718]. Pero, con mayor claridad, la STJUE (Pleno) de 20 de noviembre de 2001, asunto *Jany y otras* (C-268/99) [ECLI:EU:C:2001:616], a propósito de la libertad de establecimiento, y en el marco de los Acuerdos de Asociación con las Repúblicas de Polonia y Chequia, considera

que la prostitución forma parte de las actividades económicas ejercidas de manera independiente a las que se refieren las disposiciones de dichos Acuerdos, siempre y cuando se demuestre “que el prestador del servicio la ejerce sin vínculo de subordinación por lo que respecta a la elección de dicha actividad (y) a las condiciones de trabajo y de retribución; bajo responsabilidad propia, y a cambio de una remuneración que se le paga íntegra y directamente.” Algo más tarde, la STJUE de 16 de diciembre de 2010, asunto *Josemans* (C-137/09) [ECLI:EU:C:2010:774], en referencia a la posibilidad de limitar la admisión a los *coffee shops* de los no residentes en los Países Bajos, vuelve a echar mano de la sentencia *Jeny* para afirmar que “...la prostitución, exceptuando la trata de seres humanos, no está prohibida por el Derecho internacional o por el de la Unión (sino que)... En efecto, se tolera o regula en varios Estados miembros.” Y, en fin, más recientemente, la STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto *PI* (C-230/18) [ECLI:EU:C:2019:383], reitera que la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios se oponen a una normativa nacional (la austriaca) que permite que una autoridad administrativa pueda decidir el cierre inmediato de un establecimiento comercial, sin comunicar los motivos al titular. En el caso, se trataba de un centro de masajes explotado en Austria por una nacional búlgara donde se sospechaba que se ejercía la prostitución (la cuestión procede del Tribunal Regional de lo contencioso-administrativo del Tirol) [<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=213853&mode=req&pageIndex=2&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=ES&cid=2177644>].

La complejidad y las contradicciones provienen en buena medida de la diversidad de sistemas y modelos de regulación adoptados por los distintos países de la UE, que van desde el abolicionismo y la prohibición, a la legalización –restrictiva y protectora–, pasando por la mera tolerancia o anomia (P. RIVAS VALLEJO). Con variantes, a su vez, en el modo de concreción del sentido y la intensidad de las regulaciones: prohibición de cualquier actividad o negocio relacionado con el sexo; admisión de la licitud del resto de servicios sexuales distintos a la prostitución (modelo neoabolicionista nórdico); admisión de la prostitución ejercida por cuenta propia [con aplicación de las normas tributarias (STEDH de 11 de septiembre de 2007, asunto *Tremblay contra Francia*)]; legalización limitativa y garante de derechos como ocurre en Austria o Alemania (F. ALEMÁN PÁEZ). A todo lo cual se suman los llamados sistemas “redencionistas”, en los que se trata de propiciar el abandono de la actividad y la reintegración laboral de esas personas en otros oficios y profesiones, en la idea de que la prostitución se ejerce casi siempre bajo la compulsión de la necesidad económica, factor que, sin embargo, y como es bien sabido, concurre en una buena parte de los empleos.

Lo que aquí se pretende es transmitir y compartir la sensación de que esa dicotomía entre la regulación entendida como legalización y la proscripción y el apartamiento del fenómeno del ámbito del Derecho del Trabajo (S. OLARTE ENCABO; y J.F. LOUSADA AROCHENA), por desgracia no garantiza, en el caso de lo segundo, que las personas que ejercen la prostitución queden preservadas frente a la precariedad, la estigmatización social y la marginalidad. Más bien parece que ocurre lo contrario. Y que, en cambio, una regulación “pro derechos” significaría, simple y llanamente, la aplicación en bloque de la legislación laboral y de Seguridad Social, que no sólo comporta la atribución de derechos laborales, profesionales y de la personalidad, individuales y colectivos –asociacionismo y acción colectiva–, de protección social y asistencia sanitaria, y de tutela judicial específica, sino que –como ocurre en otros muchos casos– garantizaría de manera simultánea protección de esas personas frente a los abusos y la explotación.

### 3. La situación, a grandes rasgos, en el ordenamiento español

En primer lugar, España se sitúa en un contexto internacional donde se adopta la perspectiva víctima-centrada. Y en el marco de un ordenamiento constitucional en el que priman los valores rela-

cionados con los derechos de la persona, pero en equilibrio con otros principios como los que garantizan las libertades económicas y de empresa, también especialmente preservadas por el Derecho de la UE, como ya se ha comprobado. Por otro lado, el Derecho Penal criminaliza la explotación de personas (trata, inmigración ilegal, menores de edad...), y la actividad de proxenetismo cuando medie violencia, intimidación, engaño o abuso de superioridad o de necesidad. Además, la normativa autonómica se ocupa de regular el uso de los espacios públicos para preservarlos de ruidos y otras molestias y riesgos para los ciudadanos (con no poca hipocresía y bastante falta de solidaridad, en relación con el ejercicio de la prostitución). Y, por fin, conforme al Derecho de obligaciones y contratos se exige para la validez de estos últimos –también los de prestación de servicios– la licitud del objeto y de la causa y la validez del consentimiento (libertad y ausencia de vicios).

En este fragmentario y contradictorio escenario se encuentra el Derecho del Trabajo, que no contempla ni explícita ni indirectamente las ocupaciones que se desenvuelven en el que podría denominarse “mercado de los servicios sexuales”, si bien en el mismo sí operan y desarrollan sus negocios empresas y *lobbies* económicos que, bajo epígrafes de actividades económicas diversas (espectáculos, ocio, hostelería y restauración, fundamentalmente), explotan de manera no siempre encubierta la prostitución.

A partir de ahí, hay ciertos interrogantes para los que, al menos yo, no tengo una respuesta única y tajante. A saber, ¿es consustancial a la prostitución el tráfico de personas? ¿No es concebible la prostitución ejercida de manera voluntaria y libre? ¿La necesidad económica equivale a explotación? ¿No hay otras situaciones laborales donde también se produce? Desde este concreto punto de vista, sin perjuicio de la necesidad urgente de encontrar cauces alternativos de inclusión socio-económica para todas las personas, lo cierto es que convendría diferenciar, en un plano estrictamente jurídico, las situaciones de explotación y trata, de las de necesidad económica, que no excluyen *per se* la posible “normalización”, regularización o legalización –limitativa y protectora– de la actividad. Una última pregunta gira en torno a si son todos los trabajos socialmente valiosos, y sólo la prostitución es intrínsecamente antisocial. Sin que se pretenda establecer parangón entre unas y otras actividades, podríamos pensar en el grado de reprobación o reproche que nos debería merecer o merece la existencia de empresas multinacionales dedicadas a la producción y venta de tabaco, alcohol u otras drogas legales como los opiáceos, que en países como los EEUU son causantes de un mayor número de muertes por sobredosis que las que se deben al VIH, los accidentes de tráfico o las armas de fuego, 72.000 muertes en 2017 [[https://www.abc.es/sociedad/abci-opiaceos-epidemia-mas-lethal-estados-unidos-201808162028\\_noticia.html](https://www.abc.es/sociedad/abci-opiaceos-epidemia-mas-lethal-estados-unidos-201808162028_noticia.html); y <https://www.infobae.com/america/eeuu/2018/08/16/epidemia-de-drogas-en-eeuu-un-record-de-72-000-muertes-por-sobredosis-en-2017/> (ambos consultados el 6 de mayo de 2019)]; o empresas dedicadas a explotar actividades como el juego, o a la fabricación y venta de armamento; o, por poner un último ejemplo, industrias altamente contaminantes.

#### 4. El reconocimiento de la actividad asociativa de empresarios y trabajadores del sexo

Antes de nada, merece la pena poner de relieve uno de los primeros síntomas de la tendencia a la regularización de facto de la prostitución ejercida libremente, en su caso, bajo la cobertura del alterne, que fue la aceptación de la creación y registro de asociaciones, tanto desde la esfera empresarial como del propio colectivo. En 2001 de la *Asociación Nacional de Empresarios de Locales de Alterne* (ANELA), aunque el episodio más llamativo y comentado se produce en 2003, con la creación de la *Asociación Nacional de Empresarios “Mesalina”*, cuyo objetivo era defender y promocionar los intereses económicos y sociales propios del sector empresarial dedicado a la actividad mercantil de

“tenencia o gestión, o ambas, de establecimientos públicos hosteleros destinados a dispensar productos o servicios que tengan como público objetivo terceras personas, ajenas al establecimiento, que ejerzan el alterne y la prostitución por cuenta propia”. La asociación nació, pues, con el propósito de aglutinar a empresarios de establecimientos donde se ejercían el alterne y la prostitución en régimen de trabajo o actividad autónoma.

La Dirección General de Trabajo denegó la inscripción por dos motivos, la falta de regulación de la prostitución por cuenta propia y la denominación de la asociación patronal, que podía ser discriminatoria por razón de género. Impugnada la resolución administrativa denegatoria del registro, la sentencia dictada en la instancia (SAN de 23 de diciembre de 2003) estimó la pretensión de la asociación, entendiéndola que la actividad de alterne era una actividad económica susceptible de tutela o reconocimiento en virtud del principio constitucional de libertad de empresa. La sentencia contribuye a distinguir la prostitución del alterne en virtud de la existencia de contacto físico, y de consentimiento o libertad, acuñando la llamada “*doctrina de los niveles o pisos*”: legalidad del primer piso, el alterne; ilicitud del segundo piso, la prostitución. Este trascendental pronunciamiento fue confirmado por la STS de 27 de noviembre de 2004 (Rec.18/2004), que añade básicamente dos argumentos: el primero, que se trata de establecimientos hosteleros que precisan además de otro tipo de personal, como el de bar o limpieza; y el segundo, que no cabe presumir que tengan por finalidad explotar la prostitución, pese a que se admite la dificultad de separarla de ambas actividades.

Por su parte, las trabajadoras del sexo empezaron a organizarse, bien a través de cooperativas (*Cooperativa de trabajo asociado para la prestación de servicios sexuales*, Ibiza, 2014), bien a través de movimientos como el *Colectivo Hetaira* o la asociación *APROSEX*. Aunque el episodio reciente que más revuelo y polémica ha causado –y que aún está pendiente de resolución por el Tribunal Supremo– es el seguramente bien conocido a que dio lugar la constitución del sindicato *OTRAS* [Resolución de la DGT del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, de 31 de julio de 2018 (BOE 4 de agosto)]. Nacido con el propósito de desarrollar sus actividades “en el ámbito funcional del trabajo sexual en todas sus vertientes”. La reacción de los colectivos feministas y la propia respuesta del Gobierno –que, a la sazón, se autoproclamaba también militante ferviente del feminismo– motivan una dimisión y la impugnación de los estatutos del sindicato, que es la que se encuentra pendiente de sentencia que resuelva el recurso de casación contra la sentencia estimatoria de la inicial demanda.

Desde mi punto de vista –visión que comparte una significativa parte de la doctrina laboralista (M<sup>a</sup> I. BENAVENTE TORRES; y M. MIÑARRO YANINI)–, el caso ha sido objeto de un erróneo enfoque, por dos motivos. El primero tiene que ver con el sentido y alcance atribuido al trámite de depósito y registro de los estatutos sindicales, que en modo alguno puede convertirse en un filtro o injerencia gubernamental en el ejercicio de la libertad y autonomía sindicales que reconoce con carácter de derecho fundamental el art.28.1 CE. Si las fundadoras de *OTRAS* se identificaron como trabajadoras del sexo, en sus más variadas vertientes, con seguridad no correspondía a la Autoridad Laboral –mucho menos al Gobierno– pronunciarse sobre si ello amparaba una actividad lícita o lo contrario, competencia que corresponde únicamente a los jueces. El segundo motivo de discrepancia gira precisamente en torno a esta otra vertiente del asunto, la relativa al resultado de la impugnación de los estatutos de *OTRAS* contenido en la SAN n<sup>o</sup>174/2018, de 19 de noviembre de 2018 (Proced.258/2018), que en síntesis considera que no puede legalizarse un sindicato que ampara o agrupa a quienes desarrollan una actividad que, como la prostitución, no puede ser objeto de un contrato de trabajo válido. Comparto lo que con buen criterio se ha dicho a este respecto (M. MIÑARRO YANINI), y es que la AN confunde dos planos de análisis diversos, el de la titularidad del derecho de libertad sindical, y el de la legalización de la prostitución; el primero de los cuales, además, cuenta ya con un relevante precedente referido a la posible afiliación de los extranjeros sin

permiso de trabajo –cuyo contrato también carecería de validez, aunque no de efectos–, cuestión que ya fue resuelta por el TC en una serie de sentencias (SSTC 236, 259, 263, 261, 262, 264 y 265/2007) en las que esencialmente se propugnaba un entendimiento material del concepto de “trabajador” a efectos de la libertad sindical, conforme al cual es titular del derecho fundamental quien de factor trabaja. La solución otorgada por la AN contraviene esa doctrina al haber adoptado una concepción eminentemente formalista de trabajador (M. MIÑARRO YANINI).

## 5. El decisivo papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de los tribunales para aflorar el trabajo sexual

Casi todo lo que los estudiosos del Derecho del Trabajo conocemos del tratamiento de las actividades económicas relacionadas con el intercambio de sexo por dinero proviene de las resoluciones de los tribunales del orden social, la mayor parte de las cuales tienen a su vez origen en procedimientos de oficio incoados a partir de actuaciones de la Inspección de Trabajo en locales de alterne o similares. Actuaciones dirigidas a la comprobación de la existencia de incumplimiento de obligaciones empresariales en materia de empleo, trabajo de extranjeros, y afiliaciones, altas y bajas, y cotización a la Seguridad Social [todo ello con fundamento en lo dispuesto en la *Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, en la *Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social* (Texto Refundido aprobado por RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto), y en la *LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*].

Por otra parte, al inicial problema relativo al difícil abordaje de la prostitución como actividad enmascarada bajo el alterne se ha venido a sumar el relativo al derivado del cierre de numerosos locales, que ha dado lugar a que la mayor parte de la actividad se desplace a pisos o viviendas particulares, a los que la Inspección de Trabajo no puede acceder sin la correspondiente autorización del juzgado contencioso-administrativo. Y sobre la concesión de estas parece que existe una práctica dispar y no un criterio uniforme.

El repaso de la jurisprudencia y, en mayor medida, de la doctrina de los tribunales de inferior grado que, tras la intervención de la Inspección, se han enfrentado al problema arroja las siguientes conclusiones. Por de pronto, la tesis de la Sala de lo Social del TS, que se conforma a lo largo de la década de los años 80, es que la relación de las “señoritas de alterne” con los clubes o establecimientos donde realizan dicha actividad es de naturaleza laboral. Por cierto, el alterne generalmente se describe como la permanencia en el local, en horas fijas cada día, con una indumentaria sexy, para la captación de clientes varones a los que se incita al consumo de bebidas alcohólicas, a cambio de la percepción de una cantidad por día y/o un porcentaje del precio de las consumiciones que ellas hayan promovido [SSTS, 3 de marzo de 1981 (ECLI: ES:TS:1981:2517); y de 4 de febrero de 1988 (ECLI: ES:TS:1988:613), que a su vez remite a la doctrina ya sentada en aquella de 3 de marzo de 1981, y en las de 25 de febrero de 1984 y 14 de mayo de 1985].

Y este estado de cosas no se ha alterado, como prueban algunos pronunciamientos más recientes, como la STS de 21 de diciembre de 2016 (Rec.1868/15), que desestima el recurso por falta del requisito de la contradicción entre sentencias, dejando firme la sentencia de suplicación impugnada, en la que se reafirma el carácter asalariado en ese caso del alterne (el propietario del local fija horarios, las trabajadoras disfrutaban de un día de descanso semanal, y percibían en concepto de remuneración una cantidad del importe de la consumición del cliente, variable en función de si se trataba de bebida alcohólica o sin alcohol). Es importante subrayar que la falta del presupuesto de la identidad entre los supuestos de ambas sentencias –la recurrida y la de contraste– se cifra, justamente, en que esta última versaba sobre un caso de prostitución, inservible como término de

comparación al considerarse una actividad no susceptible de constituir trabajo asalariado, a diferencia del alterne.

En esta misma línea se pueden encontrar otras resoluciones, la mayor parte en forma de auto inadmitiendo el recurso de casación unificadora [por todos, puede verse el Auto de la Sala de lo Social del TS de 21 de noviembre de 2017 (Rec.859/17)]; en las que, al mismo tiempo, se distingue entre el alterne en régimen de dependencia –de naturaleza laboral, por consiguiente–, del que se desarrolla con carácter autónomo [por ejemplo, en el Auto de la Sala de lo Social del TS de 11 de abril de 2013 (Rec.2743/12), en el que la sentencia de contraste basa la existencia de independencia en el hecho de que las chicas entraban y salían del local cuando querían ellas, y cobraban del cliente la cantidad estipulada –20 euros por consumición– directamente].

Entre los numerosos pronunciamientos de órganos jurisdiccionales del orden social de grado inferior merecen especial consideración dos sentencias del Juzgado de lo Social nº1 de Mataró; la primera, la de 23 de julio de 2007 (Autos 247/07), dictada en procedimiento de despido, que se declara improcedente, empieza por calificar como laboral la relación de la encargada de un prostíbulo ubicado en un piso del que la parte demandada era arrendataria. Las encargadas eran seleccionadas a partir de anuncios de prensa; consistiendo su tarea en abrir la puerta a los clientes, a los que se ofrecía una bebida de cortesía, se les presentaba a las mujeres; para luego tomar nota de los servicios sexuales prestados, y del precio abonado por el cliente, del que detraía la parte correspondiente a la titular del establecimiento, que se apuntaba en una libreta e ingresaba en una caja fuerte. En el piso trabajaban tres encargadas, que hacían turnos de doce horas; percibiendo 60 euros por día, que se les abonaban a fin de mes en función del total de días trabajados. El local funcionaba las 24 horas del día, y las mujeres que en él prestaban sus servicios sexuales ocupaban las habitaciones el día entero, incluso para dormir allí. A partir de una denuncia de una extranjera en situación irregular que trabajaba en otro local de la misma titular, el piso fue clausurado. Pese a lo cual, la empleadora procedió a abrir otro en distinta localidad, donde ofreció a la demandante proseguir con su actividad. A los siete días de hacerlo, la actora fue verbalmente despedida.

Ese mismo Juzgado de Mataró dictó poco después otra sentencia de fecha 5 de octubre de 2007 (Autos 246/07), en procedimiento de reclamación de cantidad promovido por las otras dos encargadas del piso del caso anterior. La pretensión es estimada en parte sobre la base de la declaración de la existencia de relación laboral, con idénticos razonamientos que en la sentencia previa; aunque se desestima en la parte referida a la aplicación de las cuantías salariales estipuladas en el *Convenio colectivo de hostelería de Cataluña*. Sobre este punto —razona el magistrado— pese a que a estos pisos se les catalogue como “pensiones”, no puede considerarse que la actividad que en ellos en verdad tiene lugar —la prostitución— pueda quedar comprendida en el ámbito funcional del convenio sectorial de referencia. Esta sentencia fue confirmada por la STJS Cataluña, de 24 de abril de 2009 (Rc.900/08). En definitiva, ello muestra que, aun de un modo indirecto o contextual, los tribunales se vienen ocupando del negocio de la prostitución como nicho de trabajo. Mi pregunta aquí sería ¿Por qué si se atienden las reclamaciones de las encargadas de un prostíbulo, y se niega todo derecho a las prostitutas? ¿No merecería la misma reprobación social cualquier actividad que gire en torno a ese negocio aunque no consista en la práctica del sexo?

Dos recientes pronunciamientos del TSJ de Madrid abundan en el carácter laboral de la actividad de alterne, y añaden alguna consideración de interés más. La STJS de Madrid de 2 de febrero de 2018 (Rec.1015/17) [ECLI:ES:TSJM:2018:948], que destaca que se trata de una actividad que genera unos rendimientos económicos que deben estar sometidos a condiciones tributarias y laborales que protejan a los trabajadores; y la STJS de Madrid de 4 de febrero de 2019 (Rec.1276/18), que también señala, junto a los habituales indicios de laboralidad, que la empresa obtiene un lucro constatado.

## 6. Algunos pronunciamientos recientes que tal vez apunten a un cambio de paradigma en el enjuiciamiento de estos casos

El primero de ellos es la Sentencia del Juzgado de lo Social nº10 de Barcelona, de 18 de febrero de 2015 (Autos 835/13), cuyo autor, además, ha expuesto con más detalle su tesis y sus argumentos (J. AGUSTÍ MARAGALL). De nuevo se trata de un procedimiento de oficio instado esta vez por la TGSS, a partir de la comunicación remitida por la Inspección de Trabajo. Esta última, en el transcurso de una visita a un centro de masajes eróticos en compañía del grupo especializado de la Policía Nacional, levantó acta de infracción por falta de afiliación y alta de las personas que allí trabajaban. Agotadas las diligencias informativas incoadas por la Policía, el procedimiento de oficio prosiguió, dando lugar a esta sentencia, cuyo relato fáctico recoge los siguientes hechos: las personas que se encuentran en el local manifiestan dedicarse a dar masajes, actividad que efectivamente es la que consta en la licencia de actividad expedida por la autoridad municipal (“centro de masajes”); la empresa, citada por la Inspección, como viene siendo habitual declara que esas personas ejercen la prostitución por cuenta propia, limitándose la entidad propietaria del local a alquilarles las habitaciones. Consta, sin embargo, que dichas personas debían comparecer en el local en los horarios convenidos (de 12:00 a 20:00 h.), y quedar a la espera de la llegada de clientes, quienes las elegían para los servicios sexuales requeridos, cuyo precio y previo pago (incluso mediante tarjeta de crédito) concertaban los clientes con la encargada. Al final de la jornada esta última entregaba a cada una de las trabajadoras la parte convenida respecto a cada uno de los servicios prestados. La captación de los clientes se llevaba a cabo a través de una página *web*, en la que explícitamente se ofertaban servicios sexuales. El material necesario y el mantenimiento de las instalaciones eran por cuenta de la empresaria demandada.

El debate jurídico gira estrictamente en torno a si existía una relación de trabajo asalariado o por cuenta propia. Y el juzgador, pese a que afirma no desconocer la jurisprudencia tradicional sobre la ilicitud del objeto y de la causa del contrato de trabajo, y sobre la incompatibilidad del proxenetismo y la prostitución con los derechos humanos básicos, llega a la conclusión de que concurren efectivamente los rasgos esenciales de un contrato de trabajo. Para salvar el primero de esos escollos el magistrado invoca la doctrina contenida en la STS, Sala de lo Penal, 425/2009, de 14 de abril, según la cual, “...*la cuestión de la prostitución voluntaria... no puede solventarse con enfoques morales o concepciones ético-sociológicas ya que afecta a aspectos de la voluntad que no pueden ser coartados por el derecho...*”. Y, en la misma línea, con cita de la STS 651/2006, de 5 de junio, considera que sólo cabría hablar del delito de “explotación laboral” o “explotación sexual lucrativa” cuando se detectaran condiciones abusivas de trabajo o “grave riesgo para los derechos” (STS 152/2008, de 8 de abril). Únicamente estaría, pues, penalmente prohibido el proxenetismo en el marco de la prostitución forzada, sin consentimiento de la persona que pudiera ser expresivo de su libertad sexual. Circunstancia que concurriría tanto si la voluntad se obtiene mediante el empleo de violencia, intimidación o engaño, abuso de superioridad o de situación de necesidad o vulnerabilidad; como cuando se trate de “explotación laboral” por concurrir condiciones abusivas de trabajo. Ninguna de las cuales se aprecia en el caso, a la vista de lo decidido por el Juzgado de Instrucción nº2 de Barcelona que había acordado el sobreseimiento y posterior archivo de las diligencias previas incoadas. Decisión que proyecta efectos sobre el pleito laboral.

El segundo obstáculo se encuentra, a juicio del Magistrado, en una doctrina que viene afirmando que toda relación de prostitución, intrínsecamente, es contraria a la dignidad de la persona y a los derechos que le son inherentes (art. 10 CE), y que contraviene derechos fundamentales como la libertad, la igualdad y la integridad física y moral (la referencia al derecho al honor ya prácticamente no se invoca, como derecho lesionado). Frente a ello el juzgador se formula las siguientes

preguntas: si es posible admitir que un contrato libremente pactado despoje a una de las partes de su condición de persona; el porqué de entender que la venta de servicios sexuales atenta contra la dignidad de quien lo ha decidido libremente; y si hay algo más indigno y degradante que no ser reconocido como sujeto capaz de adoptar decisiones libres. Son términos prácticamente literales de la sentencia. En opinión del juez –que comparto–, bajo una política del derecho –no desde un posicionamiento meramente ideológico– resulta imposible seguir manteniendo que la capacidad de autodeterminación personal en el ámbito sexual dependa de una noción de dignidad selectiva, que pueda ser negada en el caso de la prostitución. Entre otras razones, porque no parece una lectura compatible con la jurisprudencia constitucional, que ofrece una vertiente positiva de la idea de dignidad –como correlato de la libertad– en igualdad para todos. En concreto, con cita de la STC 192/2003, de 27 de octubre, se señala que: “...*la dignidad personal del trabajador debe ser entendida como el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional, igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida*”.

Resulta inaceptable, concluye, que esta teoría general pueda ser olvidada en relación con una actividad laboral concreta, como la del trabajo sexual. Y añade que “...*la valoración como indigna de la actividad de la prostitución responde a una valoración de tipo moral, que no puede imponerse al libre arbitrio individual, y que solamente sería predicable de las condiciones en las que se ejerce, lo cual quedaría reparado con la regulación y tutela de su ejercicio por parte de la normativa laboral, al contribuir a su inclusión social, coadyuvando a restituirles la dignidad que tradicional e injustificadamente se les ha negado*.”

Y respecto del enfoque de género que proporciona el Derecho de la UE, con referencia expresa y detallada a la ya citada Resolución del Parlamento Europeo de 24 de febrero de 2014, lejos de considerarlo un argumento contrario a una posible laboralización de la actividad de prostitución voluntaria, lo esgrime precisamente como razón para otorgar a las trabajadoras la correspondiente protección. Considera el magistrado que lo contrario haría más precaria la situación de estas mujeres, cuando en cambio el Estado está ofreciendo cobertura legal al proxenetismo, vía reglamentación administrativa y despenalización aplicativa.

Antes de concluir estas páginas merece detenerse en un asunto del máximo interés, el conocido como “caso *Evelyn*”. De las varias acciones judiciales emprendidas por esta tenaz mujer la base de datos del Cendoj sólo recoge la resuelta por STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 18 de febrero de 2019 (Rec.868/18) [ECLI: ES:TSJM:2019:11244], donde, a propósito de una demanda de tutela de derechos fundamentales, lo que se dirime es la competencia del orden social de la jurisdicción sobre la base de considerar la existencia de una relación laboral entre la demandante y la empresa titular del club de alterne en el que aquella presta sus servicios.

No obstante, a través de algunos medios de comunicación [[https://elpais.com/ccaa/2019/12/04/madrid/1575486646\\_675126.html](https://elpais.com/ccaa/2019/12/04/madrid/1575486646_675126.html); [https://www.lespanol.com/reportajes/20190227/evelyn-prostituta-rebelde-historica-victoria-burdel-madrid/379463286\\_0.html](https://www.lespanol.com/reportajes/20190227/evelyn-prostituta-rebelde-historica-victoria-burdel-madrid/379463286_0.html) (última consulta, 27 de abril de 2020)] y de otras fuentes de información y análisis (E. ROJO TORRECILLA) conocemos la existencia de otro pronunciamiento de la misma fecha, esta vez recaído en procedimiento de despido, donde se ofrece un relato de la realidad que la propia Evelyn y otras mujeres vivían en uno de los “mayores burdeles de Madrid” (como reza uno de los titulares de prensa de referencia). El grupo titular del club de alterne –*Grupo Empresarial La Florida*– disponía junto al *Club de alterne Flower’s* de un edificio de apartamentos –*ApartaHotel La Florida*– donde las trabajadoras vivían, además de, en algunos casos, ejercer la prostitución; y donde la protagonista de este relato llegó a atrincherarse para protestar por su situación, una vez que la empresa la “despidió” y le ordenó desalojar la habitación que ocupaba. A raíz de estos hechos, la Inspección de Trabajo procedió a activar una actuación que quedó paralizada a

la espera de que el Tribunal Supremo se pronunciase finalmente sobre la naturaleza de la relación. La empresa, además, había dejado en 2007 de abonarles las comisiones con el fin de crear la apariencia de inexistencia de relaciones laborales con las alternadoras.

La Sala de lo Social del TSJ de Madrid considera, en cambio, que los servicios de alterne se realizan en un local de negocio, en el horario fijado por la empresa y bajo sus instrucciones (que incluían la prohibición de subir bebidas a las habitaciones por motivos de seguridad), por lo que concurre la nota de dependencia característica de la relación laboral; y va más allá, al sostener que la supresión de las comisiones constituye una novación nula por comportar una renuncia de derechos, y que admitir un trabajo sin retribución sería tanto como admitir la esclavitud (E. ROJO TORRECILLA). La Sala estima las pretensiones de la defensa de Evelyn, declara la existencia de relación laboral cuando la prostitución se ejerce en el mismo local del alterne, y condena a la empresa, calculando las retribuciones conforme a las que fija el Convenio colectivo de Hostelería y Hospedaje de la Comunidad de Madrid. No dejan de tener interés las declaraciones de la empresa cuando anuncia que recurrirá esta sentencia y sostiene que ellas ejercen libremente la prostitución y que en algunos casos ello les puede reportar ganancias de hasta 13.000 euros netos al mes, por lo que las afirmaciones de la sentencia constituyen una “falta de respeto hacia la gente que de verdad está esclavizada”. Evelyn, por su parte, afirma que llegará hasta el final, “por dignidad, por respeto hacia las mujeres y hacia (su) profesión”. “Soy prostituta... trabajadora y persona [proclama]... “por esto tengo mis derechos, los reivindico y los defiendo”.

## 7. A modo de conclusión

Sin duda es comprensible que cuanto toca o atañe a la “industria del sexo” resulte en sí mismo ominoso y reprobable en un plano estrictamente individual. Pero quizá esto no sea suficiente argumento para rechazar de plano una discusión teórica sobre qué y cómo habría que regular las diversas formas en que aquella se despliega. Existen otros muchos negocios y “trabajos” que, pese a lo oprobioso que puedan resultar, ellos mismos o las condiciones en que se desarrollan, para quienes los desempeñan o incluso para el resto de la sociedad, no levantan ni la mitad de la polémica ni causan una irritación o indignación comparables a las que despierta la prostitución. Y existen colectivos de mujeres trabajadoras que comprometen su vida y su cuerpo al límite de su propia libertad y salud, en situaciones de explotación, vulnerabilidad y pobreza laboriosa, que en cambio son perfectamente legales. Léase, trabajo doméstico, el de las camareras de pisos, u otros similares. ¡Ojalá todo trabajo fuera capaz de dignificar a las personas y garantizar su libertad!

Por otro lado, las tesis de un signo y su contrario sobre si hay que regular o proscribir la prostitución no dejan de ser manifestaciones del “rearme ideológico” proveniente del conservadurismo –en ocasiones identificado como “patriarcado”– o reactivamente del feminismo radical (F. ALEMÁN PÁEZ), rearme dicotómico del que aquí se ha procurado escapar. Creo sincera y honestamente que los problemas y dilemas que plantea la prostitución no se resuelven ni ahondando en la represión del fenómeno en todas sus vertientes o formas, ni legalizando la prostitución aun con límites, cautelas y garantías (en Alemania los empresarios protestan porque les “cargan” con las obligaciones naturales de un empresario, y los trabajadores porque la posición de sometimiento a “directrices” y órdenes de un empresario pueden comportar situaciones indeseables en relación con la forma de realizar su actividad). Pero también pienso que la laboralización de la prostitución tendría algunos efectos benéficos, empezando por la protección jurídica de las personas que la ejercen, cuya desprotección y vulnerabilidad se ha puesto muy crudamente de manifiesto en estos momentos de crisis sanitaria y social [<https://vitrage.blogs.uv.es/2020/04/01/el-impacto-del-covid->

19-en-las-y-los-trabajadoras-sexuales-fernando-fita-ortega-profesor-titular-derecho-de-trabajo-y-de-la-seguridad-social/]; y terminando por el no menos relevante aporte a las arcas públicas vía recaudación fiscal y de cotizaciones al sistema de Seguridad Social.

Creo, en fin, que el óbice consistente en las manifestaciones de la subordinación que toda relación laboral conlleva, como en otros muchos casos, se encontraría contrarrestado por el necesario respeto a la dignidad humana, la libertad sexual y el resto de derechos fundamentales y básicos de toda persona. Esto no es nada nuevo para el Derecho del Trabajo. Recuerdo ahora, para terminar, un caso que comentaba hace unos años un querido y admirado maestro, cuando relataba cómo una mujer que trabajaba en un club de alterna practicando la prostitución murió en un accidente de automóvil regresando a su casa de madrugada en un coche conducido por el dueño del local, dejando a sus dos hijos sin pensión de orfandad porque la prostitución no era, ni es, una actividad protegida por el sistema de Seguridad Social (A. DESDENTADO BONETE). Y no puedo dejar de conmovirme.

## 8. Bibliografía citada

- J. AGUSTÍ MARAGALL, “Razones para la laboralización de la libre prestación de servicios de prostitución por cuenta ajena”, *IUSLabor* 1/2015 [<https://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/download/290966/379315> (consultado el 4 de mayo de 2019)]
- F. ALEMÁN PÁEZ, “El trabajo sexual en la Ley alemana reguladora de la prostitución (“das Prostitutionsschutzgesetz”). Bases teóricas y exegéticas de una isonomía crítica”, *Derecho de las Relaciones Laborales* nº7, julio 2018, pp.734 y ss.
- Ma I. BENAVENTE TORRES, “Depósito de los estatutos del sindicato y límites al poder de control de la Administración”, *Revista Trabajo y Seguridad Social, CEF*, num.418, 2018, pp.95 y ss.
- A. DESDENTADO BONETE, “Contrato de trabajo y prostitución. Una reflexión sobre la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2009”, *La Ley* nº7238, 2009
- J.F. LOUSADA AROCHENA, “El tratamiento legal de la prostitución: ¿Forma de esclavitud o trabajo sexual?”, en *El derecho antes las formas contemporáneas de esclavitud*, E. PÉREZ ALONSO y otros (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp.632 y ss.
- M. MIÑARRO YANINI, “La libertad sindical de “todos” no alcanza a “las OTRAS”: la Audiencia Nacional confunde titularidad del derecho de libertad sindical con legalización de la prostitución”, *Revista Trabajo y Seguridad Social CEF* nº430, enero 2019, pp.143 y ss.
- S. OLARTE ENCABO, “La prostitución voluntaria ¿Una forma de esclavitud o de ejercicio de libertad personal, de trabajo y de empresa?”, en *El derecho antes las formas contemporáneas de esclavitud*, E. PÉREZ ALONSO y otros (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp.517 y ss.
- GLORIA POYATOS, “Las mentiras, las grandes mentiras y las estadísticas sobre prostitución” [<https://elstantedelaciti.wordpress.com/2017/10/20/las-mentiras-las-grandes-mentiras-y-las-estadisticas-sobre-prostitucion/> (publicado el 20 de octubre de 2017, consultado el 7 de abril de 2018)]
- P. RIVAS VALLEJO, “Aspectos laborales de la prostitución voluntaria: perspectiva comunitaria y modelos comparados”, en *El derecho antes las formas contemporáneas de esclavitud*, E. PÉREZ ALONSO y otros (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp.569 y ss.
- E. ROJO TORRECILLA, “A vueltas con el alterne y la prostitución, y sus borrosas fronteras sobre la laboralidad de la relación. Una nota a propósito de la sentencia del TSJ de Madrid de 18 de febrero de 2019”, en el blog *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales* [<https://bit.ly/2OjxdoQ> (22 de marzo de 2019, última consulta el 29 de abril de 2019)]

C.VILLACAMPA ESTIARTE, “La nueva directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* RECPC 13-14 (2011) (<http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-14.pdf>)

# Mujeres prostituidas y trabajadoras sexuales: ¿es el derecho del trabajo una vía para superar la condición de vulnerabilidad?

Prostituted women and sex female workers: is the Labour Law a way to overcome the status of vulnerability?

ADORACIÓN GUAMÁN HERNÁNDEZ

*Universidad de Valencia*

ORCID ID: 0000-0002-7405-7478

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5545>

*Resumen:* El presente texto aborda un tema tan complicado como la prostitución desde la perspectiva de la política del derecho y sin ahondar en la dicotomía existente entre el abolicionismo y el movimiento pro-derechos. Al contrario, en el artículo se plantea un enfoque alternativo que ponga la dignidad y la voluntad de los sujetos en el centro y de manera conjunta, situándose en un espacio intermedio y apostando por la necesidad de establecer un diálogo sobre la base de dos premisas: la aspiración de la desaparición de la prostitución como meta final y el reconocimiento de derechos a las personas que deciden prostituirse, sin que eso implique un uso impropio, y poco efectivo, del derecho del trabajo. En cambio, se plantean otras alternativas para, en el momento presente, dotar de herramientas que permitan una salida de la vulnerabilidad a través del reconocimiento de derechos.

*Palabras clave:* vulnerabilidad, reconocimiento, prostitución, derechos laborales.

*Abstract:* The present text addresses a topic as complicated as prostitution from the perspective of the politics of law and without delving into the dichotomy between abolitionism and the pro-rights movement. On the contrary, in the article an alternative approach is proposed that puts the dignity and will of the subjects at the center and together, placing itself in an intermediate space and betting on the need to establish a dialogue based on two premises: the aspiration of the disappearance of prostitution as an end goal and the recognition of rights to people who decide to prostitute themselves, without implying an improper and ineffective use of labor law. Instead, other alternatives are proposed to, at the present time, provide tools that allow an exit from vulnerability through the recognition of rights.

*Keywords:* vulnerability, recognition, prostitution, labor rights.

---

\*adoracion.guaman@uv.es

## 1. Introducción

Desde el paradigma de la ciencia crítica es imposible escribir sin tomar partido. No existe, y menos en un tema como la prostitución, un espacio que permita una utilización aparentemente neutra del Derecho y que, bajo el manto de una supuesta objetividad científica, permita un diseño de laboratorio de una propuesta normativa no situada. De hecho, ningún análisis jurídico de la realidad debería realizarse de manera despegada del contexto material y de las condiciones subjetivas que se ven o verían afectadas por los instrumentos normativos criticados o propuestos. Si esta aserción es válida para el conjunto de la ciencia jurídica, lo es mucho más respecto de los análisis que se enfocan en los usos del derecho del trabajo.

El presente texto parte de estas premisas para adentrarse en la compleja cuestión de la prostitución. Al abordar un tema tan complicado como discutido y revisado, en particular en los últimos tiempos, las siguientes páginas no pretenden ahondar en la dicotomía existente entre las bien conocidas posiciones enfrentadas, como son el abolicionismo y el movimiento pro-derechos<sup>1</sup>. Al contrario, se plantea un enfoque alternativo que ponga la dignidad y la voluntad de los sujetos en el centro y de manera conjunta, situándose en un espacio intermedio y apostando por la necesidad de diálogo sobre la base de dos premisas: la aspiración de la desaparición de la prostitución como meta final y el reconocimiento de derechos a las personas que deciden prostituirse, sin que eso implique un uso impropio, y poco efectivo, del derecho del trabajo.

## 2. Prostitución, vulnerabilidad y usos del derecho del trabajo

A efectos del análisis que se aborda en el presente texto, entenderemos por prostitución el intercambio de sexo a cambio de una contraprestación económica, realizado entre adultos y sin coacción directa de otra persona o personas<sup>2</sup>. Queda pues fuera de la realidad que aquí se estudia todo el amplio panorama vinculado a la trata y las situaciones de esclavitud moderna<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Son muchos los estudios que detallan los modelos que se ocupan de enfocar normativamente los intercambios sexuales retribuidos, que pueden resumirse en los cuatro fundamentales: reglamentista, prohibicionista, abolicionista y regulador. Sin embargo, entre o sobre estos modelos se articulan otros, en torno a los cuales tratarán las conclusiones del presente texto. Sobre esta cuestión hay una ingente literatura, se remite por ejemplo a GAY Silvia., OTAZO E., SANZ M., “¿Prostitución=profesión? Una relación a debate”, *Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, n.º. 13, julio-diciembre 2003; HEIM, Daniela. “Prostitución y Derechos Humanos”, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, N.º23, 2011.

<sup>2</sup> Siendo esta una definición estándar que permite el razonamiento jurídico típico, es importante incidir en la existencia de otras definiciones “situadas” que persiguen un abordaje mucho más amplio y pluridisciplinar del fenómeno. Así, la feminista Beatriz Gimeno pone el énfasis en la prostitución como un privilegio masculino con inmensa capacidad para construir tanto subjetividad como engranaje simbólico, sobre el que además la construcción de espacios de combate unánimes se revela muy difícil. Desde este prisma, la autora lanza la siguiente definición: “Prostitución: Institución patriarcal que busca garantizar a todos los varones la posibilidad de acceso a tantos cuerpos de mujeres quieran. Para ello, el patriarcado debe garantizar, por medio de la desigualdad estructural, por medio de la ideología sexual patriarcal y de toda una estructura simbólica y cultural, que siempre habrá un contingente de mujeres dispuestas a ocupar ese espacio previamente señalado para las mujeres públicas”. Vid. GIMENO, Beatriz, “Prostitución: cuestión de derechos y privilegios”, en *Ctxt*, N.º 239, 2019. Disponible en: <https://ctxt.es/es/20190918/Firmas/28489/prostitucion-institucion-patriarcal-desigualdad-beatriz-gimeno.htm>

<sup>3</sup> Según la estimación mundial sobre la esclavitud moderna se estima que en cualquier momento dado de 2016, existían 40.3 millones de personas en esta situación. El término “esclavitud moderna” incluye las categorías de trabajo forzoso, el matrimonio forzado y la trata, teniendo los tres ejes evidentes conexiones. Según la cifras del “Global Slavery Index”, publicado en 2017, dentro del conjunto de esclavos/os, 15.4 millones de mujeres se encuentran bajo matrimonio forzado y 24,9 millones de personas están sometidas al trabajo forzoso. De ellas, 16 millones son explotadas en el sector privado, por ejemplo, en el trabajo doméstico, la industria de la construcción, la agricultura y el textil; 4 millones de personas se encuentran en situación de trabajo forzoso impuesto por el Estado y 4,8 millones de personas son víctimas de la explotación sexual forzosa. El trabajo forzoso afecta en forma desproporcionada a las mujeres y niñas, que representan el 99 por ciento de las víctimas en la industria sexual comercial y el 58 por ciento en otros sectores, Vid. Organización Internacional del Trabajo (OIT) y Walk Free Foundation, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, Ginebra, 2017.

Dentro de estos márgenes, entendidos de manera estricta porque no hay otra manera de abordar el fenómeno que el establecimiento de tabiques para diferenciar plenamente la lucha efectiva contra la esclavitud sexual, el estudio de la situación se va a abordar desde el prisma crítico antedicho y desde la noción-instrumento de “vulnerabilidad”. Entenderemos este concepto apartándonos de un uso tradicional del mismo, que se ocupa de delinear las características de los grupos vulnerables para diferenciarlos de los otros y convertirlos en objeto de políticas públicas. En cambio, nuestra aproximación al contexto se realizará por el camino del estudio multidimensional de las causas de vulnerabilidad y del papel que los derechos, y en particular el ordenamiento laboral, pueden asumir en la superación de las mismas, atendiendo a las personas implicadas como sujetos protagonistas en el diseño de las vías de superación.

Entendemos por tanto, de manera básica, la vulnerabilidad como la condición de indefensión de determinados grupos sociales frente a determinados riesgos o determinadas dinámicas sociales que los vulnerabilizan<sup>4</sup>, incluyendo en esta condición el impacto de la carencia de la cobertura de los sistemas, instituciones y redes que la sociedad facilita a otros grupos no (igualmente) expuestos. En palabras de Martínez de Bringas, es necesario asumir la vulnerabilidad como “principio de reconocimiento del valor de la persona” para poder impulsar el verdadero papel y función de los derechos humanos en general y muy concretamente los sociales<sup>5</sup>.

Asumir la igualdad real como punto de llegada implica admitir un concepto de vulnerabilidad amplio cuya atención requiere una actuación conjunta desde diversos planos. En este sentido, y siguiendo el análisis del autor mencionado, debe tenerse presente que la superación de la vulnerabilidad no depende de un solo eje. Así, por ejemplo, la integración laboral es, con carácter general, solo una de las vías de salida de la vulnerabilidad que debe coherenciarse necesariamente con el acceso a recursos materiales, pero también con la autonomía funcional y la integración relacional en redes sociales, familiares y comunitarias. De hecho, cabe recordar que la vinculación de la condición de ciudadanía y los derechos a ella anudados con el empleo formal, típica en nuestro modelo de Estado Social, deja de ser asumible con la ruptura del pacto social y la degradación tanto del poder del sujeto trabajo como del conjunto de los derechos laborales.

En un modelo donde la inserción en una relación de empleo formal deja de ser una garantía de no-vulnerabilidad económico-social, el vínculo laboral solo puede ser uno, y no el más importante, de los puntos de lucha por el goce efectivo de los derechos sociales como puerta hacia la superación de la vulnerabilidad.

Enfocar el complejo binomio “prostitución-Derecho” desde esta base implica encauzar la discusión respecto de la acción jurídica deseable poniendo el acento en la utilidad de los instrumentos normativos que deben diseñarse para superar la situación de vulnerabilidad de las personas cuyos ingresos se derivan del ejercicio de la prostitución.

### *2.1. Vulnerabilidad y prostitución como causa y consecuencia*

En la realidad que estudiamos es posible determinar dos causas de vulnerabilidad entrecruzadas. En primer lugar, el género, entendiendo que la habitual situación de desventaja de la mujer en los ámbitos público y privado la coloca en una posición vulnerable derivada de las estructuras patriarcales, religiosas o tradicionales que actúan de manera mutilante, proyectándose en el plano económico, en

<sup>4</sup> MORONDO TARAMUNID, Dolores, “¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad entre condición humana y situación de indefensión” en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. N°34, 2016.

<sup>5</sup> MARTÍNEZ DE BRINGAS, Asier, “Los derechos sociales ante la vulnerabilidad. Retos y problemáticas en un marco de flexibilidad y desregulación”, R.V.A.P. núm. 111. Mayo-Agosto 2018.

el ámbito del trabajo (reproductivo y no reproductivo) y en la esfera política<sup>6</sup>. La carencia económica, la informalidad y precariedad laboral, la ausencia de trabajo remunerado y el déficit de políticas orientadas a atajar este conjunto de circunstancias son factores que inciden en la capacidad de las mujeres de determinar con libertad su modo de vida, incluyendo su manera de percibir ingresos para subsistir. Evidentemente, una mayor situación de vulnerabilidad reduce las posibilidades de decisión y limita esa libertad, abocando a un conjunto de decisiones sobre la supervivencia que, muy posiblemente, con otras condiciones de partida serían distintas.

El ejercicio de la prostitución, prostituirse como única, más cercana o más eficaz opción para sobrevivir, podría considerarse como una decisión derivada de condiciones materiales y simbólicas que limitan las posibilidades de tener o plantearse otra realidad<sup>7</sup>. Encontraríamos así que la vulnerabilidad de género se sitúa en la base de otra serie de vulnerabilidades, entre las que se encuadra la prostitución.

El precario e incompleto andamiaje jurídico a disposición de la protección de los derechos de las mujeres adultas que obtienen ingresos a través del intercambio de sexo las sitúa, sin duda, en una condición de vulnerabilidad. Para algunas autoras, la vulnerabilidad deriva del hecho mismo de ser prostituidas, entendiendo la prostitución como una manifestación de la violencia de género<sup>8</sup>. Para otras, la aplicación de políticas prohibicionistas (aun en la versión encubierta que se incluye en las ordenanzas municipales) precariza y victimiza a las personas que desempeñan esta actividad<sup>9</sup>. Otras autoras, afirman que la situación de vulnerabilidad deriva de la ausencia de un cuadro normativo que proteja los “derechos laborales” y la seguridad o salud en el trabajo y que reconozca las prestaciones de seguridad social<sup>10</sup>.

Siendo cierto que el actual marco jurídico no protege a las mujeres que son prostituidas o toman la decisión de prostituirse, lo cuestionable es que el derecho del trabajo, el reconocimiento de la posibilidad de someter formalmente a un régimen de subordinación la venta de servicios sexuales y permitir el lucro ajeno por ellos, sea una solución efectiva y compatible con la protección de la dignidad de las personas.

He aquí el marco de un debate que debe tener como eje común la voluntad de superar la situación o situaciones de vulnerabilidad, actuando siempre con pleno respeto a la autonomía individual de las personas implicadas. El dilema, más allá de posicionamientos de carácter tradicionalista, conservador o moralista, sobre los que no es necesario invertir espacio, estriba en qué papel y qué resultados queremos atribuir a la actuación jurídico-laboral sobre el fenómeno de la prostitución. En otras palabras, debemos valorar si el derecho del trabajo es el instrumento adecuado para dar soluciones a la situación de las personas enmarcadas en la prostitución, entendiendo la misma como realidad compuesta por muchos ejes (la exclusión, la discriminación, la vulnerabilidad, la subalteridad, la dominación, el racismo...).

Para hacer esta valoración es preciso acometer dos operaciones, la primera orientada a recordar (brevemente) cuales son las funciones posibles, en el momento actual, del derecho del trabajo y

<sup>6</sup> SUÁREZ LLANOS, L. “Caracterización de las personas y grupos vulnerables”, en PRESNO LINERA, M. *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 2013, pp. 35-93.

<sup>7</sup> Señala de manera acertada Beatriz Gimeno que, en un contexto de neoliberalismo extremo como el actual, escoger ser prostituta es una decisión tan racional como otra. Sin embargo, apunta la autora que el concepto de “decisión” en el que se mueve la afirmación anterior es una concepción neoliberal, que en general afecta al conjunto de nuestra vida, con nuevas formas de alienación y explotación, en particular respecto de las mujeres del Sur. Vid. GIMENO, Beatriz, “La prostitución: aportaciones para un debate abierto”. *Revista transversales*, mayo 2008.

<sup>8</sup> GUTIÉRREZ GARCÍA, Andrea, DELGADO ÁLVAREZ, Carmen, “Vulnerabilidad en Mujeres Prostituidas: Medidas de Protección Legal”, *Oñati Socio-legal Series*, v. 5, n. 2, 2015.

<sup>9</sup> VILLACAMPA, Carolina, TORRES, Núria, “Políticas criminalizadoras de la Prostitución en España. Efectos sobre las trabajadoras sexuales” RECPC 15-06, 2013. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-06.pdf>

<sup>10</sup> SUÁREZ LLANOS, L. “Caracterización de las personas y grupos vulnerables”, en PRESNO LINERA, Miguel. *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 2013, pp. 35-93.

la segunda, que se acomete en el apartado siguiente, examinar los instrumentos jurídicos diseñados y propuestos para determinar su eficacia respecto de los resultados esperados.

## 2.2. *El derecho del trabajo y su (limitada) función tuitiva*

Sin ánimo de realizar aquí un recorrido por la evolución de las funciones de la regulación del derecho al trabajo, nos interesa analizar brevemente la cuestionada función tuitiva de la norma laboral a efectos de valorar si el derecho del trabajo es un instrumento posible y efectivo para incidir sobre la cuestión. En primer lugar, y como cuestión evidente, cabe recordar que la función tuitiva del derecho laboral se despliega dentro del ámbito de las relaciones de producción, es decir, en el marco de la relación entre capital y trabajo. Aun cuando las notas de dependencia y ajenidad se hayan difuminado y transformado, el trabajo por cuenta ajena conlleva el ejercicio del poder de dirección y su correlativo *ius puniendi*, difícil de regular en relación a la explotación sexual ajena. Planteemos la tesis, por ejemplo, de establecer por escrito los límites de lo que la “trabajadora” debe o no hacer/aceptar y la dificultad de cohonstar esta operación de manera coherente con la dignidad humana dentro de la relación laboral. Todo ello sin mencionar la actual *pseudo* prohibición de lucrarse explotando la prostitución de otra persona (*ex art. 187.1 del Código Penal*), en cuya compleja redacción entraremos en el apartado siguiente.

El segundo elemento fundamental para valorar si el derecho del trabajo es un instrumento deseable y eficiente en esta realidad es, precisamente, el propio cuestionamiento de la función tuitiva del derecho del trabajo, que se ha demostrado tan criticada como contingente. Así, el anclaje constitucional de los artículos 1, 9.2 y 35, con la jurisprudencia constitucional que afirmaba el carácter tuitivo y compensador del derecho del trabajo<sup>11</sup>, no ha sido óbice para una deconstrucción de determinados institutos fundamentales que sostenían la función que comentamos. En este sentido es innegable que los márgenes de explotación de quien vende su fuerza de trabajo se ensanchan o estrechan en función de la relación de fuerzas existentes y que un simple vistazo al estado de reforma permanente de la década anterior nos evidencia que estos márgenes de explotación se han utilizado como un muelle para ajustar el precio de la fuerza de trabajo como mecanismo de gestión de las crisis económico-financieras. La degradación de los derechos asociados al trabajo, a modo de devaluación interna, ha pasado por encima de la función tuitiva durante una década, que ahora se pretende contra-reformar.

Teniendo en cuenta los anchos márgenes de explotación y la contingencia de los diques de protección, es preceptivo preguntarse, y sobre eso volveremos en las conclusiones, si el derecho del trabajo es un instrumento útil o deseable para encajar, aceptándola como una relación de subordinación y dependencia, la explotación de la sexualidad ajena y la venta de la propia. En otras

---

<sup>11</sup> En las bien conocidas palabras del Tribunal Constitucional: “...la disparidad normativa se asienta sobre una desigualdad originaria entre trabajador y empresario que tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, que es de dependencia o subordinación de uno respecto del otro, y que posee una tradición que es innecesario concretar, en todo el amplio conjunto de consecuencias derivadas de dicha tradición... De todo ello deriva el específico carácter del Derecho laboral, en virtud del cual mediante la transformación de reglas indeterminadas que aparecen indudablemente ligadas a los principios de libertad e igualdad de las partes sobre los que se basa el Derecho de contratos, se constituye como un ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales...” (STC 3/1983, FJ.3. Vid también, recordando la finalidad tuitiva, la STC 22/1989, FJ. 2º: “La determinación del ámbito de aplicación subjetivo del Estatuto de los Trabajadores y, consecuentemente, la calificación de una relación contractual como laboral con la consiguiente inserción en un sector del ordenamiento regido por principios orientados a proteger a la parte más débil de tal relación diversificando así el contrato de trabajo de otras relaciones contractuales afines, civiles o mercantiles, ha dado lugar a supuestos singulares, en los que la no clara concurrencia de las notas de laboralidad del art. 1.1 ET, requerían una delimitación que, en ausencia de precepto expreso del legislador, se producía por vía de aplicación judicial y jurisprudencial a los casos concretos litigioso

palabras, debemos evaluar la utilidad del derecho del trabajo, con su grado de precarización actual, como instrumento para reequilibrar en esta situación y como vía para mejorar la situación del sujeto vulnerable y de permitir su acceso en condiciones de igualdad al disfrute de bienes y derechos<sup>12</sup>.

Todo lo anterior no es obstáculo para reconocer a las personas protagonistas de esta realidad como sujetos con voz y exigencias, que deben ser incorporadas en las estrategias normativas, admitiendo el ámbito de libre decisión y autodeterminación de las personas adultas que, con todas las condiciones necesarias para superar la vulnerabilidad, decidan libremente vender sus servicios sexuales a cambio de una remuneración. En este caso, como veremos en los siguientes apartados, probablemente el derecho del trabajo tampoco sea el instrumento de regulación idóneo.

Con este escenario de partida, los siguientes apartados se dedican a analizar las distintas respuestas jurídicas posibles y su adecuación o no al objetivo de reducir la vulnerabilidad de los sujetos afectados y dar una respuesta a las personas que exigen una tutela jurídica, finalizando este texto con una propuesta de posible tercera vía.

### 3. La prostitución como realidad y las reacciones jurídicas planteadas

Como es bien sabido, la prostitución ha sido enfocada por el Derecho desde sus distintas ramas y, a efectos de este análisis, descartaremos la parte penal relativa a la trata para centrarnos en aquellas respuestas jurídicas enfocadas en la prohibición o la regulación de la prostitución ejercida con consentimiento entre adultos.

La primera consideración, recordada por Alemán Páez, es la complejidad de una realidad sobre la que se imbrican normas que responden a finalidades distintas en planos diversos<sup>13</sup>. Mientras que en el ámbito municipal se ha llegado a hablar de “modelo prohibicionista suave”<sup>14</sup>, en el ámbito estatal nos encontramos con una ausencia evidente de modelo político-normativo que se ha conjugado con una opción en materia penal cuasi-abolicionista (con muchos matices) cuyo eje es el artículo 187.1 del Código Penal<sup>15</sup>.

Cabe recordar que con la Ley Orgánica 11/2003 se introdujo en el Código Penal la figura del “proxenetismo no coercitivo”, modificando la redacción del precepto (antiguo 188) para establecer

<sup>12</sup> SUÁREZ LLANOS, L. “Caracterización de las personas y grupos vulnerables”, en PRESNO LINERA, Miguel. *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 2013, pp. 35-93.

<sup>13</sup> De este autor, además de la citada, son importantes las siguientes aportaciones sobre el tema: ALEMÁN PÁEZ, Francisco, “Mercado del sexo vs. trabajo sexual/Abolicionismo vs. legalización de la prostitución: doble juego de binomios y propuestas reguladoras comparadas”, RGLJ nº 1, pp. 7-46, 2018; ALEMÁN PÁEZ, Francisco, “El trabajo sexual en la Ley Alemana reguladora de la Prostitución (“Prostituierenschutzgesetz”). Bases teóricas y exegéticas de una isonomía crítica”, DRL, nº 7, pp. 734-763, 2018.

<sup>14</sup> Con respecto a las ordenanzas municipales, Villacampa y Torres afirman que “por medio de estas ordenanzas municipales, España está adoptando un sistema que podría tildarse de pseudo-prohibicionista o prohibicionista-suave, pues sanciona a las prostitutas, si bien con una sanción administrativa en lugar de con una sanción de carácter penal”. Continúan las autoras señalando que “la ofensiva contra la prostitución callejera –y ahora también de carretera– que comenzó hace menos de una década mediante la aprobación de las primeras ordenanzas cívicas ha sido incesantemente contestada por colectivos de trabajadores del sexo y de ONGs que realizan tareas asistenciales con éstos. Ellos ven en esta normativa una forma de criminalizar la pobreza, que precariza todavía más las condiciones de trabajo de las prostitutas callejeras”. Vid. VILLACAMPA, Carolina, TORRES, Núria, “Políticas criminalizadoras de la Prostitución en España. Efectos sobre las trabajadoras sexuales” RECPC 15-06, 2013. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-06.pdf>; Vid. también GONZÁLEZ GARCÍA, Sergio, “Prostitución y proxenetismo: una cuestión de Estado”, Revista Aranzadi Doctrinal num. 10/2019.

<sup>15</sup> Señala Llobet que “en una escala de más a menos castigo penal se situarían, en un extremo, las posturas prohibicionistas (pena para los proxenetes no coercitivos, los clientes y las prostitutas); a continuación vendría el modelo abolicionista (pena para los proxenetes no coercitivos y los clientes); en tercer lugar, las posturas cuasi-abolicionistas (pena para los proxenetes no coercitivos, únicamente); y, finalmente, los modelos regulacionista y reglamentarista, cuya incidencia se produce en otras ramas del ordenamiento jurídico, aunque, por supuesto, tienen implicaciones penales en forma de no criminalización de cualquiera que, participando del fenómeno de la prostitución, no sea un proxeneta coercitivo”. LLOBET, M., “Prostitución: ¿qué castigar? Trabajadoras, burdeles, rufianes y clientes”, Nuevo Foro Penal No. 92, enero-junio 2019 Universidad EAFIT.

una sanción penal a toda explotación por terceros de la prostitución ajena, poniéndose el acento en el provecho económico. Sin embargo, el mismo precepto indica que “en todo caso, se entenderá que hay explotación cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica. b) Que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas”.

Este artículo fue objeto de interpretación con la conocida STS de la Sala de lo Penal, 425/2009. En la misma, la Sala señaló que “la cuestión de la prostitución voluntaria en condiciones que no supongan coacción, engaño, violencia o sometimiento, bien por cuenta propia o dependiendo de un tercero que establece unas condiciones de trabajo que no conculquen los derechos de los trabajadores no puede solventarse con enfoques morales o concepciones ético-sociológicas, ya que afectan a aspectos de la voluntad que no pueden ser coartados por el derecho sin mayores matizaciones”. En apoyo de esta opinión, se recoge la jurisprudencia del TJUE que ha considerado el trabajo sexual por cuenta propia amparado por la libertad de establecimiento y de prestación de servicios (art.49 TFUE)<sup>16</sup>. Con este apoyo, la Sala consideró que la posibilidad de entender la prostitución como una actividad por cuenta propia, “no descarta sino que refuerza la tesis de que, al margen de razones de moralidad, pueda ser considerada como una actividad económica que si se presta en condiciones aceptables por el Estatuto de los Trabajadores”<sup>17</sup>.

Con estos mimbres jurídicos, prohibición (con muchos matices) del lucro por la explotación de la prostitución ajena y ausencia de regulación de cualquier otro tipo de intercambios sexuales a cambio de dinero, la responsabilidad tuitiva ha recaído en los jueces y tribunales, cuya actuación ha revelado una voluntad mayoritariamente protectora pero evidentemente insuficiente respecto de la generalidad del problema<sup>18</sup>. En este escenario de relativa anomia, la actuación de los operadores jurídicos se dirige a paliar las situaciones de vulnerabilidad con parches que, aun puntualmente útiles, no permiten superarlas.

A modo de resumen, cabe recordar que la aproximación jurisprudencial de principios de siglo se enfocó en una “finta” del artículo 187.1 del Código Penal (en su momento el 188) para reconocer la existencia de una relación laboral “por fuera” del elemento nuclear de la misma (el intercambio de sexo). De esta manera, con el objetivo de proteger a las trabajadoras, los tribunales realizaron lo que se conoce como “finta del alterne”<sup>19</sup>. La figura del alterne ha sido definida en reiterada jurisprudencia como aquella consistente “en que mujeres estimulen con su compañía y la mayor o menor exhibición de su físico, el consumo de bebidas por los clientes de un establecimiento donde aquéllas prestan el servicio a cambio de un porcentaje en el precio de la consumición, es aceptada hoy por la

<sup>16</sup> Sobre este tema, vid. GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración, “La prostitución como actividad económica, la incidencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la cuestión”, *Prostitución y trata: marco jurídico y régimen de derechos*, SERRA CRISTÓBAL, Rosario, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007

<sup>17</sup> Sobre esta cuestión vid. MAQUEDA ABREU, María Luisa, “Hacia una justicia de los derechos”, *Diario La Ley*, 16. 3. 2010). También recuerda Agustí que, a partir de este pronunciamiento, otras sentencias han afirmado que dada una situación de prostitución por cuenta ajena no coercitiva, sólo cabría hablar del delito de “explotación laboral” cuando se detectan condiciones abusivas de trabajo (STS 651/2006, de 5 de junio) y se refiere a “explotación sexual lucrativa” cuando hay “grave riesgo para los derechos” (STS 152/2008, de 8 de abril). Vid. AGUSTÍ MARAGALL, Joan, “Razones para la laboralización de la –libre– Prestación de servicios de prostitución por cuenta ajena” *IUSLabor* 1/2015.

<sup>18</sup> ALEMÁN PÁEZ, Francisco, “Prostitución masculina y trabajo sexual (STSJ de Cataluña, de 11 de noviembre de 2019): avances de una aporía litigiosa” *Derecho de las Relaciones Laborales* (en prensa)

<sup>19</sup> Respecto del “alterne” señala Fernando Fita que cabe la consideración del mismo como relación laboral cuanto dicha actividad “genera unos rendimientos económicos, previa la organización de capital y trabajo, que deben estar sometidos a las condiciones tributarias y laborales que protegen a los trabajadores y disciplinan los presupuestos mercantiles de toda actividad económica. Entre muchas sentencias recogidas por el autor vid. la STSJ de Castilla y León de 31 de marzo de 2005 (AS 2720). FITA ORTEGA, Fernando, “La prostitución: posible objeto de contrato de trabajo como una manifestación más del trabajo sexual”, *Revista de derecho social*, Nº 47, 2009, pp. 91-108

jurisprudencia como relación laboral”<sup>20</sup>. Se trata de una actividad laboral si se dan las notas de dependencia y ajenidad<sup>21</sup>, considerada como distinta a la prostitución<sup>22</sup>. Es más, “a esta consideración de actividad lícita y reconocimiento de laboralidad no se opone que el alterne pueda tener su fin en la prostitución, al distinguir ambas actividades y sin que ésta pueda descalificar aquélla”<sup>23</sup>.

La artificiosidad de la figura del alterne y su resultado final, el reconocimiento de la condición de trabajadoras subordinadas de las prostitutas sin que la protección laboral abarque el núcleo de la relación, se conjugaron con una negativa reiterada por parte del orden social de la jurisdicción a considerar la prostitución como una realidad incardinable en un contrato de trabajo. En este sentido señalaba Agustí como esos mismos pronunciamientos relativos al alterne incluían con carácter “obiter dicta” una negativa categórica respecto de la inclusión de la prostitución en el ámbito del contrato de trabajo, entendiendo que un contrato para estos servicios con carácter de prestación subordinada tendría objeto y causa ilícitos, aún cuando sea por decisión voluntaria de la persona que ejerce la prostitución; además, esos mismos pronunciamientos señalaban que tal contrato sería en todo caso nulo por contravenir frontalmente diversos derechos fundamentales<sup>24</sup>. Así, más allá del código penal, la imposibilidad de considerarlo como una relación laboral se derivaría de las incompatibilidades absolutas entre las notas de ajenidad y dependencia con el proxenetismo y la libertad y la dignidad humanas.

Sin embargo, existen pronunciamientos que se han separado de manera total o parcial de este parecer.

Por un lado, la Sentencia del juzgado de lo social nº 10 de Barcelona, de fecha 18.2.2013, aceptó la laboralidad de unas trabajadoras de un “centro de masajes eróticos” afirmando que “nos hallamos ante una relación de prostitución por cuenta ajena clara y diáfana, no enmascarada o interferida por una paralela o confluyente relación de alterne”.

<sup>20</sup> La laboralidad del alterne fue tempranamente rechazada por el antiguo Tribunal Central de Trabajo (en sentencias de 13 de marzo de 1975 y de 1 de abril de 1978). No obstante, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 3 de marzo de 1981, afirmó la posibilidad de que en el alterne se dieran las notas típicas de una relación de trabajo.

<sup>21</sup> Notas que ha resumido FITA en los siguientes puntos que las trabajadoras estén sometidas a un horario; que acudan diariamente al centro de trabajo; que ejerzan la actividad en las instalaciones del empresario, existiendo un control de la actividad desarrollada y siendo aquél quien determine el importe de las copas a las que les invitan los clientes y quien cobre las consumiciones, abonándosele posteriormente a la trabajadora la comisión devengada por su trabajo; que realicen su actividad en régimen de exclusividad; que empleen taquillas y vestuarios facilitados por el empresario; que perciban una retribución estable; que sean trasladadas al local por un vehículo propiedad de la empresa; que se les exija un determinado vestuario; que el empresario ostente poder disciplinario o sancionador sobre las trabajadoras; y que la trabajadora carezca de cualquier infraestructura empresarial propia. FITA ORTEGA, Fernando, “La prostitución: posible objeto de contrato de trabajo como una manifestación más del trabajo sexual”, *Revista de derecho social*, Nº 47, 2009, pp. 91-108. También sobre esta cuestión vid. ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel, “Prostitución y derecho del trabajo ¿auténtica relación laboral?”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 1, Nº. 17 (Feb), 2009, pags. 39-48; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Teresa, “Es conveniente regular el ejercicio de la prostitución”, en AGUSTÍ JULIÀ, Jordi., PUMAR BELTRÁN, Núria., *El trabajo por cuenta ajena y sus fronteras*, Bomarzo, Albacete, 2010; DESDENTADO BONETE, Aurelio, “Contrato de trabajo y prostitución: una reflexión sobre la sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2009”, *Diario La Ley*, Nº 7238, 2009; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto, TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, ALVAREZ CUESTA, Henar, QUIRÓS HIDALGO, José Gustavo, “Sobre la posible regularización laboral de la prostitución: reflexiones para un debate”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, Nº. 289, 2007, pp. 3-50; REY MARTÍNEZ, Fernando, MATA MARTÍN, Ricardo, SERRANO ARGÜELLO, Noemí, *Prostitución y Derecho*, Aranzadi, 2004.

<sup>22</sup> La SAN de 23 de diciembre de 2003 (AS 2003/3692), en el conocido caso *Mesalina*, señalaba que “nuestra jurisprudencia ha incluido en la relación laboral en el supuesto de concurrir la ajenidad y la dependencia organizativa a la prestación de servicios de “alterne” que aunque no identificable con la de prostitución, supone precisamente el límite prestacional con ésta: un límite fisiológico pues el favor sexual no puede ser objeto de subordinación empresarial y un límite jurídico entre el trabajador por cuenta ajena -relación de alterne- y el trabajador por cuenta propia —relación de prostitución—. Sobre esta sentencia vid. SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen, “El Tribunal Supremo zanja el caso “Mesalina”. Comentario a la STS de 27 de noviembre de 2004”, AS vol. V (XIV) 2004.

<sup>23</sup> STSJ de Asturias de 25 octubre AS 2010\2390.

<sup>24</sup> Sobre esta sentencia vid. el comentario del propio magistrado: AGUSTÍ MARAGALL, Joan, “Razones para la laboralización de la –libre– Prestación de servicios de prostitución por cuenta ajena” *IUSLabor* 1/2015. Y el comentario de QUESADA SEGURA, Rosa “Por primera vez, la prostitución como objeto del contrato por cuenta ajena. Interpretación judicial de la protección de la igualdad de género”, *REDT* nº.180, 2015.

El magistrado concede que “hasta el momento, los juzgados y tribunales de lo social han negado categóricamente la posibilidad de que exista y pueda ser válido un contrato de trabajo que dé cobertura a las situaciones de explotación lucrativa de la prostitución, al considerar que para que el contrato de trabajo pueda reputarse válido es imprescindible que su objeto y causa sean lícitos, considerándose que la explotación sexual de una persona no reúne ni puede reunir esta condición, aunque el ejercicio de la prostitución sea una decisión voluntaria de la persona que la ejerce”.

Sin embargo, la sentencia determinó la laboralidad de la prestación apoyándose en dos elementos fundamentales: por un lado, la declaración de una trabajadora que, a pregunta del magistrado, confirmó que “ejerció la prostitución por cuenta ajena de forma libre, no coaccionada (más allá, obviamente, de la situación social y económica que puede haberla inducido al ejercicio de la prostitución), sin que ni ella, ni la Inspección de Trabajo, ni la TGSS, en su demanda de oficio, hayan puesto de manifiesto “condiciones abusivas de trabajo” o de “grave riesgo para los derechos”. Por otro lado, la decisión se apoyó en la doctrina y en la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014, sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género para acabar considerando que “precisamente por tratarse de una cuestión de género y por los derechos fundamentales que están implicados, considera este magistrado que en tanto el Estado Español –como ya han hecho diversos países comunitarios– no asuma el “modelo nórdico” de lucha contra la prostitución (recomendado en el apartado 29 de dicha resolución) no puede llegar a tal conclusión, por cuanto –paradójicamente– ello no haría más que agravar la situación, también desde la perspectiva de género, de las trabajadoras afectadas”. Por todo lo anterior concluyó que “en el actual marco regulador de la prostitución (regulación administrativa y despenalización aplicativa), habiendo quedado plenamente acreditado que las trabajadoras ejercían libremente, sin coacción y de manera no forzada, la prestación de servicios de prostitución por cuenta de la empresaria demandada, bajo su dirección y dependencia, no son de apreciar motivos de ilicitud penal ni de lesión de derechos fundamentales individuales que impidan el reconocimiento de laboralidad”.

En sentido contrario, cabe destacar los pronunciamientos que se han manifestado decididamente en contra de la posibilidad de incardinar la actividad de prostitución dentro del marco de un contrato de trabajo. En primer lugar, la bien conocida sentencia de la Audiencia Nacional relativa al sindicato OTRAS. En ella, la Audiencia concluyó que “No resulta posible con arreglo a nuestro derecho la celebración de contrato de trabajo cuyo objeto sea la prostitución por cuenta ajena, esto es, un contrato en virtud del cual el trabajador asuma la obligación de mantener las relaciones sexuales que le indique el empresario, con las personas que este determine a cambio de una remuneración, y el contrato que así se celebre debe reputarse nulo. Y ello, sin perjuicio de que el que se obligó con la condición de trabajador pueda reclamar frente al empresario los derechos que al efecto le reconoce el art. 9.2 E.T por los servicios prestados”<sup>25</sup>.

Por último, reviste una especial importancia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Barcelona<sup>26</sup>, cuyo ponente fue el magistrado Carlos Hugo Preciado Domenech<sup>27</sup>. La virtud del pro-

<sup>25</sup> Continúa la Audiencia señalando que “Hemos de referir que si bien es cierto que existen resoluciones dictadas por Tribunales superiores de justicia dictadas en procedimientos de oficio instados por la autoridad laboral, en los que se ha admitido la condición de trabajadores por cuenta ajena de personas que ejercían la prostitución, lo determinante para el reconocimiento de tal condición, no ha sido nunca el ejercicio de la prostitución, antes al contrario, sino el ejercicio de una actividad por cuenta ajena lícita y perfectamente separable del ejercicio de la prostitución, actividad esta que se desarrolla por cuenta propia por los trabajadores de alterne, aun cuando se desarrolle en instalaciones propias del empleador destinadas a la habitación del trabajador”.

<sup>26</sup> STSJ de Cataluña de 11/11/2019 (Rº 8972/2019)

<sup>27</sup> Es interesante recordar que entre la obra del Magistrado destaca su interesante contribución al debate sobre los derechos fundamentales en el contrato de trabajo, en su obra PRECIADO DOMENECH, Carlos Hugo, *Teoría general de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Madrid, 2017. Sobre esta sentencia es imprescindible la lectura de: ALEMÁN PÁEZ, Francisco, “Prostitución masculina y trabajo sexual (STSJ de Cataluña, de 11 de noviembre de 2019): avances de una aporía litigiosa” *Derecho de las Relaciones Laborales* (en prensa)

nunciamiento es su ubicación en la difícil posición de garantizar los derechos humanos y poner la resolución de la situación de vulnerabilidad en el centro, sin utilizar para ello ni la finta del alterne (se trata de un caso radicado en un centro de “masajes”) ni el encuadramiento de la prostitución en un marco de subordinación y dependencia.

Para ello, la sentencia realiza una extensa aproximación por la normativa internacional y estatal y recuerda que, como señalamos anteriormente, “el CP sanciona la explotación de la prostitución ajena y no la mera obtención de lucro con la misma, de forma que se exige la detracción de los ingresos de la persona prostituida en una parte no proporcionada –abusiva– por ofrecerle alojamiento, lugar de encuentro con los clientes u otros servicios, en suma cuando no haya un intercambio libre de trabajo sexual por precio”.

Con esta afirmación prescinde del tipo penal para centrarse en la prestación en concreto. Al estudiarla a la luz de un amplio análisis jurisprudencial, la sentencia concluye que nos hallamos ante un supuesto de prostitución voluntaria por cuenta ajena, enmarcada en las notas de dependencia y subordinación propias de toda relación laboral. Sin embargo, “el objeto del contrato es ilícito, ( art.1261 y 1271-1273 CC), no porque el trabajo sexual deba considerarse “contrario a la moral” ni porque dicho trabajo deba ser objeto de estigma o intrínsecamente indigno, sino porque su prestación en régimen de subordinación, con sujeción a órdenes, instrucciones sobre el con quién, cómo, cuándo y dónde de dicha prestación, sujetando a la potestad disciplinaria la desobediencia de las órdenes del empresario ( art. 5c ) y 20 ET ), resulta contraria a la dignidad humana (art.10.1 CE)”.

Recuerda la sentencia que en el ámbito de la UE, el trabajo sexual por cuenta propia se consideró amparado por la libertad de establecimiento y de prestación de servicios (art.49 TFUE) y que en nuestra realidad ha sido contemplado como posible dentro del marco de la libre elección de profesión u oficio<sup>28</sup>, por lo que no puede considerarse como “indigno”. Lo que provoca la colisión con los derechos fundamentales por tanto no es el trabajo en sí mismo sino su prestación bajo régimen de subordinación y disciplina empresarial. Esta circunstancia, según afirma la sentencia “sí que cosifica a la persona en uno de sus más íntimos aspectos de la personalidad, la libertad sexual. En el caso de la libertad sexual y la intimidad, el esquema de subordinación –en sí mismo– afecta al contenido esencial de ambos derechos. Que alguien tenga derecho a controlar, sancionar y ordenar sobre el contenido de la libertad sexual e intimidad supone una afectación a su contenido esencial (art. 53.1 CE), convierte en irreconocibles tales derechos, y dejan de proteger los intereses fundamentales conforme al concepto de contenido esencial consagrado por la STC 11/1981, de 8 de abril (f.8)”.

Siendo el contrato totalmente nulo, no cabe la acción de despido pero sí, y aquí da otro giro interesante la sentencia, cabría una acción para exigir la remuneración correspondiente (art.9.2 ET) y la acción de tutela de los derechos fundamentales vulnerados, particularmente la dignidad la libertad sexual, que forma parte del derecho a la intimidad (art.18 CE).

La disparidad de pronunciamientos sobre un fenómeno similar ratifica lo señalado al principio de este apartado respecto de la labor del poder judicial, que debe solventar no solo un vacío jurídico sino claras indeterminaciones, cuando no contradicciones, en la política normativa que son, sin duda, fruto y reflejo de la enconada discusión respecto a este fenómeno. Las dos posturas que referimos en la introducción, abolicionismo y movimiento “pro-derechos” se presentan como irreconciliables mientras ni los operadores jurídicos, ni la doctrina, enredados en este debate, son

<sup>28</sup> En este sentido vid: LÓPEZ I MORA, Federico, “Prostitución y estatuto profesional”, *Prostitución y trata: marco jurídico y régimen de derechos*, SERRA CRISTÓBAL, Rosario, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 157-202; POYATOS Y MATAS, Gloria, *La prostitución como trabajo autónomo*, en AGUSTÍ JULIÀ, Jordi, PUMAR BELTRÁN, Núria, *El trabajo por cuenta ajena y sus fronteras*, Bomarzo, Albacete, 2010;

capaces de dar una respuesta que, hasta el momento, permita esbozar una solución basada en la superación de la situación de vulnerabilidad de las mujeres que transitan la prostitución.

Ni el abolicionismo coloca (aquí y ahora) a las prostitutas o prostituídas en una situación que les permita mejorar sus condiciones vitales ni el reconocimiento de una relación laboral subordinada parece idóneo para una prestación que mal resistiría el ejercicio de los poderes de dirección del empresario. En esta tesitura, como señalamos al principio de estas páginas, se plantea como necesario pensar en un punto intermedio.

#### **4. No-vulnerables: una solución inmediata para caminar hacia un futuro libre de prostitución (y de patriarcado)**

Entre el abolicionismo mixto o moderado y el enfoque pro-derechos podría construirse una propuesta centrada en la superación de las condiciones de vulnerabilidad que como se señaló en las primeras páginas derivan de manera conjunta del género y por tanto de la dominación patriarcal como base, pero también de la violencia y de la desprotección jurídico-normativa de las personas que ejercen la prostitución.

Este punto intermedio exige un acuerdo alrededor de varias premisas. La primera, probablemente, es el reconocimiento. El reconocimiento de las mujeres que se consideran prostitutas o de las que se sienten prostituidas y de las necesidades que ambos grupos expresan, intentando construir una respuesta vinculada a las luchas sociales que las representan. En este sentido, es útil recordar que el Derecho, habitual cómplice de la sedimentación de las desigualdades, también puede (debe) servir como instrumento de efectiva alteración de las prácticas reales vigentes, como un medio o una técnica entre otras muchas, para garantizar el resultado de las luchas e intereses colectivos hacia la justicia social<sup>29</sup>. Se requiere por tanto, una respuesta situada, alejada del maniqueísmo que permea intensamente el debate y que no permite un diálogo sosegado para centrarse en lo importante, que es la situación inmediata y futura del amplio conjunto de mujeres.

La segunda premisa es el aprendizaje de los errores y el conocimiento de los límites del derecho del trabajo. La experiencia nos demuestra que encajar en un molde jurídico rígido una realidad que no se ajusta conlleva la permanencia de situaciones que por acción u omisión se queda “fuera” (véase la deriva de la relación laboral especial de hogar). Pero además, sabemos bien que cubrir una realidad precaria con una solución laboral precaria tampoco es la solución ¿acaso vamos a permitir las ETT y los contratos por horas para la prostitución?; y, por supuesto, seguir pensando en que debemos anudar los derechos de ciudadanía, protección social, sanidad y en general acción estatal para una vida digna al empleo formal es, en estos momentos, un completo error.

La solución, y más tras la experiencia de la COVID-19, debería recaer en una estrategia mixta. Por un lado, el refuerzo de la universalidad de los derechos sociales, que permitan superar las desigualdades de género y las situaciones de carencia y falta de recursos. Las aportaciones estatales en forma de rentas de ciudadanía son, sin duda, uno de los instrumentos fundamentales para la superación de un amplio conjunto de situaciones de vulnerabilidad. Si algo nos ha enseñado la llegada de la COVID-19, es que anudar las prestaciones sociales a la desvinculación de un empleo formal no permite cubrir todas las situaciones de vulnerabilidad. En este momento, se asienta la consciencia (y se confirma la posibilidad) de implementar una red de apoyo público con tendencia a la universalidad que trascienda la relación con el trabajo y permita sostener a las personas. En este sentido, las propuestas de renta básica, sea en su diseño original sea con algunas modulaciones, se

<sup>29</sup> Herrera Flores, Joaquín *La reinención de los Derechos Humanos*, Sevilla: Atrapasueños, 2008

presentan como un paso necesario para conseguir superar la proliferación de situaciones de vulnerabilidad a las que nos enfrentamos<sup>30</sup>.

Por otro lado, es igualmente necesario el apoyo a las estructuras que las prostitutas decidan impulsar para organizar su trabajo y su relación con los clientes, sin necesidad de usar para ello el trabajo asalariado. Otras figuras que evitan el vínculo de subordinación pero refuerzan el de colectividad (las cooperativas por ejemplo) podrían resultar más adecuadas para permitir el desarrollo de esta actividad a quien se libremente y así lo decida. De igual manera, el apoyo (asesoramiento en materia de formalización de la prestación, prevención de riesgos, etc) para las que decidan establecerse como autónomas también podría impulsar una dignificación de la vida de quienes, teniendo cubiertas las necesidades vitales mediante los servicios públicos de calidad y las aportaciones estatales necesarias, decidan ejercer la prostitución.

Una vez conseguido el primer paso, dignificar la vida y responder a las necesidades, deberíamos sin duda abordar un debate sereno acerca de cómo caminar hacia el fin de la prostitución, ya que nunca debemos perder de vista que, en el fondo, la prostitución contamina la lucha por la igualdad en tanto refuerza los roles de género y la dominación masculina<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Sobre el tema, y entre las innumerables aportaciones, vid. BOLLAÍN, Julen, RAVENTÓS, Daniel, “La Renta Básica Incondicional ante las limitaciones de las Rentas Mínimas”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, N° 40, 2018.

<sup>31</sup> Vid. GIMENO, Beatriz, “Prostitución: cuestión de derechos y privilegios”, en *Ctxt*, N° 239, 2019. Disponible en: <https://ctxt.es/es/20190918/Firmas/28489/prostitucion-institucion-patriarcal-desigualdad-beatriz-gimeno.htm>

## RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

# Leer en tiempos de COVID-19

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET  
*Catedrático de Derecho del Trabajo*  
*Universitat de València*

ORCID ID: 0000-0002-2910-2153

<https://doi.org/10.20318/labos.2020.5546>

No es esta una reseña al uso. Más que diseccionar de forma crítica una concreta aportación monográfica, pretende, de un lado, presentar una visión panorámica de las que se han producido en relación con las medidas laborales y de protección social vinculadas a la particular situación creada por la COVID-19. Y, de otro, hacer alguna reflexión general sobre su impacto sobre la forma de abordar los problemas jurídicos que quizá pueda tener alguna utilidad hacia el futuro.

No he utilizado por casualidad la expresión “visión panorámica”. Intento con ella ser honrado y dejar claro qué hay detrás de las reflexiones que siguen. Aunque el período de producción doctrinal que voy a considerar es relativamente breve, es posible que, en la exposición que sigue, haya preterido alguna fuente. Pido disculpas anticipadamente por ello. Asimismo, confieso que no he leído íntegramente aquellas a las que haré referencia. En muchos casos, me he limitado a pegar una ojeada. Ambas cosas tienen explicación. La suspensión de actividades ha afectado también a las bibliotecas universitarias –en el caso de la mía, sorprendentemente, la suspensión continúa a pocos días de la finalización del estado de alarma–. Pero, sobre todo, la lectura completa de lo que se ha ido publicando es tarea para Sísifo –y no solo por su envergadura–.

Hechas estas precisiones, es momento de iniciar la reflexión. Por supuesto, el volumen de disposiciones emitidas en relación con la pandemia no podía no afectar a las materias laboral y de protección social. Incluso antes de la declaración del estado de alarma (RD 463/2020, de 14 de marzo), algunas de las normas de emergen-

cia ya habían comenzado a afrontar problemas en estos terrenos (cfr. RRDL 6/2020, de 10 de marzo, y 7/2020, de 12 de marzo). Con posterioridad, el aluvión normativo ha sido intenso y constante. No hace falta, ni es posible, entrar en detalles. Para advertirlo, basta pegar una mirada la página inicial del BOE, encabezada ahora por los “Códigos electrónicos Covid-19”: inicialmente, uno, son en la actualidad, ¡ocho! el principal de los cuales viene integrado en el momento de escribir estas líneas, el último día del estado de alarma, ¡por 231 ítems! No todo ello se refiere, claro está, a las materias que aquí interesan. Pero es obvio que están presentes, habida cuenta los específicos problemas que se han suscitado en el ámbito de las relaciones laborales y las obvias repercusiones de la parálisis económica sobre el mercado de trabajo y las rentas a disposición de personas y familias.

Como era previsible, la aparición de estas nuevas normas ha propiciado también la de una serie de análisis en relación con su alcance. Es lo normal en los casos en los que se producen reformas normativas, que se abordan bien en una perspectiva de conjunto bien parando la atención en alguna o alguna de las instituciones afectadas por los cambios. Y así ha ocurrido también en relación con el ciclo normativo vinculado a la COVID-19.

Entre los análisis de amplio espectro, cabe traer a colación, en el ámbito de la editorial Tirant lo Blanch tres comentarios a las reformas: *Análisis normativo de las medidas laborales y de Seguridad Social frente a la crisis del COVID-19*, cuyos autores son A. Blasco Pellicer, M. López Balaguer, M. Alegre Nueno, F. Ramos Moragues y E. Taléns Visconti, *COVID-19: Medidas del RDL 8/2020 en el ámbito laboral. Doctrina, legislación y formularios. Preguntas y respuestas*, de C. Alfonso Mellado y G. Fabregat Monfort, y la *Guía práctica de las medidas laborales extraordinarias adoptadas frente a la crisis sanitaria del COVID-19*, de T. Sala Franco y M. Velasco Paños. Por su parte, Francis Lefebvre ha publicado una “guía rápida” titulada *Impacto del COVID-19 en materia laboral y de seguridad social*, coordinada por C. Aragón Gómez (coord.) en la que hemos participado un amplio grupo de profesores de varias Universidades. Finalmente,

ha de traerse a colación el número 4 (2020) de la revista *Derecho de las relaciones laborales*, que contiene un extenso monográfico sobre *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la Pandemia de COVID-19*, al que han contribuido importantes laboristas.

Junto a estas aportaciones más generales, se ha publicado alguna monografía sobre las principales instituciones afectadas. Valga, como ejemplo, el estudio de R. Roqueta Buj sobre *Los expedientes de regulación temporal de empleo*, editado también por Tirant, que, según reza en la portada, “incluye las medidas excepcionales en relación a los ERTes por causas relacionadas con el COVID-19”.

En cuanto a las revistas, aparte el monográfico reseñado, encontramos aproximaciones generales a las nuevas normas. A veces se trata de trabajos más descriptivos, en la misma línea que las monografías reseñadas, aunque necesariamente más breves. Cabe traer a colación aquí los artículos de J. Cordero González, en *Trabajo y Derecho* 65 [2020], J.A. Fernández Avilés *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF 445 [2020] o M.T. Agut García en esta misma revista 447 [2020]. Otras veces, tienen un mayor componente crítico en relación con las opciones formales y de política legislativa adoptadas. Cabría señalar, en este terreno, un segundo estudio de J. Cordero, en *Trabajo y Derecho* 66 [2020] y las dos editoriales de C. Molina en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF 446 [2020] y 446 [2020]. Por lo demás, encontramos estudios sobre los diferentes aspectos afectados por las normas COVID. Los hay en materia de seguridad social, bien realizando un análisis general (A.R. Trillo García en *Trabajo y Derecho* 66 [2020], o E. Taléns en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF 445 [2020]) bien volcándose en las reglas en materia de cotización (J. Mercader, en *Trabajo y Derecho* 66 [2020]); pero también en materia preventiva (J. Cordero González en *Trabajo y Derecho* 65 [2020]), procesal (J. Ercilla en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF 446 [2020]) o en relación con el propio ejercicio del derecho de huelga (Ituren y Esteve, en *Trabajo y Derecho* 65[2020]).

En muchos casos, estos estudios miran a solucionar los problemas prácticos derivados de las

nuevas normas introducidas para hacer frente a la pandemia. Como hemos visto se presentan como “guías” o incluyen “preguntas y respuestas”. Se trata de una tarea siempre necesaria en caso de reforma normativa y que lo ha sido particularmente en el período que analizamos. Las nuevas normas se refieren a instituciones que no siempre se han encontrado en el centro del debate teórico ni, sobre todo, en el de la aplicación práctica del ordenamiento laboral: son buenos ejemplos de ello dos de las instituciones a las que se ha asignado un papel decisivo, la regulación temporal de empleo por fuerza mayor y el teletrabajo. Por otro lado, se han abierto paso soluciones excepcionales, cuyo anclaje con las reglas generales preexistentes resulta complejo. Finalmente, la producción normativa se aleja de los patrones tradicionales: aparte de la pérdida del sentido de la forma como garantía, hemos asistido a un verdadero torrente normativo, que incluye rápidas correcciones o matizaciones de las soluciones que introducidas días antes. Quizá ocasionalmente ello se deba a que se han adoptado decisiones con cierta improvisación; pero en la mayor parte de las ocasiones las normas han ido a remolque de la evolución de la pandemia y de la percepción de los problemas. Un sólido esfuerzo doctrinal de racionalización de este material normativo resulta, pues, absolutamente necesario.

Creo, sin embargo, que la pandemia y sus consecuencias constituyen una singularidad, en la que los instrumentos tradicionales muestran claras limitaciones. Las propias características del torrente normativo que nos ha inundado dificultan que las aportaciones doctrinales, al menos en su formato clásico, cumplan la función que les corresponde. Para demostración de esta idea puedo poner como ejemplo mi propia experiencia. En la ya citada “guía rápida” coordinada por C. Aragón, se me asignó el capítulo dedicado “Obligaciones retributivas y de Seguridad Social en la crisis sanitaria”. Por lo que se refiere a las segundas, en el momento de entregar el capítulo, había entrado en vigor el RDL 11/2020, de 31 de marzo, previendo una moratoria (art. 34) y un régimen especial de aplazamiento (art. 35). En pruebas fue posible tener en cuenta la modificación introducida en la primera por RDL 13/2020; la modifica-

ción del segundo por RDL 15/2020, de 21 de abril, ya no pudo ser tomada en consideración. Como tampoco pudo serlo la inmediata Orden ISM/371/2020, de 24 de abril, que concretaba las reglas del art. 34 RDL 11/2020. Trayectorias similares, por lo demás, se detectan en otras instituciones: las diferentes reglas especiales en materia de regulación temporal de empleo establecidas en RDL 8/2020, de 17 de marzo, han sido afectadas en diferentes facetas por RRDDL 9/2020, de 27 de marzo, y 16/2020, de 28 de abril, 18/2020, de 12 de mayo y modificadas por RDL 15/2020, de 21 de abril.

No es de extrañar, en este contexto, que varias de las obras generales que se han enumerado más arriba hayan tenido ya una segunda edición. Pero sí que es llamativo que hayan dejado de tener existencia física. De forma inmediata solo puede accederse a las mismas a través de su versión electrónica; la edición en papel está “sólo disponible en IBD (impresión bajo demanda)”. La forma tradicional de divulgación del conocimiento especializado parece superada por las exigencias derivadas de la pandemia. Y, a cambio, se ha incrementado la presencia de otros instrumentos relacionados con los avances tecnológicos. Han proliferado los *webinars* o similares, han aparecido círculos y grupos en las redes sociales vinculados a la resolución de las dudas que se han venido suscitando en el período y, por lo que aquí interesa, los blogs existentes en el área se han dedicado de forma prácticamente exclusiva a la problemática COVID-19. E. Rojo, en *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, ha entreverado con otras aportaciones, reiteradas actualizaciones “de normativa, resoluciones judiciales, y

aportaciones económicas, jurídicas y sociales”, con sorprendente frecuencia. Por su parte, en su *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, I. Beltrán de Heredia nos ha ofrecido hasta la fecha más de 30 entradas sobre el tema que nos ocupa, y el *Foro de Labos*, ha superado las cuarenta. Otros blogs, sin alcanzar esta intensidad, incluyen también aportaciones sobre diferentes aspectos.

Esta forma emergente de reflexionar sobre el derecho es, desde luego, particularmente útil en circunstancias como las que hemos vivido. Permite afrontar los problemas de forma prácticamente simultánea a su aparición. Pero hay que ser conscientes también de sus posibles limitaciones. Brevedad e inmediatez de la respuesta, aparte sus posibles riesgos en términos de profundidad, abren un modelo de reflexión muy apegado a las circunstancias del día. Ello implica que se desarrolle de forma un tanto asistemática y muy apegada a lo cotidiano.

Sin embargo, y con ello termino, la COVID-19 requiere una reflexión mucho más amplia, que trascienda los problemas concretos suscitados por el aluvión normativo que se ha aprontado para afrontarla. El fuerte impacto que estas han tenido sobre el sistema económico y social hacen que no sea solo importante predecir las respuestas judiciales o administrativas en la aplicación de las nuevas normas. Dado que no tenemos claro que las cosas vuelvan a ser como eran antes de la irrupción de la pandemia, implica que sea también importante, y quizá más, contribuir a la nueva configuración de las instituciones laborales. Entre los trabajos a los que se hace referencia en esta reseña se encuentran relevantes aportaciones. Pero espero que veamos más en el futuro inmediato.

# Normas para autores/-as

## Guidelines for authors

*Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social* es una revista científica en materia de Derecho Laboral y Seguridad Social editada por la Universidad Carlos III de Madrid. Para la publicación de originales, *Labos* utiliza un sistema de revisión externa por pares, siendo los evaluadores científicos expertos en el conocimiento de las materias en las que se investiga y cuyos nombres se irán publicando en la página web de la revista. Se trata de una revista científica que se publica en formato digital de acceso abierto (OA).

### Normas generales

1. *Labos* solo publica trabajos originales, por lo que no admite material previamente publicado, y los autores son responsables de la obtención de los permisos oportunos para la reproducción de otras publicaciones, sitios de internet y de citar correctamente su procedencia.
2. Los trabajos se deben entregar en formato Microsoft Word.
3. Se deben remitir al correo electrónico: revista-labos@uc3m.es
4. Los archivos deben nombrarse con los apellidos del autor seguido del tipo de trabajo que se trata (Estudio doctrinal, Comentario de Sentencia, .....)
5. La extensión de los trabajos que se presenten a la publicación será:
  - Los Estudios Doctrinales, escritos en Times New Roman 12, con una extensión máxima de 6000 palabras (excluyendo resumen, bibliografía, tablas y figuras) a espacio 1,5 para el texto, e interlineado sencillo para las notas a pie.
  - Los Comentarios de Jurisprudencia en Ti-

mes New Roman 12, con una extensión máxima de 3000 palabras (excluyendo resumen y bibliografía), e interlineado sencillo para las notas a pie.

6. En todos los trabajos se debe incluir en castellano y en inglés todo lo que se indica a continuación:
  - Un Título/title.
  - Un Resumen/abstract de 10 líneas con un máximo de 125 palabras.
  - Un Sumario/Summary que responderá a los epígrafes en los que se divide el trabajo.
  - Unas Palabras Clave/Key words (máximo cinco).
7. Junto con el documento del trabajo, se deben enviar dos archivos más:
  - El mismo trabajo, pero sin los datos referidos al autor, que se utilizará para enviar a los evaluadores: trabajo/estudio ciego
  - Un Documento que contenga un breve CV del autor o autores. No más de 7 líneas de CV. Deberá constar nombre y apellidos del autor, datos académicos y/o profesionales, la Institución donde desempeña sus funciones, el teléfono y el correo electrónico.

### Referencias bibliográficas y citas de Jurisprudencia y Legislación (Conforme a la UNE-ISO 690:2013)

#### Monografías:

APELLIDOS, Nombre autor, *Título del libro en cursiva*. Lugar de publicación, Editorial, Año de publicación.

Lugar de publicación, Editorial, volumen de la revista, número de la revista, Año de publicación, páginas que abarca el artículo.

Capítulos de libro:

APELLIDOS, Nombre autor del capítulo, Título del capítulo, En: APELLIDOS, Nombre autor del libro, Título del libro en cursiva, Lugar de publicación, Editorial, Año de publicación, páginas que abarca el capítulo.

Artículo en WEB/ Post en Blog:

APELLIDOS, Nombre autor del artículo, Año de publicación. Título del artículo/post. En: Título de la web/blog en cursiva [en línea]. Disponible en: URL del recurso [consulta: fecha de consulta].

Jurisprudencia:

Tribunal Constitucional:  
STC 136/2001 de 18 de junio de 2001

Tribunal Supremo:

STS de 28 de noviembre de 2017 (Rº. 2868/2015, Sala de lo Social)

Tribunales Superiores de Justicia:

STSJ de Andalucía, de 22 de marzo de 2018 (Rº. 2362/2017)

Juzgado de lo Social:

Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Tortosa de 27 de junio de 2017 (Procedimiento núm. 473/2016)

Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

STJUE de 1 de diciembre de 2016 (asunto C-395/15, Daouidi)

Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

STEDH de 12 de enero de 2016 (Núm. 61496/08, Caso Barbulescu contra Rumania)