

# Labos

Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social

Abril 2021  
Volumen 2 - Número 1

Editorial	<b>(Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial?</b> José María Goerlich Peset	4
Artículos doctrinales	<b>El tiempo de trabajo en plataformas: ausencia de jornada mínima, gamificación e inseguridad algorítmica</b> <i>Working time in platform work: absence of minimum working time, gamification and algorithmic insecurity</i> Anna Ginès i Fabrellas	19
	<b>La represión penal del acoso en el trabajo</b> <i>Criminal punishment of harassment at work</i> Juan Antonio Altés Tárrega	43
Artículos jurisprudenciales	<b>La jurisprudencia existente acerca de la indumentaria del trabajador y otros elementos que afectan a su aspecto e imagen externa durante el trabajo</b> <i>Existing jurisprudence on clothing of the worker and other elements that affect their appearance and external image during work</i> Tomás Sala Franco	69
	<b>Derechos indemnizatorios derivados de la extinción del contrato predoctoral: ¿Cabe indemnización por finalización de contrato cuando la misma se encuentra prevista de forma expresa en el mismo? A propósito de las SSTSJ de Asturias de 23 y 30 de junio de 2020</b> <i>Entitlement to compensation due to the termination of the predoctoral contract: Is there entitlement to compensation due to contract termination when it is expressly provided for in it? Regarding the rulings of the Asturias High Court of 23 and 30 June 2020</i> Josep Moreno Gené	85
	<b>Los trabajadores ante el riesgo laboral: más allá del derecho de resistencia</b> <i>Workers' and occupational hazards: beyond the right to refuse dangerous work</i> Ana Isabel García Salas	102

<b>Debate</b>	<b>El gran pacto social que debería esperar</b> <i>The great social pact that should await</i> Belén Cardona Rubert / Jaime Cabeza Pereiro	124
	<b>El caldo de cultivo para un pacto social. Algunos datos para reformar el mercado de trabajo en España</b> <i>The breeding ground for a social pact. Some data to reform the labor market in Spain</i> Daniel Pérez del Prado	137
<hr/>		
<b>Reseña bibliográfica</b>	<b>En busca de la ontología de la igualdad en lo social. Reflexiones propósito de la obra de Manuel Álvarez de la Rosa, <i>El valor de la igualdad y el Derecho del Trabajo</i></b> Jesús R. Mercader Uguina	153

## **Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social**

ISSN: 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

MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ  
Universidad de Salamanca

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

LABOS. REVISTA DE DERECHO DEL TRABAJO Y PROTECCIÓN SOCIAL

Secretaría editorial

Universidad Carlos III de Madrid  
c/ Madrid-126 28903 Getafe (Madrid) España  
Correo electrónico: [revistalabos@uc3m.es](mailto:revistalabos@uc3m.es)

# EDITORIAL

## (Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial?

José María Goerlich Peset

*Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*  
*Universitat de València*

ORCID ID: 0000-0002-2910-2153

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6044>

### Las normas internacionales del trabajo en el derecho interno

El pasado 27 de noviembre tuve la ocasión de participar, junto con Antonio Baylos y Patricia Nieto, en el tribunal que había de valorar la tesis doctoral de Miguel Ángel Garrido, dirigida por mi querida amiga Adoración Guamán. El trabajo, titulado *La recepción del derecho internacional del trabajo en la jurisprudencia de los tribunales españoles*, obtuvo la máxima calificación. A la espera de que los resultados de esta investigación vean pronto la luz –espero que un avance en el próximo número de esta Revista–, haber participado en su enjuiciamiento me dio la oportunidad de reflexionar sobre esta cuestión; y me empuja a compartir ahora algunas inquietudes que me suscita. Aun sin ser un experto en los diferentes aspectos implicados, observo como está adquiriendo creciente importancia tanto en nuestra reflexión teórica como, sobre todo, en la práctica cotidiana de nuestros tribunales; y no estoy seguro de que la derrota que siguen las soluciones sea siempre la más adecuada en relación con algunos valores esenciales de nuestro ordenamiento jurídico y aun de nuestra vida ciudadana.

Mi aportación en este terreno comienza por poner sobre la mesa dos afirmaciones que, al menos desde que yo recuerdo, nunca han sido objeto de discusión en el ámbito jurídico laboral: la importancia del llamado Derecho internacional del trabajo y la especial eficacia de las normas contenidas en los tratados internacionales. Desde que me dedico a esto, ambas ideas pueden encontrarse en cualquier manual de Derecho del Trabajo. En los que estudiábamos en los años 80 se señalaba en esta línea como “la reglamentación internacional del trabajo ha sido considerada como una condición indispensable para la existencia misma, el mantenimiento y el desarrollo de las legislaciones nacionales”. En cuanto al espacio de las normas internacionales en el ámbito interno, “la Constitución admite implícitamente la superioridad de los tratados internacionales sobre las normas internas en caso de conflicto entre ellas... (art. 96.1 CE)”, lo que, por lo demás, implicaría la confirmación de lo que se había sostenido en la jurisprudencia anterior<sup>1</sup>.

En las casi cuatro décadas que han transcurrido desde entonces, las cosas han cambiado poco. Por lo que se refiere a la prevalencia de las normas internacionales, el argumento implícito que resulta del art. 96.1 CE ha sido, como es sabido, claramente confirmado por sucesivas intervenciones

---

<sup>1</sup> Departamento de Derecho del Trabajo Universidad de Valencia, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Valencia, 1983, pp. 56 y 120. En sentido similar, ALONSO OLEA, *Derecho del trabajo*, 9ª ed. rev., Madrid (Publicaciones Universidad Complutense), 1985, pp. 486 y 492.

normativas y jurisprudenciales. Sin ánimo de entrar en detalles al respecto, cabe traer a colación, de un lado, las previsiones de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. Sobre la base de las previsiones de aquel precepto (cfr. art. 28), la norma establece de forma expresa en su art. 31 que “las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”. De otro, la jurisprudencia constitucional ha ratificado igualmente este planteamiento, si bien ha descartado que la “prevalencia de los tratados”, a la que se refiere la rúbrica de este último precepto, constituya jerarquía normativa en sentido estricto puesto que el art. 96.1 CE “no atribuye superioridad jerárquica a los tratados sobre las leyes internas, aunque establece, de un lado, una regla de desplazamiento por parte del tratado de la norma interna anterior, sin que ello suponga su derogación, y, de otro, define la resistencia del tratado a ser derogado por las disposiciones internas posteriores en el tiempo, sin que esto último suponga la exclusión de la norma interna del ordenamiento nacional, sino su mera inaplicación” (STC 140/2018, 20 diciembre).

Seguramente la discusión de si estamos ante una relación jerárquica o de otro tipo es sumamente interesante desde una perspectiva teórica; y, desde luego, inclinarse por una u otra solución tiene consecuencias prácticas importantes como veremos de inmediato. Pero, a los efectos que aquí interesan, no creo que haga falta entrar en un análisis de este tipo. Lo que vale la pena resaltar es que la prevalencia de las normas internacionales no ha estado en discusión en las más de cuatro décadas transcurridas desde 1978. Como tampoco lo ha estado el hecho de que su garantía queda en manos de la jurisdicción ordinaria. Es verdad que, en los momentos iniciales de vigencia de la Constitución, existió la duda de si la misma correspondía en exclusiva a la constitucional, ante la que los tribunales ordinarios habrían de plantear la oportuna cuestión con base en el art. 96.1 CE, en los casos en los que una ley contradijera una disposición *self-executing* de un tratado en vigor<sup>2</sup>. Sin embargo, el Tribunal Constitucional descartó de forma relativamente temprana que esto fuera así<sup>3</sup>.

Con cita de pronunciamientos precedentes que se remontan a la segunda mitad de los años 80, la ya citada STC 140/2018 advierte que los tratados internacionales “no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal” de modo que el conflicto entre estas y aquellos no hace aparecer un conflicto de “constitucionalidad mediata” por el desconocimiento del art. 96.1 CE. De este modo, el que, por acción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conocemos como control de convencionalidad queda en manos de los tribunales ordinarios: puesto que, en línea con lo que se ha indicado más arriba, “la constatación de un eventual desajuste entre un convenio internacional y una norma interna con rango de ley no supone un juicio sobre la validez de la norma interna, sino sobre su mera aplicabilidad” se abre “una cuestión de determinación de la norma aplicable en la solución de cada caso concreto” que compete a la jurisdicción ordinaria. Así las cosas, queda “extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional”. Otra cosa es que, a través del recurso de amparo, cupiera la revisión

<sup>2</sup> GALIANA MORENO, J., “La vigencia en España de los tratados internacionales de carácter laboral”, *Revista de Política Social*, 121(1979), p. 195

<sup>3</sup> Una síntesis de la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre este aspecto en ANDRES SAENZ DE SANTAMARÍA, P., “Artículo 96”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y CASAS, M.E., *Comentarios a la Constitución española. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución*, Madrid (BOE/Fundación Wolters Kluwer/Tribunal Constitucional), 2018, pp. 364 ss. Véase también CANOSA USERA, R., *El control de convencionalidad*, Cizur Menor (Civitas/ Thomson Reuters), 2015, pp. 84 ss.

Acaso los datos no sean tan concluyentes como se deduciría de la presentación que hace de ellos la STC 140/2018, a la que se hace referencia inmediatamente en el texto. En este sentido, JIMENA QUESADA, L., *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Cizur Menor (Aranzadi/Thomson Reuters), 2013, expone con detalle las dudas que pueden deducirse de la jurisprudencia constitucional. Hay que resaltar, en todo caso, que se recoge también una extensa tradición interpretativa de la jurisdicción ordinaria en relación con la prevalencia de las normas internacionales sobre las internas.

“de la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE”. Pero esto solo ocurrirá “si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente con relevancia constitucional” o “si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable” pues entonces “no podría considerarse fundada en Derecho”.

## La creciente importancia del control difuso de convencionalidad

Dado que la jurisprudencia ordinaria no ha puesto en cuestión la prevalencia de los tratados internacionales desde los primeros tiempos de la vigencia de la Constitución ni su capacidad para proceder a su aplicación directa en caso de conflicto con las normas internas<sup>4</sup>, resulta curiosa la importancia que ha adquirido en los últimos tiempos en la reflexión doctrinal y en el debate judicial en el ámbito social; y, sobre todo, el cambio de signo que parece haberse introducido. Tradicionalmente, las normas internacionales de carácter laboral han tenido más bien la condición de “herramienta interpretativa de refuerzo, aclaración o integración de las correspondientes reglas internas”<sup>5</sup>. Han tenido, esto es, un papel a la hora de fijar la interpretación de las normas internas, en relación con los derechos fundamentales y libertades (art. 10.2 CE) o con otras cuestiones; y también para salvar las lagunas que presenta el ordenamiento interno. Aunque no es el único caso, cabe traer a colación como ejemplo, en este último terreno, los muchos pronunciamientos que aplican el convenio 132 OIT para completar las lagunas de la regulación en materia de vacaciones del art. 38 ET<sup>6</sup>. Sin embargo, en los últimos tiempos, surge con fuerza una dimensión adicional: los órganos judiciales protagonizan un control directo de las normas legales, corrigiendo su alcance o condenándolas directamente a la inaplicación.

La STC 140/2018, y las que han reiterado su doctrina<sup>7</sup>, puede haber jugado un papel relevante en este terreno<sup>8</sup>. Pero no creo que quepa atribuirle un papel decisivo puesto que, como hemos visto, la doctrina que establece no es enteramente novedosa. Al máximo, puedo pensar que la refundición de la doctrina jurisprudencial anterior y la claridad con que se formula la posibilidad de un control difuso de convencionalidad sobre las normas legales ha tenido un impacto simbólico. Pero en mi opinión la nueva dimensión que la aplicación de las normas internacionales presenta en los últimos años tiene raíces más profundas y diría además que busca precisos objetivos en términos de política del derecho.

En las últimas décadas hemos asistido a la teorización de un sistema multinivel de protección de los derechos humanos y, entre ellos, de los derechos sociales<sup>9</sup>. Los textos internacionales que los

<sup>4</sup> Véase, por ejemplo, STS cont. 30 septiembre 1982, RJ 1982\4917, con cita de otras anteriores.

<sup>5</sup> MARTÍNEZ MORENO, C., “El marco internacional para la tutela de los derechos laborales”, *Lex Social*, vol. 6, núm. 1/2016, p. 96, con otras referencias.

<sup>6</sup> Últimamente, STS 394/2020, 22 mayo, con cita de otras muchas, en relación con el extensamente discutido tema de la determinación de la retribución.

<sup>7</sup> La sentencia 140/2018 resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la reforma de la LOPJ en relación con la llamada jurisdicción universal. Con posterioridad, varias sentencias resuelven las cuestiones que habían planteado diferentes órganos jurisdiccionales al respecto y algún recurso de amparo (cfr. 10/2019, 28 enero, 23/2019, 25 febrero, 35 y 36/2019, 25 marzo, y 89/2019, 17 junio). Por lo que aquí interesa la doctrina se ha reiterado en la STC118/2019, 16 octubre, a la que me referiré en el texto un poco más adelante.

<sup>8</sup> JIMENA QUESADA, L., “La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales (comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 53(2019).

<sup>9</sup> Un análisis panorámico de los diferentes textos en DÍAZ BARRADO, C.M., “La contribución de las normas internacionales y del derecho comunitario europeo a la configuración de un «orden social» en España”, en SEMPERE, A.V. (dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid (MTAS), 2033, pp. 91 ss., o MARTÍNEZ MORENO, C., “El marco internacional para la tutela de los derechos laborales”, *Lex Social*, vol. 6, núm. 1/2016, pp. 98 ss. Respecto a la articulación entre los diferentes niveles, MONEREO PÉREZ, J.L., “Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 45 (2017)

protegen a nivel global, en el marco de la ONU, o «regional» europeo, en el ámbito del Consejo de Europa o, más tarde, en el de la Unión Europea, interactúan entre ellos y con la protección que les dispensan las Constituciones nacionales. En nuestro sistema jurídico, la propia Constitución fuerza tal interacción multinivel como se advierte en el art. 10.2 CE. A ello hay que añadir que los derechos sociales en el ámbito laboral y de la protección social tienen específico reconocimiento y desarrollo a través de la actividad normativa de la OIT. Por otra parte, en los diferentes niveles existen instrumentos específicos para la «administración» de los textos correspondientes, que, según los casos, están al alcance no solo de los estados y otros sujetos del Derecho internacional sino también de las organizaciones o particulares que actúan en el ámbito interno. Comisiones, comités y, a veces, verdaderos tribunales actúan como garantes de la integridad de las normas internacionales.

A la postre, los diferentes tratados junto con la documentación que nace de estos organismos de garantía suministran un formidable arsenal a disposición de los operadores jurídicos que, en materia laboral, es particularmente extenso por la existencia de los convenios de la OIT, sus recomendaciones y sus propios órganos aplicativos. Asimismo, el sistema multinivel pone a disposición de los órganos judiciales instrumentos procesales en los que verificar los propios criterios: las cuestiones de carácter prejudicial, en vía interna ante el TC, supranacional ante el TJUE o internacional ante el TEDH, si se llegara a incorporar el protocolo 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La complejidad creciente del sistema resultante de todo ello, en el que estos instrumentos permiten aplicar normas que contienen amplias formulaciones y principios generales, posibilita giros interpretativos sobre los aspectos conflictivos. Todos tenemos en la cabeza, en este sentido, supuestos en los que la cuestión de constitucionalidad ha permitido corregir la interpretación consolidada en el TS, que en principio es supremo intérprete de la legalidad ordinaria (art. 123.1 CE). Pero, más recientemente, hemos visto la frecuencia con que la cuestión prejudicial ante el TJUE se utiliza para revisar, o intentarlo, al menos, las avanzadas en los órganos superiores de la jurisdicción ordinaria o, incluso, por el propio Tribunal Constitucional.

Por supuesto, el control de convencionalidad difuso que resulta de la interpretación consolidada del art. 96.1 CE puede jugar un papel todavía más relevante en este terreno, puesto que implica al control directo de la actuación legislativa por los jueces ordinarios, sobre la base del extenso arsenal documental que he comentado. Es verdad que, como hemos visto, nada ha cambiado recientemente desde la perspectiva formal. El sistema multinivel de protección de los derechos fundamentales así como la extensión del llamado Derecho internacional del trabajo no son aspectos que hayan aparecido de la noche a la mañana. Y, sin embargo, el despliegue del control de convencionalidad parece un fenómeno que se produce en la última década. Por eso, creo que este último fenómeno se explica desde una concreta perspectiva de política del Derecho. El control difuso de convencionalidad aparece en este sentido como una herramienta para combatir o revertir las reformas laborales y los recortes que se han producido como consecuencia de la crisis económica.

Ello explica el sustancial cambio que se ha producido en la reflexión doctrinal en relación con las reales funciones de las normas internacionales. La aproximación tradicional hacía hincapié en su escasa importancia real. Se ha llegado a afirmar que se constituyen un “tema marginal” en el tratamiento jurídico-laboral<sup>10</sup>. Aparte de que excede los confines del área de atención de los laboristas, ha sido un lugar común en el análisis de que, aun “compartiendo en parte una misma inicial «razón de ser», cabría decir que el desarrollo del Derecho social internacional ha ido muy por detrás de los más elaborados y acabados Derechos nacionales del trabajo”<sup>11</sup>. Sin embargo, se ha pasado de entender que “los estándares mínimos que suelen contener las normas internacionales ya eran superados

<sup>10</sup> GALIANA, “La vigencia en España” cit., p. 176.

<sup>11</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Concepto, contenido y eficacia del derecho social internacional y del derecho social comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2(1997), p. 16.

—en ocasiones con creces— por la normativa laboral nacional” a considerarlos un punto central de interés en relación “con la crisis y las subsiguientes políticas de ajuste y recorte de derechos laborales y sociales” y a ser objeto de “creciente cita normativa y doctrinal en las más recientes resoluciones judiciales del orden social”<sup>12</sup>. El recurso al control de convencionalidad se relacionaría, pues, con el “cada vez... más evidente... contraste entre nuestras normas internas, progresivamente degradadas, y las normas internacionales”<sup>13</sup>.

No es de extrañar, en este contexto, que la nueva dimensión de la aplicación de las normas internacionales por nuestros tribunales, que trasciende su tradicional utilización como instrumento de integración o interpretación de la legislación interna, se proyecte fundamentalmente sobre determinados aspectos de las reformas legislativas de principios de la pasada década. Es verdad que, en el análisis que he hecho al respecto —que no es, ni mucho menos, exhaustivo—, la gama de asuntos que he detectado no se limita a la valoración multinivel de las reformas de 2010/2012. Otras cuestiones, como los criterios de valoración del ejercicio de los derechos de conciliación<sup>14</sup> o de las pretensiones administrativas de reintegro de prestaciones indebidas<sup>15</sup> se han sometido a confrontación con la convencionalidad. Creo, sin embargo, que cabe destacar como una parte importante de la actividad se ha centrado en cuestiones relacionadas con un elemento central en aquellas: el régimen de la extinción del contrato. A continuación, recuerdo los principales episodios en este plano.

## Algunos episodios en concreto

### *Control de la causalidad de los despidos en interés de la empresa*

El primero de los puntos que me interesa resaltar es la reconstrucción jurisprudencial del control causal del despido económico tras su reforma de 2012. La normativa anterior, desde 1994, diseñaba un modelo basado en tres elementos: en primer término, el control de hecho relacionado con la realidad de la causa aducida; en segundo lugar, el ligado a la idea de “razonabilidad” utilizada por las normas aplicables y que se vinculaba a la justificación de la medida extintiva a la luz de la causa aducida; en tercer lugar, y en fin, uno de carácter finalista que obligaba a verificar si la situación resultante del despido situaba a la empresa en una mejor situación en el mercado y permitía pronosticar la salvaguarda del empleo restante. Los problemas interpretativos que venía suscitando

<sup>12</sup> MARTÍNEZ “El marco internacional” cit., pp. 96 y 97 y 114.

<sup>13</sup> FORCADELL, A., y NAVARRO, C., “Compatibilidad del control de convencionalidad con la superación del control de constitucionalidad. Comentario a la STSJ Cataluña de 17 de enero de 2020, que declara la inaplicabilidad del art. 52 d) ET durante el período de vigencia anterior a su derogación”, *IusLabor* 1(2020), p. 153. Esta dimensión puede verse también en LLOBERA VILA, M., “El control de convencionalidad: la aplicación de los Tratados internacionales en la determinación de estándares laborales”, *nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* 222(2019).

<sup>14</sup> Un nutrido grupo de pronunciamientos dictados por el TSJ de Canarias (Las Palmas) ha incorporado el criterio de convencionalidad para valorar las pretensiones en materia de conciliación (cfr. sentencia 12 marzo 2019, rec. 19/2019, cuya doctrina es reiterada en las de 27 agosto 2019, rec. 533/2019, 11 septiembre 2019, rec. 1311/2019, 17 diciembre 2019, rec. 860/2019, 15 enero 2020, rec. 1396/2019, 14 febrero 2020, rec. 1429/2019, 2 junio 2020, rec. 184/2020, o 1 septiembre 2020, rec. 197/2020).

<sup>15</sup> Me refiero a la cuestión de la posible incidencia de la doctrina del TEDH en relación con los procedimientos de revisión de prestaciones indebidamente reconocidas (art. 55). La STEDH 26 abril 2018, Cakarevic contra Croacia, consideró contraria al derecho de propiedad la ejecución de la obligación de restituir las cuantías indebidamente percibidas sin tomar en consideración la situación de necesidad en que pudiera quedar el beneficiario. En suplicación, STSJ País Vasco 2 julio 2019, rec. 1119/2019 se ha inclinado decididamente por la aplicación de la doctrina derivada del CEDH en la valoración de las pretensiones de reintegro ejercitadas por las Entidades Gestoras. La STSJ Cataluña 9 abril 2019, rec. 5480, dictada por el pleno de la Sala, ha excluido que la doctrina del TEDH se proyecte sobre la fase declarativa, sin perjuicio que las circunstancias tomadas en consideración por el tribunal europeo puedan ser relevantes en el momento de la ejecución de la obligación de reintegro. Aunque la doctrina posterior de la Sala ha adoptado este criterio (sentencias 27 noviembre 2019, rec. 3650/2019, 11 febrero 2020, rec. 5952/2019, o 17 julio 2020, rec. 1570/2020), la sentencia de referencia se aprobó por mayoría, existiendo un extenso y nutrido voto particular que sostiene una posición contraria.

intentaron superarse en la reforma de 2010, aunque fue la de 2012 la que aspiró a cerrarlos de forma definitiva. La Exposición de Motivos del RDL 3/2012 y de la posterior Ley 3/2012, lo planteaba con total claridad al constreñir el control judicial “a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas”. De este modo, la regulación de las causas del despido económico, a partir de 2012, incrementaría notablemente la discrecionalidad empresarial en la determinación de las medidas procedentes y, por tanto, reduciría sustancialmente el alcance de las posibilidades de verificación de jueces y tribunales.

Este planteamiento fue inicialmente aceptado por la jurisprudencia social que, sin embargo, rectificó de inmediato<sup>16</sup>. Fue la STS de 17 de julio de 2014 (rec. 32/2014) –que continúa siendo citada por el TS y los TTSSJJ<sup>17</sup>– la que desarrolla extensamente la fundamentación del criterio del Alto Tribunal sobre el alcance del control judicial de las causas. Aunque reconoce que de la ley ha de deducirse “de manera taxativa” la limitación del control a los aspectos de hecho, sin enjuiciar en modo alguno la razonabilidad de la decisión empresarial, la “rotundidad” y la “contundencia” de las normas reformadoras en este sentido ha de entenderse como meramente “formal” –calificativo este que se utiliza dos veces en el inicio del razonamiento– pues “por fuerza ha de persistir un ámbito de control judicial fuera de la «causa» como hecho, no sólo por la concurrencia de los intereses constitucionales y compromisos internacionales que están en juego, sino también por aplicación de los principios generales en el ejercicio de los derechos”. Por lo que se refiere a los compromisos internacionales, que son los que aquí interesan, el TS se refiere a los arts. 4 y 9 del Convenio 158 OIT, que respectivamente configuran el carácter causal del despido y la posibilidad de que el mismo sea objeto de revisión.

### *Admisibilidad del contrato de apoyo a los emprendedores*

Acaso podría pensarse que en este primer episodio el TS se movió en el terreno más tradicional al que me he referido más arriba: el uso de las normas internacionales como “herramienta interpretativa” de las internas. Pero existen otros en los que las decisiones judiciales se dirigen formalmente a la remoción de las soluciones establecidas. Un caso muy claro se encuentra en la pretendida ilegitimidad del ya desaparecido contrato de apoyo a los emprendedores (art. 4 Ley 3/2012). Desde el primer momento, se discutió su admisibilidad a la luz de las normas internacionales aplicables, fundamentalmente, aunque no solo, del art. 4.4 de la Carta Social Europea<sup>18</sup>; y, una vez agotadas las vías prejudiciales, la cuestión se transformó en un tema de aplicación directa del control de convencionalidad. En el primer terreno, el Tribunal Constitucional descartó que el contrato vulnerara las reglas constitucionales (SSTC 119/2014, 16 julio, y 8/2015, 22 enero); y, poco después, el TJUE, que existiera contradicción con el art. 30 CDFUE y la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (sentencia de 5 de febrero de 2015, C-117/14).

<sup>16</sup> En el primer sentido, STS 20 septiembre 2013 (rec. 11/2013). Pero ya a primeros de septiembre, STS 27 enero 2014, rec. 100/2013, inauguraba una línea interpretativa de control más intenso en relación con la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Esta línea fue después proyectada sobre el despido de carácter económico (STS 26 marzo 2014, rec. 158/2013, y 25 junio 2014, rec. 165/2013).

<sup>17</sup> Por ejemplo, STS 232/2019, 20 marzo o SSTSJ Com. Valenciana 26 noviembre 2020, rec. 1664/2020, y Madrid 30 septiembre 2020, rec. 469/2020, 25 noviembre 2020, rec. 479/2020.

<sup>18</sup> Un análisis detallado en SALCEDO BELTRÁN, M.C., “El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional”, *Revista de Derecho Social* 62(2013), pp. 93 ss. Las cuestiones vinculadas a la posible aplicación del convenio 158 OIT quedaron desarticuladas a raíz de la resolución de la queja presentada ante el comité: cfr. GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: “Examen de la reforma laboral de 2012 a la luz del Convenio 158 OIT: el reciente informe de la OIT”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 39(2014), pp. 301 ss.

En el terreno del control de convencionalidad en sentido estricto, aparte los precedentes ante los JJSS<sup>19</sup>, el primer pronunciamiento de suplicación es la STSJ Cataluña 22 junio 2015, rec. 134/2015, en la que el pleno de la Sala aborda frontalmente este problema. La mayoría de la sala excluyó que el art. 4.4 CSE fuera una norma *self executing*, y que resultaran vinculantes los pronunciamientos del Comité de derechos sociales en relación con el tema. Adicionalmente, el pronunciamiento indicaba que, de existir vulneración entre el art. 4 Ley 3/2012 y la Carta Social Europea, no implicaría la nulidad del período de prueba en la medida en que se sobrepasaran los límites del art. 14 ET sino únicamente la necesidad de indemnizar por falta de preaviso.

Es importante señalar que el pronunciamiento va acompañado por un extenso voto particular, suscrito por un nutrido grupo de magistrados, que se mueve en una línea diferente: sobre la base del art. 4.4 CSE y la doctrina del CEDH habría de concluirse en la existencia de contradicción entre la norma interna y la internacional y dar prevalencia a esta última con la consecuencia de considerarla aplicable. Y es importante hacerlo porque el mismo ha tenido cierta importancia en la aplicación judicial del art. 4 Ley 3/2012. En efecto, si bien es cierto que buena parte de los TTSSJJ se han inclinado por una solución defendida por la mayoría<sup>20</sup>, no lo es menos que una porción no desdeñable han aceptado los postulados interpretativos sostenidos en el indicado voto particular, incluso convirtiéndolo explícitamente en fundamento de las decisiones, aunque con la salvedad de que los efectos que se aparejan a la vulneración de la Carta Social Europea se ciñen a la indemnización por preaviso y no alcanzan a la legitimidad del período de prueba<sup>21</sup>.

### *Despido por absentismo*

Un recorrido parecido ha seguido la valoración del despido por absentismo a la luz de las normas internacionales. Aunque esta causa de despido objetivo arranca del RDLRT de 1977, en su versión estatutaria original el art. 52.d) ET le fijó una serie de requisitos numéricos que la hicieron caer en cierto olvido. Sin embargo, tras su aligeramiento por las reformas de 2010 y 2012, adquirió un protagonismo que no había tenido con anterioridad. Sin entrar en mucho detalle<sup>22</sup>, el cuestionamiento del precepto se ha basado en que permite establecer una cierta conexión causal entre la enfermedad del trabajador y su despido. Aunque el Tribunal Supremo no había encontrado nada extraño en ella y venía aplicándolo con normalidad<sup>23</sup>, se plantearon cuestiones prejudiciales en el plano constitucional y en el ámbito comunitario. Las mismas fueron contestadas, por orden cronológico, por las STJUE 18 enero 2018, C-270/16, Ruiz Conejero, y STC 118/2019, de 16 de octubre, que aceptaron ambas la legitimidad del precepto cuestionado, aunque la primera lo hiciera con algunos matices.

<sup>19</sup> Para un análisis de los primeros pronunciamientos en este terreno, véase SALCEDO BELTRÁN, M.C., “Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y período de prueba del Contrato de Apoyo a Emprendedores: La aplicación del control de convencionalidad en España”, *Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales*, vol. 4, 2(2014), pp. 29 ss.

<sup>20</sup> En este sentido, entre otras, SSTSJ Andalucía (Málaga) 4 diciembre 2019, rec. 1268/2019, Cataluña 1 marzo 2016, rec. 6039/2015, 20 diciembre 2018, rec. 5235/2018, 13 diciembre 2019, rec. 5209/2019, Com. Valenciana 23 octubre 2018, rec. 2678/2018, o Madrid 11 noviembre 2019, rec. 958/2019, 22 mayo 2020, rec. 1393/2019.

<sup>21</sup> Incorporan literalmente el voto particular las SSTSJ Canarias (Las Palmas) 28 enero 2016, rec. 581/2015, 30 marzo 2016, rec. 989/2016, 18 abril 2016, rec. 110/2016, 25 noviembre 2016, rec. 894/2016, 31 enero 2017, rec. 1300/2016, 7 junio 2019, rec. 367/2019, 31 julio 2019, rec. 488/2019, 16 julio 2020, rec. 383/2020, o Castilla-León (Valladolid) 19 diciembre 2016, rec. 2099/2016. En la misma línea SSTSJ Galicia 26 abril 2019, rec. 4258/2018, y 8 mayo 2020, rec. 168/2020.

<sup>22</sup> Para un análisis detallado de los diferentes episodios judiciales, véase, recientemente, MORENO GENÉ, J., “La extinción del contrato por absentismo: productividad empresarial versus derechos constitucionales reconocidos al trabajador”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 55(2020).

<sup>23</sup> En esta línea, por ejemplo, la STS 700/2017, de 21 septiembre, había descartado que el absentismo pudiera equipararse a discapacidad a efectos de aplicar la directiva.

Inicialmente, la intervención de TJUE y TC pareció cerrar la cuestión. Varios TTSSJJ, incluyendo el de Cataluña, incorporaron la doctrina establecida por la STC 118/2019<sup>24</sup>. Sin embargo, la STSJ Cataluña 17 enero 2020, rec. 5532/2019 –seguida inmediatamente la de 28 febrero 2020, rec. 5885/2019– introdujo un sustancial vuelco en el panorama interpretativo. Se trata de una sentencia conocida y comentada en la que no entraré con mucho detalle<sup>25</sup>. El TSJ valora la posibilidad de despedir por “faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes” que abría el art. 52.d) ET a la luz de una amplísima gama de normas internacionales. A la postre, tras una extensísima argumentación, el precepto legal se declara inaplicable sobre la base de los arts. 6 convenio 158 OIT –cuyas salvedades se orillan por medio de su reinterpretación a la luz de del no ratificado art. 24 CSE revisada–, 4 convenio 155 OIT y 11 de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer.

Dado que el precepto objeto del control de convencionalidad fue derogado inmediatamente después (RDL 4/2020, de 18 de febrero), no vale la pena detenerse en una discusión minuciosa de su argumentación. Sí considero importante, sin embargo, señalar que los diferentes argumentos que se emplean, relacionados con la protección frente al despido, los riesgos para integridad física y salud derivados de la posible valoración de ausencias de enfermedad y la posible discriminación indirecta por razón de género habían sido objeto de discusión en el Tribunal Constitucional, aunque en relación con los correspondientes preceptos de nuestra Constitución. La mayoría optó por descartarlos si bien se incorporaron a los diferentes votos particulares de la STC 118/2019, de 16 de octubre. Por otro lado, una parte de las cuestiones vinculadas al control de convencionalidad, fueron igualmente objeto de atención en el pronunciamiento constitucional al hilo de la consideración del derecho al trabajo: aunque recordó su doctrina de que “los tratados internacionales no integran el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes internas...” de modo que “la eventual contradicción entre la regulación interna y los convenios y tratados internacionales ratificados por España... (es) un juicio de aplicabilidad –control de convencionalidad– que pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria”, añadió adicionalmente que no apreciaba “que la regulación contenida en el art. 52 d) LET contradiga lo dispuesto en el párrafo 1 del art. 6 del Convenio 158 de la OIT” habida cuenta las previsiones del párrafo 2 del precepto fundamentarían suficientemente la actuación del legislador interno. La sala sentenciadora del TSJ Cataluña consideró, sin embargo, que estas consideraciones eran meros *obiter dicta* que no le vinculaban, al emitirse fuera de la competencia propia del TC, limitada al campo de la constitucionalidad.

### *¿Un cuestionamiento integral de la regulación interna de los efectos del despido?*

Aun podría traer algún ejemplo adicional. Recientemente hemos conocido la STSJ Baleares 18 noviembre 2020 (rec. 179/2020) que, con base en el convenio 158 OIT, admite la impugnación individual del despido colectivo desde la perspectiva causal en caso de existencia de acuerdo en las consultas, aun a pesar de que el TS en su sentencia 699/2018, de 2 julio, la había descartado. Pero creo que, para concluir estas reflexiones sobre episodios concretos, es mejor alzar un poco la mira y observar a vista de pájaro la posible existencia de un objetivo más amplio: la propia regulación de

<sup>24</sup> Cfr. SSTTSSJJ Castilla-La Mancha 17 diciembre 2019, rec. 823/2019, Castilla-León (Burgos) 20 diciembre 2019, rec. 745/2019, y 29 enero 2020, rec. 14/2020, Cataluña 10 enero 2020, rec. 5547/2020, o Extremadura 23 enero 2020, rec. 656/2019. En cuanto al TSJ Cataluña, cabe notar que el precepto en cuestión se ha aplicado con posterioridad a la inflexión interpretativa que se describe a continuación en el texto (cfr. sentencia 24 julio 2020, rec. 1313/2020).

<sup>25</sup> Para un análisis de su contenido, véanse, por ejemplo, FORCADELL, NAVARRO, “Compatibilidad” cit. o CIALTI, P.-H., “El despido del art. 52 d) no supera(ba) el control de convencionalidad”, *Temas laborales* 152(2020).

los efectos del despido. Desde el RDLRT de 1977, se introdujo un régimen de indemnizaciones tasadas como reacción típica frente al despido injusto y solo excepcionalmente se prevé la obligación de readmisión forzosa; y este modelo continúa presente aun hoy en las reglas estatutarias, con independencia de los cambios que han sufrido a lo largo de los años los criterios de cuantificación de las compensaciones o los supuestos en los que procede la ejecución *in natura*. Sin embargo, en los últimos tiempos, parece estar siendo puesto en cuestión a la luz de las normas internacionales.

Probablemente la cuestión más interesante, por referirse a un elemento clave del equilibrio del ordenamiento laboral desde hace casi medio siglo, se relaciona con el tratamiento del despido sin causa. Dado que el sistema implica que la voluntad unilateral del empresario supone por sí misma la extinción del vínculo con la única condición de que se abone la indemnización establecida, puede pensarse que ello equivale al reconocimiento del tan temido despido libre. Aunque por supuesto ello no es así, la apreciación está probablemente en la base de los cuestionamientos judiciales que afectan al modelo de cuando en cuando. Si a mediados de la década de los 80 se intentó cambiar mediante la creación judicial de los despidos nulos por fraude de ley, el resultado se persigue ahora a través de la discusión de las normas legales que lo configuran a la luz de los imperativos que se deducirían de las normas internacionales. Habida cuenta que la proyección del fraude de ley con la finalidad de obtener la nulidad del despido sin causa parece firmemente cerrada en la jurisprudencia ordinaria<sup>26</sup>, hemos asistido en los últimos meses al intento de reabrir la cuestión al amparo de las normas internacionales aplicables. Hasta el momento, los Tribunales Superiores no han sido proclives a aceptar el planteamiento<sup>27</sup>, aunque cabe señalar que, en la sala de Cataluña, reunida de forma plenaria, si bien la mayoría se ha situado en la misma línea, se ha formulado un extenso voto particular firmado por varios magistrados<sup>28</sup>. La cuestión, pues, no parece enteramente cerrada.

Como tampoco lo está, por otro lado, la cuestión de la legitimidad de otros aspectos de la regulación española de los efectos del despido. Así, por lo que se refiere al sistema de indemnizaciones tasadas establecido en nuestro ordenamiento, aunque el Tribunal Constitucional descartó que el mismo resultara contrario a los preceptos de nuestra constitución<sup>29</sup>, ha sido reabierto en algún pronunciamiento de instancia reciente con base en las normas internacionales<sup>30</sup>. Como ha sido cuestionado en instancia la adecuación a las mismas de la titularidad empresarial de la opción entre indemnización y readmisión<sup>31</sup>. De hecho, a la vista de algún comentario a una de las sentencias que hemos considerado en este apartado, las normas internacionales suministrarían herramientas para un completo programa de revisión de nuestra legislación sobre despido<sup>32</sup>. Y, a juzgar por los pronósticos doctrinales, cabe prever que la anunciada ratificación de la Carta Social Europea revisada podría desplegar efectos adicionales en este terreno<sup>33</sup>.

<sup>26</sup> STS 944/2017, de 29 noviembre 2017, con cita de otras anteriores.

<sup>27</sup> Véanse SSTSJ Andalucía (Sevilla) 19 noviembre 2020, rec. 1795/2019, Castilla-León (Valladolid) 16 noviembre 2020, rec. 1699/2020, y sobre todo, Madrid 3 noviembre 2020, rec. 587/2020, que afronta extensamente el problema.

<sup>28</sup> STSJ Cataluña 21 julio 2020, rec. 4708/2020.

<sup>29</sup> Cfr. AATC 43/2014, 12 febrero, y 35/2015, 17 febrero.

<sup>30</sup> SJS Barcelona-26 170/2020, 31 julio.

<sup>31</sup> SJS Madrid-34 71/2020, 21 de febrero.

<sup>32</sup> FORCADELL, y NAVARRO, "Compatibilidad del control de convencionalidad" cit., pp. 152 ss.

<sup>33</sup> Sobre el impacto que puede tener en algunas de las cuestiones que han sido objeto de análisis, véanse MOLINA NAVARRETE, C., "Adiós al despido por absentismo justificado: expulsando, látigo jurídico en mano, a los mercaderes del templo de la salud, pero sin regla de derecho intertemporal y sin prohibición causal" (<https://www.laboral-social.com/adios-despido-absentismo-justificado-rdl-4-2020.html>; consulta 18 enero 2021), BAYLOS, A.P., "¿Debe ser declarado improcedente el despido por enfermedad tras la derogación del art. 52.d) ET?" (<https://baylos.blogspot.com/2020/02/debe-ser-declarado-improcedente-el.html>; consulta 18 enero 2021) y, más recientemente, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., "STSJ And\Sevilla 19/11/20: el despido con causa falsa es improcedente (y una reflexión sobre el art. 24 Carta Social Europea)" (<https://ignasibeltran.com/2020/11/23/stsj-andsevilla-19-11-20-el-despido-con-causa-falsa-es-improcedente-y-una-reflexion-sobre-el-art-24-carta-social-europea/>; consulta 18 enero 2021).

## ¿Activismo o autocontención?

Los episodios comentados muestran como la (histórica) admisión y el (reciente) descubrimiento de lo que se ha dado en llamar control de convencionalidad pone un extraordinario poder en manos de los órganos de la jurisdicción ordinaria. Ya no son solo “la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma,” como postulara Montesquieu, sino que el control de convencionalidad les abre la posibilidad de desplazarla. Es claro, por supuesto, que este poder se asienta en bases diferentes a las que sustentan el poder legislativo y, por tanto, tiene condicionantes distintos. Ahora bien, aunque se trata de una obviedad, me parece que ello no siempre se percibe en la valoración del modo en que una parte de los jueces están aplicando la convencionalidad. Los epítetos que se utilizan para hacerla presuponen, según creo, la participación de la voluntad en su conformación<sup>34</sup>. Y esto me parece preocupante, no porque sea un ingenuo que considere que los procesos interpretativos se basan en exclusiva en la lógica jurídica, sino porque el imperio de la ley (arts. 117.1 CE y 1 LOPJ) sigue siendo un elemento central en la configuración del Estado de Derecho.

Entiendo en este sentido, que, aun aceptando que las operaciones de interpretación no son abstractas ni ideológicamente neutras e incorporan, por tanto, dosis de subjetividad y voluntad de sus protagonistas, la prevalencia de la ley, como concreción del principio de mayoría, hace que no pueda admitirse cualquier posible interpretación. La exigencia de cierto rigor en la aplicación de categorías y principios interpretativos resulta imprescindible si se quiere evitar que el control de convencionalidad se transforme en “un irreflexivo activismo judicial que aboque a una suerte de «gobierno de los jueces» o una «juristocracia»”<sup>35</sup>. Una situación así tiene, en primer lugar, un elevado coste en términos de inseguridad jurídica, que, además, no juega en forma unidireccional. Esto último lo acabamos de ver en relación con la prohibición de despedir durante la pandemia (art. 2 RDL 9/2020): el control de convencionalidad puede operar no solo para recuperar los estándares de protección que se habrían perdido con ocasión de las pasadas reformas laborales sino para vaciar de contenido los nuevos<sup>36</sup>. Pero, en segundo lugar, y sobre todo, implica una profunda alteración de las diferentes funciones y, sobre todo, de los distintos fundamentos y legitimidades de los poderes del Estado. Después de todo, aunque “la justicia emana del pueblo” (art. 117 CE), la legitimación democrática de los órganos judiciales es distinta e inferior a la de las Cortes Generales que “representan al pueblo español” (art. 66 CE).

En este contexto, creo que las exigencias de profundizar en el sistema multinivel de protección de los derechos sociales, de incorporar con normalidad el control de convencionalidad y de preservar la prevalencia de las normas internacionales en los términos del art. 96.1 CE, deben ser coherentes con el imperio de la ley como criterio esencial de funcionamiento del ordenamiento interno. Y para ello se precisa la adopción de una actitud de autocontención por parte de los órganos judiciales llamados a hacer efectivo el control difuso de convencionalidad. Autocontención (*self-restraint*) u otros términos similares son nociones que se han utilizado para hallar un punto razonable de equilibrio entre las formidables atribuciones de los jueces para garantizar la adecua-

<sup>34</sup> En esta línea, alguna de las sentencias que se ha considerado en el apartado anterior ha sido calificada como “valiosa y también valiente” (BAYLOS, A.P., “¿Debe ser declarado improcedente?” cit.) o “revolucionaria” (FORCADELL, y NAVARRO, “Compatibilidad del control de convencionalidad” cit., p. 155), adjetivos que presuponen más la voluntad que la inferencia lógica. Se ha afirmado asimismo que la aplicación de las normas internacionales del trabajo “no deja de ser una cuestión o una práctica que queda en buena medida en manos de la propia voluntad y actitud del juzgador, contribuyendo a esa indeseada inseguridad jurídica de la que tanto se habla” (MARTÍNEZ MORENO, “El marco internacional” cit., p. 114).

<sup>35</sup> La cita es de JIMENA, “Jurisdicción nacional y control de convencionalidad” cit., p. 164.

<sup>36</sup> Me refiero a la SJS Barcelona-1 283/2020, 15 diciembre, que opta por inaplicar la prohibición de despidos por causas sobre la base del reconocimiento de la libertad de empresa por la CDFUE.

ción de las leyes a la constitución, sean difusas o concentradas según las respectivas tradiciones, y la evitación de la asunción de facultades de creación normativa que corresponden al poder legislativo; y bien puede ser utilizado para encontrarlo en el problema que nos ocupa<sup>37</sup>. Por supuesto, la afirmación de esta idea no resulta suficiente para cerrar el tema definitivamente. Ello requeriría un análisis minucioso de esta noción así como una revisión exhaustiva de las implicaciones que su proyección tendría sobre las diferentes normas internacionales. Y estas tareas desbordan, con toda probabilidad, mis capacidades e, indudablemente, el espacio del que dispongo. Lo que sí puedo, sin embargo, es individualizar algunos aspectos que deberían ser considerados para alcanzar el objetivo de una adecuada aplicación de las normas internacionales que, sobre la base de la autocontención, respetara imperio de la ley y principio de seguridad jurídica. Algunos son de carácter procedimental y otros, sustantivos.

Por lo que se refiere a los primeros, mirarían, de un lado, a la garantía de los derechos de defensa y, de otro, a la minimización de las contradicciones dentro del sistema. Frente a ellos, la lectura de las sentencias que he considerado con anterioridad permite detectar determinadas manifestaciones de voluntarismo procedimental que ponen en riesgo aquellos e incrementan la entropía dentro del sistema jurídico. A veces, el control de convencionalidad parece suscitarse con cierto quebranto de los principios procesales. Vale como ejemplo la conocida y ya citada STSJ Cataluña de 17 enero 2020, rec. 5532/2019, en relación con la inaplicación del art. 52.d) ET por vulneración de diferentes normas internacionales, cuya lectura parece mostrar un desconocimiento por la sala sentenciadora del carácter extraordinario del recurso de suplicación y sus consecuencias<sup>38</sup>. En todo caso, el principal aspecto a comentar se relaciona con los criterios para la selección de la norma aplicable para verificar la legal a la luz de los imperativos de los derechos sociales que no siempre apunta en la línea de la armonía sistemática. Dado que el sistema de protección de los derechos humanos es multinivel, es lógico que para cada aspecto en controversia pueda existir una norma

<sup>37</sup> En relación con este concepto, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas” (1981), reimpresión en *Revista Española de Derecho Constitucional* 100(2014), pp. 124 ss. Ha sido utilizado también en el ámbito de la jurisprudencia del TEDH como instrumento para garantizar las peculiaridades existentes a nivel nacional: cfr. MARTÍNEZ ESTAY, J.I., “Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve análisis de sus orígenes y su desarrollo”, *Estudios Constitucionales*, 1 (2014), pp. 365 ss.; para una crítica, GARCÍA ROCA, J., “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el TEDH: soberanía e integración”, *Teoría y realidad Constitucional* 20(2007), pp. 117 ss.

<sup>38</sup> En este sentido, llamo la atención sobre el limitado alcance del recurso planteado por la parte demandante y recurrente. Literalmente, la sentencia indica al respecto:

“Al amparo del art.191c) de la Ley 31/11 (sic), en realidad art.193c) Ley 36/11 (LRJS), la recurrente denuncia la infracción del art.54d) ET (en realidad art.52.d) ET), al considerar que las ausencias justificadas en que se basa el despido de la trabajadora no reúnen el carácter de intermitentes, con cita de la STS 7/05/2015. En apoyo de tal tesis, la recurrente sostiene que la ausencia del 26/11/18 al 5/12/18 que supuso la reincorporación el 10/12/18 con una duración de 15 días naturales no tiene el carácter de intermitente”.

Frente a este único motivo de suplicación, la Sala opta por dar una larga cambiada y suscita como “la aplicabilidad de la norma al caso” como “cuestión previa”, lo que le permite entrar a valorar el art. 52.d) ET a la luz de las normas internacionales. Es verdad que este planteamiento podría ser aceptado en aplicación del principio *iura novit curia*. Pero no es muy frecuente en el ámbito del recurso de suplicación, que no puede construirse de oficio por el órgano *ad quem* y cuyo carácter extraordinario impide suscitarse cuestiones nuevas. No es de extrañar en esta línea que la posterior STSJ Cataluña 17 septiembre 2020, rec. 918/2020, opte por dar una solución diferente a un caso sustancialmente igual por imperativo de la congruencia:

“habiéndose pronunciado la STC 118/2019 de 16 de octubre, declarando la constitucionalidad del artículo 52.d) del ET, y no habiéndose planteado en momento alguno por las partes en este procedimiento el eventual análisis de convencionalidad de la norma, analizado por esta Sala en Sentencias n.º 274/2020, de 17 de enero y 1142/2020, de 28 de febrero, ciñéndonos a los términos en que aparece formulada la demanda, el recurso de suplicación y su impugnación, limitados a determinar la interpretación del requisito “días consecutivos” del artículo 52.d) del ET, por las razones anteriormente expuestas y en aplicación de la doctrina unificada del TS mencionada, debe ser estimado el recurso y declarado procedente el despido impugnado”.

Es singularmente llamativo que dos componentes de la sección que dicta esta segunda sentencia participaron en la que deliberó la primera.

diferente en cada uno de los planos en los que se descompone. Ahora bien, algunos de estos planos tienen su propio mecanismo de garantía cuya decisión es vinculante para los órganos judiciales. En este contexto, el voluntarismo puede manifestarse mediante la selección por el órgano judicial del fundamento para la eventual rectificación de la norma legal aplicable, lo que permite incrementar las propias facultades en vistas a su desplazamiento<sup>39</sup>. A mi juicio, esta decisión no debería ser libre para el juez. Después de todo, conforme al art. 10.2 CE, “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”, lo que apuntaría hacia un papel prevalente de la jurisdicción constitucional también para protagonizar el diálogo judicial en el conjunto del sistema de protección de los derechos fundamentales. Es verdad que, aunque esta solución es adecuada a la evolución del sistema europeo de protección de derechos humanos y tiene importantes defensores teóricos, no es segura en términos formales<sup>40</sup>. Sin embargo, parece razonable pensar que en aras a la preservación de la seguridad jurídica los diferentes componentes del sistema deben ser utilizados en forma ordenada. Aunque sea solo por sentido común, en aras a la preservación de la supremacía de la ley, diría que el control judicial directo basado en la convencionalidad aparece como una vía subsidiaria a otros elementos que puedan servir a la misma finalidad.

Desde un punto de vista sustantivo, creo que la autocontención impone un análisis textual cuidadoso de los documentos generados en el derecho internacional, tanto por lo que se refiere a su contenido como en relación con su naturaleza. Desde la primera perspectiva, es tradicional la exigencia de que las normas contenidas en acuerdos internacionales han de ser *self-executing* para poder ser objeto de aplicación directa. Es verdad que, conforme al art. 30.1 Ley 25/2014, parece existir una suerte de presunción favorable a que tienen tal carácter puesto que, como regla general, “los tratados internacionales serán de aplicación directa”, y este criterio solo cederá cuando “de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes”. Con esto y con todo, el juego de este criterio favorable a la aplicación directa obliga a un examen cuidadoso de las reglas establecidas pues no parece fácil aceptar la eficacia directa de normas que se formulan como amplios principios ni de aquellas que se insertan en un contexto del que se desprende la existencia de diferentes posibilidades de concreción por los Estados firmantes.

La casuística judicial reciente no siempre se acomoda a este patrón: aparte los casos en los que se han traído a colación normas internacionales que no han sido objeto de ratificación<sup>41</sup>, obser-

<sup>39</sup> Esta es una de las razones por las que CRUZ VILLALÓN, J., “El despido injustificado por COVID” (<http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/01/el-despido-injustificado-por-covid-la.html>; consulta 12 febrero 2021), considera “profundamente” errónea la citada SJS Barcelona-1 283/2020, 15 diciembre, en relación con el art. 2 RDL 9/2020, al haberse basado en el art. 16 CDFUE y descartado plantear cuestión de inconstitucionalidad con base en el art. 38 CE si consideraba que la regla vulneraba la libertad de empresa. Pero, esto mismo se encuentra en algunos otros de los supuestos que hemos considerado en el trabajo. Por ejemplo, en la citada STSJ Baleares 18 noviembre 2020 (rec. 179/2020), en relación con la impugnación individual del despido colectivo: aunque en el motivo de suplicación se denunció “vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española (CE) y en el artículo 47 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, el asunto se hace desembocar en el control de convencionalidad con base en el convenio 158 OIT. Ello permite rectificar la doctrina previa del TS, sin necesidad de plantear cuestión ante TC o ante TJUE. Lo mismo cabría decir, en fin, de los pronunciamientos del TS sobre el alcance del control causal. Al fundamentarse en el convenio 158 OIT se orilla la necesidad de plantear cuestión de constitucionalidad ante el TC, a pesar de que el derecho al trabajo se consideraba también afectado por la decisión legislativa.

<sup>40</sup> Al respecto, véanse CANOSA, “El control” cit., o LÓPEZ GUERRA, L., “Convencionalidad y constitucionalidad: los casos de México y España”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2019, pp. 43 ss. Las dudas sobre la viabilidad de la reconstrucción así como las propuestas para su reafirmación, en CANOSA, pp. 124 ss.

<sup>41</sup> Es el caso de la Carta Social Europea revisada en la STSJ Cataluña de 17 enero 2020, rec. 5532/2019: a pesar de la falta de ratificación se convierte en “innegable criterio hermenéutico” que permite evitar los problemas que derivan del art. 6 convenio 158 OIT a la hora de justificar la inadecuación a este del art. 52.d) ET pues permite reconvertir su alcance al “garantizar un estándar de protección más elevado”.

vamos como en ocasiones parece asociar eficacia directa a normas que contienen meros principios o que incluyen condicionantes y reservas que no son susceptibles de integración judicial. En el primer sentido, vale como ejemplo la asociación de diferentes normas internacionales al control de convencionalidad en relación con la temática de la conciliación de la vida laboral y familiar<sup>42</sup>; en el segundo, la eficacia incondicional que se asigna a los convenios de la OIT, señaladamente, aunque no solo, al núm. 158 en materia de terminación del contrato, sin tener en cuenta las múltiples salvedades y reservas que contienen sus reglas<sup>43</sup> y que oportunamente fueron valoradas en momentos anteriores por la jurisprudencia. Es interesante, en este último sentido, releer las SSTs dictadas en relación con los primeros conflictos en los que se planteó la aplicación del convenio 158, en concreto su art. 7. Si bien es cierto que el TS partió inicialmente de un apriorismo sobre el carácter no *self-executing* del conjunto del convenio<sup>44</sup>, en un momento posterior la decisión se basó más bien en las dificultades para reconocer que tuviera tal carácter la concreta regla internacional cuya aplicación se postulaba pues “las técnicas de flexibilidad empleadas en su formulación permiten... diversas posibilidades de desarrollo y un amplio sistema de excepciones, no sólo subjetivas por la vía del artículo 2, sino, sobre todo, objetivas, en atención al criterio de razonabilidad de la negativa empresarial a la audiencia”<sup>45</sup>.

Desde el segundo punto de vista, creo que hay que ser igualmente cauto en relación con lo que podríamos llamar «documentación interpretativa» emitida en el ámbito internacional. Como se ha indicado, aparte las normas convencionales en sentido estricto, el sistema social multinivel incluye mecanismos de naturaleza variada que emiten criterios interpretativos en relación con aque-

<sup>42</sup> El listado de tratados utilizado por la saga de sentencias abierta por STSJ Canarias (Las Palmas) 12 marzo 2019, rec. 19/2019, es muy amplio. Su asociación al control de convencionalidad, sin embargo, es discutible. Se citan reglas de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de las mujeres (art. 11), del convenio OIT núm. 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares y de la CSE (art. 8.3). La lectura de estos preceptos permite observar muchas expresiones que implican su carácter de principios que iluminan la tarea legislativa en los Estados firmantes.

<sup>43</sup> Valga, como ejemplo, de un lado, la utilización del convenio 158 de la OIT para justificar la corrección de la literalidad legal en materia de control causal. Es verdad el convenio establece un principio de causalidad en la terminación de la relación de trabajo por decisión empresarial (art. 4) que obliga a que existan organismos nacionales que puedan “examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada” (art. 9.1). Pero no lo es menos que el posterior art. 9.3 contiene una regla especial para el control de los despidos basados en “necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”. De acuerdo con ella, en este tipo de despidos los indicados organismos “estarán facultados para verificar si la terminación se debió realmente a tales razones, pero la medida en que esos organismos estarán facultados también para decidir si esas razones son suficientes para justificar la terminación deberá determinarse por los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 de este Convenio”. Como ha advertido una parte de la doctrina (GIL PLANA, J., “Despidos colectivos: aspectos sustantivos”, en MONTOYA, A., y GARCÍA MURCIA, J. (dirs.), *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid (Civitas), 2013, pp. 253 ss. p. 266; JURADO SEGOVIA, A., “Reforma en materia de las causas de despido colectivo y objetivo”, en THIBAUT, J. (dir.), *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el derecho del trabajo*, Madrid (La Ley), 2012, pp. 479 ss.), este último precepto se mueve en la línea de posibilitar que la legislación y práctica nacionales determinen en cada estado firmante el alcance que corresponde al control: siendo inexorable el de existencia, el de “suficiencia” puede establecerse o no, y en el caso afirmativo, en mayor o menor medida. En esta línea, la documentación elaborada en el seno de la propia OIT pone de manifiesto que este precepto “permite, en consecuencia, que cada país limite los poderes que tiene el organismo competente, cuando examina si la terminación está justificada, de ejercer un control sobre la decisión del empleador en cuanto al número de trabajadores de su empresa” (OIT, *Protección contra el despido injustificado*, 1995, apartado 214).

De otro lado, en relación con la presunta incompatibilidad entre el derogado art. 52.d) ET y el art. 6 de este convenio, el TC había afrontado el tema de la posible contradicción del art. 52.d) ET con las normas internacionales suscritas por España. En este terreno, recordó su doctrina de que “los tratados internacionales no integran el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes internas...” de modo que “la eventual contradicción entre la regulación interna y los convenios y tratados internacionales ratificados por España... (es) un juicio de aplicabilidad —control de convencionalidad— que pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria”, para añadir adicionalmente que no apreciaba “que la regulación contenida en el art. 52 d) LET contradiga lo dispuesto en el párrafo 1 del art. 6 del Convenio 158 de la OIT” habida cuenta las previsiones del párrafo 2 del precepto fundamentarían suficientemente la actuación del legislador interno (véase también en esta línea STSJ Madrid 2 diciembre 2013, rec. 1190/2013).

<sup>44</sup> SSTs 4 y 5 noviembre 1987. RJ 1987/7810 y RJ 1987/781.

<sup>45</sup> STS 8 marzo 1988. RJ 1988\1885.

llas. Es posible que algunos de ellos puedan llegar a tener efectos directos en el ámbito interno, pero seguramente existen otros que no. Nuestro ordenamiento lo deja claro para los pronunciamientos del TJUE –aunque no sería estrictamente necesario habida cuenta el desarrollo del derecho de la Unión Europea– y del TEDH –a pesar de que este efecto no resulta directa ni evidentemente del CEDH–<sup>46</sup>. Para los restantes órganos existentes en el ámbito internacional que generan documentos con vocación interpretativa o integrativa de los tratados será preciso un minucioso análisis que permita elucidar si y en qué condiciones pueden ser proyectados directamente en el ámbito interno mediante su incorporación al control de convencionalidad.

Entiendo, a la postre, que es preciso ser consciente de que las cautelas a la hora de aplicarlo tienen precisas valencias para el ordenado funcionamiento del sistema jurídico. Se ha indicado en este sentido que la adaptación judicial del ordenamiento interno a las exigencias internacionales, aparte problemas de inseguridad, no permite una valoración de conjunto de los intereses en juego<sup>47</sup>. Como señalara el TS en la década de los 80, en relación con los primeros asuntos en los que se buscaba la aplicación directa del convenio 158 OIT, “sólo la ley puede abordar con la necesaria generalidad y precisión” la adaptación del ordenamiento interno a las reglas internacionales<sup>48</sup>. Ello no impide, por supuesto, que en casos de evidente contradicción entre estas y aquella sea necesario recurrir a su desplazamiento. Pero, antes de tomar tan trascendente decisión, el juez debería intentar recordar cuándo fue la última vez que los ciudadanos acudimos a votarlo.

---

<sup>46</sup> Cfr., con carácter general, arts. 4 bis y 5 bis LOPJ; en el ámbito social, art. 219.2 LRJS

<sup>47</sup> En este sentido, a propósito del impacto de la posible ratificación de la CSE revisada, CRUZ, “El despido injustificado” cit. Muy interesante la reflexión en el plano metafórico de BELTRÁN DE HEREDIA, I., “Indemnización por despido improcedente, Darwin y el sesgo de supervivencia” (<https://ignasibeltran.com/2021/02/09/indemnizacion-por-despido-improcedente-darwin-y-el-sesgo-de-supervivencia/>: consulta 12 febrero 2021).

<sup>48</sup> STS 8 marzo 1988. RJ 1988\1885.

## ARTÍCULOS DOCTRINALES

# El tiempo de trabajo en plataformas: ausencia de jornada mínima, gamificación e inseguridad algorítmica

## Working time in platform work: absence of minimum working time, gamification and algorithmic insecurity

Anna Ginès i Fabrellas\*

*Profesora Titular Derecho del Trabajo*

*Universitat Ramon Llull - Esade*

ORCID ID: 0000-0001-6313-8355

Recibido: 14/12/2020

Aceptado: 23/1/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6045>

*Resumen:* La finalidad del presente artículo es analizar la configuración y determinación del tiempo de trabajo en el trabajo en plataformas. El trabajo en plataformas está generando una clara precariedad laboral que va más allá de la naturaleza jurídica de la relación de los trabajadores de plataformas. El singular modelo de negocio de las plataformas digitales, basado en la contratación a demanda tiene un claro impacto en la configuración del tiempo de trabajo en la economía de plataformas que, como se analiza en el presente artículo, se traduce en empleo precario dada la ausencia de un tiempo mínimo de trabajo garantizado y la inseguridad algorítmica en la determinación del tiempo de trabajo.

*Palabras clave:* trabajo en plataformas, tiempo de trabajo, jornada mínima garantizada, inseguridad algorítmica.

*Abstract:* The aim of this paper is to analyze the configuration and determination of the working time in platform work. Platforms work is clearly contributing to job insecurity beyond the classification of platform workers. The unique business model of digital platforms, based on on-demand hiring, has a clear impact on the determination of working time in the platform economy which, as analyzed in this article, translates into precarious employment given the absence of a guaranteed minimum working time and algorithmic insecurity in determining working time.

*Keywords:* platform work, working time, guaranteed minimum working time, algorithmic insecurity.

---

\*anna.gines@esade.edu

El presente artículo se ha realizado en el contexto del proyecto LABORAlgorithm (Algoritmos y relación laboral. Tratamiento jurídico del uso de Big Data, tecnología inteligente y algoritmos para la elaboración de perfiles y toma de decisiones automatizada en el ámbito laboral), financiado por FEDER/Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades – Agencia Estatal de Investigación/ \_ Proyecto PGC2018-100918-A-100.

El presente estudio se ha cerrado a fecha de 19 de marzo de 2021.

## 1. Introducción

*“Antes de Internet, hubiese sido muy difícil encontrar a alguien, sentarlo durante diez minutos y hacer que trabajara para ti, y luego despedirlo al finalizar esos diez minutos. Pero con la tecnología, puede encontrarlos, pagarles una pequeña cantidad de dinero y luego deshacerte de ellos cuando ya no los necesitas”<sup>1</sup>.*

Con esta cita, Lukas Biewald, fundador de la plataforma *Crowdfunder*, actualmente denominada *FigureEight*, define de forma desacomplejadamente precisa el modelo de trabajo en plataformas digitales, que utiliza personas como un objeto o una fuente inagotable de trabajo, como si se tratara de abrir el grifo, como se ilustra en una portada de diciembre de 2014 “*Workers on tap*” de *The Economist*<sup>2</sup>.

Resulta interesante, no obstante, esta cita, por cuanto se observa en ella la importancia de la tecnología como eje vertebrador del modelo de negocio desarrollado por las plataformas digitales; la tecnología resulta esencial para garantizar el modelo de contratación a demanda y externalización infinita que desarrollan las plataformas digitales. Además, esta cita resulta interesante por cuanto ilustra como se configura el tiempo de trabajo en plataformas digitales, esencialmente como micro jornadas de escasa o, incluso, ridícula duración con personas contratadas minuto a minuto.

-----

El conflicto jurídico y social más importante en relación con el trabajo en plataformas digitales es su naturaleza jurídica; es decir, la consideración de las personas proveedoras del servicio como trabajadores por cuenta propia o por cuenta ajena.

En este sentido, existen pronunciamientos a favor y en contra del carácter laboral del trabajo en plataformas en prácticamente todos los países que han analizado la cuestión<sup>3</sup>. En el estado español, como se analiza en las páginas siguientes, existen también sentencias contradictorias en esta materia, si bien recientemente se ha pronunciado el Pleno de la Sala Social del Tribunal Supremo a favor de la existencia de relación laboral<sup>4</sup>. Esta sentencia, si bien clara y contundente, no parece resolver el conflicto de la naturaleza jurídica del trabajo en plataformas, por cuanto algunas plataformas de reparto de comida declararon su intención de mantener su modelo de negocio en tanto no exista un cambio legislativo<sup>5</sup>.

Más allá, el actual debate acerca del trabajo en plataformas parece limitarse a las plataformas de reparto o de transporte, tales como Glovo, Deliveroo, Uber Eats, etc., dejando de lado las plataformas de (micro)tareas online o de *crowdemployment*<sup>6</sup>, como Amazon Mechanical Turk, Figure

<sup>1</sup> Moshe Z. MARVIT, “How crowdworkers became the ghosts in the digital machine”, *The Nation*, 5.2.2014 (disponible en: <https://www.thenation.com/article/how-crowdworkers-became-ghosts-digital-machine/>; última consulta: 27.11.2020).

<sup>2</sup> “Workers on tap. The on-demand economy”, *The Economist*, 30.12.2014 (disponible en: <https://www.economist.com/leaders/2014/12/30/workers-on-tap>; última consulta: 27.11.2020).

<sup>3</sup> Véase Ignasi BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Employment status of platform workers (national courts decisions overview - Australia, Brazil, Chile, France, Italy, United Kingdom, United States & Spain)”, *Blog Una mirada crítica a las relaciones laborales*, (disponible en: <https://ignasibeltran.com/2018/12/09/employment-status-of-platform-workers-national-courts-decisions-overview-australia-brazil-chile-france-italy-united-kingdom-united-states-spain>; última consulta: 27.11.2020).

<sup>4</sup> STS, 4ª, 25.9.2020 (recurso núm. 4746/2019).

<sup>5</sup> Ver Carlos R. Cózar, “Glovo desafía al Tribunal Supremo: “Vamos a seguir trabajando con el mismo modelo”, *EDeconomíaDigital*, 27.11.2020 (disponible en: [https://www.economiadigital.es/finanzas-y-macro/glovo-desafia-al-tribunal-supremo-vamos-a-seguir-trabajando-con-el-mismo-modelo\\_20108986\\_102.html](https://www.economiadigital.es/finanzas-y-macro/glovo-desafia-al-tribunal-supremo-vamos-a-seguir-trabajando-con-el-mismo-modelo_20108986_102.html); última consulta: 27.11.2020).

<sup>6</sup> Valerio DE STEFANO y ANTONIO ALOISI, “Fundamental labour rights, platform work and human-rights protection of non-standard workers”, en Janice R. BELLACE y Beryl TER HAAR (Editores), *Research Handbook on Labour, Business and Human Rights Law*, Edward Elgar, Reino Unido, 2019, p. 363.

Eight o Upwork, dedicadas a la realización de tareas como traducción, transcripción de textos, descripción de imágenes, etc.

En esta línea, en la mesa de diálogo entre los agentes sociales para la regulación del trabajo en plataformas digitales<sup>7</sup> una de las divergencias más importantes ha sido el alcance que debe tener la denominada “Ley Rider”, debiéndose limitar solamente a las plataformas de reparto o mensajería o extendiéndose también a las plataformas de (micro)tareas online<sup>8</sup>. Y la propuesta final de regulación que ha propuesto el Gobierno, si bien incluye una presunción de laboralidad del trabajo en plataformas, se limita a las plataformas de reparto.<sup>9</sup>

-----

En el contexto del debate social y político sobre la regulación del fenómeno del trabajo en plataformas, el objeto del presente artículo es analizar la configuración y determinación del tiempo de trabajo en el contexto de esta nueva forma de organización del trabajo. El trabajo en plataformas está generando una clara precariedad laboral que va más allá de la naturaleza jurídica de la relación de los trabajadores de plataformas. El singular modelo de negocio de las plataformas digitales, basado en la contratación a demanda, tiene un claro impacto en la configuración del tiempo de trabajo en la economía de plataformas que, como se analiza en el presente artículo, se traduce en empleo precario dada la ausencia de un tiempo de trabajo mínimo garantizado, estrategias de gamificación e inseguridad algorítmica. En este sentido, el artículo incluye una propuesta de regulación del tiempo de trabajo en el trabajo en plataformas como medida necesaria para avanzar en la protección social de esta nueva forma de organización del trabajo.

## 2. La *gig economy* y la huida del Derecho del Trabajo

Las plataformas digitales de la *gig economy*<sup>10</sup> –también denominada *uber* u *on-demand economy*<sup>11</sup>– han transformado la forma de organización del trabajo en la empresa gracias al uso intensivo de la tecnología y un singular modelo de negocio basado, como se analiza a continuación, en cuatro elementos esenciales<sup>12</sup>.

En primer lugar, la división del trabajo en microtareas. Las plataformas digitales han sustituido la configuración del servicio como una unidad por tareas individuales de muy corta duración,

<sup>7</sup> Ver la consulta pública previa a la elaboración de dicho proyecto normativo del 6.6.2020 (disponible en: [http://www.mites.gob.es/ficheros/participacion/historico/consulta-publica/2020/Proyecto\\_08\\_20200606\\_consulta\\_publica\\_gabinete\\_empleo.pdf](http://www.mites.gob.es/ficheros/participacion/historico/consulta-publica/2020/Proyecto_08_20200606_consulta_publica_gabinete_empleo.pdf); última consulta: 27.11.2020).

<sup>8</sup> Ver “Gobierno y sindicatos acuerdan ampliar la ley de los “riders” a todas las plataformas digitales”, *Cinco Días*, 21.10.2020 (disponible en: [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/10/21/economia/1603298049\\_863484.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/10/21/economia/1603298049_863484.html); última consulta: 27.11.2020) y Gabriel Ubieto, “Trabajo limita el alcance de la nueva “Ley Rider” para atraer a la patronal”, *El Periódico*, 29.11.2020 (disponible en: <https://www.elperiodico.com/es/economia/20201129/trabajo-limita-el-alcance-de-la-nueva-ley-rider-para-atraer-a-ceoe-8223215>; última consulta: 29.11.2020).

<sup>9</sup> Ver Gabriel Ubieto, “Trabajo pacta con patronal y sindicatos que los riders sean, por defecto, asalariados”, *El Periódico*, 10.2.2021 (disponible en: <https://www.elperiodico.com/es/economia/20210210/trabajo-pacta-patronal-sindicatos-riders-11509236> [última consulta: 25.2.2021]).

<sup>10</sup> Valerio DE STEFANO, “The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy»”, *Conditions of Work and Employment Series*, nº 71, Organización Internacional del Trabajo, 2016.

<sup>11</sup> Steven HILL, “The future of work in the uber economy. Creating a safety net in a multi-employer world”, *Boston Review*, 22.7.2015 (disponible en: <http://bostonreview.net/us/steven-hill-uber-economy-individual-security-accounts>; última consulta: 13.12.2020) o Mike JACONI, “The on-demand economy is revolutionizing consumer behaviour – Here’s how”, *Business insider*, 13.7.2014 (disponible en: <https://www.businessinsider.com/the-on-demand-economy-2014-7?IR=T>; última consulta: 13.12.2020).

<sup>12</sup> Para un análisis más en detalle, ver ANNA GINÈS I FABRELLAS, *El trabajo en plataformas digitales. Nuevas formas de precariedad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

autónomas e independientes unas de las otras. A modo de ejemplo, en lugar de entender el servicio de reparto de comida a domicilio como una unidad, se divide en repartos individuales de tal manera que cada petición por parte de una persona cliente es un servicio autónomo e independiente.

En segundo lugar, el *crowdsourcing*<sup>13</sup>. Las plataformas digitales utilizan una nueva modalidad de externalización productiva, denominada *crowdsourcing*. Mediante una llamada u *open call*, la plataforma intenta atraer a un número elevado de personas dispuestas a prestar servicios en la plataforma. La finalidad es atraer al máximo número de personas para contar con oferta suficiente para cubrir la demanda que pueda existir en la plataforma en cualquier momento. El servicio, por tanto, es íntegramente externalizado a este elevado número de personas (de ahí el uso del término en inglés de *crowd*, que, como es bien sabido, significa multitud). Las plataformas digitales, por tanto, no disponen de la plantilla necesaria –al menos *a priori*– para la prestación del servicio, sino que es prestado de forma íntegramente descentralizada mediante personas externas, que son contratadas para la realización de las distintas tareas.

En tercer lugar, las plataformas digitales emplean la contratación a demanda u *on-demand*<sup>14</sup>. Cada una de las microtareas es externalizada a una persona proveedora del servicio en el momento en que se produce la demanda del servicio. Es decir, las personas que prestan servicios en el marco de plataformas digitales no son contratadas de forma estable, sino que son contratadas en el momento en que se origina la demanda del servicio y por el tiempo que dura su prestación. Esta contratación a demanda o por *gigs* da el nombre al fenómeno de la *gig economy* o economía de bolos.

La tecnología, como se ha apuntado, juega un papel esencial en la transformación de la forma de organización del trabajo en plataformas, por cuanto es la que permite la contratación a demanda<sup>15</sup>, pieza central del singular modelo de negocio de las plataformas digitales. Efectivamente, la tecnología de última generación permite identificar el momento exacto y preciso que una persona solicita el servicio y, en cuestión de segundos, esta petición es asignada a una persona dispuesta a llevarlo a cabo. Mediante el uso de sofisticados algoritmos, las plataformas digitales pueden intermediar en la asignación entre demanda y oferta del servicio en cuestión de segundos y sin incurrir en grandes costes de gestión.

Finalmente, en cuarto lugar, el modelo de negocio de las plataformas digitales se fundamenta en la contratación de personas que tienen la consideración formal de trabajadoras autónomas. En lugar de contratar a personas internamente para la prestación de servicios, las plataformas digitales ofrecen el servicio de forma íntegramente externalizada mediante personas que trabajan por cuenta propia y son contratadas servicio a servicio. Estas personas tienen la consideración formal de trabajadoras autónomas por cuanto aportan medios propios para la prestación de servicios y asumen los costes asociados a la actividad.

La combinación de estos cuatro elementos característicos del modelo de negocio de las plataformas digitales genera una novedosa transformación en la organización del trabajo, que permite la sustitución de formas más o menos estables de trabajo por cuenta ajena por formas de trabajo autónomo de muy corta duración.

Sin perjuicio de las ventajas que, desde un punto de vista empresarial, pueda generar este modelo de negocio –esencialmente, la reducción de costes de transacción<sup>16</sup> y laborales<sup>17</sup>–, procede

<sup>13</sup> Ver Jeff HOWE, “The rise of crowdsourcing”, *Wired*, 1.6.2006 (disponible en: <http://www.wired.com/2006/06/crowds/>; última consulta: 27.11.2020).

<sup>14</sup> “Workers on tap. The on-demand economy”, *The Economist*, *op. cit.*

<sup>15</sup> Daren C. BRADHAM, *Crowdsourcing*, MIT Press, Cambridge, 2013, p. 11-12.

<sup>16</sup> Brishen ROGERS, “The Social Costs of Uber”, *The University of Chicago Law Review Dialogue*, vol. 82, 2015, p. 86-89; Manuel Alejandro HIDALGO, *El empleo del futuro. Un análisis del impacto de las nuevas tecnologías en el mercado laboral*, Deusto, Barcelona, 2018, p. 4, entre otras referencias.

<sup>17</sup> Véase Birgitta BERGVALL-KÅREBORN y Debra HOWCROFT, “Amazon Mechanical Turk and the commodification of labor”,

advertir de los riesgos sociales y, en concreto, de la huida del Derecho del Trabajo<sup>18</sup> que diseña el ecosistema propio de las plataformas digitales. Efectivamente, se trata de un modelo de negocio basado en el ahorro de costes laborales<sup>19</sup>, no solamente por la consideración –al menos, formalmente– del trabajo como trabajo autónomo, sino por diseñar una organización del trabajo que traslada costes y riesgos propiamente empresariales a las personas trabajadoras<sup>20</sup>.

### 3. El trabajo en plataformas digitales: ¿confusión entre trabajo autónomo y trabajo por cuenta ajena?

El conflicto jurídico y social más importante en relación con el trabajo en plataformas digitales es su naturaleza jurídica; es decir, la consideración de las personas proveedoras del servicio como trabajadores por cuenta propio o por cuenta ajena.

Como se ha apuntado anteriormente, existen pronunciamientos a favor y en contra del carácter laboral del trabajo en plataformas en prácticamente todos los países que han analizado la cuestión<sup>21</sup>. El ordenamiento jurídico español no es la excepción, con múltiples sentencias a favor del carácter autónomo del trabajo en plataformas<sup>22</sup> y múltiples más a favor de su laboralidad<sup>23</sup>. Si bien recientemente se ha pronunciado el Pleno de la Sala Social del Tribunal Supremo a favor de la existencia de relación laboral<sup>24</sup>, no parece una cuestión resuelta, por cuanto algunas plataformas de reparto de comida ya han declarado su intención de mantener su modelo de negocio en tanto no exista un cambio legislativo<sup>25</sup>. Más allá, en la mesa de diálogo con los agentes sociales para la regulación del trabajo en plataformas digitales no ha existido consenso en cuanto a la forma de abordar el fenómeno ni tampoco el tratamiento jurídico que corresponde y la última propuesta de “Ley Rider” del Gobierno, que establece una presunción del trabajo en plataformas de reparto, no parece contentar a nadie.

El singular modelo de negocio de las plataformas digitales ha introducido novedades en cuanto a la organización del trabajo que cuestionan el encaje de esta forma de trabajo en el concepto de trabajo por cuenta ajena. Efectivamente, el trabajo en plataformas comparte elementos tradicionalmente propios del trabajo autónomo que parecen, *a priori*, alejarlo del trabajo por cuenta ajena. La tecnología de última generación, como se analiza a continuación, ha introducido nuevos elementos de flexibilidad que parecen asimilar el trabajo en plataformas a trabajo autónomo.

*New Technology, Work and Employment*, vol. 29, nº 3, 2014, p. 215 o Jeremias PRASSL y Martin RISAK, “Uber, TaskRabbit, & Co: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork”, *Comparative Labor Law Policy Journal*, vol. 37, nº 3, 2016, p. 7, entre otras referencias.

<sup>18</sup> Véase Emanuele DAGNINO, “Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la *sharing / on-demand economy*”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, n. 3, 2015, p. 15-25.

<sup>19</sup> Como afirma Jeremias Adams-Prassl, la elusión de la norma laboral se encuentra en el centro del modelo de negocio de las plataformas digitales (Jeremias PRASSL, *Humans as a service. The promise and perils of work in the gig economy*, Oxford University Press, Nueva York, 2018, p. 21).

<sup>20</sup> Brishen ROGERS, “The Social Costs of Uber”, *op. cit.*, p. 98; o Sangeet Paul CHOUDARY, “The architecture of digital labour platforms: policy recommendations on platform design for worker well-being”, *ILO Future of Work Research Paper Series*, nº 3, 2018, p. 13.

<sup>21</sup> Véase Ignasi BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Employment status of platform workers...”, *op. cit.*

<sup>22</sup> Entre las más destacadas se encuentra la STSJ Madrid de 19.9.2019 (recurso núm. 195/2019), si bien el tribunal modifica su posición en las STSJ Madrid de 27.11.2019 (recurso núm. 588/2019), 18.12.2019 (recurso núm. 714/2019), 17.1.2020 (recurso núm. 1323/2019) y 3.2.2020 (recurso núm. 749/2019) y la sentencia ha sido casada y anulada por la STS, 4ª, 25.9.2020 (recurso núm. 4746/2019).

<sup>23</sup> STS, 4ª, 25.9.2020 (recurso núm. 4746/2019).

<sup>24</sup> Ver, entre las más relevantes, STSJ Asturias de 25.7.2019 (rec. nº 1143/2019), Madrid de 27.11.2019 (recurso núm. 588/2019), 18.12.2019 (recurso núm. 714/2019), 17.1.2020 (recurso núm. 1323/2019), 3.2.2020 (recurso núm. 749/2019), Catilla y León de 17.2.2020 (recurso núm. 2253/2019) y Cataluña de 21.2.2020 (recurso núm. 5613/2019), 7.5.2020 (recurso núm. 5647/2019), 12.5.2020 (recurso núm. 6774/2019), 16.6.2020 (recurso núm. 5997/2019).

<sup>25</sup> Ver Carlos R. Cózar, “Glovo desafía al Tribunal Supremo: “Vamos a seguir trabajando con el mismo modelo”, *EDeconomía Digital*, 27.11.2020 (disponible en: [https://www.economiadigital.es/finanzas-y-macro/glovo-desafia-al-tribunal-supremo-vamos-a-seguir-trabajando-con-el-mismo-modelo\\_20108986\\_102.html](https://www.economiadigital.es/finanzas-y-macro/glovo-desafia-al-tribunal-supremo-vamos-a-seguir-trabajando-con-el-mismo-modelo_20108986_102.html); última consulta: 27.11.2020).

Asimismo, las propias plataformas han contribuido a la confusión creando una nueva y sofisticada terminología<sup>26</sup>, diseñada para eludir la norma laboral<sup>27</sup>, que genera la idea de estar ante un nuevo y novedoso fenómeno laboral que no encuentra cabida en las viejas y arcaicas estructuras laborales.

### *3.1. Argumentos a favor del trabajo autónomo: medios de producción, costes, capacidad para determinar el tiempo de trabajo y para aceptar y rechazar encargos*

En primer lugar, como se ha apuntado anteriormente, las personas que trabajan en plataformas utilizan medios de producción propios (bicicleta, motocicleta, coche, ordenador, móvil, etc.) y asumen los costes asociados a la prestación de servicios (gasolina, conexión a Internet, etc.). Se trata de medios y costes esenciales para la prestación de servicios, que son propiedad y asumidos por las personas trabajadoras, sin que sean puestos a disposición por parte de la plataforma –si bien en ocasiones, la plataforma los proporciona a cambio de un precio o fianza<sup>28</sup>–. Según establece la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19.9.2019<sup>29</sup>, que se pronunció en contra de la laboralidad del trabajo en la plataforma Glovo, la utilización de medios propios y la asunción de los costes de la actividad excluye la existencia de ajenidad.

En segundo lugar, como declara el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la sentencia anteriormente citada, la asunción del riesgo y ventura también se observa en la responsabilidad de las personas que reparten para la plataforma Glovo de responder por el buen fin del servicio, por cuanto asumen, frente a la persona cliente final, los daños o pérdidas que pueda padecer el producto o mercancía transportada. Incluso, algunas plataformas –como es el caso de Amazon Mechanical Turk– imponen cláusulas de satisfacción en los contratos, en virtud de las cuales la persona trabajadora no recibe el precio acordado en caso de que la empresa cliente no quede satisfecha con los resultados<sup>30</sup>.

En tercer lugar, las personas que trabajan en plataformas mayoritariamente reciben una retribución directamente proporcional al número de servicios realizados, indicio propio del trabajo autónomo<sup>31</sup>. También este elemento ha sido entendido como excluyente de la ajenidad propia de la relación laboral, por cuanto implica la asunción del riesgo y ventura de la actividad propio del trabajo autónomo<sup>32</sup>. Según la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Salamanca de 14.6.2019<sup>33</sup>, no existe ajenidad en la prestación de servicios, en tanto que la persona trabajadora “*percibía sus retribuciones, no de acuerdo con una cuota fija ni determinada cada mes, sino que variaban en función de los encargos o entregas realizadas, a la que se añadía una parte variable en función de los kilómetros realizados y el tiempo de espera*”.

En cuarto lugar, y probablemente uno de los argumentos más importantes a efectos de descartar la existencia de relación laboral en el trabajo en plataformas, las personas que trabajan en plataformas tienen capacidad para determinar su tiempo de trabajo; capacidad para determinar, no

<sup>26</sup> Sarah KESSLER, *Gigged. The Gig Economy, the end of the job and the future of work*, Business Books, Londres, 2018, p. 97.

<sup>27</sup> Sarah BUTLER, “Deliveroo accused of “creating vocabulary” to avoid calling couriers employees”, *The Guardian*, 5.4.2017 (disponible en: <https://www.theguardian.com/business/2017/apr/05/deliveroo-couriers-employees-managers>; última consulta: 27.11.2020). En sentido similar, ver hecho probado decimocuarto SJS nº 31 de Barcelona de 11.6.2019 (nº 193/2019).

<sup>28</sup> SJS nº 1 Gijón de 20.2.2019 (sentencia nº 61/2019).

<sup>29</sup> Recurso núm. 195/2019.

<sup>30</sup> <https://docs.aws.amazon.com/AWSMechTurk/latest/AWSMechanicalTurkGettingStartedGuide/SvcIntro.html>.

<sup>31</sup> Ver María Cesira URZÍ BRANCATI, Annarosa PESOLE y Enrique FERNÁNDEZ-MACÍAS, *New evidence on platform workers in Europe. Results from the second COLLEEM survey*, JRC Science for Policy Report, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2020, p. 36.

<sup>32</sup> Ver STSJ Madrid de 19.9.2019 (recurso núm. 195/2019).

<sup>33</sup> Sentencia núm. 215/2019

solamente el horario —elemento compatible, como establece el Tribunal Supremo con el trabajo por cuenta ajena<sup>34</sup>—, sino su tiempo de conexión a la plataforma; es decir, capacidad para determinar cuántas horas al día, a la semana o al mes se conectan e, incluso, capacidad para determinar si se conectan o no a la plataforma<sup>35</sup>.

En quinto lugar, otro elemento importante a efectos de determinar el carácter autónomo del trabajo en plataformas ha sido la capacidad de las personas que prestan servicios para seleccionar y rechazar encargos. Muchas plataformas digitales organizan el trabajo de tal manera que reconocen a las personas trabajadoras la capacidad para seleccionar los servicios a realizar en atención a sus intereses y la capacidad para rechazar servicios, incluso cuando han sido previamente aceptos. La capacidad para aceptar pedidos sin obligación de realizar un número mínimo y la capacidad de rechazar encargos es un elemento destacado para descartar la laboralidad del trabajo en plataformas, por cuanto evidencia autonomía organizativa y falta de dependencia al círculo rector de la empresa<sup>36</sup>.

Estos dos elementos añaden complejidad al debate acerca de la naturaleza jurídica del trabajo en plataformas, por cuanto se trata de dos elementos, ciertamente, propios y característicos del trabajo autónomo. La tecnología de última generación ha introducido elementos de flexibilidad hasta ahora desconocidos, que cuestionan —al menos cuando analizados de forma individual— el encaje de esta nueva organización del trabajo al concepto de trabajo por cuenta ajena.

Efectivamente, estos dos elementos han sido identificados como incompatibles con la relación laboral. Como establece la ya citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19.9.2019<sup>37</sup>, “[e]l trabajador decidía el momento de inicio y finalización de su jornada, así como la actividad que realizaba durante la misma, seleccionando los pedidos que quería realizar y rechazando los que no quería. No tenía obligación de realizar un determinado número de pedidos, ni de estar activo un número de horas al día o a la semana ni tampoco la empresa indicaba los pedidos a realizar ni cuando debía empezar o finalizar su jornada”. Similarmente entre la doctrina, se ha afirmado que la capacidad para determinar el tiempo y, más importantemente, el volumen de trabajo o la capacidad para rechazar encargos elimina necesariamente la existencia de dependencia respecto de la plataforma<sup>38</sup>.

Finalmente, otros elementos indicativos de trabajo autónomo identificados por las resoluciones judiciales<sup>39</sup> que se han pronunciado en este sentido son la libertad para seleccionar la ruta, itinerario, procedimiento o medio de transporte para la ejecución de la actividad; la ausencia de necesidad de justificar ausencias; la ausencia de pacto de exclusividad y la prestación de servicios para terceros; o, incluso, la declaración de la persona trabajadora de prestar servicios en régimen de trabajo autónomo económicamente dependiente.

### 3.2. Argumentos a favor del trabajo por cuenta ajena: dirección algorítmica, tecnología como infraestructura productiva esencial y falta de capacidad de emprendedoría

Un análisis en profundidad de las características del trabajo en plataformas evidencia que, sin perjuicio de los anteriores elementos de flexibilidad introducidos por esta nueva modalidad de orga-

<sup>34</sup> Ver, entre las más recientes, STS, 4ª, 6.10.2010 (RJ 2010/5017) y 19.2.2014 (RJ 2014/2075).

<sup>35</sup> Ver STSJ Madrid de 19.9.2019 (recurso núm. 195/2019) y SJS nº 39 de Madrid de 3.9.2018 (sentencia núm. 284/2018).

<sup>36</sup> Destacan, en este sentido, STSJ Madrid de 19.9.2019 (recurso núm. 195/2019), Cantabria 26.4.2019 (rec. nº 237/2019) y SJS nº 1 de Salamanca de 14.6.2019 (sentencia núm. 215/2019).

<sup>37</sup> Recurso núm. 195/2019.

<sup>38</sup> Ver, en este sentido, Jesús R. MERCADER UGUINA, *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 96 y Rubén AGOTE, “On demand economy: 10 claves de entendimiento laboral”, *IUSLabor*, nº 1, 2017, p. 14.

<sup>39</sup> STSJ Madrid de 19.9.2019 (recurso núm. 195/2019), SJS nº 1 de Salamanca de 14.6.2019 (sentencia núm. 215/2019) o nº 17 de Madrid de 11.1.2019 (sentencia núm. 12/2019).

nización del trabajo, existen indicios de laboralidad. Efectivamente, existen elementos propios de la organización del trabajo en plataformas que lo asimilan, indudablemente, al trabajo por cuenta ajena, al concurrir las notas de ajenidad y dependencia.

En primer lugar, las plataformas utilizan formas de dirección y control algorítmico<sup>40</sup>. Como se ha apuntado anteriormente, el modelo de organización del trabajo de las plataformas digitales confiere a las personas trabajadoras capacidad para determinar su tiempo y volumen de trabajo. Las personas que trabajan en plataformas tienen la capacidad para determinar el número de horas de conexión a la plataforma e, incluso, si quieren o no conectarse. Además, muchas plataformas reconocen también la capacidad de las personas trabajadoras de seleccionar los servicios a realizar e, incluso, rechazar servicios asignados. Si bien, ciertamente, estas son prácticas utilizadas en muchas plataformas, lo cierto es que la forma de dirección y organización algorítmica utilizada por las plataformas digitales condiciona significativamente esta capacidad, convirtiéndose en una verdadera forma de dependencia<sup>41</sup> –identificada, incluso, como “hiperdependencia”<sup>42</sup>–.

Las plataformas utilizan distintas estrategias para modular el comportamiento de las personas trabajadoras, en cuanto a tiempo de trabajo y aceptación de servicios, para encajar con las necesidades e intereses de la plataforma. Así, algunas plataformas reconocen incentivos económicos o aplican sistemas de discriminación de precios o *algorithmic pricing*<sup>43</sup> para retribuir más a las personas que más se conectan a la plataforma o a las personas que se conectan en aquellos días u horas de más demanda. Otras plataformas utilizan un sistema de asignación de tareas o franjas horarias que beneficia a las personas con más horas de conexión, una elevada tasa de aceptación de servicios y una baja tasa de rechazos. Incluso, algunas plataformas ranquean a las personas trabajadoras estableciendo una prelación entre ellas en base a sus puntuaciones individuales y, posteriormente, distribuyen la asignación de tareas en atención a estas puntuaciones, beneficiando a aquellas con más tiempo de conexión y disponibilidad en la plataforma.

Los sistemas de geolocalización y control digital que utilizan las plataformas digitales permiten extraer una cantidad muy elevada de datos referentes a la actividad de las personas trabajadoras en la plataforma<sup>44</sup>. Así, la plataforma tiene información acerca de la geolocalización de la persona cuando está conectada a la plataforma, del número de horas de conexión, de la disponibilidad de la persona en días y horas de alta demanda, del número de pedidos aceptados, del número de pedidos rechazados, el tiempo de ejecución de cada servicio, satisfacción por parte de las personas o empresas clientes, etc. Cada servicio individual realizado por cada persona trabajadora es registrado, monitorizado y evaluado, colocando a las personas trabajadoras en una situación de control permanente<sup>45</sup>.

Los datos extraídos sobre la actividad de las personas en la plataforma son procesados e integrados en sofisticados algoritmos que toman decisiones de forma automatizada sobre asignación de

<sup>40</sup> Min Kyung LEE, Daniel KUSBIT, Evan METSKY y Laura DABBISH, “Working with machines: the impact of algorithmic and data-driven management on human workers”, *Conference CHI'15 Proceedings of the 33rd Annual ACM Conference on Human Factors in Computing Systems*, 2015, p. 1-10.

<sup>41</sup> Miriam A. CHERRY, “Beyond misclassification: the digital transformation of work”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 37, nº 3, 2016, p. 602; Alex ROSENBLAT y Luke STARK, “Algorithmic labor and information asymmetries: a case study of Uber’s drivers”, *International Journal of Communication*, vol. 10, 2016, p. 3777; Jeremias PRASSL, *Humans as a service*, *op. cit.*, p. 52; Alan BOGG, “Escaping Labour Law’s Matrix: a review essay”, *Law Research Paper Series*, nº 5, University of Bristol, 2019, p. 8; entre otras referencias.

<sup>42</sup> Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “La figura del trabajador de plataforma: las relaciones entre las plataformas digitales y los trabajadores que prestan sus servicios”, en FRANCISCO PÉREZ DE LOS COBOS (Director), *El trabajo en plataformas digitales. Análisis sobre su situación jurídica y regulación futura*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2018 (versión digital).

<sup>43</sup> Alex ROSENBLAT y Luke STARK, “Algorithmic labor and information asymmetries...”, *op. cit.*, p. 3765-3766.

<sup>44</sup> Es interesante notar que el Tribunal Supremo, respecto de la plataforma Glovo, ha identificado el propio sistema de geolocalización también como “un indicio relevante de dependencia en la medida en que permite el control empresarial en tiempo real del desempeño de la prestación” (STS, 4ª, 25.9.2020 (recurso nº 4746/2019)).

<sup>45</sup> Henar Álvarez Cuesta, *El futuro del trabajo vs. el trabajo del futuro. Implicaciones laborales de la industria 4.0*, Colex, A Coruña, 2017, p. 112.

tareas o preferencia para la elección de franjas horarias. Aquellas personas con mejores puntuaciones son beneficiadas con más tareas y preferencias en la elección de trabajo lo que, a su vez, repercute en más tareas y preferencia en la elección de trabajo.

Estas formas de dirección y organización algorítmica toman en consideración la actividad pasada de las personas en la plataforma para determinar su actividad futura; es decir, la actividad pasada de las personas determina su capacidad para generar ingresos en el futuro. En consecuencia, se convierten en instrumentos muy efectivos para modular el comportamiento de las personas e incentivar que se ajusten a los parámetros valorados por la plataforma. Como establece el Tribunal Supremo en su sentencia de 25.9.2020 respecto de la plataforma Glovo, la libertad de las personas trabajadoras para determinar su tiempo y volumen de trabajo está claramente condicionada por estas estrategias de la plataforma, por cuanto si la persona trabajadora “*no está disponible para prestar servicios en las franjas horarias con más demanda, su puntuación disminuye y con ella la posibilidad de que en el futuro se le encarguen más servicios y conseguir la rentabilidad económica que busca, lo que equivale a perder empleo y retribución*”.

Las fórmulas de gamificación<sup>46</sup> y dirección algorítmica que emplean las plataformas resultan muy efectivas para dirigir y gestionar la actividad laboral en la plataforma, especialmente respecto de aquellas personas que dependen económicamente del trabajo desarrollado en ella. Así, las personas que quieran utilizar el trabajo en plataforma como vía para obtener ingresos –ya sean principales o complementarios– tienen fuertes incentivos a adaptar su comportamiento en términos de tiempo de trabajo y aceptación de pedidos a las métricas o variables utilizadas por la plataforma y, así, acceder a trabajo en el futuro.

En segundo lugar, la existencia de relación laboral en el trabajo en plataformas se deriva también de la ausencia de ajenidad; las personas que trabajan en plataformas digitales no asumen el riesgo y ventura de la actividad.

Por un lado, es cierto que las personas que trabajan en plataformas digitales aportan medios de producción propios, tales como el móvil, ordenador, bicicleta, coche, etc. y asumen los gastos asociados a su actividad. Sin embargo, no es posible identificar la asunción del riesgo y ventura de la actividad, por cuanto estos elementos no son la infraestructura esencial y nuclear de la actividad. Los medios de producción esenciales y nucleares de la actividad prestada por las plataformas digitales son, precisamente, la propia plataforma, la aplicación informática y el algoritmo. Son estos los elementos económica y productivamente relevantes a efectos de valorar la existencia de ajenidad<sup>47</sup>. Efectivamente, desde un punto de vista económico, estos son los elementos que requieren mayor inversión económica y que, por tanto, implican la asunción de un riesgo de rentabilizar dicha inversión. También desde un punto de vista productivo son los elementos más relevantes, por cuanto son los que permiten la esencia de la organización del trabajo de las plataformas digitales: la rápida conexión entre oferta y demanda de un servicio. Según establece la STJUE 20.12.2017<sup>48</sup>, sin dichos elementos los “*conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por tanto, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores*”.

Por otro lado, la existencia de ajenidad también se evidencia en la falta de capacidad de emprendedoría de las personas trabajadoras. Es la plataforma la que incide en el mercado, tomando

<sup>46</sup> Sarah MASON, “High score, low pay: why the gig economy loves gamification”, *The Guardian*, 20.11.2018 (disponible en: [https://www.theguardian.com/business/2018/nov/20/high-score-low-pay-gamification-lyft-uber-drivers-ride-hailing-gig-economy?CMP=twt\\_gu](https://www.theguardian.com/business/2018/nov/20/high-score-low-pay-gamification-lyft-uber-drivers-ride-hailing-gig-economy?CMP=twt_gu); última consulta: 27.11.2020).

<sup>47</sup> Según establece el Tribunal Supremo, “*la naturaleza laboral de la relación no se desvirtúa ni desaparece por el hecho de que el trabajador aporte su vehículo propio, siempre que... tal aportación no tenga la relevancia económica necesaria para convertir su explotación en elemento fundamental de dicha relación, ni en la finalidad esencial del contrato, sino que, por el contrario, lo predominante es el trabajo personal del interesado, quedando configurado el vehículo como una mera herramienta de trabajo*” (STS, 4ª, 5.11.1993 (RJ 1993/8547)).

<sup>48</sup> Asunto Asociación Profesional Élite Taxi v. Uber Systems Spain, S.L. (C-434/15).

todas las decisiones económicas, estratégicas y comerciales relacionadas con el servicio y las condiciones del mismo –tales como precios, tarifas, mercados, acuerdos comerciales, zonas geográficas, marca<sup>49</sup>, etc.–, evidenciándose la existencia de ajenidad, como confirma la STS, 4ª, 25.9.2020<sup>50</sup>. Más allá, las plataformas digitales generalmente prohíben a las personas trabajadoras establecer contacto con personas usuarias fuera de la plataforma, limitando las oportunidades de negocio fuera del mercado interno de la plataforma. Las personas trabajadoras no tienen capacidad real alguna para adoptar decisiones que puedan influir en su supuesto negocio, más allá de incrementar el número de horas de conexión a la plataforma.

Por todo lo anterior, es posible concluir que el trabajo en plataformas es trabajo por cuenta ajena *ex* artículo 1.1 ET, por desarrollarse dentro del ámbito de dirección y organización de la plataforma, que adopta decisiones de distribución y organización del trabajo, y por existir ajenidad, al no asumir las personas trabajadoras el riesgo y ventura de la actividad.

#### 4. El tiempo de trabajo en plataformas digitales: nuevos elementos de precariedad

El modelo de precariedad laboral desarrollado por las plataformas digitales va más allá de la incorrecta calificación del trabajo como trabajo autónomo. Efectivamente, como se analiza en el presente apartado, existen características intrínsecas de la organización del trabajo en plataformas digitales que contribuyen a generar una elevada precariedad laboral.

El trabajo en plataformas se configura como un trabajo esencialmente flexible<sup>51</sup> y la flexibilidad que ofrece poder determinar el tiempo y volumen de trabajo es el principal reclamo utilizado por las plataformas digitales para atraer a personas dispuestas a prestar servicios en ella. “*Sé tu propio jefe*” o “*Trabaja cuando quieras*”, publicitan algunas plataformas digitales<sup>52</sup>. Y, ciertamente, esta flexibilidad en materia de tiempo de trabajo es valorada positivamente por parte de las personas trabajadoras, por cuanto les permite acceder a fórmulas de trabajo que pueden ajustarse a la perfección a sus necesidades personales y familiares<sup>53</sup>. Sin embargo, sin perjuicio de los efectos positivos de la flexibilidad en materia de tiempo de trabajo, el presente apartado revela que viene con un precio de elevada precariedad.

En este sentido, en el contexto del debate social y político sobre la denominada “Ley Rider”, es importante destacar que la declaración de laboralidad del trabajo en plataformas no resultará suficiente para garantizar la protección de esta nueva forma de trabajo. Existen elementos relacionados con el singular modelo de negocio de las plataformas digitales, esencialmente la contratación a demanda, que impactan negativamente en la calidad del trabajo ofertado en el marco de estas plataformas. La utilización de la contratación a demanda o *just-in-time*<sup>54</sup> para la contratación de las

<sup>49</sup> En cuanto a la prestación bajo marca ajena como nuevo indicio de laboralidad, ver Adrián TODOLÍ SIGNES, “Nuevos indicios de laboralidad como resultado de las nuevas empresas digitales”, en Miguel C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y Macarena HERNÁNDEZ BEJARANO (Directores), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017, p. 237.

<sup>50</sup> Recurso nº 4746/2019. Ver, en esta línea también, STSJ Asturias 25.7.2019 (recurso nº 1143/2019).

<sup>51</sup> Según la encuesta COLLEEM II, la mayor parte de las personas que trabajan en plataformas digitales declaran disponer de flexibilidad en materia de tiempo de trabajo (María Cesira URZÍ BRANCATI *et al.*, *New evidence on platform workers in Europe*, *op. cit.*, p. 45).

<sup>52</sup> Ver, a modo de ejemplo, <https://www.uber.com/en-NL/blog/do-you-want-to-become-an-uber-partner-driver-with-uber-you-are-your-own-boss/> o <https://glovoapp.com/es/glovers> (última consulta: 13.12.2020).

<sup>53</sup> Ursula HUWS, Neil H. SPENCER, Dag S. SYRDAL, Kaire HOLTS, *Work in the European Gig Economy. Research results from the UK, Sweden, Germany, Austria, The Netherlands, Switzerland and Italy*, Foundation for European Progressive Studies, UNI Europa y University of Hertfordshire, 2017, p. 40-41; Chris FORDE, Mark STUART, Simon JOYCE, Liz OLIVER, Danat VALIZADE, Gabriella ALBERTI, Kate HARDY, Vera TRAPPMANN, Charles UMNEY y Calum CARSON, *The Social Protection of Workers in the Platform Economy*, Directorate General for Internal Policies, Policy Department A: Economic and Scientific Policy, Parlamento Europeo, noviembre 2017, p. 51; o Annarosa PESOLE, María Cesira URZÍ BRANCATI, Enrique FERNÁNDEZ-MACÍAS, Federico BIAGI, F. e Ignacio GONZÁLEZ VÁZQUEZ, *Platform Workers in Europe*, JRC Science for Policy Report, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2018, p. 43.

<sup>54</sup> Valerio DE STEFANO, “The rise of the «just-in-time workforce»...”, *op. cit.*

personas trabajadoras impacta en el tiempo de trabajo, que se configura como altamente inestable. Esta configuración del tiempo de trabajo como intrínsecamente inestable se traduce, a mi entender, en una precariedad laboral extrema impropia de la regulación laboral. Según apunta un sector de la doctrina, las plataformas digitales están contribuyendo a la “uberización” del trabajo<sup>55</sup> o la configuración del “e-precariado”<sup>56</sup>, que requiere mayor intervención que la declaración de laboralidad.

#### 4.1. Ausencia de jornada y retribución mínimas garantizadas

La consideración formal de las personas que trabajan en plataformas como trabajadoras por cuenta propia supone despojarlas de la protección propia de la relación laboral. En concreto a efectos del presente artículo, despojarlas de la protección laboral en materia de tiempo de trabajo: jornada laboral máxima, descansos mínimos, vacaciones retribuidas o medidas de conciliación de la vida laboral y familiar.

Las personas que trabajan en plataformas digitales realizan jornadas de trabajo superiores a las personas que trabajan en empresas de la economía tradicional. Esta es una de las conclusiones derivadas de la encuesta COLLEEM II<sup>57</sup>, como consecuencia también del hecho que el trabajo en plataformas digitales es mayoritariamente complementario a un trabajo en la economía tradicional. Adicionalmente, el trabajo en plataformas es mayoritariamente realizado fuera de horas típicas de trabajo o en horarios antisociales. Nuevamente según la encuesta COLLEEM II<sup>58</sup>, dos terceras partes de las personas que trabajan en plataformas digitales trabaja fines de semana y un porcentaje similar trabaja en horario nocturno.

Si bien formalmente libres para determinar su tiempo de trabajo y, por tanto, para determinar cuándo y cuánto trabajan, las personas que trabajan en plataformas digitales se encuentran fuertemente condicionadas a la hora de tomar dichas decisiones. El sistema de gestión y organización algorítmico utilizado por las plataformas, según el cual se asignan más tareas o de mejor valor a las personas más horas conectadas y/o en las horas de más demanda, induce a las personas trabajadoras a realizar largas jornadas laborales y en horarios antisociales para mantener su posición en la plataforma.

Más allá, y sin perjuicio de la importancia de la ausencia de protección frente a jornadas máximas y descansos mínimos, el trabajo en plataformas digitales plantea una forma de desprotección adicional: la ausencia de jornada mínima. La utilización de la contratación a demanda –por tanto, cuando existe demanda del mercado–, implica que las personas que trabajan en plataformas digitales no tienen una jornada mínima garantizada. La totalidad de su trabajo depende directamente de las circunstancias y exigencias del mercado y de la demanda existente en ese momento, sin que las plataformas, mayoritariamente, garanticen un tiempo de trabajo mínimo y, en consecuencia, una retribución mínima.

El trabajo en plataformas digitales y la utilización del esquema de contratación a demanda supone la utilización *de facto* del contrato de cero horas<sup>59</sup>. El contrato de cero horas, disponible en algunos ordenamientos jurídicos del entorno, implica que las personas son contratadas sin estar

<sup>55</sup> Ver, entre otras referencias, Philippe AUVERGNON, “Angustias de uberización y retos que plantea el trabajo digital al Derecho Laboral”, *Revista Derecho Social y Empresa (número especial: Nuevas formas de trabajo. Retos presentes y futuros)*, nº 6, 2016, p. 25-42; o Juana María SERRANO GARCÍA, “La “uberización” del trabajo: una forma más de violencia laboral”, en Lourdes MELLA MÉNDEZ (Directora), *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo*, vol. 1, Peter Lang, Bern, 2017, p. 209-228.

<sup>56</sup> Henar Álvarez Cuesta, *El futuro del trabajo vs. el trabajo del futuro*, op. cit., p. 104.

<sup>57</sup> María Cesira URZÍ BRANCATI et al., *New evidence on platform workers in Europe*, op. cit., p. 42.

<sup>58</sup> María Cesira URZÍ BRANCATI et al., *New evidence on platform workers in Europe*, op. cit., p. 44.

<sup>59</sup> Para un análisis en detalle, ver Anna GINÈS I FABRELLAS, “The zero-hour contract in platform work. Should we ban it or embrace it?”, *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 28, 2019, p. 1-15.

sujetas a un tiempo de trabajo mínimo, sino que solamente prestan servicios cuando son llamadas por la empresa. En sentido similar, el trabajo en plataformas digitales implica que las personas trabajadoras son “llamadas” a trabajar ante la petición de servicios por parte de personas clientas, sin que exista un tiempo mínimo de trabajo garantizado y, en consecuencia, tampoco una retribución mínima garantizada.

El contrato de cero horas, como se ha apuntado, es legal en ordenamientos jurídicos del entorno, como es el caso del Reino Unido<sup>60</sup>, Grecia<sup>61</sup> o Italia<sup>62</sup>. Sin embargo, resulta ilegal en el ordenamiento jurídico-laboral español, al requerir la determinación de la jornada ordinaria (artículos 8.5 y 34.1 ET) y al existir límites a la realización de horas por encima de dicha jornada ordinaria (artículos 12.5 y 35 ET).

El contrato de cero horas genera una inestabilidad y precariedad laboral extrema<sup>63</sup>, al desplazar una parte importante del riesgo propiamente empresarial a las personas trabajadoras. Como consecuencia de la contratación a demanda y la dependencia absoluta de las adversidades del mercado, las personas trabajadoras asumen el riesgo de ausencia de demanda.

En este punto, resulta esencial destacar que en el trabajo en plataformas solamente se considera tiempo de trabajo –y, por tanto, tiempo retribuido– el tiempo que la persona trabajadora se encuentra ejecutando un servicio. Es decir, solamente es tiempo de trabajo el tiempo efectivo de prestación de servicios. En sentido contrario, el tiempo que la persona trabajadora se encuentra conectada a la plataforma y a la espera de recibir servicios o buscando tareas a realizar no es tiempo de trabajo y, por tanto, es tiempo no retribuido.

Esta constituye una diferencia importante respecto el contrato de cero horas tradicional. En el contrato de cero horas la persona trabajadora se encuentra o bien prestando servicios o bien absolutamente desvinculada de la empresa, sin que exista, como sucede en el trabajo en plataformas, un tiempo de disponibilidad; es decir, un tiempo que la persona se encuentra conectada e inmediatamente disponible para atender a peticiones de trabajo de la empresa.

En el trabajo en plataformas existe un porcentaje elevado del tiempo que la persona se encuentra conectada a la plataforma y disponible para recibir servicios, pero sin percibir remuneración por ello. Efectivamente, según un estudio de la Organización Internacional del Trabajo sobre la calidad del trabajo en la economía de plataformas<sup>64</sup>, la mayoría de las personas que trabajan en plataformas digitales alegan no existir suficientemente trabajo en la plataforma, lo que se traduce en que una parte importante del tiempo invertido en la plataforma se destina a esperar servicios o tareas o a buscar trabajo dentro del mercado interno de la plataforma<sup>65</sup>.

<sup>60</sup> Ver Mark BUTLER, “Working time and flexibility in the United Kingdom”, Comparative Labor Law Dossier. Working time and flexibility, *IUSLabor* n° 1, 2016, p. 73-74.

<sup>61</sup> Ver Evangelos ANGELOPOULOS y Panagiotis BOUMPOUCHEROPOULOS, “Working time and flexibility in Greece”, Comparative Labor Law Dossier. Working time and flexibility, *IUSLabor* n° 1, 2016, p. 32-33.

<sup>62</sup> Ver Vincenzo FERRANTE, “Working time and flexibility in Italy”, Comparative Labor Law Dossier. Working time and flexibility, *IUSLabor* n° 1, 2016, p. 42.

<sup>63</sup> Abi ADAMS, Mark FREDLAND y Jeremias PRASSL, “The ‘Zero-Hours Contract’: Regulating Casual Work, or Legitimizing Precarity?”, *Oxford Legal Studies Research Paper*, n° 11, 2015, p. 19; Borja SUÁREZ CORUJO, “The Gig Economy and its Impact on Social Security: The Spanish example”, *European Journal of Social Security*, vol. 19, n° 4, p. 299; o Anna GINÈS I FABRELLAS, “The zero-hour contract in platform work...”, *op. cit.*, p. 10-11.

<sup>64</sup> Organización Internacional del Trabajo, “La calidad del trabajo en la economía de plataformas”, Grupo 3: Tecnología al servicio del desarrollo social, ambiental y económico, Nota informativa n° 5, 2018, p. 3.

<sup>65</sup> Janine BERG, *Income security in the on-demand economy: findings and policy lessons from a survey of crowdworkers*, Conditions of Work and Employment Series, n° 74, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016, p. 11-15 o Chris FORDE *et al.*, *The Social Protection of Workers in the Platform Economy*, *op. cit.*, p. 45; Janine BERG, Marianne FURRER, Ellie HARMON, Uma RANI y M. Six SILBERMAN, *Digital labour platforms and the future of work. Towards decent work in the online world*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018, p. 62.

La contratación a demanda y la consideración como tiempo retribuido solamente el tiempo de prestación efectiva de servicios implica que no existe una correlación directa entre el tiempo de conexión a la plataforma y la retribución recibida por la persona. Ciertamente sí que existe una mínima correspondencia; según el número de horas de conexión a la plataforma, la persona trabajadora puede hacer una estimación de la retribución que espera obtener. Sin embargo, no existe una relación directa, pudiendo verse esta estimación afectada por las circunstancias concretas de la demanda o por la presencia de más personas trabajadoras también conectadas a la plataforma.

Este sistema de contratación y retribución afecta también a las decisiones de las personas trabajadoras respecto del número de horas de conexión a la plataforma. Las personas que trabajan en plataformas se ven obligadas a invertir más horas en la plataforma para alcanzar un número adecuado de tareas o servicios para obtener la retribución esperada.

Esta configuración del trabajo en plataformas genera un riesgo de (auto)explotación por parte de las personas trabajadoras, que ven como una parte del tiempo que se encuentran conectadas a la plataforma no es retribuido. Este riesgo es especialmente importante en el contexto del trabajo en plataformas, por cuanto la organización del trabajo se fundamenta en la sobre oferta de trabajo. Efectivamente, el *crowdsourcing* y la contratación a demanda requieren de un número elevado de personas conectadas a la plataforma para que puedan atender a la demanda que exista en todo, en cada y en cualquier momento en la plataforma. Es decir, la plataforma no tiene incentivos a limitar el número de personas conectadas en la plataforma para garantizar que la oferta sea la justa y necesaria para cubrir la demanda esperada. Todo lo contrario. El modelo de negocio de las plataformas digitales se fundamenta en la rápida conexión entre oferta y demanda de un servicio; se fundamenta en una sobre oferta de trabajo que permita esta casi inmediata conexión. En consecuencia, en muchas ocasiones existe un número de personas trabajadoras conectadas superior a las necesarias para atender la demanda esperada, lo que genera una fuerte competencia entre las personas trabajadoras para acceder a servicios o tareas. Con este modelo, las personas que trabajan en plataformas digitales se ven obligadas a invertir más horas y en horarios antisociales para acceder a un número adecuado de tareas o servicios para alcanzar la retribución esperada —en ocasiones, la retribución necesitada—.

Por todo lo anterior, el tiempo de trabajo en plataformas digitales es imprevisible. Como consecuencia de la utilización *de facto* del contrato de cero horas, que supone la contratación de las personas trabajadoras solamente cuando existen demandas de tareas o servicios, existe una imprevisibilidad e inseguridad en la determinación del tiempo de trabajo y retribución. La dependencia directa respecto de las demandas del mercado convierte el acceso a trabajo y remuneración en imprevisible, además de generar inestabilidad futura, al afectar a prestaciones públicas futuras<sup>66</sup>.

#### 4.2. Estrategias de gamificación e inseguridad algorítmica

El tiempo de trabajo en el trabajo en plataformas digitales es, adicionalmente, imprevisible y, por tanto, inseguro, como consecuencia de la utilización de estrategias de gamificación y formas de dirección, organización y control algorítmico por parte de la plataforma. Como se ha apuntado anteriormente, la organización del trabajo en plataformas se determina mediante el uso de algoritmos, que distribuyen servicios y tareas en atención a métricas determinadas por la plataforma. Variables como el número de horas de conexión, conexión en días y horas de alta demanda, número de servi-

<sup>66</sup> Anna GINÈS I FABRELLAS, “La desprotección social de los trabajadores en plataformas digitales”, en Miguel RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, Adrián TODOLÍ SIGNES y Macarena HERNÁNDEZ BEJARANO, *Cambiando la forma de trabajar y de vivir: de las plataformas a la economía colaborativa real*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 215-248.

cios aceptados, servicios rechazados, etc. son utilizadas para determinar la asignación de servicios y tareas. Las personas con mejores métricas tienen acceso a más y mejores servicios y tareas.

No obstante, estas estrategias y fórmulas de organización y distribución de tareas en el mercado interno de la plataforma configuran el tiempo de trabajo en variable, inestable y, en esencia, inseguro. Por un lado, contribuyen a modular las decisiones de las personas trabajadoras para encajar con los intereses organizativos de la plataforma y no necesariamente con sus intereses personales y, por otro lado, contribuyen a generar todavía más inseguridad en el acceso a trabajo y remuneración.

Las estrategias de gamificación<sup>67</sup> que utilizan las plataformas digitales inducen a las personas trabajadoras a conectarse a la plataforma, aceptar tareas o no rechazar servicios en contra de sus intereses. Efectivamente, las plataformas son conocidas por la utilización de estrategias de gamificación en la dirección y organización del trabajo, atribuyendo puntuaciones y valoraciones a las personas trabajadoras y estableciendo niveles o *rankings* para favorecer la competencia dentro del mercado interno de la plataforma y conseguir, así, modular el comportamiento de las personas trabajadoras según los intereses de la plataforma.

Las estrategias de gamificación son ciertamente efectivas. Flirteando con la adicción que crean, garantizan rapidez, efectividad y eficiencia en la ejecución del trabajo, además de motivar e involucrar a las personas trabajadoras con la empresa<sup>68</sup>. Sin embargo, también suponen una monitorización constante e intensificación del trabajo, que pueden traducirse en estrés, frustración e inseguridad<sup>69</sup>.

El modelo de organización del trabajo en las plataformas digitales requiere a las personas trabajadoras invertir una cuantía de tiempo considerable para poder alcanzar y mantener una posición aceptable dentro de la plataforma. Efectivamente, las personas que recién acceden a la plataforma tienen que invertir tiempo creando y construyendo una reputación personal, conectándose largas horas, aceptando todos los pedidos y no rechazando ninguno, para, como si de un videojuego se tratara, ir superando pantallas para alcanzar los niveles superiores. Incluso una vez dentro del sistema, las personas trabajadoras deben mantener una atención constante y milimétrica al trabajo para evitar afectar a su reputación. Una semana con menor actividad laboral –por causas, incluso, justificadas como responsabilidades familiares, laborales o una lesión– o una valoración mediocre por parte de una persona cliente –incluso, cuando injustificada o por causa no imputable a la persona trabajadora– pueden afectar significativamente la puntuación individual de la persona, afectando enormemente a su capacidad para generar ingresos la semana siguiente.

Más allá de estas estrategias de gamificación, la dirección y organización algorítmica provoca inseguridad en la determinación del tiempo de trabajo y retribución, por no existir transparencia en las reglas del juego. Las personas que trabajan en plataformas no conocen las métricas o variables utilizadas por la plataforma para determinar la distribución de servicios o tareas, asignación de franjas horarias o, incluso, desconexión de la plataforma<sup>70</sup>. La experiencia en la plataforma o la colaboración entre las personas trabajadoras<sup>71</sup> puede generar una ligera intuición de las métricas utilizadas por la plataforma o, incluso, su ponderación. Sin embargo, no existe un conocimiento cierto de dichas métricas, lo que genera una nueva forma de inseguridad, denominada inseguridad

<sup>67</sup> Véase Sarah MASON, “High score, low pay: why the gig economy loves gamification”, *The Guardian*, 20.11.2018 (disponible en: [https://www.theguardian.com/business/2018/nov/20/high-score-low-pay-gamification-lyft-uber-drivers-ride-hailing-gig-economy?CMP=tw\\_t\\_gu](https://www.theguardian.com/business/2018/nov/20/high-score-low-pay-gamification-lyft-uber-drivers-ride-hailing-gig-economy?CMP=tw_t_gu); última consulta: 13.12.2020).

<sup>68</sup> Sarah MASON, “High score, low pay: why the gig economy loves gamification”, *op. cit.*

<sup>69</sup> Leslie HOOK, “Uber: The uncomfortable view from the driving seat”, *Financial Times*, 4.10.2017 (disponible en: <https://www.ft.com/content/c9a8b592-a81d-11e7-ab55-27219df83c97>; última consulta: 13.12.2020).

<sup>70</sup> Sangeet Paul CHOUDARY, “The architecture of digital labour platforms...”, *op. cit.*, p. 10 o Alex ROSENBLAT, *Uberland. How algorithms are rewriting the rules of work*, University of California Press, Oakland (Estados Unidos), 2018, p. 93.

<sup>71</sup> Este es el caso, por ejemplo, de Turkopticon, espacio de encuentro entre las personas que trabajan en Amazon Mechanical Turk para valorar a empresas clientes o compartir estrategias para mejorar la obtención de ingresos en la plataforma.

algorítmica<sup>72</sup>. Efectivamente, el tiempo de trabajo de las personas trabajadoras es determinado por sofisticados algoritmos que utilizan métricas por ellas desconocidas. El tiempo de trabajo y, por tanto, también la retribución de las personas que trabajan en plataformas depende de variables que, si bien basadas en su propia actuación en la plataforma, desconocen.

Más allá, es práctica habitual de las plataformas digitales modificar dichas métricas o variables sin informar previamente a las personas trabajadoras<sup>73</sup>. Las personas que trabajan en plataformas ven como los estándares utilizados por la plataforma para determinar la asignación de tareas o franjas horarias son modificados, sin información previa. La ausencia de información dificulta que puedan modificar su conducta para encajarla a las nuevas métricas de la plataforma, contribuyendo así a generar mayor inseguridad en el acceso a tareas y servicios y, en consecuencia, remuneración.

La opacidad en la configuración del algoritmo y la práctica de las empresas de modificar las métricas utilizadas para mejor adaptar la asignación de servicios y tareas a sus necesidades organizativas sin información a las personas trabajadoras genera una situación de especial inseguridad. Un modelo de organización del trabajo basado en la asignación de tareas y franjas horarias en atención a la actividad laboral pasada de las personas trabajadoras sin que estas conozcan las métricas utilizadas por la plataforma que, además, están sujetas a cambios constantes y desconocidos, generan una inseguridad extrema. Un modelo donde la distribución de trabajo en el mercado interno de la plataforma se realiza en función de las puntuaciones individuales de las personas trabajadoras, pero la fórmula de determinación de dichas puntuaciones es desconocida por las personas sujetas a las mismas, además de cruelmente desconsiderado, genera inseguridad. Una nueva forma de inseguridad, denominada inseguridad algorítmica, que obliga a las personas a conectarse a la plataforma, aceptar tareas y no rechazar servicios en contra de sus intereses individuales para evitar el riesgo de afectar a sus puntuaciones y, en consecuencia, a sus capacidades para obtener ingresos en el futuro<sup>74</sup>.

## 5. La protección del trabajo en plataformas digitales

### 5.1. *El trabajo en plataformas como trabajo por cuenta ajena*

El trabajo en plataformas digitales, sin perjuicio de los nuevos elementos de flexibilidad introducidos en la forma de organización del trabajo, es trabajo por cuenta ajena.

Las características del trabajo en plataformas digitales, como se ha analizado anteriormente, evidencian la existencia de ajenidad y dependencia propia de la relación laboral. El trabajo es prestado dentro del ámbito de dirección y organización de la plataforma, que gestiona los servicios y tareas según criterios organizativos propios para maximizar beneficios y asegurar la rentabilidad del negocio es un elemento claro de trabajo por cuenta ajena. Adicionalmente, la asunción de los costes y riesgos propiamente empresariales de diseño, creación y mantenimiento de la propia plataforma, la aplicación informática y el algoritmo, además de la intervención en el mercado mediante la adopción de todas las decisiones económicas, empresariales y estratégicas, evidencia la existencia de ajenidad.

En este sentido, la primera medida para avanzar en la protección del trabajo en plataformas es reconocer la legítima relación laboral. La protección de esta nueva forma de organización del trabajo requiere realizar una correcta valoración de la naturaleza jurídica que caracteriza la relación entre la

<sup>72</sup> Alex WOOD y Vili LEHDONVIRTA, "Platform Precarity: Surviving Algorithmic Insecurity in the Gig Economy", *31st Annual Meeting of the Society for the advancement of socio-economics. Fathomless Futures: Algorithmic and Imagined*, Nueva York, 27-29.6.2019.

<sup>73</sup> Sangeet Paul CHOUDARY, "The architecture of digital labour platforms...", *op. cit.*, p. 19.

<sup>74</sup> Jeremias PRASSL, *Humans as a service*, *op. cit.*, p. 55.

plataforma y las personas trabajadoras, sin caer en la tentación de pretender regular el fenómeno *ex novo* y *ad hoc*.

Un sector de la doctrina iuslaboralista se ha posicionado a favor de la creación de la figura del “trabajo independiente” como medida para proteger el trabajo en plataformas. Esta es la posición mantenida, por ejemplo, por Seth D. Harris y Alan B. Krueger<sup>75</sup> o, en el ordenamiento jurídico español, por Jesús R. Mercader Uguina<sup>76</sup> o Salvador del Rey Guanter<sup>77</sup>, que abogan por reformular la figura del TRADE para encajarla en el trabajo en plataformas y reconocerle derechos mínimos, tales como igualdad y no discriminación, prevención de riesgos laborales o negociación colectiva. En una línea similar, la asociación de empresas tecnológicas Adigital, entre las que se encuentran plataformas digitales como Uber, Glovo, Deliveroo o Stuart, también se posiciona a favor de la reformulación de la figura del TRADE para adaptarla al trabajo en plataformas<sup>78</sup>.

Otras personas de la doctrina iuslaboralista, defensoras de la existencia de relación laboral, defienden la necesidad de articular el trabajo en plataformas a través de una relación laboral de carácter especial. Este es el caso, por ejemplo, de Adrián Todolí Signes, que propone la regulación de una relación laboral especial para el trabajo en plataformas que reconozca libertad a las personas trabajadoras a determinar su horario y jornada<sup>79</sup>.

Desde mi punto de vista, no obstante, la protección del trabajo en plataformas digitales no requiere regulaciones *ad hoc* ni especiales. Los cambios en la organización del trabajo introducidos por las plataformas digitales parecen que han venido para quedarse; el fenómeno del trabajo en plataformas digitales y las estrategias de dirección, organización y control algorítmico del trabajo parecen encontrarse todavía en una fase inicial con ánimo y capacidad para expandirse en el futuro y en otros ámbitos y sectores económicos. Y es indudable que algunos de los cambios y novedades introducidas por esta nueva forma de organización del trabajo generan beneficios económicos, sociales e, incluso, laborales. Sin embargo, para que sean verdaderamente beneficiosos desde un punto de vista colectivo, es necesario que respeten las normas laborales existentes, sin que sus intereses particulares prevalezcan en la determinación de la respuesta normativa.

En consecuencia, el trabajo en plataformas digitales debe regirse por la regulación laboral existente. Como defiende un sector importante de la doctrina iuslaboralista<sup>80</sup>, el trabajo en plataformas digitales debe calificarse como trabajo por cuenta ajena por concurrir las notas de dependencia y ajenidad propias de la relación laboral<sup>81</sup>. Efectivamente, como se ha apuntado, el trabajo en plataformas es trabajo desarrollado dentro del ámbito de dirección y organización de la plataforma, que organiza el trabajo en el mercado interno según criterios organizativos propios, y es trabajo por

<sup>75</sup> Véase, en este sentido, Seth D. HARRIS y Alan B. KRUEGER, *A proposal for modernizing Labor Laws for the twenty-first-century work: the “independent worker*, The Hamilton Project, 2015.

<sup>76</sup> Jesús R. MERCADER UGUINA, “El nuevo modelo de trabajo autónomo en la prestación de servicios a través de plataformas digitales”, *Diario La Ley*, nº 9, 11.7.2017 y Jesús R. MERCADER UGUINA, “Los TRADE en las plataformas digitales”, en Francisco PÉREZ DE LOS COBOS (Director), *El trabajo en plataformas digitales. Análisis sobre su situación jurídica y regulación futura*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2018 (versión digital).

<sup>77</sup> Salvador DEL REY GUANTER (Director), *Proyecto Technos. Economía de plataformas, Blockchain y su impacto en los Recursos Humanos y en el marco regulatorio de las relaciones laborales*, Instituto Cuatrecasas, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2019, p. 280 y 286-289.

<sup>78</sup> *Propuesta normativa en materia de trabajo en plataformas digitales*, Asociación Española de la Economía Digital, julio 2019 (disponible en: <https://www.adigital.org/media/propuesta-regulatoria-plataformas-digitales.pdf>; última consulta: 13.12.2020).

<sup>79</sup> Adrián TODOLÍ SIGNES, *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 71.

<sup>80</sup> Valerio DE STEFANO, “The rise of the «just-in-time workforce»...”, *op. cit.*; Jeremias PRASSL, *Humans as a service*, *op. cit.*; Raquel SERRANO OLIVARES, “Nuevas formas de organización empresarial: economía colaborativa –o mejor, economía digital a demanda–, trabajo 3.0 y laboralidad”, en Miguel C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y Macarena HERNÁNDEZ BEJARANO (Directores), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017, p. 19-49; Ignasi BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, *Work in the platform economy: arguments for an employment relationship*, Huygens Editorial, 2019, p. 113; o Borja SUÁREZ CORUJO, “The Gig Economy and its Impact on Social Security...”, *op. cit.*, p. 300, entre otras muchas personas.

<sup>81</sup> Ver también Anna GINÈS I FABRELLAS, *El trabajo en plataformas digitales*, *op. cit.*

cuenta ajena por no gozar las personas trabajadoras de capacidad de emprendedoría para determinar los términos y condiciones de la actividad, ni asumir el riesgo y ventura de la misma.

Como se ha apuntado anteriormente, la última versión disponible de la propuesta de Real Decreto-ley sobre el trabajo en plataformas va en esta línea de reconocer la laboralidad del trabajo en plataformas. Así, se introduce una disposición adicional vigesimotercera en el Estatuto de los Trabajadores que establece que, por aplicación del artículo 8.1 ET, “*se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante una gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital*”.

Es indudable el interés político, social y estratégico de regular el trabajo en plataformas para ofrecer una respuesta normativa definitiva al conflicto. Sin embargo, debe cuestionarse si esta propuesta de regulación alcanzará tal objetivo. La regulación parcial del fenómeno del trabajo en plataformas mantiene ampliamente abierto el debate de la naturaleza jurídica del trabajo en otras modalidades de plataformas, como las de trabajos de cuidado, limpieza o las inabarcables plataformas de (micro)tareas online.

Desde mi punto de vista, la respuesta normativa debe reforzar instituciones laborales estables, como la presunción de laboralidad del artículo 8 ET, y aprovechar la oportunidad para solventar el extendido y devastador problema del falso trabajo autónomo en el mercado de trabajo español.

## 5.2. Propuestas en materia de tiempo de trabajo

Más allá de la consideración del trabajo en plataformas digitales como trabajo por cuenta ajena y de descartar la necesidad de adaptar la regulación legal a un específico modelo de negocio, la protección del trabajo en plataformas va más allá. Efectivamente, como se ha concluido en el presente trabajo, el modelo de precariedad laboral que introducen las plataformas digitales va más allá de su consideración como falso trabajo autónomo, sino que viene determinado por características propias del modelo de negocio, tales como el *crowdsourcing* y la contratación a demanda.

En este sentido, a continuación, se incluyen cuatro propuestas en materia de tiempo de trabajo que, dentro de la actual regulación laboral, pretenden garantizar la protección del trabajo en plataformas.

En primer lugar, es necesario vehicular el trabajo en plataformas digitales a través del contrato a tiempo parcial, que ofrece un nivel de flexibilidad suficiente para adaptarse al modelo de negocio de las plataformas digitales, a la vez que ofrece una mínima seguridad y estabilidad jurídica a las personas trabajadoras.

Como es bien sabido, el trabajo a tiempo parcial permite la realización de horas complementarias por encima de las horas ordinarias pactadas, ofreciendo una flexibilidad considerable. Según el artículo 12.5 ET, las personas contratadas a tiempo parcial con una jornada superior a 10 horas semanales pueden suscribir un pacto de horas complementarias hasta el 30% de la jornada ordinaria pactada o, incluso, del 60% si así está previsto en convenio colectivo. Más allá, las personas con una jornada superior a 10 horas semanales y contrato indefinido pueden realizar, adicionalmente, horas complementarias de aceptación voluntaria hasta el 15% de las horas ordinarias pactadas o, incluso, el 30% si así está previsto por convenio colectivo. Como puede observarse, por tanto, el contrato a tiempo parcial ofrece una flexibilidad importante en materia de tiempo de trabajo, que permite la realización de horas complementarias pactadas y de aceptación voluntaria hasta el 45% de la jornada ordinaria pactada –o, incluso, 90% si así está previsto en convenio colectivo–.

Sin pretender defender la elevada –incluso, excesiva– flexibilidad que ofrece el contrato a tiempo parcial<sup>82</sup>, resulta adecuado para vehicular el trabajo en plataformas. Por un lado, por cuanto resulta una modalidad contractual disponible en el actual ordenamiento jurídico-laboral, sin requerir una actuación normativa específica. Y, por otro lado, por cuando, sin renunciar a la flexibilidad característica del trabajo en plataformas en la gestión del tiempo de trabajo, ofrece una mínima seguridad y estabilidad a las personas trabajadoras requiriendo una jornada mínima de 10 horas para acceder a horas complementarias pactadas y, adicionalmente, una relación laboral indefinida para acceder a las de aceptación voluntaria.

En segundo lugar, todo el tiempo de prestación de servicios debe ser considerado tiempo de trabajo y, por tanto, tiempo retribuido. Es decir, tanto el tiempo de ejecución de servicios o tareas, como el tiempo de conexión a la plataforma, debe tener la consideración de tiempo de trabajo y, por tanto, tiempo retribuido<sup>83</sup>.

La exclusión del tiempo de conexión a la plataforma del tiempo de trabajo retribuido es contraria a la regulación comunitaria. Como es bien sabido, el derecho de la Unión Europea utiliza un concepto binario del tiempo de trabajo, según el cual es tiempo de trabajo “*todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales*”<sup>84</sup>, y es tiempo de descanso el tiempo restante<sup>85</sup>. Es decir, según el derecho comunitario existe solamente tiempo de trabajo o tiempo de descanso, no reconociéndose una categoría intermedia de tiempo de disponibilidad. Por tanto, este tiempo que la persona trabajadora está disponible para la empresa –o, en el caso de la plataforma, el tiempo que está conectada a la plataforma y a la espera de recibir servicios– es tiempo de trabajo. Efectivamente, tiene la consideración de tiempo de trabajo por cuanto, siguiendo la anterior definición, la persona trabajadora se encuentra “*a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad*”; la persona trabajadora se encuentra disponible para atender rápidamente a los servicios y pedidos que la empresa le asigne.

Es más, incluso en el caso de considerarse que durante dicho tiempo de conexión a la plataforma la persona no se encuentra “*en ejercicio de su actividad*”, este tiempo de conexión tiene la consideración de tiempo de trabajo. Efectivamente, la consideración como tiempo de trabajo del tiempo de conexión a la plataforma encaja con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea referente a las guardias localizadas. Según el tribunal, cuando la persona trabajadora está localizada, aun cuando fuera de las instalaciones de la empresa, y debe responder de inmediato o de forma rápida a la petición de la empresa, este tiempo tiene la consideración de tiempo de trabajo<sup>86</sup>. Por tanto, el tiempo de conexión a la plataforma debe ser considerado, a la luz del derecho de la Unión Europea, como tiempo de trabajo, sin perjuicio de la posibilidad de la plataforma de retribuir de manera diferente el tiempo de conexión y el tiempo de prestación efectiva de servicios<sup>87</sup>.

En tercer lugar, es esencial que la configuración del tiempo de trabajo en plataformas digitales respete las exigencias de transparencia y previsibilidad de la Directiva 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes

<sup>82</sup> ANNA GINÈS I FABRELLAS, “Contrato para la formación y el aprendizaje y contrato a tiempo parcial”, en SALVADOR DEL REY GUANTER (Director), *Las novedades de la Ley 3/2012, de reforma del mercado laboral, y su impacto en el sistema de relaciones laborales*, La Ley, Madrid, 2013, p. 105.

<sup>83</sup> Organización Internacional del Trabajo, *Work for a brighter future. Global Commission on the Future of Work*, Ginebra, 2019, p. 41.

<sup>84</sup> Artículo 2.1 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

<sup>85</sup> Ver, por todas, STJUE de 3.10.2000, asunto Simap (C-303/98).

<sup>86</sup> STJUE de 21.2.2018, asunto Matzak (C-518/15).

<sup>87</sup> STJUE de 10.9.2015, asunto Tyko (C-266/14).

y previsibles en la Unión Europea que, según su artículo 21, deben introducirse por parte de los estados miembros antes del 1 de agosto de 2022.

La Directiva comunitaria, con la finalidad de mejorar las condiciones laborales mediante la transparencia y la previsibilidad, obliga a la empresa a proporcionar a las personas trabajadoras información escrita sobre las condiciones laborales básicas –tales como denominación de las partes, lugar de trabajo, fecha de inicio y, en su caso, de finalización, duración del contrato, retribución o tiempo de trabajo– al inicio de la relación laboral (artículos 4 y 5).

Adicionalmente, contiene cuatro previsiones especialmente importantes para el trabajo en plataformas digitales. La Directiva establece disposiciones concretas para garantizar una mínima seguridad y previsibilidad en las condiciones laborales en aquellos trabajos donde el tiempo de trabajo es total o mayoritariamente imprevisible, como sucede mayoritariamente en el trabajo en plataformas.

Primero, establece una obligación de información hacia las personas trabajadoras. El artículo 4.2.m) de la Directiva exige a la empresa a informar a las personas trabajadoras acerca de (i) la variabilidad de horarios, (ii) el número de horas retribuidas garantizadas, en su caso, (iii) la retribución por horas adicionales, (iv) los días o franjas horarias en las que las personas pueden ser llamadas para prestar servicios o (v) la antelación mínima con la que la empresa debe informar antes de iniciar el trabajo. En cuanto al preaviso mínimo para la realización de tareas o servicios, es importante destacar que el artículo 12.5 ET exige un preaviso de 3 días en la realización de horas complementarias en el contrato a tiempo parcial. Si bien este preaviso podría identificarse como incompatible con la dinámica propia y característica del trabajo en plataformas, nótese que por convenio colectivo podría fijarse un preaviso inferior.

Segundo, el artículo 10 de la Directiva establece una obligación de mínima previsibilidad del trabajo. Así, su apartado primero obliga a los estados miembros a adoptar medidas para garantizar que la petición de trabajo o la asignación de tareas por parte de la empresa a las personas trabajadoras respete el preaviso fijado legal o convencionalmente y el trabajo tenga lugar en los días o franjas horarias determinadas con antelación por la empresa. En caso contrario, el apartado segundo de dicho precepto reconoce el derecho de la persona trabajadora a rechazar la tarea asignada sin sufrir ninguna consecuencia desfavorable.

Tercero, el apartado tercero de este mismo precepto establece una previsión para ofrecer mínima seguridad a las personas cuyo trabajo es total o mayoritariamente imprevisible. Así, los estados miembros deben prever medidas para que las personas trabajadoras reciban una indemnización en caso de cancelación de tareas o servicios sin observar un plazo de preaviso determinado. Es decir, las personas trabajadoras tienen derecho a percibir una indemnización por cancelaciones *in extremis* de tareas o servicios.

Cuarto, el artículo 11 de la Directiva establece disposiciones concretas para los estados que admiten contratos de cero horas sin una jornada mínima garantizada. Si bien este no es el caso del ordenamiento jurídico-laboral español, es interesante apuntar que la Directiva obliga a los estados miembros a adoptar medidas para evitar prácticas abusivas, tales como una presunción de laboralidad de las personas que trabajan un mínimo de horas o limitaciones al uso o duración de dichos contratos.

Finalmente, en cuarto lugar, como medida para eliminar o reducir la inseguridad algorítmica propia del trabajo en plataformas digitales, es importante reconocer el derecho de las personas trabajadoras a conocer la lógica aplicada por la empresa en la distribución de tareas, asignación de franjas horarias, retribución o desconexión de la plataforma<sup>88</sup>.

---

<sup>88</sup> En este sentido, el informe de la Organización Internacional del Trabajo de 2021 sobre trabajo en plataformas incluye la transparencia y responsabilidad de los algoritmos por parte de empresas y personas trabajadoras como medida para avanzar en la protección del trabajo en plataformas digitales (ver Organización Internacional del Trabajo, *World Employment and Social Outlook. The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, Organización Internacional del Trabajo, 2021, p. 256).

El derecho o no de las personas trabajadoras de conocer el algoritmo utilizado por las plataformas digitales pareció ser uno de los puntos de desacuerdo más importantes entre agentes sociales en la mesa social para la regulación del trabajo en plataformas y se ha excluido de la propuesta final de regulación de la denominada “Ley Rider”<sup>89</sup>. Efectivamente, mientras que los sindicatos abogaban por reconocer este derecho a las personas trabajadoras, la patronal se escudaba detrás de la consideración del algoritmo como secreto profesional.

La última versión del Real Decreto-ley referente al trabajo en plataformas, no obstante, introduce un derecho de información del algoritmo a la representación legal de la plantilla. En concreto, introduce un nuevo apartado al artículo 64.4 ET según el cual la representación legal de la plantilla tendrá derecho a ser informada por la empresa “*de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afecten a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles*”. Se reconoce, por tanto, un nuevo derecho de información de la representación legal de la plantilla de las métricas del algoritmo utilizado por la empresa para la toma de decisiones automatizadas y la elaboración de perfiles en el ámbito laboral. Es importante destacar que este derecho de información se reconoce respecto de todas las empresas que utilicen algoritmos o sistemas de inteligencia artificial y no solamente respecto de las plataformas digitales.

En todo caso, sin perjuicio de la valoración positiva que merece este nuevo derecho de información de la representación legal de la plantilla, es criticable que no se aproveche la oportunidad para dotar de contenido un derecho ya existente como es el derecho de las personas trabajadoras de conocer la lógica del algoritmo.

Sin perjuicio de aceptar la consideración del algoritmo como secreto profesional, lo cierto es que el derecho de las personas trabajadoras de conocer la lógica utilizada en la dirección y organización algorítmica ya se encuentra legalmente reconocido. Efectivamente, el artículo 14.2.g) del Reglamento General de Protección de Datos<sup>90</sup>, en relación con su artículo 22, establece que las personas trabajadoras sujetas a decisiones automatizadas con efectos jurídicos o significativamente similares tienen derecho a conocer la existencia de decisiones automatizadas, información significativa sobre la lógica aplicada, la importancia y las consecuencias que pueden derivarse de las decisiones automatizadas. Es decir, aquellas personas que están sujetas a decisiones automatizadas sin intervención humana alguna con efectos jurídicos o significativamente similares –tales como, por ejemplo, acceso a empleo o retribución–, tienen derecho a conocer la lógica aplicada en dicha decisión automatizada. En concreto, tienen derecho a conocer (i) la utilización por parte de la empresa de fórmulas de dirección y organización del trabajo automatizadas sin intervención humana, (ii) la lógica utilizada para la toma de dichas decisiones y (iii) la importancia y consecuencias que pueden derivarse de dichas decisiones automatizadas.

El derecho a obtener información sobre la lógica utilizada para la toma de decisiones automatizadas no puede identificarse con el derecho a conocer el algoritmo en sí mismo; no solo por constituir, efectivamente, un secreto empresarial que determina la menor o mayor rentabilidad del negocio, sino por resultar absolutamente contraproducente, por cuanto el algoritmo –o algoritmos, al utilizar en muchas ocasiones múltiples algoritmos– puede consistir en páginas y páginas de códigos indescifrables. Según establece el Grupo de Trabajo del Artículo 29, el derecho de

---

<sup>89</sup> Paula SOLANAS ALFARO y Núria RIUS MONTANER, “La “Ley rider” se encalla y renuncia a revelar los algoritmos de las apps”, *ara.cat*, 7.12.2020 (disponible en: [https://www.ara.cat/es/rider-encalla-renuncia-revelar-algoritmos\\_0\\_2577342320.html](https://www.ara.cat/es/rider-encalla-renuncia-revelar-algoritmos_0_2577342320.html); última consulta: 13.12.2020).

<sup>90</sup> Reglamento (EU) 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.

información del artículo 14.2.g) del Reglamento General de Protección de Datos, basado en el principio fundamental de transparencia en materia de protección de datos, se refiere al derecho a obtener información clara y simple sobre el funcionamiento del proceso de adopción de decisiones de forma automatizada<sup>91</sup>.

En el marco de las plataformas digitales, desde mi punto de vista, este derecho de información implica el derecho a obtener información sobre las variables o métricas utilizadas por el algoritmo para la distribución de tareas, asignación de franjas horarias, retribución o desconexión de la plataforma; conocer también su ponderación o importancia relativa dentro de la ecuación; y, finalmente, conocer las consecuencias que pueden derivarse en caso de no alcanzar dichas métricas o estándares.

## 6. Conclusiones

A modo de conclusión, el trabajo en plataformas digitales es trabajo propio de la relación laboral. Es más, teniendo en cuenta las características intrínsecas del trabajo a demanda y su impacto sobre el tiempo de trabajo y remuneración, la relación laboral es esencial para garantizar mínima estabilidad y dignidad en el trabajo en plataformas.

La actual definición de trabajo por cuenta ajena y el régimen jurídico del contrato a tiempo parcial ofrecen la suficiente flexibilidad para encajar el modelo de negocio de las plataformas digitales en la regulación laboral actual, sin que resulten necesarias soluciones normativas artificiales para adoptar la regulación laboral a un modelo basado, precisamente, en eludir dicha norma laboral.

Asimismo, el trabajo en plataformas debe respetar la norma comunitaria en materia de tiempo de trabajo y protección de datos, debiéndose considerar como tiempo de trabajo retribuido el tiempo de conexión a la plataforma y reconociéndose el derecho de las personas trabajadoras a obtener información sobre la lógica aplicada por la plataforma en la dirección y organización algorítmica del trabajo.

Las plataformas digitales han venido para quedarse y los beneficios empresariales y sociales que generan no pueden ignorarse, pero para que generen beneficios para la sociedad en general y no solamente beneficios privados y particulares, es necesario, urgente e inevitable que respeten la normativa laboral, exigible, por otro lado, a toda empresa, negocio o actividad.

## 7. Bibliografía

- ABI ADAMS, MARK FREEDLAND y JEREMIAS PRASSL, “The ‘Zero-Hours Contract’: Regulating Casual Work, or Legitimizing Precarity?”, *Oxford Legal Studies Research Paper*, nº 11, 2015, p. 1-21.
- Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, 3.10.2017.
- RUBÉN AGOTE, “On demand economy: 10 claves de entendimiento laboral”, *IUSLabor*, nº 1, 2017, p. 1-18.
- HENAR ÁLVAREZ CUESTA, *El futuro del trabajo vs. el trabajo del futuro. Implicaciones laborales de la industria 4.0*, Colex, A Coruña, 2017.
- EVANGELOS ANGELOPOULOS y PANAGIOTIS BOUMPOUCHEROPOULOS, “Working time and flexibility in Greece”, *Comparative Labor Law Dossier. Working time and flexibility*, *IUSLabor* nº 1, 2016, p. 23-35.

<sup>91</sup> Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, 3.10.2017, p. 16-17.

- PHILIPPE AUVERGNON, “Angustias de uberización y retos que plantea el trabajo digital al Derecho Laboral”, *Revista Derecho Social y Empresa (número especial: Nuevas formas de trabajo. Retos presentes y futuros)*, nº 6, 2016, p. 25-42.
- IGNASI BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Employment status of platform workers (national courts decisions overview - Australia, Brazil, Chile, France, Italy, United Kingdom, United States & Spain)”, *Blog Una mirada crítica a las relaciones laborales*, (disponible en: <https://ignasibeltran.com/2018/12/09/employment-status-of-platform-workers-national-courts-decisions-overview-australia-brazil-chile-france-italy-united-kingdom-united-states-spain>).
- JANINE BERG, MARIANNE FURRER, ELLIE HARMON, Uma RANI y M. SIX SILBERMAN, *Digital labour platforms and the future of work. Towards decent work in the online world*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018.
- JANINE BERG, *Income security in the on-demand economy: findings and policy lessons from a survey of crowdworkers*, Conditions of Work and Employment Series, nº 74, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016.
- BIRGITTA BERGVALL-KÅREBORN y DEBRA HOWCROFT, “Amazon Mechanical Turk and the commodification of labor”, *New Technology, Work and Employment*, vol. 29, nº 3, 2014, p. 213-223.
- ALAN BOGG, “Escaping Labour Law’s Matrix: a review essay”, *Law Research Paper Series*, nº 5, University of Bristol, 2019, p. 1-11.
- DAREN C. BRADHAM, *Crowdsourcing*, MIT Press, Cambridge, 2013.
- MARK BUTLER, “Working time and flexibility in the United Kingdom”, Comparative Labor Law Dossier. Working time and flexibility, *IUSLabor* nº 1, 2016, p. 66-74.
- MIRIAM A. CHERRY, “Beyond misclassification: the digital transformation of work”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 37, nº 3, 2016, p. 577-602.
- SANGEET PAUL CHOUDARY, “The architecture of digital labour platforms: policy recommendations on platform design for worker well-being”, *ILO Future of Work Research Paper Series*, nº 3, 2018, p. 1-49.
- EMANUELE DAGNINO, “Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la *sharing / on-demand economy*”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, n. 3, 2015, p. 1-31.
- VALERIO DE STEFANO y ANTONIO ALOISI, “Fundamental labour rights, platform work and human-rights protection of non-standard workers”, en Janice R. BELLACE y Beryl TER HAAR (Editores), *Research Handbook on Labour, Business and Human Rights Law*, Edward Elgar, Reino Unido, 2019, p. 359-379.
- VALERIO DE STEFANO, “The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy»”, *Conditions of Work and Employment Series*, nº 71, Organización Internacional del Trabajo, 2016
- SALVADOR DEL REY GUANTER (Director), *Proyecto Technos. Economía de plataformas, Blockchain y su impacto en los Recursos Humanos y en el marco regulatorio de las relaciones laborales*, Instituto Cuatrecasas, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2019.
- VINCENZO FERRANTE, “Working time and flexibility in Italy”, Comparative Labor Law Dossier. Working time and flexibility, *IUSLabor* nº 1, 2016, p. 36-43.
- CHRIS FORDE, Mark STUART, Simon JOYCE, Liz OLIVER, Danat VALIZADE, Gabriella ALBERTI, Kate HARDY, Vera TRAPPMANN, Charles UMNEY y Calum CARSON, *The Social Protection of Workers in the Platform Economy*, Directorate General for Internal Policies, Policy Department A: Economic and Scientific Policy, Parlamento Europeo, noviembre 2017.
- ANNA GINÈS I FABRELLAS, “Contrato para la formación y el aprendizaje y contrato a tiempo parcial”, en Salvador DEL REY GUANTER (Director), *Las novedades de la Ley 3/2012, de reforma*

- del mercado laboral, y su impacto en el sistema de relaciones laborales*, La Ley, Madrid, 2013, p. 63-122.
- ANNA GINÈS I FABRELLAS, “La desprotección social de los trabajadores en plataformas digitales”, en Miguel RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, Adrián TODOLÍ SIGNES y Macarena HERNÁNDEZ BEJARANO, *Cambiando la forma de trabajar y de vivir: de las plataformas a la economía colaborativa real*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 215-248.
- ANNA GINÈS I FABRELLAS, “The zero-hour contract in platform work. Should we ban it or embrace it?”, *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 28, 2019, p. 1-15.
- ANNA GINÈS I FABRELLAS, *El trabajo en plataformas digitales. Nuevas formas de precariedad laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.
- SETH D. HARRIS y Alan B. KRUEGER, *A proposal for modernizing Labor Laws for the twenty-first-century work: the “independent worker*, The Hamilton Project, 2015.
- MANUEL ALEJANDRO HIDALGO, *El empleo del futuro. Un análisis del impacto de las nuevas tecnologías en el mercado laboral*, Deusto, Barcelona, 2018.
- URSULA HUWS, NEIL H. SPENCER, DAG S. SYRDAL y KAIRE HOLTS, *Work in the European Gig Economy. Research results from the UK, Sweden, Germany, Austria, The Netherlands, Switzerland and Italy*, Foundation for European Progressive Studies, UNI Europa y University of Hertfordshire, 2017.
- SARAH KESSLER, *Gigged. The Gig Economy, the end of the job and the future of work*, Business Books, Londres, 2018.
- MIN KYUNG LEE, DANIEL KUSBIT, EVAN METSKY y LAURA DABBISH, “Working with machines: the impact of algorithmic and data-driven management on human workers”, *Conference CHI’15 Proceedings of the 33rd Annual ACM Conference on Human Factors in Computing Systems*, 2015, p. 1-10.
- JESÚS R. MERCADER UGUINA, “El nuevo modelo de Trabajo Autónomo en la prestación de servicios a través de plataformas digitales”, *Diario La Ley*, nº 9, 11.7.2017.
- JESÚS R. MERCADER UGUINA, “Los TRADE en las plataformas digitales”, en Francisco PÉREZ DE LOS COBOS (Director), *El trabajo en plataformas digitales. Análisis sobre su situación jurídica y regulación futura*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2018 (versión digital).
- JESÚS R. MERCADER UGUINA, *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “La calidad del trabajo en la economía de plataformas”, Grupo 3: Tecnología al servicio del desarrollo social, ambiental y económico, Nota informativa nº 5, 2018.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Work for a brighter future. Global Commission on the Future of Work*, Ginebra, 2019.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *World Employment and Social Outlook. The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, Organización Internacional del Trabajo, 2021.
- ANNAROSA PESOLE, MARIA CESIRA URZÍ BRANCATI, ENRIQUE FERNÁNDEZ-MACÍAS, FEDERICO BIAGI e IGNACIO GONZÁLEZ VÁZQUEZ, *Platform Workers in Europe*, JRC Science for Policy Report, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2018.
- JEREMIAS PRASSL y MARTIN RISAK, “Uber, TaskRabbit, & Co: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork”, *Comparative Labor Law Policy Journal*, vol. 37, nº 3, 2016, p. 619-652.
- JEREMIAS PRASSL, *Humans as a service. The promise and perils of work in the gig economy*, Oxford University Press, Nueva York, 2018.

- MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “La figura del trabajador de plataforma: las relaciones entre las plataformas digitales y los trabajadores que prestan sus servicios”, en Francisco PÉREZ DE LOS COBOS (Director), *El trabajo en plataformas digitales. Análisis sobre su situación jurídica y regulación futura*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2018 (versión digital).
- BRISHEN ROGERS, “The Social Costs of Uber”, *The University of Chicago Law Review Dialogue*, vol. 82, 2015, p. 85-102.
- ALEX ROSENBLAT y LUKE STARK, “Algorithmic labor and information asymmetries: a case study of Uber’s drivers”, *International Journal of Communication*, vol. 10, 2016, p. 3758-3784.
- ALEX ROSENBLAT, *Uberland. How algorithms are rewriting the rules of work*, University of California Press, Oakland (Estados Unidos), 2018.
- JUANA MARÍA SERRANO GARCÍA, “La “uberización” del trabajo: una forma más de violencia laboral”, en Lourdes MELLA MÉNDEZ (Directora), *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo*, vol. 1, Peter Lang, Bern, 2017, p. 209-228.
- RAQUEL SERRANO OLIVARES, “Nuevas formas de organización empresarial: economía colaborativa –o mejor, economía digital a demanda–, trabajo 3.0 y laboralidad”, en Miguel C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y Macarena HERNÁNDEZ BEJARANO (Directores), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017, p. 19-49.
- BORJA SUÁREZ CORUJO, “The ‘Gig’ Economy and its Impact on Social Security: The Spanish example”, *European Journal of Social Security*, vol. 19, nº 4, p. 293-312.
- ADRIÁN TODOLÍ SIGNES, “Nuevos indicios de laboralidad como resultado de las nuevas empresas digitales”, en Miguel C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y Macarena HERNÁNDEZ BEJARANO (Directores), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017, p. 223-241.
- ADRIÁN TODOLÍ SIGNES, *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MARIA CESIRA URZÍ BRANCATI, Annarosa PESOLE y Enrique FERNÁNDEZ-MACÍAS, *New evidence on platform workers in Europe. Results from the second COLLEEM survey*, JRC Science for Policy Report, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2020.
- ALEX WOOD y Vili LEHDONVIRTA, “Platform Precarity: Surviving Algorithmic Insecurity in the Gig Economy”, paper congreso *Fathomless Futures: Algorithmic and Imagined*, Society for the advancement of socio-economics, Nueva York, 27-29.6.2019.

# La represión penal del acoso en el trabajo\*

## Criminal punishment of harassment at work

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

Recibido: 5/11/2020

Aceptado: 28/12/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6046>

**Resumen:** En este artículo se estudian los delitos de acoso laboral y acoso sexual en el trabajo. Se analizan los elementos de los tipos delictivos y se intenta, cuando es posible, aportar una visión laboral que posibilite una mejor aplicación práctica de la represión penal de estas conductas violentas.

**Palabras clave:** acoso laboral, acoso sexual, responsabilidad penal.

**Abstract:** This paper examines mobbing and sexual harassment at work. It analyses elements of these criminal offences and attempts, when possible, to enable a labour view that provides a better practical application for prosecuting and punishing these violent behaviours

**Keywords:** mobbing, sexual harassment, penal responsibility

### 1. Introducción

El reciente Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso, cuyo proceso de ratificación por España se inició en el primer trimestre del 2020 determina en su art. 1.1.a que “*la expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten en 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*”<sup>1</sup>. Como puede observarse la violencia y el acoso se tratan como un único concepto. Con ello se ha pretendido dar cobertura a un abanico más amplio de situaciones reprochables y dotar al concepto de mayor flexibilidad, facilitando su adaptación a las regulaciones nacionales<sup>2</sup>

\* 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 de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+I del Ministerio de Ciencia, Innovación e Universidades.

<sup>1</sup> Sobre el mismo PONS CARMENA, M. (2020), Acoso y violencia en el trabajo a la luz del Convenio OIT nº 190, *Labos*, (1)2, pp. 30-60; YAGÜE BLANCO, S. (2020), Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso: delimitación de su ámbito de aplicación ante la posible ratificación por España, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, (57), pp. 498-538.

<sup>2</sup> OIT (2019), Informe V (1). Acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, p. 4. Recuperado (30-09-19) de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meeting-document/wcms\\_637134.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meeting-document/wcms_637134.pdf).

Sin embargo, tradicionalmente estos dos conceptos se han tratado de forma separada. Efectivamente, aunque obviamente el término violencia habría que entenderlo como omnicomprendido de cualquier comportamiento, en sentido estricto se ha referido las agresiones directas que se producen en el marco de las relaciones laborales (lesiones, amenazas, agresiones verbales, abusos) y suele clasificarse en función de quien la realiza como violencia externa, en la que el agresor no tiene ningún tipo de conexión con la relación laboral; violencia de servicios, donde el agresor es un cliente o usuario de los servicios que presta la empresa; y la violencia relacional en la que víctima y agresor forman parte de la relación laboral. En cambio, en el acoso se pone en relación con la violencia psicológica, con la presión ambiental que se impone a un sujeto, mediante un reiterado comportamiento de hostigamiento y persecución, muchas veces velado, con el fin de minar su voluntad y crearle un entorno intimidatorio y humillante.

Todas estas manifestaciones violentas deben ser evitadas y para ello se requiere, en primer lugar, actuar en las empresas de forma preventiva, mediante campañas de información y sensibilización y, especialmente, mediante su integración en los planes de prevención de riesgos laborales. En este sentido, el acoso en el trabajo viene unánimemente considerado como un riesgo psicosocial frente al que la empresa está obligada a actuar.

En segundo lugar, es necesaria una política de intervención que proporcione una adecuada respuesta a las víctimas de estas conductas. Esta tutela se lleva a cabo en la empresa, implementando protocolos de intervención para proteger a las víctimas y lograr su rehabilitación social y laboral, pero también se activa desde distintas instancias judiciales y administrativas a fin de resarcir a las víctimas y depurar la responsabilidad laboral, civil, administrativa y penal de los agresores y de la empresa en la que tiene lugar el comportamiento.

Pues bien, este trabajo se centra en la depuración de la responsabilidad penal que recae sobre los sujetos que comenten actos de acoso, en sus distintas manifestaciones. Por tanto, no se trata la posible responsabilidad penal por otros actos violentos, ni la posible responsabilidad penal de la empresa por el acoso cometido por alguno de sus trabajadores, cuestiones realmente importantes, pero que resulta imposible abarcar en un estudio de estas características.

## 2. El Acoso laboral en el Código penal (art. 173)

El acoso laboral, también denominado acoso moral o acoso psicológico o, en inglés, *mobbing* (o *bulling*, *bossing* o *stalking* en función del contexto), se refiere a los ataques sistemáticos contra la dignidad de la persona, a la tortura psicológica y al hostigamiento moral que sufren los trabajadores en su entorno de trabajo, por actos cometidos por el empresario o por sus propios compañeros de trabajo<sup>3</sup>, siendo ese carácter sistemático, que se manifiesta en la reiteración de los ataques, lo que lo diferencia del conflicto laboral puntual que puede surgir fruto de las tensiones que se generan en una relación laboral. Como señala el Tribunal Constitucional (STC 56/2019, de 6 de mayo), el acoso laboral “*engloba situaciones o conductas muy diversas de estrés laboral que tienen de común que, por su reiteración en el tiempo, su carácter degradante de las condiciones del trabajo o la hostilidad que conllevan, tienen por finalidad o como resultado atentar o poner en peligro la integridad personal del empleado*”. En esta sentencia se señala que “*los objetivos del acoso laboral pueden ser de lo más variado: represaliar a un trabajador poco sumiso, marginarle para evitar que deje en evidencia a sus superiores, infundirle miedo para promover el incremento de su productividad o satisfacer la personalidad manipulativa u hostigadora*”.

<sup>3</sup> ALTÉS TÁRREGA, J. A. (2008), *El acoso del trabajador en la empresa*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 12 y 13. También RODRIGUEZ INIESTA, G. (2006), *El acoso laboral y su protección frente al mismo*, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (Dir.) *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*, Navarra: Thomson Aranzadi, 2006, p. 310 y 311.

*del acosador (el llamado acoso «perverso»), entre otros. Dentro de las organizaciones privadas el acoso laboral responde muchas veces al fin o resultado de que el trabajador hostigado abandone voluntariamente, aborrandolo a la empresa la indemnización por despido improcedente, en las administraciones públicas, dadas las peculiaridades del régimen funcional, consiste a menudo en la marginación profesional del empleado por variados motivos (venganza personal, castigo encubierto, discriminación ideológica)”.*

Este ilícito, pese a su grave incidencia en las relaciones laborales, sigue sin tener, a diferencia del acoso sexual o los denominados acosos discriminatorios, un referente normativo específico en el ordenamiento jurídico laboral, más allá del art. 4.2.e ET que establece el derecho del trabajador “al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad”, lo que lleva implícita la protección frente al acoso laboral, por mucho que no se incluya entre el resto de tipos de acoso que el precepto sí menciona: el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. Dado que existe una tendencia a calificar estos otros acosos como una especie de acoso moral, resulta cuando menos paradójico que se haya regulado con anterioridad la especie que el género<sup>4</sup>.

Por ello, resulta plausible que desde la óptica del derecho penal se avanzara en la protección de este ilícito mediante su inclusión como un delito penal específico. Efectivamente, la reforma de la Ley Penal en 2010 (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) incluyó, tras algunos intentos anteriores frustrados, el delito de acoso laboral, en relación con las conductas que infringen un trato degradante. De forma previa estas conductas para ser castigadas debían reconducirse a otros delitos y faltas (lesiones, coacciones, amenazas, injurias, trato degradante, delitos contra los derechos de los trabajadores), lo cual requería acreditar, en lugar del acoso, los hechos integradores de los tipos supuestamente aplicables<sup>5</sup>, aunque son ciertamente escasas las sentencias que condenan en base a conductas de acoso<sup>6</sup>.

La inclusión del delito de acoso moral, como se ha señalado<sup>7</sup>, estuvo fuertemente influida por la normativa comunitaria y su preocupación por establecer una protección adecuada frente al acoso moral en el trabajo a través de un conjunto de normas muy heterogéneas que, si bien en un momento se centraban en el acoso sexual laboral, fueron tomando conciencia de la magnitud de este tipo de violencia, cuyas consecuencias trascienden a las propias víctimas, que sufren sus devastadores efectos, para afectar también a las empresas y al conjunto de la sociedad en general<sup>8</sup>.

Debe hacerse notar que el delito se ha encuadrado entre los que afectan a la integridad moral y no entre los delitos contra los trabajadores, lo que tiene sentido si se piensa que la conducta de

<sup>4</sup> La consideración del acoso moral o laboral como género y del resto de acosos como especie en estudios doctrinales laborales —LUELMO MILLAN, M. A. (2006), La normativa que viene sobre el acoso moral y sexual y las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales más recientes a su tratamiento jurídico, *Aranzadi social* (12); PÉREZ DEL RÍO, M. T. (2006), La violencia de género en el trabajo: elementos conceptuales y recepción normativa, en DURÁN LÓPEZ, F., CRUZ VILLALÓN, J.; CASAS BAAMONDE, M. E. (Coord.), *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer*—, Madrid: La Ley, p. 476.; LOUSADA AROCHENA, J. F. (2003), El acoso moral por razón de género, *Aranzadi Social*, (15), pp. 1243 y ss.; MOLINA NAVARRETE, C. (2019-a), ¿La cuestión de género muta hoy en «delito» la «broma» de ayer?: la (infra) valoración judicial de la violencia laboral contra las mujeres, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, (433), p. 225— y penales —OTERO GONZÁLEZ, P.; POMARES CINTAS, E. (2010), El acoso laboral (*mobbing*), en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 202 y 203. Esta corriente también está presente en la doctrina judicial. Sirva de ejemplo la STSJ-Madrid, Social, de 11 de junio de 2007, n. 413/2007.

<sup>5</sup> SÁNCHEZ GARRIDO, J. A. (2011), La consideración penal del *mobbing*, *Diario la Ley*, (7612), p. 3/5.

<sup>6</sup> TRABADO ÁLVAREZ, C., (2011), La regulación penal del delito de *mobbing* en España, *Diario La Ley*, (7718), p. 1/16.

<sup>7</sup> BUSTOS RUBIO, M. (2013), El delito de acoso laboral: exigencias europeas y análisis del tipo penal, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (1), pp. 13-52.

<sup>8</sup> De hecho, desde la doctrina se ha hecho notar que el acoso laboral para la Unión Europea es sobre todo un problema económico que deja en segundo plano la defensa de la dignidad del trabajador —POMARES CINTAS, E. (2009), ¿Protección penal específica del derecho a no sufrir acoso en el trabajo?, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 290.

acoso va más allá de la afectación a un derecho laboral específico, adentrándose de forma flagrante en el ámbito de la integridad moral del sujeto, y de su propia dignidad<sup>9</sup>.

En concreto, el art. 173.1 CP prescribe que “*el que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años*” y, ya en el párrafo segundo, que, “*con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaleciendo de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima*”.

En el primer párrafo se describe una conducta genérica, que puede llevar a cabo cualquier sujeto, en cualquier ámbito y que se constituye por la realización de un trato degradante que menoscaba gravemente la integridad moral de la persona.

En el segundo párrafo, partiendo de ese supuesto genérico, se describe una situación específica que, a mi juicio, presenta tres peculiaridades:

La primera, relativa al ámbito en que se realiza la conducta, que es el trabajo por cuenta ajena, tanto el propiamente laboral, como el funcional en las distintas administraciones públicas. La inclusión de las relaciones jurídico-públicas de carácter funcional es ciertamente positiva, puesto que en este ámbito el ilícito tiene una incidencia mayor<sup>10</sup> y, al tiempo, ha evitado que en base al principio de legalidad y de la prohibición de analogía *in mala parte* el acoso en el sector público quede impune<sup>11</sup>.

La segunda, relativa al sujeto activo del delito que ha de ser necesariamente un superior jerárquico de la víctima.

Como puede observarse estas dos modalizaciones por sí mismas no aportan mucho al tipo general, pues, siendo la pena la misma, por mucho que se realicen por un sujeto en particular y en un ámbito determinado, estos comportamientos quedarían igualmente subsumidos en dicho tipo.

Sin embargo, es la tercera característica la que claramente establece una especialidad que individualiza el delito. El precepto se refiere a las conductas que, sin llegar a constituir un trato degradante, supongan un acoso grave. Por tanto, la modalización del delito lleva consigo que, ante conductas de menor gravedad, se aplique la misma pena y, en consecuencia, sí puede defenderse la existencia de un tipo penal singularizado referido al acoso laboral.

Pese a la inclusión de este delito hace más de una década y, pese a que los datos estadísticos demuestran una alta incidencia de estos comportamientos en el ámbito laboral, en proporción no son muchas las sentencias estimatorias que se han dictado en esta materia.

Esta situación admite diversas explicaciones. Por un lado, puede argüirse que la alta tasa de incidencia no tiene una correlación con el número de denuncias tramitadas, especialmente en el ámbito penal. Muchas de estas conductas no salen a la luz, porque las propias víctimas por temor a revelarlas las mantienen ocultas.

Por otro lado, seguramente, la complejidad probatoria que revisten estas conductas es otro factor a tener muy en cuenta en esta realidad. Al tratarse de conductas que muchas veces se realizan de forma privada, contar con los elementos de prueba suficientes para lograr una condena no siempre es tarea sencilla.

<sup>9</sup> BUSTOS RUBIO, M. (2013), ob. cit., p. 30.

<sup>10</sup> SANTANA VEGA, D. M. (2013), El nuevo delito de acoso laboral (versión en línea), en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.; COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A.; GÓMEZ PAVÓN, P. (coord.), *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 872, citando la STSJ-Madrid, Social, de 23 de enero de 2007, n. 61/2007; y BUSTOS RUBIO, M. (2013), ob. cit., p. 30. No obstante, algún autor matizaba estas afirmaciones y hacía ver como la seguridad laboral de los empleados públicos, que difícilmente pueden ser despedidos y el acceso a cauces de defensa es una clara diferencia con los trabajadores del sector privado —NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. (2010), Aspectos esenciales del nuevo delito de acoso laboral y sus antecedentes jurisprudenciales como trato degradante, *Diario La Ley*, (7534), p. 2/9

<sup>11</sup> BUSTOS RUBIO, M. (2013), ob. cit., p. 30.

Finalmente, este panorama se puede explicar por la poca comprensión por parte de los órganos judiciales penales de estas conductas. Si, en ocasiones, puede resultar complicado diferenciar un conflicto laboral de un ilícito laboral de acoso, aún son mayores las dificultades para distinguir entre éste ilícito y el delito, lo que deriva en muchas sentencias absolutorias o en el archivo de actuaciones derivando la situación al orden jurisdiccional social<sup>12</sup>.

En las siguientes páginas se propone un análisis de este delito y de su alcance, que pretende introducir cierta concreción a la abstracción del código penal, así como introducir, cuando sea posible, criterios laborales compatibles, que posibiliten una interpretación más sensible a la realidad de este ilícito por parte de los jueces.

## 2.1. La conducta penada

Como se ha señalado, este delito se configura como un atentado a la integridad moral de la persona que se perfecciona mediante “*actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima*”, por lo que tiene su base, como el resto de supuestos del art. 173, en el art. 15 CE que establece que “*todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*”.

La integridad moral y el trato degradante son conceptos, como determina el Tribunal Constitucional (STC 56/2019, de 6 de mayo), “*lo suficientemente estrictos como para impedir la banalización del derecho fundamental reconocido y, al propio tiempo, lo suficientemente flexibles como para ajustarse a los problemas y condiciones de la vida actual (en este sentido, la STEDH de 28 de julio de 1999, asunto Selmouni c. Turquía, refiriéndose al art. 3 del Convenio europeo de derechos humanos), sin reducir la protección constitucionalmente garantizada a las relaciones con las fuerzas y cuerpos de seguridad y en las comisarías, las cárceles, los centros de acogida o las escuelas*”; y esto ha permitido al Tribunal proyectar el art. 15 CE sobre el ámbito de las relaciones laborales, en particular sobre el acoso laboral (STC 74/2007, de 16 de abril; STC 106/2011, de 20 de junio; STC 81/2018; y STC 56/2019, de 6 de mayo).

### 2.1.1. La integridad moral como bien jurídico protegido

La STC 120/90, de 27 de junio, establecía que la garantía del derecho a la integridad física y moral “*protege la inviolabilidad de la persona no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes, que carezca del consentimiento del titular*”. Sobre esta base la jurisprudencia de la sala penal del Tribunal Supremo ha perfilado el concepto de integridad moral, estableciendo que el mismo “*es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, en sí mismo, investido de capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a su fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto*” (STS, Penal, de 3 de octubre de 2001, n. 175/2001). Configura un espacio propio de protección penal, “*desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana en el derecho a ser tratado como uno mismo, como un ser humano libre y nunca como un simple objeto, o si se prefiere, podría hablarse de la incolumidad personal o de su inviolabilidad*” (STS, Penal, de 2 de noviembre de 2004, n. 1218/2004).

<sup>12</sup> En este sentido, SALVADOR CONCEPCIÓN, R. (2019), Responsabilidad del empleador como garante ante el acoso psicológico laboral, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, (53), justifica esta situación en la gravedad exigida y en la severidad exigida para su punición.

Bajo estos parámetros, se refiere la integridad moral “como aquel interés que tiene toda persona por ser respetada como tal, que conlleva el derecho a no ser sometida a comportamientos humillantes o que se dirijan a tal fin, y que además impide concebir a la misma como un mero instrumento en manos de otro sujeto, en respeto de su dignidad”<sup>13</sup>.

### 2.1.2. El trato degradante como límite del acoso laboral

La conducta que realiza el sujeto de acuerdo con el art. 173.1, párrafo segundo CP, no debe llegar a constituir un trato degradante<sup>14</sup>. Esto es, el tipo penal se define mediante lo que no es, lo cual no ayuda a configurar el delito<sup>15</sup>. Además, resulta sumamente abstracto, pues, si ya resulta difícil concretar qué es el trato degradante, más aún lo son aquellas conductas que, aproximándose, no llegan a constituirlo<sup>16</sup>.

El trato degradante, junto con la tortura y los tratos inhumanos “*son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto*” (STC 120/1990, de 27 de junio). Estas intromisiones “constituyen un atentado «frontal y radical» a la dignidad humana «bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo»” (STC 181/2004, de 2 de noviembre; y STC 56/2019, de 6 de mayo).

Bajo estos parámetros, la jurisprudencia penal ha establecido que “*lo que se pretende con la tipificación de este delito es reafirmar la idea de que el ser humano es siempre fin en sí mismo, sin que quepa “cosificarlo”, circunstancia que obliga a distinguir los simples ataques a la integridad física o psíquica de aquellos otros con repercusión directa en la dignidad humana*” (STS, Penal, de 18 mayo de 2016. 420/2016), describiéndolo como una conducta que crea “*en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarle, de envilecerle y de quebrantar, en su caso su resistencia física o moral*” (STS, Penal, de 29 de septiembre de 1998, n. 1122/1998).

<sup>13</sup> BUSTOS RUBIO, M. (2013), ob. cit., p. 29.

<sup>14</sup> De otra manera también se ha entendido que, si bien los actos de acoso individualmente considerados no alcanzan el trato degradante, en su conjunto sí lo serían “como parece dar a entender SERRANO ROMENO, J. F., (2011), Regulación legal del *mobbing*: laboral, administrativa, civil y penal. Especial referencia a la reforma penal operada en esta materia por LO 5/ 2001, *Diario La Ley*, (7650), p. 14; y MUÑOZ CONDE, F., (2019), ob. cit., p. 178, quien expresamente señala que “si lo que se tipifica en el acoso laboral o inmobiliario son conductas que por separado serían meras vejaciones leves atípicas, habrá que exigir al menos que por su carácter continuado alcancen un nivel de gravedad equiparable al trato degradante del párrafo primero del art. 173.1”. Sobre el tema también VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2012), La incriminación del *mobbing* en Derecho penal español: los claroscuros del delito de acoso laboral, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, (30), p. 47/54.

<sup>15</sup> DOLZ LAGO, M. (2018), El acoso ante el derecho: fronteras interdisciplinarias, *Diario La Ley*, (9112), p. 4/31. Para CARMONA SALGADO, C. (2011), Tratamiento jurídico-penal de los acosos laboral, sexual, inmobiliario y escolar a raíz de la reforma de la LO 5/2010 (1), *Diario la Ley*, (7626), p. 1/10, el “texto contiene una clara contradicción legal, al exigir en términos genéricos que los actos «reiterados» de acoso no constituyan «trato degradante», pues difícilmente podrán éstos obviar ese requisito en tanto la reiteración y continuidad en la práctica de conductas hostiles o humillantes son, precisamente, los elementos esenciales que integran el segundo de esos conceptos, según opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria. En todo caso, y para evitar futuros conflictos interpretativos, hubiera sido más acertado sustituir esa cláusula genérica de exclusión por la individualizada exigencia de requerir que sean los actos «aislados» de acoso los que no constituyan esa clase de trato”.

<sup>16</sup> MUÑOZ CONDE, F. (2019), *Derecho penal, parte especial* (22 ed.), Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia, p. 178; y BUSTOS RUBIO, M. (2013), ob. cit., p. 34. Sin embargo, otros autores no comparten esta crítica, pues, además de que el Tribunal Supremo ha ido definiendo y concretando esos elementos, “esa amplitud en su definición ha contribuido a su estabilidad ya próxima a los 25 años de vigencia” —MUÑOZ CUESTA, J. (2020), Rechazo social al trato degradante como atentado a la integridad moral, *Revista Aranzadi Doctrinal*, (2), p. 2/9.

Pues bien, El Tribunal Constitucional, para apreciar la lesión, requiere verificar si “*la conducta enjuiciada es deliberada o, al menos, está adecuadamente conectada al resultado lesivo (elemento intención); si ha causado a la víctima un padecimiento físico, psíquico o moral o, al menos, encerraba la potencialidad de hacerlo (elemento menoscabo) y si respondió al fin de vejar, humillar o envilecer o era objetivamente idónea para producir o produjo efectivamente ese resultado (elemento vejación)*” (STC 56/2019, de 6 de mayo). Estos requisitos han sido recogidos también en la práctica judicial penal, exigiendo a) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito; b) un padecimiento físico o psíquico en dicho sujeto; y c) un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito. Y en cuanto al resultado exige el precepto que el trato degradante menoscabe gravemente la integridad moral, lo que excluiría los supuestos banales o de menor entidad (STS, Penal, de 3 de marzo de 2009, n. 233/2009; STS, Penal, de 26 de octubre de 2009, n. 1061/2009), por lo que como puede observarse la sanción penal tiene un ámbito de aplicación más restringido, eliminando de la ecuación aquellas conductas que no se hayan perfeccionado como un acto inequívoco de valor vejatorio o hayan efectivamente causado un daño físico o psicológico al sujeto.

Ahora bien, en relación con el acoso laboral, nos situamos en un plano inferior. Nos referimos a conductas que se aproximan a las descritas, sin llegar a alcanzarlas. De hecho, si se calificaran como como un trato degradante, el tipo penal será el del art. 173.1, párrafo primero y no el específico del acoso laboral, aunque la pena en ambos casos es la misma. Ello, a su vez, suscita nuevas dudas sobre la configuración del delito, pues castigar dos delitos de diferente gravedad con la misma pena puede lesionar el principio de proporcionalidad. Ahora bien, debe tenerse presente que en el caso del acoso laboral se requiere una reiteración en la conducta que no se da necesariamente en el delito contra la integridad moral del primer inciso del art. 173.1<sup>17</sup>. De esta manera, la reiteración sería el elemento que igualaría en gravedad ambos delitos<sup>18</sup>.

### 2.1.3. Los actos hostiles y degradantes como conducta perseguida

Finalmente, la conducta se integra por la realización de “*forma reiterada actos hostiles o humillantes que (...) supongan grave acoso contra la víctima*”.

El CP, para definir la conducta de acoso laboral, utiliza una formulación y terminología similar a las que contiene la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en relación con el acoso sexual y los acosos discriminatorios, recogiendo, a su vez, los postulados de la normativa comunitaria que transponían.

#### a) La reiteración de actos

Como se acaba de referir el perfeccionamiento del tipo penal exige una reiteración de actos. Se requiere que el comportamiento se produzca en más de una ocasión, salvo, evidentemente, que se trate de un acto lo suficientemente grave como para constituir un trato degradante, en cuyo caso la conducta sería igualmente punible en base al art. 173.1 inciso primero CP.

<sup>17</sup> Efectivamente, en este delito se incluyen, tanto “*aquellas conductas aisladas que por su naturaleza tienen entidad suficiente para producir un menoscabo grave de la integridad moral de la víctima, cuando de aquellas otras que, si bien aisladamente consideradas no rebasarían el umbral exigido por este delito, sin embargo en tanto reiteradas o sistemáticas, realizadas habitualmente y consideradas en su conjunto, terminan produciendo dicho menoscabo grave a la integridad moral*” (STS, Penal, de 2 de noviembre de 2004, n. 1218/2004).

<sup>18</sup> SANTANA VEGA, D. M. (2013), ob. cit. p. 874; BUSTOS RUBIO, M. (2013), ob. cit., pp. 35 y 36.

Pues bien, parece claro que será labor de los tribunales determinar cuándo se produce esta reiteración. No obstante, la doctrina penal pone en el énfasis, más que en el número, en que los actos sean habituales y se prolonguen en el tiempo<sup>19</sup>; en la continuidad y permanencia de los mismos<sup>20</sup> y en la creación de un clima humillante que degrada la integridad moral de la víctima<sup>21</sup>. Este clima hostil y humillante hace referencia al acoso ambiental, que crea al trabajador una situación laboral intolerable, lo cual conlleva tanto repercusiones objetivas: la reducción del rendimiento, el absentismo laboral, como subjetivas: la sumisión del trabajador afectado a una alta presión psicológica<sup>22</sup>.

En cualquier caso la reiteración y persistencia de la conducta afecta a su gravedad, pudiendo llegar a convertir en graves conductas que de forma aislada se considerarían leves<sup>23</sup>.

En el ámbito laboral también se exige esta reiteración, aunque, en algunos casos, una conducta lo suficientemente grave debería ser bastante para activar los mecanismos de reparación laboral<sup>24</sup>, sobre todo si sus consecuencias se prolongan en el tiempo<sup>25</sup>. Este último criterio ha llevado a la doctrina penal a equiparar la situación humillante y degradante derivada de actos aislados con la reiteración de los mismos como ocurre con la decisión de destinar a un trabajador a la realización de tareas de una categoría inferior<sup>26</sup>.

b) El “grave acoso”: ¿delito de resultado o de mera actividad?

Otra cuestión sobre la que debate la doctrina penal tiene que ver con el “grave acoso” que implica esta reiteración de conductas, en tanto que, si se concibe como resultado de las mismas daría lugar a un delito de resultado<sup>27</sup>, mientras que si se entiende como un elemento ya tipificado del delito<sup>28</sup>, implícito en la conducta reiterada del sujeto activo, nos encontraríamos ante un delito de mera actividad<sup>29</sup>. El Tribunal Supremo se ha decantado por esta última opción, por cuanto “no se trata de que el menoscabo de la integridad moral sea consecuencia del trato degradante, sino que el trato degradante será delictivo siempre que menoscabe gravemente la integridad moral de la persona” (STS, Penal, de 24 marzo de 2017, n. 196/2017).

De esta manera, la expresión legal aludida, lo único que aportaría “es una nueva exigencia típica: tales actos, que ya son acoso, deben ser graves”<sup>30</sup>, siendo esta característica la que permite identificar al acoso laboral en sede penal frente al acoso laboral «genérico»<sup>31</sup>.

<sup>19</sup> CARMONA SALGADO, C. (2011), ob. cit., p. 2/10.

<sup>20</sup> SANTANA VEGA, D. M. (2013), ob. cit., 876; BUSTOS RUBIO, M. (2013), ob. cit., p. 37.

<sup>21</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2012), ob. cit., p. 45/54.

<sup>22</sup> ALTÉS TÁRREGA, J. A. (2008), ob. cit., pp. 39 y 40 El propio Tribunal Constitucional hace mención de este tipo de acoso, en su sentencia 224/1999, de 13 de diciembre, al entender en relación con el acoso sexual que “queda así prohibido no sólo el acoso en el cual el sometimiento de la mujer o el hombre a tales requerimientos no queridos ni pedidos de empleadores o compañeros, se erige en un peligro de la estabilidad en el empleo, la promoción o la formación profesional o cualesquiera otra condiciones en el trabajo o en el salario, sino también el acoso sexual consiste en un comportamiento de carácter libidinoso no deseado por generar un ambiente laboral desagradable, incomodo, intimidatorio, ofensivo o humillante para el trabajador (...)”.

<sup>23</sup> SERRANO ROMENO, J. E., (2011), ob. cit., p. 13/17

<sup>24</sup> Así lo insinué en relación con el acoso por razón de género en comparación con el acoso sexual –ALTÉS TÁRREGA, J. A. (2008), ob. cit., p. 36.

<sup>25</sup> Este sería el caso, por ejemplo, del ciberacoso laboral donde “el medio tiene la suficiente entidad por sí mismo, por su intensidad e inmediatez de difusión o propagación, y su permanencia en sí misma, en la web, para que de la sola conducta se derive tanto la gravedad necesaria (subyacente al elemento de repetición) como el poder de causar un daño relevante a la «víctima», lo busque o no, lo consiga o no” –MOLINA NAVARRETE, C. (2019-b), Redes sociales digitales y gestión de riesgos profesionales: prevenir el ciberacoso sexual en el trabajo, entre la obligación y el desafío, *Diario la Ley*, (9452), p. 7/19.

<sup>26</sup> SANTANA VEGA, D. M. (2013), ob. cit., 876.

<sup>27</sup> SANTANA VEGA, D. M. (2013), ob. cit., p. 877.

<sup>28</sup> Como lo entienden OTERO GONZÁLEZ, P.; POMARES CINTAS, E. (2010), ob. cit., p. 201.

<sup>29</sup> En esta posición BUSTOS RUBIO, M. (2013), ob. cit., p. 38 y 39; y MUÑOZ CUESTA, J. (2020), ob. cit.,

<sup>30</sup> BUSTOS RUBIO, M. (2013), ob. cit., p. 38 y 39.

<sup>31</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2012), ob. cit., p. 48/54; y BUSTOS RUBIO, M. (2013), ob. cit., p. 38 y 39.

## c) Tipos de conducta incluidos en el delito

Finalmente, en este punto hay que referirse al tipo de conducta, pues el acoso laboral puede configurarse mediante el ejercicio de determinados actos (amenazas, coacciones, ofensas, insultos), pero también mediante fórmulas más sutiles como vaciar de contenido la actividad laboral, asignar al trabajador de funciones de inferior categoría, aislándolo de sus cometidos o, directamente, no encomendándole ningún tipo de tareas. En este punto, es importante hacer notar que la ya citada STC 56/2019, de 6 mayo, vino a confirmar como un supuesto de acoso laboral contrario a la integridad moral protegida por el art. 15 CE la prolongada inactividad profesional padecida por el recurrente.

Sin embargo, los primeros estudios sobre el delito de acoso laboral entendieron que el tipo penal manejaba un concepto más restringido. La doctrina penal califica el primer tipo de conductas como activas y como omisivas las segundas, determinando que “el principio de taxatividad y la literalidad del precepto impiden acoger la modalidad omisiva, toda vez que el delito habla de realizar actos”<sup>32</sup>, al tiempo que, eso sí, elevan una petición para que el legislador, de *lege ferenda*, de cabida a los comportamientos omisivos.

Ahora bien, por un lado, no creo todos estos comportamientos tengan el carácter de omisivos, sobre todo si provienen de un superior jerárquico, puesto que el no dirigir la actividad, el no asignar tareas o el asignar otras distintas implican una decisión empresarial, es decir son actos empresariales contrarios al buen hacer. Incluso la decisión de ignorar por completo al trabajador implica un acto de dejación de funciones, más que una omisión de las mismas<sup>33</sup>.

Y, por otro lado, no parece que la práctica judicial haya optado por restringir las conductas punibles en el sentido manifestado por la doctrina. En este sentido, la SAP-A Coruña, de 30 de mayo de 2018, n. 184/2018, mantiene, citando la SAP-A Coruña, de 3 de abril de 2017, n. 172/2017, “*que uno de los tratos más degradantes en el trabajo es el hacer el vacío cuando se hace con la intención de que la persona trabajadora lo abandone. De hecho en la práctica judicial y forense son numerosas las referencias que se hacen a las situaciones de vacío y ninguneo como lesivas para la dignidad y consideración de quien las padece*”. Otro ejemplo, puede encontrarse en el AAP-Bilbao, de 4 de julio de 2008, n. 586/2008, que rechaza la existencia de un acoso laboral, fundamentado, entre otros aspectos por dejar vacío de contenido el puesto de trabajo del recurrente, pero no por entender que esta conducta es ajena al tipo penal, sino porque este aspecto había sido ya resuelto en vía laboral, y se había desestimado al quedar acreditado que, contrariamente a lo sostenido en la demanda, sí había venido realizando una serie de tareas propias de su cargo; o en la SAP-Logroño, de 21 de enero 2016, n. 7/2016, que, aunque confirma la absolución de los demandados por un acoso laboral en el que se alegaba una persecución laboral para dejar vacía de contenida la actividad laboral del querellante, lo hace por entender que no concurren en los hechos alegados delito, por no revestir las decisiones tomadas se realizaran con el propósito de humillar o menoscabar su integridad.

<sup>32</sup> BUSTOS RUBIO, M. (2013), ob. cit., p. 38 y 39.

<sup>33</sup> En este sentido, sí defendí en cierta ocasión en relación con el acoso homófono que la conducta de un compañero ignorando por completo al trabajador homosexual, difícilmente podía ser como un acoso sexual, pero sí constituiría un acto discriminatorio – ALTÉS TÁRREGA, J. A. (2002), *El acoso sexual en el trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 95. Probablemente, una vez se ha deslindado el acoso sexual de los acosos discriminatorios, esta conducta podría considerarse como un acoso por orientación sexual, ya que ignorar a una persona de forma continua es una forma más de humillación.

## 2.2. *El prevalimiento o superioridad laboral*

Se entiende como prevalimiento la situación en la que el sujeto activo se aprovecha para cometer el delito de las ventajas y prerrogativas que posee por el hecho de encontrarse en una posición de superioridad respecto a la víctima (STS, Penal, de 24 de noviembre de 2005, n. 1469/2005).

El CP la regula como una agravante genérica en distintos apartados del art. 22 (situación de superioridad, abuso de confianza, prevalimiento de cargo público, prevalimiento por razones de familia). En otros casos el prevalimiento funciona como una agravante específica del tipo básico, como ocurre en el art. 184.2 CP, al que más adelante me referiré, en relación con el acoso sexual. En cambio, en el art. 173.1, inciso segundo, el prevalimiento configura un supuesto específico de delito, que no puede por tanto darse sin dicha conducta.

Pues bien, la referencia al acoso realizado “*prevaliéndose de su relación de superioridad*” ha llevado a entender que sólo el acoso descendente, realizado por un superior jerárquico, da lugar al tipo punible. Sólo estaría penado, por tanto, el supuesto de acoso laboral más típico, también conocido por la acepción inglesa *bossing*, relegando al ámbito laboral, civil y, en su caso, administrativo el acoso entre iguales o el más infrecuente acoso ascendente en el que un que la víctima ostenta una categoría superior a la del acosador.

Ello, a juicio de la doctrina, estaría en consonancia con el principio de *ultima ratio*, subsidiariedad e intervención mínima penal, de manera que sólo se actuaría sobre las conductas más graves siendo estas las que se producen cuando la humillación o intimidación proviene de un superior jerárquico<sup>34</sup>. Sin embargo, para muchos autores, aunque admiten la limitación del tipo penal al acoso descendente, subrayan que parece desconocerse que esta grave humillación propia del acoso laboral puede darse también en otros tipos de acoso, especialmente los que realizan compañeros de trabajo, lo que les ha llevado a criticar la redacción del precepto y a abogar por una revisión del mismo que incluya el acoso laboral horizontal<sup>35</sup>.

Sin embargo, cabe otra interpretación. En su día defendí, en un estudio sobre el acoso sexual, que esta conducta en su manifestación como chantaje sexual se define principalmente como un acoso vertical en el que el sujeto activo detenta una posición jerárquica superior en la organización empresarial, pero que también constituye chantaje sexual el que cometen otros sujetos que, aun sin poseer una relación jerárquicamente superior, poseen el “poder” de influir en las condiciones de trabajo de la víctima, como pueden serlo los clientes de la empresa, los representantes de los trabajadores y otros sujetos que, partiendo de una igualdad formal, sin un poder directivo directo, sí lo poseen de manera indirecta. En este último supuesto estarían los trabajadores que, bien por lazos familiares, afectivos u de otro tipo, tienen una vinculación especial con estos otros sujetos, lo que les permitiría chantajear sexualmente a la víctima sobre la base de que con sus informes pueden lograr que varíen sus condiciones laborales. En estos casos la posición del sujeto activo es prevalente a la del sujeto pasivo, lo que posibilita la presencia de una verticalidad material. Por tanto, como señalaba en dicho estudio el chantaje sexual se definiría en todo caso como un acoso vertical, siempre que esta característica se entienda en un sentido amplio que abarque más posibilidades que las que se derivan de la situación de los trabajadores en el organigrama de la empresa<sup>36</sup>.

Pues bien, a esta misma conclusión llega parte de la doctrina penal, precisando que la solución pasa por entender que la superioridad que exige el tipo penal no se circunscribe a las de tipo jerárquico-formal, sino que incluye otras de naturaleza fáctica, circunstancial o meramente contex-

<sup>34</sup> SALVADOR CONCEPCIÓN, R. (2019), ob. cit.

<sup>35</sup> MUÑOZ CONDE, F. (2019), ob. cit., p. 178.

<sup>36</sup> ALTÉS TÁRREGA, J. A. (2002), ob. cit., pp. 129 y ss.

tual<sup>37</sup>. Así, el dominio o poder que pueden ejercer *de facto* ciertos trabajadores que están en igualdad jerárquica o incluso en una categoría inferior con el sujeto acosado –representantes de los trabajadores y trabajadores, pero que tienen un vínculo (familiar, afectivo, amistoso) con un superior que sí puede tomar decisiones y represalias que afecten a la víctima– no estaría proscrita por el Código Penal. El precepto se refiere a una superioridad, pero no la define en base a ninguna jerarquía. De hecho se señala que cuando esta norma ha pretendido establecer un tipo en base a esta jerarquía lo ha hecho expresamente, como ocurre en el art. 184.2 CP en relación al tipo agravado de acoso sexual al que nos referiremos más adelante, por lo que a *sensu contrario* el art. 173.1, párrafo segundo estaría permitiendo tanto la modalidad de superioridad jerárquica como cualquier otra de naturaleza fáctica, contextual o funcional<sup>38</sup>. Esta interpretación choca con el hecho de que en este precepto se habla de una “relación de superioridad”, lo que tiende asimilarse con una superioridad orgánica, mientras que en el mencionado art. 184.2 se describe una “situación de superioridad” que se puede equiparar a una superioridad funcional o de hecho.

En cualquier caso, de existir relación jerárquica no podrá presumirse el prevalimiento, que deberá ser probado so pena de vulnerar el principio de presunción de inocencia<sup>39</sup>.

Fuera de estos casos el acoso ascendente u horizontal no podría canalizarse a través del art. 173.1, inciso segundo, pero nada obsta para que sea punible mediante el inciso primero del precepto, si bien en este caso sería exigible que la conducta sí constituyera un trato degradante. De esta manera, se cumpliría estrictamente con el principio de proporcionalidad: la gravedad que implica el prevalimiento, sea o no jerárquico, exime alcanzar un trato degradante, mientras que en ausencia de dicha superioridad sí se requiere el mismo.

### 2.3. Tipos de acoso incluidos en el delito

Hasta ahora hemos analizado el delito tomando como base el acoso laboral moral o *mobbing*, pero lo que ahora queremos plantear es si en el tipo penal caben otros acosos recogidos en la normativa laboral. Me refiero a los denominados acosos discriminatorios, pues el acoso sexual configura un delito específico que se trata a continuación.

Estos acosos fueron introducidos en España por dos normas que ya hemos mencionado. En primer lugar, la Ley 62/2003, cuyo art. 28.1 establece que constituye acoso “*toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo*”.

Y, en segundo lugar, la Ley Orgánica 3/2007, que determina en su art. 7.2 que “*constituye acoso por razón de sexo 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*”.

Como puede observarse la forma de regular estos acosos es muy similar, por cuanto todos ellos implican una específica forma de discriminar. En realidad conforman un único tipo de acoso que se matiza por la pertenencia de la víctima a un colectivo determinado y que, de alguna manera, han llevado a circunscribir al genérico acoso moral o acoso laboral a la conducta por la que el empresario desgasta la moral de un trabajador con un objetivo definido, normalmente forzar su dimisión.

<sup>37</sup> BUSTOS RUBIO, M. (2013), ob. cit., p. 41.

<sup>38</sup> SERRANO ROMENO, J. F., (2011), Regulación legal del *mobbing*: laboral, administrativa, civil y penal. Especial referencia a la reforma penal operada en esta materia por LO 5/ 2001, *Diario La Ley*, (7650), p. 12/17 y 13/17. En el mismo sentido se pronuncia NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. (2010), ob. cit., p. 3/9; y BUSTOS RUBIO, M. (2013), ob. cit., p. 43.

<sup>39</sup> SANTANA VEGA, D. M. (2013), ob. cit., p. 878; y también BUSTOS RUBIO, M. (2013), ob. cit., p. 45.

De esta manera, las mismas conductas se clasifican en una u otra categoría en función del objetivo perseguido, bien sea discriminatorio o bien se persigan determinadas consecuencias laborales y dado que la redacción del art. 173.1, párrafo segundo no se decanta por ninguna de ellas hay que entender que las engloba todas. Es más, puesto que el art. 22.4 CP considera una circunstancia agravante “*cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad*”, habría que entender los acosos discriminatorios integran dicha agravante en relación con el acoso laboral recogido en el art. 173.1, inciso segundo CP, lo que, a la postre, influirá en la determinación de la pena<sup>40</sup>.

#### 2.4. La exigencia judicial de la gravedad de la conducta

Como he señalado anteriormente, uno de los aspectos más controvertidos y, sin duda, cruciales en relación con el delito de acoso laboral es el de su gravedad, como medida que separa el ilícito laboral del delito penal. El Tribunal Supremo ha señalado, en relación con el trato degradante, que la gravedad como elemento que permite situar la conducta en la órbita penal es un límite difuso que requiere un estudio individualizado caso a caso (STS, Penal, de 22 de febrero de 2005, n. 213/2005). Efectivamente, la conducta relevante es la misma tanto en el ilícito laboral, como en el delito penal. Por tanto, para diferenciar uno y otro se pone el acento en la intensidad y parece que los órganos judiciales penales tienen efectivamente un nivel de exigencia muy alto para calificar la conducta como delito. Se trata de una opción jurídica perfectamente válida, como señala el Tribunal Constitucional, una vez enmarcado el acoso laboral en los conceptos de trato degradante y lesión a la integridad moral de acuerdo con el art. 15 CE, “*desde la perspectiva de la protección debida al trabajador hostigado, tales conceptos constitucionales representan un mínimo insoslayable para el legislador que establece –y para el órgano judicial que interpreta y aplica– un concepto normativo de «acoso laboral». Ahora bien, el concepto de «acoso laboral» que establezca la legalidad ordinaria bien puede ser más amplio que los de «trato degradante» y lesión de la «integridad moral» (p. ej., si el legislador quiere dispensar al trabajador más tutela de la resultante del art. 15 CE) o más estricto (p. ej., si el legislador penal quiere castigar más severamente determinados comportamientos hostigadores)*”.

Ahora bien, quizás esta postura tan restrictiva merezca la pena ser revisada. Esta actitud estaba justificada cuando, antes de la introducción del delito, se tramitaba el acoso laboral como un trato degradante conforme al art. 173.1 CP, pues las conductas descritas en dicho precepto tienen un plus de gravedad respecto del acoso laboral, por lo que sólo se aplicaría a los casos más graves y patentes, lo que determinaba el sobreesimiento penal, sin perjuicio de las posible depuración de la conducta en la jurisdicción laboral (AAP-Sevilla, de 24 de enero de 2012, n. 28/2012; SAP-Castellón, de 14 de febrero de 2014, n. 98/2014).

Sin embargo, a partir del momento en que el art. 173.1, inciso segundo CP, no requiere que la conducta se perfeccione como un trato degradante el nivel de gravedad exigido hasta entonces no debería mantenerse. Pese a ello, como pone de relieve el AAP-Jaén de 18 de diciembre de 2012, n. 333/2012, ya en aplicación del art. 173.1, inciso segundo CP y se mantiene años después en el AAP-Jaén, de 7 de febrero de 2017, n. 80/2017, la concreción penal del acoso laboral requiere una “*violencia psicológica extrema*”; y aunque esta expresión ha sido utilizada para definir con carácter

<sup>40</sup> En este mismo sentido, MOLINA NAVARRETE —(2019-a), ob. cit., pp. 224 y 225— considera, comentando la SAP de Alicante, de 20 de noviembre, n. 392/2018, que, pese a que se trató el tema objeto de litigio exclusivamente como un acoso moral, en realidad atañía a un acoso moral por razón de sexo/género, haciendo notar que en la realidad laboral la mezcla de estas dos modalidades de acoso es muy frecuente, y se debió aplicar la agravante de “acoso moral por razones de sexo-género” ex artículo 22.4 CP.

general el acoso laboral<sup>41</sup>, lo cierto es que desde el punto de vista del derecho del trabajo se ha entendido de forma mucho más amplia que en el derecho penal. Da la impresión de que es necesario que se perfeccione una conducta muy grave, que provoque, a su vez, resultados igualmente muy graves en la víctima, obviando todas las actuaciones que escapan a uno de estos criterios. Coincidió con la doctrina en que el principio de intervención mínima implica que sólo se sancionen los casos más graves de acoso sexual, pero no puede entenderse de forma tan radical que prácticamente evite toda actuación penal<sup>42</sup>.

En el ámbito laboral ocurría algo parecido. En un principio, para calificar el acoso moral se requería: a) intención de dañar; b) producción de un daño en la esfera de los derechos personales que se concreta en un daño o trastorno psíquico y c) su carácter complejo, continuado, predeterminado y sistemático (STSJ-Galicia, Social, de 6 de marzo de 2003, Rec. 290/2003<sup>43</sup>). Sin embargo, esta caracterización ha variado con el tiempo. En este sentido, el elemento de la intencionalidad perdió peso en alguna sentencia y dejó de ser imprescindible, siendo suficiente que los efectos producidos contengan un ataque contra la dignidad de la persona que lo padece o se haya creado un entorno hostil, degradante o humillante (STSJ-Madrid, Social, de 11 de junio de 2007, Rec. 2197/2007). Sin embargo, otras sentencias seguían insistiendo en este aspecto del ilícito. La STC 81/2018, de 16 de julio, aunque continuaba esta línea restrictiva y mantenía la intencionalidad como elemento calificador del acoso, omitía la consecución de un daño a tales efectos. De esta manera, las subsiguientes decisiones de la doctrina judicial dejaban de ahondar en el resultado dañoso (STSJ-Castilla y León-Burgos, de 18 de febrero de 2019, Rec. 12/2019; y STSJ-Castilla-La Mancha-Albacete, de 25 de abril de 2019, Rec. 440/2018) y, aún otras, dejaban en un segundo plano ambos elementos señalando su carácter accidental o contingente (STSJ-Andalucía-Sevilla, de 4 de abril de 2019, Rec. 1012/2018). El paso definitivo lo dio el Tribunal Constitucional en sentencia 59/2019, de 6 de mayo, que para calificar el acoso laboral tiene en cuenta: “*si la conducta enjuiciada es deliberada o, al menos, está adecuadamente conectada al resultado lesivo (elemento intención); si ha causado a la víctima un padecimiento físico, psíquico o moral o, al menos, encerraba la potencialidad de hacerlo (elemento menoscabo) y si respondió al fin de vejar, humillar o envilecer o era objetivamente idónea para producir o produjo efectivamente ese resultado (elemento vejación)*”. Por tanto, se verifica que en el acoso la intencionalidad y el daño no son determinantes, bastando probar la conexión de la conducta con el resultado y que sea idónea para producir un daño<sup>44</sup>. Estos criterios ya aparecen recogidos en la jurisdicción ordinaria (STSJ-Andalucía-Sevilla, Social, de 27 de noviembre de 2019, Rec. 2399/2018), por lo que hay que esperar que comience a resolverse conforme a ellos<sup>45</sup>.

Cierto es que en ocasiones los hechos carecen de relevancia penal, pues las conductas no pasan de discrepancias laborales en el marco de unas relaciones de trabajo poco armónicas (AAP-Jaén, de 7 de febrero de 2017, n. 80/2017). Ahora bien, en otras ocasiones, las conductas que dejan de perseguirse siguiendo esta corriente son más intensas y son igualmente archivadas, por ello la doctrina, en este caso laboral, celebra actuaciones como la de la SAP-Alicante, de 20 de noviembre de 2018, n. 392/2018, condenando por acoso laboral, en base a la declaración de la víctima, los comentarios

<sup>41</sup> El ejercer una violencia psicológica extrema de forma sistemática y recurrente forma parte de la que se considera la primera decisión del acoso laboral —Leymann H. (1996). *La persecution au travail: Mobbing*, París: Editions du Seuil.

<sup>42</sup> CARMONA SALGADO, C. (2011), ob. cit., p. 2/10 y 3/10.

<sup>43</sup> *Vid.* también STSJ-Galicia, Social, de 8 de abril de 2003, Rec. 518/2003; SJS Murcia-7, de 7 de mayo de 2003, Proc. 48/2003; STSJ-Navarra, Social, de 31 de marzo de 2005, Rec. 118/2005.

<sup>44</sup> Sobre el tema MOLINA NAVARRETE, C. (2019 c), La “des-psicologización” del concepto constitucional de acoso moral en el trabajo: ni la intención ni el daño son elementos del tipo jurídico, *Revista de Derecho Social* (86), pp. 119 y ss.; y YAGÜE BLANCO, S. (2020), ob. cit.

<sup>45</sup> Sobre esta evolución *vid.* PONS CARMENA, M. (2020), ob. cit., pp. 42 y ss.

reiterados de un jefe de cocina que desbordaban el marco de los que pueden considerarse socialmente tolerables que llevo a crear un ambiente de trabajo hostil y humillante<sup>46</sup>.

Sentencias como estas muestran el camino hacia una interpretación más flexible y acorde con la realidad de estas conductas, “con objeto de evitar la impunidad de aquellas conductas acosadoras que, pese a ser sólo de índole psicológica, merman gravemente la dignidad del trabajador, con terribles consecuencias para su salud y estabilidad, y ello aunque resulte verdaderamente difícil justificar la severidad y repetición de los agravios sufridos”<sup>47</sup>.

### 3. El delito de acoso sexual

El Código Penal, tras la reforma operada en el año 1995, como consecuencia de la promulgación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, recogió, por primera vez, en su art. 184 el delito de acoso sexual. La tipificación de la conducta no debe entenderse como consecuencia de una previa impunidad. Como se señaló al analizar el delito de acoso laboral, las conductas se punían mediante otras figuras delictivas<sup>48</sup>. Es más, este nuevo tipo penal se criticó precisamente por incluir una pena menor que la que señalaban esos otros delitos aplicables, desnaturalizando las pretensiones feministas al respecto<sup>49</sup>.

Para la jurisprudencia penal el fundamento del delito se encuentra en la necesaria protección de la esfera íntima de la persona (art. 18.1 CE), como reflejo de su dignidad (art. 10 CE). En el ámbito laboral, junto a estos presupuestos, se implica, además, el derecho a no ser discriminado, entendiendo el acoso sexual como una fórmula de poder del hombre frente a la mujer<sup>50</sup>.

Hay que señalar que la redacción originaria del precepto no recogía el acoso sexual ambiental. El tipo penal no incluía ni la solicitud explícita de un comportamiento sexual, cuando entre los sujetos no existe prevalencia laboral, ni aquellos comportamientos en los que, si bien no existe una solicitud sexual, sí que se crea un entorno sexualmente hostil<sup>51</sup>. A mi juicio, de acuerdo con la clasificación de los tipos de acoso sexual laboral que en su día realicé, ambos supuestos configuran un acoso sexual ambiental, ya que este se define la ausencia de “poder”, entendido como la capacidad que tiene el acosador de influir en la voluntad de la víctima y sin restringirlo a la posición jerárquica que poseen los sujetos, de manera que en otro caso se debe categorizar la conducta como un acoso de intercambio<sup>52</sup>.

El caso es que, bien por efecto de estas críticas, bien por la escasa plasmación judicial del delito (una sola sentencia hasta abril de 1999) el delito de acoso sexual se reformó a raíz de la promulgación de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, para introducir igualmente el acoso sexual ambiental. En este sentido, la Sentencia, Penal, de 7 de noviembre, n. 1460/2003, de 7 de noviembre declara, que el fundamento del denominado “acoso ambiental” radica en la necesidad

<sup>46</sup> MOLINA NAVARRETE, C. (2019-a), ob. cit., p. 225.

<sup>47</sup> SALVADOR CONCEPCIÓN, R. (2019), ob. cit.

<sup>48</sup> NARVÁEZ BERMEJO, M. A. (1998), *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 89; y, en el mismo sentido, BOIX REIG, J. y ORTS BERENGUER, E. (1999), Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999, *Actualidad Penal*, (35), p. 671.

<sup>49</sup> OLAIZOLA, I. (1998), *El delito de acoso sexual*, *Sentencias TSJ y AP*, Pamplona: Aranzadi. Véase una exposición de estas críticas en LARRAURI, E. (1997), El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración, *Cuadernos de Derecho Judicial*, (7), pp. 178 y ss.; y SÁNCHEZ, E. y LARRAUI, E. (1999), *El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 13.

<sup>50</sup> Sobre el tema *vid. In extenso* ALTÉS TÁRREGA, J. A. (2002), ob. cit., pp. 26 y ss.

<sup>51</sup> SÁNCHEZ, E. y LARRAUI, E. (1999), ob. cit., p. 13. Sin embargo, en otros sectores, justificaban esta restricción sobre la base del principio de intervención mínima penal —NARVÁEZ BERMEJO, M. A. (1998), ob. cit., p. 90.

<sup>52</sup> ALTÉS TÁRREGA, J. A. (2002), ob. cit., p. 134 y ss.

de dispensar de una mayor protección a quienes se encuentran en una relación laboral, docente o de prestación de servicios, “*en donde las relaciones se enmarcan en un segmento de mayor riesgo a ser sometidas a tratos de naturaleza sexual por parte de sus potenciales hostigadores, en donde concurrirá de ordinario alguna situación de superioridad (pero que la ley no exige), siendo también posible su consideración típica cuando el acoso sexual se produzca en un cuadro de horizontalidad*”<sup>53</sup>.

El nuevo tipo penal del art. 184 sobre el acoso sexual se desarrolla a través de tres apartados, de los cuales el primero configura el tipo básico, el segundo un tipo agravado y el tercero uno hipergravado en atención a la situación de la víctima. Puesto que los tres tipos configuran una situación de acoso, en principio, la reiteración de la conducta, esto es su continuidad o habitualidad, como ya se señaló anteriormente en relación con el delito de acoso laboral, será una nota común a todos ellos, sin que ello obste, en mi opinión, y en la de ciertos analistas de la norma laboral, que sea igualmente aplicable el delito en situaciones aisladas de fuerte gravedad<sup>54</sup>.

### 3.1. El tipo básico de acoso sexual

Según reza el art. 184.1 CP “*el que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses*”.

La referencia a una “situación hostil o humillante”, conecta este tipo delictivo con la noción laboral del acoso sexual ambiental que tradicionalmente ha sido definido mediante esta expresión. Ahora bien, el precepto liga la situación de acoso ambiental a la solicitud de favores de naturaleza sexual, por lo que es este comportamiento el que sigue rigiendo la aparición del ilícito penal. Por tanto, se recoge una visión parcial y muy restringida del acoso ambiental, pues las conductas que mayoritariamente configuran esta categoría, se llevan a cabo por comportamientos, distintos a la solicitud de favores sexuales, que tienen el efecto de producir un entorno sexual no deseado y humillante para la víctima, las cuales siguen sin ser objeto del delito de acoso sexual. A modo de ejemplo, puede citarse la SAP-Madrid, de 9 de julio de 2012, n. 310/2012. Dicha sentencia resuelve sobre un caso en el que el que un oficial de farmacia se había dirigido de forma libidinosa a una auxiliar y a una farmacéutica adjunta. A una de ellas le había propinado dos palmadas, un beso en la oreja y un abrazo, le había propuesto una siesta en un hotel cercano y le había enviado contenido erótico desde su móvil; a la otra, aprovechando un descuido, le dio un beso en los labios, le acariciaba la pierna o el pelo y rozaba intencionadamente su cuerpo con el de ella. La audiencia entendió que sólo la proposición de hacer una siesta se configuraba como una solicitud sexual y que no era lo suficientemente grave como para dar lugar a un delito de acoso, aunque sí podrían haber dado lugar a otro delito como el de abusos sexuales<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> También STS, Penal, de 22 de octubre, n. 721/2015. Sin embargo, hubo críticas a esta inclusión, señalando que la reforma de 2010 debería haber suprimido este tipo y dejar sólo el acoso sexual vertical — OTERO GONZÁLEZ, P.; POMARES CINTAS, E. (2010), ob. cit., pp. 202-203; y CARMONA SALGADO, C. (2011), ob. cit., p. 4/10, quien la califica como “infracción de bagatela”.

<sup>54</sup> En este sentido, DOLZ LAGO, M. (2018), ob. cit., p. 5/31. El autor hace mención de la Instrucción n. 10/2005, de 6 de octubre de 2005, sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de Justicia Juvenil, que aboga por esta interpretación para no dejar fuera del acoso hechos aislados graves.

<sup>55</sup> Sobre esta sentencia SOTO SUÁREZ, C. (2013), Supuesto de acoso sexual o el cuidado con las palabras el Código Penal frente al diccionario de la lengua, *Diario la Ley* (8019).

### 3.1.1. La acción de acoso punible: la solicitud sexual

Por otro lado, la caracterización de la “solicitud” ha llevado a la doctrina a las siguientes conclusiones.

Al igual que ocurre en el ilícito laboral, la conducta punible puede expresarse de múltiples maneras, pero, en cualquier caso, la misma debe ser clara y sin ambigüedades, no bastando la mera insinuación<sup>56</sup>. Puede darse de forma explícita o implícita, pero debe manifestarse de manera inequívoca (STS, Penal, de 22 de octubre de 2015, n. 721/2015). En consecuencia, no es necesario que se manifieste de forma verbal, basta que se exteriorice de manera que pueda ser entendida por la persona destinataria (STS, Penal, de 26 de abril de 2012, n. 349/2012; STS, Penal, de 28 de noviembre de 2014, n. 830/2014).

Por otro lado, “*tampoco naturalmente es preciso que se traduzca en actos de abuso o agresión sexual, propiamente delictivos en otros apartados del mismo Título, pues de concurrir con el acoso sexual nos encontraríamos ante un concurso de normas que se resolvería ordinariamente por el principio de consunción*” (STS, Penal, de 7 de noviembre de 2003, n. 1460/2003; y STS, Penal, de 22 de octubre de 2015, n. 721/2015). De esta manera, se zanja el debate doctrinal que enfrentó a quienes mantenían esta posición<sup>57</sup> y quienes defendían que la solicitud de favores sexuales debía estar necesariamente en conexión con los comportamientos que constituyen delitos contra la libertad sexual, lo que derivaba en la exigencia de que en la conducta existiese o se pretendiese un contacto físico<sup>58</sup>. Esta visión es, desde luego, mucho más cercana al concepto laboral de acoso sexual laboral y, en mi opinión, más acertada, pese a que algún autor ha manifestado que con ella se corre el peligro de sancionar proposiciones sexuales que, por su escasa identidad, contravendrían el principio de intervención mínima<sup>59</sup>.

Por último, al igual que ocurre en el ilícito laboral, una sola proposición que resulte seria y creíble a los ojos del sujeto pasivo puede dar lugar al delito<sup>60</sup>. Se introduce, de esta manera, un elemento subjetivo de apreciación del delito, similar al que ha presidido durante mucho tiempo la concepción del ilícito laboral, en base al cual éste sólo se perfecciona cuando, efectivamente, la conducta resulta ofensiva para la víctima, esto es, tiene el efecto de crear un clima indeseado, hostil y humillante. Sin embargo, esta manera de entender el ilícito favorece que determinadas conductas no puedan calificarse como acoso; que se enjuicie la moralidad de la víctima; y que sea necesario que esta muestre su rechazo, es decir, que ponga en conocimiento del sujeto activo el carácter indeseado de sus actos. Por ello, para corregir esta visión se introdujo un elemento objetivo<sup>61</sup>, en base al cual la existencia del acoso se supedita al conocimiento, expreso o presunto, de que la conducta del autor es ofensiva para la víctima. Se trata de introducir un parámetro, elaborado a partir del sentir

<sup>56</sup> En este sentido NARVÁEZ BERMEJO resalta que se necesita una petición –verbal o escrita, explícita o implícita– concreta de contenido erótico – *Delitos contra...*, ob. cit., p. 91.

<sup>57</sup> LARRAURI, E. (1997), ob. cit., p. 195; SÁNCHEZ, E. y LARRAURI, E., (1999), ob. cit., p. 17; OLAIZOLA, I (1998), ob. cit., p. 25.

<sup>58</sup> En este sentido MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R. (1996), Comentarios al art. 184, en QUINTERO, G. (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Pamplona: Aranzadi, p. 900; y BOIX REIG, J. y ORTS BERENGUER, E. (1999), ob. cit., p. 679. En sentido contrario se señalaba que el delito requiere un inequívoco significado sexual, “con el que el favor solicitado sea objetivamente idóneo para excitar el instinto sexual de una persona, según los estándares de la comunidad, y ello con independencia de que el requerimiento se concrete o no en un acto que exija contacto físico” —Cfr. MATALLÍN EVANGELIO, A. (2000), El nuevo delito de acoso sexual, Valencia: Ediciones Revista General de Derecho, pp. 41 y 42

<sup>59</sup> NARVÁEZ BERMEJO, M. A. (1998), ob. cit., p. 91

<sup>60</sup> MATALLÍN EVANGELIO, A. (2000), ob. cit., pp. 43 y 44. No obstante, a juicio de NARVÁEZ BERMEJO, con ello se contradice el concepto de acoso, pues éste necesita de una cierta insistencia para que se consume – *Delitos contra...*, ob. cit., p. 92.

<sup>61</sup> Así, por ejemplo, la definición del acoso sexual y acoso por razón de sexo de la Ley orgánica de igualdad eluden caracterizarlos como actos no deseados que sí está presente en la normativa comunitaria. Sobre el tema vid. ALTÉS TÁRREGA, J. A. (2008), ob. cit., p. 29.

social existente, que determina que conductas son atentatorias contra la dignidad personal. Bajo esta concepción se abre un amplio nivel de discrecionalidad para el juzgador que sería el encargado de fijar el estándar objetivo de acoso sexual, lo que puede llevar a desconocer que, en un momento dado, determinadas circunstancias de la víctima podrían hacer aparecer el ilícito donde en un contexto normal no lo haría. Por ello, ambos criterios actúan de forma complementaria<sup>62</sup>. Esta doble concepción del acoso fue recogida por la STC 224/1999, de 13 de diciembre. En esta sentencia, se establece que la normativa, además del acoso sexual típico o chantaje sexual, protege también contra aquél que “*consiste en un comportamiento de carácter libidinoso no deseado por generar un ambiente laboral desagradable, incomodo, intimidatorio, ofensivo o humillante para el trabajador (...). En tal situación constituye un elemento esencial que esa conducta sea lo suficientemente grave como para crear tal entorno negativo y lo sea, por otra parte, no sólo según la percepción subjetiva o la sensibilidad particular de quien lo padece, sino objetivamente considerada*”.

De esta manera, si la proposición es lo suficientemente grave, no requerirá reiteración, ni que la víctima demuestre el carácter indeseado u ofensivo de la misma, por el contrario, aquellos comportamientos que pueden ser considerados como socialmente aceptables sí requerían la concurrencia de estos dos requisitos para dar lugar al delito.

### 3.1.2. La relación laboral, docente o prestación de servicios como ámbito configurador del delito.

El precepto caracteriza la relación laboral, docente y de prestación de servicios en cuyo ámbito sucede el delito con las notas de continuidad y habitualidad.

Pues bien, en primer lugar, la mención a la relación de prestación de servicios permite incluir en la sanción del acoso sexual conductas que, por desarrollarse fuera de los márgenes estrictos de lo que se conoce por Derecho del Trabajo, podrían haber quedado impunes (trabajadores autónomos, funcionarios, personal estatutario, personal militar)<sup>63</sup>.

Y, en segundo lugar, debe manifestarse la crítica acogida que ha tenido la inclusión de las notas de continuidad y habitualidad en la caracterización de la relación. En este sentido, se ha dicho que “a lo más que puede llegarse, en el intento de precisar al máximo este elemento típico, es subrayar la necesidad de que la relación que obligue a sujeto activo y pasivo a encuentros frecuentes, en el seno de los cuales sea verosímil la creación de la situación descrita en el art. 184.1; parece igualmente necesario que ambos trabajen o estudien en el mismo centro (si lo hicieran en empresas u organismos diversos, se antoja menos probable el surgimiento de aquella situación); y que los encuentros supongan una suerte de convivencia, algo que podrá predicarse de alumnos de un mismo centro que se ven todos los días, etc. Es preciso, pues, que haya un roce casi cotidiano, para que pueda producirse una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, que es el tercer elemento de esta primera figura delictiva del artículo 184”<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> Sobre el tema ampliamente ALTÉS TÁRREGA, J. A. (2002), ob. cit., pp. 116 y ss.; y ALTÉS TÁRREGA, J. A. (2008), ob. cit., p. 29 y ss.

<sup>63</sup> Así la STS, Penal, de 7 de noviembre de 2003, n. 1460/2003, calificó como acoso laboral el ocurrido entre un alcalde y una concejala en una corporación municipal. En este mismo sentido, la STS, Penal, de 22 de octubre de 2015, n. 721/2015, entiende que una corporación local “*satisface las exigencias del tipo penal, pues tal relación de servicios tiene que ser interpretada en el sentido de relación docente, laboral o afín a la misma, siendo meridianamente claro que la corporación municipal produce en su conjunto servicios públicos de incuestionable vocación continuada, incluso con rango constitucional, por lo que el requisito ambiental en donde se desarrollaron los hechos queda patentemente cumplido*”; y más adelante que concurre manifiestamente el tipo básico, “*pues el acoso se realizó en el ámbito de una relación laboral continuada, al ser el agresor y la víctima compañeros en una unidad policial de la Guardia Civil*”.

<sup>64</sup> BOIX REIG, J. y ORTS BERENQUER, E. (1999), ob. cit., p. 678.

### 3.1.3. Las consecuencias que ha de sufrir la víctima para exista delito

Además, no sólo es necesario que haya una solicitud sexual, sino que la misma debe “*provocar a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante*”.

Para la jurisprudencia penal, “*la ley penal con este aspecto se refiere a un doble requisito: de un lado, una situación objetiva, pues no bastan meras impresiones al modo de una mera caracterización personal de la víctima; de otro, y como resultado delictivo que indiscutiblemente requiere el tipo penal (STS, Penal, de 7 de noviembre de 2003, n. 1460/2003; STS, Penal, de 22 de octubre de 2015, n. 721/2015). Respecto del adverbio gravemente esta misma jurisprudencia establece que “se predica tanto de la situación intimidatoria, como de la hostil o humillante”*”.

La doctrina penal resaltó el peligro que puede entrañar esta forma de calificar la conducta, pues, aunque el acoso sexual siempre crea un ambiente ingrato y degradante, no siempre provoca una situación objetiva y gravemente intimidatoria. Para esta doctrina, el acoso entre iguales no suele genera una situación de este tipo y, cuando lo hace, la conducta configurará un supuesto de tentativa del delito de agresión sexual del art. 178 que, específicamente, prevé la intimidación como medio comisivo, sin exigir, por otro lado, la gravedad<sup>65</sup>. Sin embargo, a mi juicio, el hecho de que se exija la “solicitud de favores sexuales” hace que este tipo penal se perfeccione siempre de forma más grave que la que se deduce del acoso ambiental común al que entiendo que se refiere esta doctrina.

Ciertamente, en el ámbito laboral, la doble concepción objetivo-subjetiva del acoso sexual permite castigar todas las conductas de acoso y no sólo las que crean una situación objetiva y gravemente intimidatoria, pero entiendo que la razón de ser de esta exigencia se encuentra probablemente en el antes mencionado principio de intervención mínima del Derecho Penal. Así lo ha mantenido el propio Tribunal Supremo, para el que esta exigencia “*servirá en consecuencia para delimitar cuándo las características de la acción desbordan las previsiones protectoras del ordenamiento civil o del laboral, y se adentra el comportamiento desplegado en el ámbito de lo penal*” (STS, Penal, de 7 de noviembre de 2003, n. 1460/2003). De esta manera, se han intentado resaltar en el precepto las necesarias notas de realidad y entidad de la situación, de manera que sólo se penalice que someta al sujeto pasivo en un clima realmente insoportable y no meramente incómodo<sup>66</sup>.

Finalmente, otra consecuencia que la jurisprudencia deduce de esta configuración es que “*no es éste, en consecuencia, un delito de mera actividad o de resultado cortado (lo que producirá la concurrencia, en su caso, de formas imperfectas de ejecución), pues exige que se provoque en la víctima una situación gravemente intimidatoria, hostil o humillante*” (STS, Penal, de 7 de noviembre de 2003, n. 1460/2003; STS, Penal, de 22 de octubre de 2015, n. 721/2015).

<sup>65</sup> SÁNCHEZ, E. y LARRAUI, E. (1999), ob. cit., p. 21. Se critica en este sentido la postura de algunos penalistas que han llegado a exigir para que nazca el delito de acoso sexual “una situación que objetivamente pueda calificarse como una amenaza, un atentado contra la integridad moral o una injuria grave” —cfr. MUÑOZ CONDE, F., (2019), ob. cit., p. 230—, pues, ciertamente, en estos supuestos la existencia de otros delitos que engloban estas conductas haría innecesario el de acoso sexual.

<sup>66</sup> BOIX REIG, J. y ORTS BERENQUER, E. (1999), ob. cit., p. 678. Ahora bien, ello provoca el problema de deslindar “la creación de una situación intimidatoria de la tentativa de agresión también intimidatoria. Deslinda que habrá de hacerse atendiendo al dato de inmediatez, de la concurrencia del intento de materializar una acción sexual y el empleo de intimidación, en cuyo caso estaremos ante una agresión; mientras que si lo que se origina es una atmósfera más o menos duradera, dentro de la cual se hostiga a la víctima, sin llegar a despojarla ni a limitar seriamente su libertad de decisión, poniéndola ante la disyuntiva de acceder a las exigencias del sujeto activo o de sufrir un mal grave e injusto estaremos ante un acoso sexual” — ibídem, pp. 678 y 679.

### 3.2. El tipo agravado

En segundo lugar, el art. 184.2 prevé que “*si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses*”.

Se trata, precisamente, del tipo penal único de acoso sexual existente antes de la reforma del precepto en 1999. Las características a destacar en el mismo serían las siguientes.

#### 3.2.1. La conducta delictiva

La conducta que hace nacer el delito sigue siendo la solicitud de favores sexuales y la creación de una situación objetiva y gravemente intimidatoria. Así hay que entender la implícita remisión que en este apartado se hace al anteriormente citado art. 184.1. Se trata, en definitiva, de una prolongación de la configuración inicial del delito, constituyendo una modalidad agravada del mismo<sup>67</sup>.

De esta manera, tampoco aparece castigado aquí el acoso sexual llevado a cabo por el empresario que no se concrete en una conducta de este tipo, como lo son determinados tipos de acoso sexual ambiental perpetrados por el empresario que, no obstante, la doctrina consideró que podrían llegar a incardinarse en el ámbito de aplicación del delito del art. 314 CP contra los derechos de los trabajadores<sup>68</sup>.

Por otro lado, no basta con que se dé la solicitud sino que la conducta aparece condicionada a la existencia de dos elementos que se configuran de forma alternativa y no acumulativa: el prevalimiento de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica o el anuncio expreso o tácito de causar un mal a la víctima<sup>69</sup>.

##### a) El prevalimiento laboral, docente o jerárquico

El artículo 184.2 CP en cambio, configura otro supuesto de prevalimiento como agravante específica, por lo que también en este caso el prevalimiento ha de ponerse en contexto para determinar en qué consiste.

Pues bien, en este sentido, hay que hacer notar que la referencia a un prevalimiento jerárquico sustituyó en la reforma de 1999 a la situación de prevalimiento “análoga” a la laboral o docente presente en la redacción anterior.

La concreción del significado del prevalimiento laboral está en íntima relación con el concepto de prevalimiento jerárquico. Así, para algunos autores la forma de redactarse el precepto denota que sólo puede ser sujeto activo de este delito quien está en una situación orgánica de superioridad laboral, es decir sólo se admitirían las formas de jerarquía stricto *sensu*. Sin embargo, a mi juicio, debe admitirse igualmente, por los motivos esgrimidos anteriormente al analizar el delito de acoso laboral, la jerarquía funcional, esto es la que pueden poseer por determinadas circunstancias ciertos

<sup>67</sup> BOIX REIG, J. y ORTS BERENQUER, E. (1999), ob. cit., p. 679.

<sup>68</sup> ALTÉS TÁRREGA, J. A. (2002), ob. cit., p. 191; y, SÁNCHEZ, E. y LARRAURI, E. (1999), ob. cit., p. 22, desde la perspectiva de que cualquier acoso sexual en el que no aparezca un requerimiento a la víctima de naturaleza sexual debe ser considerado como acoso sexual ambiental.

<sup>69</sup> Sin embargo, parte de doctrina entiende que sólo quien está en una relación de superioridad puede condicionar la voluntad de la víctima mediante el anuncio de trancar una expectativa legítima en el marco de alguna de las relaciones descritas, por lo que estos requisitos se exigen de forma acumulativa –BOIX REIG, J. y ORTS BERENQUER, E. (1999), ob. cit., p. 680. En contra MATALLÍN EVANGELIO, A. (2000), p. 53 y ss.

sujetos que no poseen dicha superioridad orgánica, como los representantes de los trabajadores o las personas con una relación de afinidad con quienes pueden tomar las decisiones<sup>70</sup>. Nótese además que el precepto alude a una “situación” de superioridad laboral y no de “relación” de superioridad laboral, como se dijo que ocurre en el delito de acoso laboral.

De esta manera, se estaría puniendo la acción de prevalecerse de una situación de superioridad en una relación laboral y docente, independientemente de que se ocupe una categoría orgánicamente superior y, ahora sí, la acción de prevalecerse de cualquier otra situación en la que exista una relación de jerarquía, lo que permite incluir otros supuestos (militares, médicos o comunidades terapéuticas, comunidades religiosas o servicios sociales). En cualquier caso, pese a la ausencia de requisitos formales para entender la existencia de esta relación jerárquica, surge la duda sobre si las relaciones familiares, o de gran diferencia de edad o las que se producen por una situación de dependencia económica son o no son relaciones jerárquicas<sup>71</sup>.

b) El anuncio expreso o tácito de causar un mal relacionado con las legítimas expectativas de la víctima

Por otro lado, también se consuma el delito mediante el anuncio de un perjuicio expreso o tácito<sup>72</sup> a la víctima que afecte a sus expectativas en el entorno laboral docente o jerárquico en el que se desarrolle la relación. Se trata de poner a la víctima en una posición de debilidad que condicione su voluntad a la hora de resistirse, al crearle la convicción de que en otro caso el mal anunciado se consumará<sup>73</sup>.

En el marco de una relación laboral, el daño debe concretarse sobre las expectativas legítimas que el trabajador tenga en relación con su empleo. La unión de estos dos términos puede resultar un tanto contradictoria, pues el término “expectativa” se refiere a un suceso incierto, sobre el que no se posee un derecho para forzar su realización. Se trataría de algo jurídicamente intangible, que hubiera sido prometido por el empresario. Por el contrario, en el término “legítimo” se incluyen aquellos derechos que el trabajador puede exigir por encontrarse recogidos en el contrato, en el convenio colectivo o en la normativa laboral. La doctrina se decanta por entender que la expresión legítima se usa no en un sentido propio, “sino para acentuar un cierto grado de certidumbre en esa mejora de las condiciones laborales del trabajador”. Como se señala, “siendo la expectativa una mera probabilidad de obtener un derecho si se cumplen ciertas condiciones, el mal con el que se podría amenazar el empresario al formular su solicitud pudiera consistir en negar una mejora de sueldo o ascenso no reglado, pero que dependería de la voluntad del empresario, convirtiendo la amenaza en un concepto vaporoso. Difícilmente se podría hablar de mal cuando a una persona se le priva de algo que no le corresponde o a lo que no tiene derecho. Incluso podría dudarse del poder seductor de una proposición cuando la víctima no desconoce la inseguridad de sus expectativas laborales,

<sup>70</sup> En este sentido, en consonancia con lo aquí señalado, la doctrina penal describe el acoso *quid pro quo* como “un supuesto de abuso de autoridad, por lo que sólo puede ser realizado por quien tenga poder para proporcionar o retirar un beneficio laboral”, sin aludir a una posición orgánica superior — BARRANCO GÁMEZ, J. M., (2016), Acoso sexual, *Diario la Ley*, (8749), p. 7/14.

<sup>71</sup> SÁNCHEZ, E. y LARRAUL, E. (1999), ob. cit., p. 23. La doctrina venía a entender que este tipo de relaciones, se introducían en la redacción original como relaciones análogas —CARMONA SALGADO, C. (1996), Comentario al art. 18, en COBO DEL ROSAL M. (Dir.), *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial I*, Madrid: Marcial Pons, p. 332. Otros sectores se decantaban de forma más restrictiva por entender que debían concurrir relaciones de superioridad de la que dependerían (de forma análoga) legítimas expectativas —LAMARCA, C. (1996), La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal, *Jueces para la Democracia*, (27), p. 60; y ORTS BERENGUER, E. (1996), Comentario al art. 184, en VIVES ANTÓN, T. (coord.) *comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 953.

<sup>72</sup> Se ha dicho que la inclusión de la forma tácita es un tanto desconcertante, ya que “si el anuncio del mal no es diáfano no puede pensarse en su credibilidad, ni tan siquiera en su existencia —Cfr. NARVÁEZ BERMEJO, M. A. (1998), ob. cit., p. 94.

<sup>73</sup> NARVÁEZ BERMEJO, M. A. (1998), ob. cit., p. 94.

faltando el requisito de la seriedad o firmeza de la amenaza representada por el mal en que consiste para que produzca la necesaria conmoción o intimidación en el amenazado<sup>74</sup>.

Asimismo, provocar un “mal” lícito del que se hace un uso ilícito también configura la aparición del delito, como sería, por ejemplo, condicionar la conducta del trabajador afectado por el acoso a no hacer uso de una causa de despido justa<sup>75</sup>.

En relación con el anuncio de un “bien”, sólo queda incluido en el tipo cuando el sujeto acosado tiene una expectativa legítima, pues prometerlo a cambio de un favor sexual anuncia su no consecución en caso de negativa. Por el contrario, si no se tiene ninguna expectativa el ofrecimiento de un bien no esconde la amenaza de un mal por lo que no queda integrado en el delito<sup>76</sup>.

En cualquier caso, el “mal” con el que se amenaza no puede ser, a su vez, constitutivo de delito pues ello implicaría la aplicación del artículo 169 del Código Penal. No obstante, el daño sí puede constituir una falta como sería una vejación injusta de carácter leve o el desmerecimiento de su buena reputación como trabajador —STS, Penal, de 18 de septiembre de 1986 (RJ 4680)—<sup>77</sup>.

No se ha resuelto, sin embargo, en la nueva redacción el problema de que el daño se concrete sobre una persona distinta a la víctima pero cuya relación con la misma puede condicionarla a aceptar la conducta (por ejemplo se amenaza con despedir al marido de la trabajadora) en cuyo caso el delito no sería aplicable<sup>78</sup>.

### 3.2.2. Los sujetos del delito

De acuerdo con lo señalado anteriormente, el sujeto activo del delito puede ser cualquier persona que ostente superioridad funcional laboral sobre la víctima y que se prevalezca de ella, así como cualquiera que anuncie un mal sobre las legítimas expectativas de la víctima.

De esta manera, en el marco de una relación laboral, el delito no se restringe al empresario persona física o a los administradores o representantes de la empresa, así como a los directivos y demás mandos jerárquicamente superiores, sino que alcanza también a otros sujetos que, estando en una posición orgánica de igual a igual o, incluso inferior, aprovechan una situación funcional de superioridad o en esa misma situación anuncian un mal sobre las expectativas legítimas de la víctima en su relación de empleo.

Este será el caso, como ya se puso de relieve en relación con el delito de acoso moral laboral, de los clientes de la empresa o de los representantes de los trabajadores, pues en estos casos, pese a que no exista una relación de superioridad laboral orgánica, puede haberla funcional aprovechando esta situación para cometer el delito. Además, están en posición de utilizar argumentos que condicionen la voluntad de la víctima, creando así una situación similar a la que se produce cuando es el empresario u otros superiores jerárquicos quienes acosan, prevaleciendo de dicha situación.

Pues bien, en el primer caso, tanto en el tipo básico como en el agravado, dependiendo de las concretas circunstancias del caso, no cabe duda de que estos sujetos están en disposición de anunciar

<sup>74</sup> NARVÁEZ BERMEJO, M. A. (1998), ob. cit., p. 95, de donde se han sacado las frases entrecomilladas; y, en similar sentido, BOIX REIG, J. y ORTS BERENGUER, E. (1999), ob. cit., p. 680. En este sentido, la SAP-Murcia, de 21 de septiembre de 1998, n. 82/1998, señala la existencia del delito en relación a una persona a la que no se le ha dado de alta en la Seguridad Social y carece de contrato escrito, pero que ha superado el período de prueba, no regularizándose su situación laboral, pese a que la mujer lo había solicitado, siendo precisamente dicha regularización la que se emplea como condición para conseguir los favores sexuales —sobre esta interpretación SÁNCHEZ, E. y LARRAUI, E. (1999), ob. cit., p. 24

<sup>75</sup> NARVÁEZ BERMEJO, M. A. (1998), ob. cit., p. 94.

<sup>76</sup> BOIX REIG, J. y ORTS BERENGUER, E. (1999), ob. cit., pp. 680 y 681.

<sup>77</sup> NARVÁEZ BERMEJO, M. A. (1998), ob. cit., p. 94

<sup>78</sup> SÁNCHEZ, E. y LARRAUI, E. (1999), ob. cit., p. 24.

un mal sobre las legítimas expectativas laborales de la víctima introduciendo, por tanto, un límite a su libertad a la hora de reaccionar frente a la solicitud sexual.

Lo mismo cabe decir en relación con los representantes de los trabajadores, pues no hay que olvidar que, en ocasiones, tienen el poder de decidir sobre las condiciones de empleo o el propio empleo de los trabajadores de la empresa. Así, se colocan en una situación de privilegio de la cual pueden prevalerse para solicitar favores sexuales.

En cualquier caso, el tipo no alcanza a las relaciones de igualdad en las que el autor no puede ejercer un poder laboral sobre la víctima, salvo, claro está, que simule dicha situación haciéndola creíble para la víctima<sup>79</sup>.

Por otro lado, el sujeto pasivo del delito será cualquier trabajador de la empresa que se encuentre en una situación de inferioridad laboral en relación con el sujeto activo y que, por tanto, pueda temer sus represalias, ya que está en condiciones de ejercer un perjuicio en el normal desarrollo de su relación laboral.

### 3.3. El tipo hiperagravado

Por último, el apartado tercero del artículo 184 del Código Penal establece una pena aún mayor en situaciones en las que la víctima es especialmente vulnerable “*por razón de su edad, enfermedad o situación*”. Así, en estos casos, “*la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo*”.

Se trata por tanto de un agravamiento de la pena que toma en cuenta un criterio subjetivo, como es la situación de especial vulnerabilidad de la víctima. Cuanto mayor es la distancia entre el agresor y quien sufre el acoso, cuanto menor es la capacidad de defensa de este, más reprochable es la conducta. En mi opinión, en estas situaciones, como defendí, la indemnización por los daños morales causados debería ser especialmente alta<sup>80</sup>.

## 4. Notas comunes y divergencias en materia de pena

En el este último apartado se va a dar cuenta de algunas cuestiones relativas a la pena de estos dos delitos.

### a) Penas accesorias

En primer lugar, ambos tipos de acoso se posibilitan establecer, cuando la gravedad de los hechos o el peligro que represente el delincuente lo aconseje, una serie de medidas de protección para la víctima. Así lo determina el art. 57.1 CP que, en relación con estos y otros delitos, permite a los jueces imponer en la sentencia “*la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave*”. Dichas prohibiciones, de acuerdo con el mencionado art. 48 CP, restringen los derechos de comunicación, movilidad y residencia para impedir encuentros y contactos con la víctima, pudiéndose acordar el control de estas medidas por medios electrónicos. Estas penas accesorias serán difícilmente aplicables en

<sup>79</sup> NARVÁEZ BERMEJO, M. A. (1998), ob. cit., p. 92

<sup>80</sup> ALTÉS TÁRREGA, J. A. (2008), ob. cit., pp. 117 y ss.

empresas pequeñas en las que habitualmente el trabajador habrá tomado la decisión de dejar el puesto de trabajo y evitar así estos contactos, sufriendo el por tanto el fin que persiguen esta pena accesoria<sup>81</sup>.

Así, coincido con la opinión de aquella doctrina que, en relación con el delito de acoso moral, pero igualmente válida para el acoso sexual, que defiende que debería haberse contemplado, “junto con la pena de prisión, alguna pena privativa de derechos como la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio o industria. Ello supondría un tratamiento punitivo más coherente con la fenomenología del acoso laboral, pues, además de desplegar ciertos efectos disuasorios, permitiría el alejamiento del acosador respecto de la víctima”, lo que ayudaría a evitar que, como ocurre muchas veces en la práctica, sea la víctima la que acabe trasladándose a otro puesto de trabajo o abandonándolo para no coincidir con su acosador<sup>82</sup>.

### *b) Necesidad de reformar y armonizar las penas de los delitos*

Los delitos de acoso laboral y acoso sexual muestran algunas disonancias claras que deberían ser corregidas. Me refiero a dos cuestiones de forma específica. La primera tiene que ver con la diferencia de pena entre uno y otro delito. Efectivamente, el delito de acoso laboral tiene una condena de prisión de seis meses a dos años, mientras que el acoso sexual en su versión más grave se pena con prisión de seis meses a un año, toda una incongruencia.

Dentro de la categoría general de acoso en las relaciones laborales, el conocido como *mobbing* o acoso moral y los equiparables acosos discriminatorios, siendo igualmente reprobables, no son tan intrusivos como el acoso sexual, que, además de los bienes protegidos en todo acoso, conculca la libertad sexual de la persona y esta diferencia de gravedad se intensifica todavía más si se trata de un acoso de intercambio en el que las víctimas están en situación de vulnerabilidad. Pese a ello, el Código Penal establece condenas mayores para los primeros que para todos los tipos de acoso sexual, lo que, como acertadamente ha señalado la doctrina penal, “implica, en pocas palabras, que en sentido penológico al acosador le resulta más rentable acosar sexualmente a la víctima, que hacerlo laboralmente mediante actos humillantes de naturaleza no-sexual”<sup>83</sup>.

Por tanto, el legislador debería actuar y de *lege ferenda* debería, como mínimo, equiparar la pena de ambos delitos, incrementando la de los distintos tipos de acoso sexual del art. 184 CP<sup>84</sup>.

La segunda cuestión, también advertida por la doctrina<sup>85</sup>, tiene que ver con la comparación de la sanción penal del acoso sexual laboral con su homóloga en sede administrativa. Efectivamente si el juez entendiese aplicable la pena de multa en lugar de la prisión, de acuerdo con los parámetros establecidos daría lugar a una sanción económica menor a la establecida en 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. Efectivamente, el art. 8.13 de esta norma considera como infracción muy grave el acoso sexual, lo que implica una multa que, de acuerdo con el art. 40.1.c de la misma disposición normativa, que se mueve entre 6.251 y 25.000 euros, en su grado mínimo: 25.001 y 100.005 euros, en su grado medio; y 100.006 euros a 187.515 euros en su grado máximo. Sin embargo, si atendemos al acoso sexual penal más grave, la sanción sería como máximo de 400 euros,

<sup>81</sup> SANTANA VEGA, D. M. (2013), ob. cit., 879.

<sup>82</sup> BUSTOS RUBIO, M. (2013), ob. cit., p. 46 y 47.

<sup>83</sup> BUSTOS RUBIO, M. (2013), ob. cit., p. 46.

<sup>84</sup> En este mismo sentido, OTERO GONZÁLEZ, P.; POMARES CINTAS, E. (2010), ob. cit., pp. 202-203; y BUSTOS RUBIO, M. (2013), ob. cit., p. 46. Sobre el carácter privilegiado del acoso sexual respecto de unas conductas que comparten rasgos esenciales, en tanto que son un modo de hostigamiento que provoca un clima objetivo y gravemente intimidatorio, hostil y humillante se manifestó también el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2009.

<sup>85</sup> DOLZ LAGO, M. (2018), ob. cit., p.

que es la cuota diaria máxima prescrita en el art. 50 CP para la pena de multa a las personas físicas, día durante 14 meses, esto es 168.000 euros.

De nuevo se requiere una intervención legislativa que solvente este desajuste, pues siendo la sanción preferente y excluyente de la sanción administrativa, y en atención al ya mencionado principio de intervención mínima del derecho penal, que solo actúa en relación con los actos punibles más graves, no tiene lógica que el empresario acosador salga beneficiado si se actúa contra él en vía penal.

### c) Bibliografía

- ALTÉS TÁRREGA, J. A. (2002), *El acoso sexual en el trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ALTÉS TÁRREGA, J. A. (2008), *El acoso del trabajador en la empresa*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- BARRANCO GÁMEZ, J. M., (2016), Acoso sexual, *Diario la Ley*, (8749).
- BOIX REIG, J. y ORTS BERENGUER, E. (1999), Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999, *Actualidad Penal*, (35).
- BUSTOS RUBIO, M. (2013), El delito de acoso laboral: exigencias europeas y análisis del tipo penal, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (1).
- CARMONA SALGADO, C. (1996), Comentario al art. 18, en COBO DEL ROSAL M. (Dir.), *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial I*, Madrid: Marcial Pons
- CARMONA SALGADO, C. (2011), Tratamiento jurídico-penal de los acosos laboral, sexual, inmobiliario y escolar a raíz de la reforma de la LO 5/2010 (1), *Diario la Ley*, (7626)
- DOLZ LAGO, M. J. (2018), El acoso ante el derecho: fronteras interdisciplinares, *Diario La Ley*, (9112).
- FERNÁNDEZ PALMA, R. (2010), Acoso laboral e inmobiliario, art. 172.1, párrafos segundo y tercero CP, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Navarra.
- LAMARCA, C. (1996), La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal, *Jueces para la Democracia*, (27).
- LARRAURI, E. (1997), El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración, *Cuadernos de Derecho Judicial*, (7).
- LOUSADA AROCHENA, J. F. (2003), El acoso moral por razón de género, *Aranzadi Social*, (15).
- LUELMO MILLAN, M. A. (2006), La normativa que viene sobre el acoso moral y sexual y las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales más recientes a su tratamiento jurídico, *Aranzadi social* (12).
- MATALLÍN EVANGELIO, A. (2000), *El nuevo delito de acoso sexual*, Valencia: Ediciones Revista General de Derecho.
- MOLINA NAVARRETE, C. (2019-a), ¿La cuestión de género muta hoy en «delito» la «broma» de ayer?: la (infra) valoración judicial de la violencia laboral contra las mujeres, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, (433).
- MOLINA NAVARRETE, C. (2019-b), Redes sociales digitales y gestión de riesgos profesionales: prevenir el ciberacoso sexual en el trabajo, entre la obligación y el desafío, *Diario la Ley*, (9452).
- MOLINA NAVARRETE, C. (2019-c), La “des-psicologización” del concepto constitucional de acoso moral en el trabajo: ni la intención ni el daño son elementos del tipo jurídico, *Revista de Derecho Social* (86).
- MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R. (1996), Comentarios al art. 184, en QUINTERO, G. (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Pamplona: Aranzadi.

- MUÑOZ CONDE, F. (2019), *Derecho penal, parte especial*, (22 ed.), Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia.
- MUÑOZ CUESTA, J. (2020), Rechazo social al trato degradante como atentado a la integridad moral, *Revista Aranzadi Doctrinal*, (2).
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. (2010), Aspectos esenciales del nuevo delito de acoso laboral y sus antecedentes jurisprudenciales como trato degradante, *Diario La Ley*, (7534).
- OTERO GONZÁLEZ, P.; POMARES CINTAS, E. (2010), El acoso laboral (*mobbing*), en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- PÉREZ DEL RÍO, M. T. (2006), La violencia de género en el trabajo: elementos conceptuales y recepción normativa, en DURÁN LÓPEZ, F., CRUZ VILLALÓN, J.; CASAS BAAMONDE, M. E. (Coord.), *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer*, Madrid: La Ley.
- PÉREZ GINÉS, C. A. (2016), Violencia en el ámbito laboral, *Diario La Ley*, (8730).
- POMARES CINTAS, E. (2009), ¿Protección penal específica del derecho a no sufrir acoso en el trabajo?, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- PONS CARMENA, M. (2020), Acoso y violencia en el trabajo a la luz del Convenio OIT nº 190, *Labos*, (1)2.
- RODRIGUEZ INIESTA, G. (2006), El acoso laboral y su protección frente al mismo, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (Dir.) *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*, Navarra: Thomson Aranzadi, 2006.
- SALVADOR CONCEPCIÓN, R. (2019), Responsabilidad del empleador como garante ante el acoso psicológico laboral, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, (53).
- SÁNCHEZ, E.; LARRAUI, E. (1999), *El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- SÁNCHEZ GARRIDO, J. A. (2011), La consideración penal del *mobbing*, *Diario la Ley*, (7612).
- SANTANA VEGA, D. M. (2013), El nuevo delito de acoso laboral (versión en línea), en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.; COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A.; GÓMEZ PAVÓN, P. (coord.), *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- SERRANO ROMENO, J. F., (2011), Regulación legal del *mobbing*: laboral, administrativa, civil y penal. Especial referencia a la reforma penal operada en esta materia por LO 5/ 2001, *Diario La Ley*, (7650).
- SOTO SUÁREZ, C. (2013), Supuesto de acoso sexual o el cuidado con las palabras el Código Penal frente al diccionario de la lengua, *Diario la Ley* (8019).
- TRABADO ÁLVAREZ, C., (2011), La regulación penal del delito de *mobbing* en España, *Diario La Ley*, (7718).
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2012), La incriminación del *mobbing* en Derecho penal español: los claros oscuros del delito de acoso laboral, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, (30).
- VILLEGAS GARCÍA, M. A.; ENCINAR DEL POZO, M. A. (2018), El delito de acoso sexual, *Diario La Ley*, (9272).
- YAGÜE BLANCO, S. (2020), Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso: delimitación de su ámbito de aplicación ante la posible ratificación por España, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, (57).

ARTÍCULOS JURISPRUDENCIALES

# La jurisprudencia existente acerca de la indumentaria del trabajador y otros elementos que afectan a su aspecto e imagen externa durante el trabajo

Existing jurisprudence on clothing of the worker and other elements that affect their appearance and external image during work

Tomás Sala Franco\*

*Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Valencia. Estudio General*

Recibido: 1/2/2021

Aceptado: 8/2/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6047>

*Resumen:* Partiendo de la doctrina del “*equilibrio de derechos*” del Tribunal Constitucional sobre la solución de los conflictos de concurrencia entre derechos constitucionales, se analiza la jurisprudencia de los principales Tribunales acerca del conflicto entre la libertad de empresa y el derecho a la propia imagen del trabajador en relación la indumentaria de éste en el trabajo.

*Palabras clave:* Libertad de empresa. Derecho al honor, intimidad y propia imagen. Indumentaria del trabajador. Jurisprudencia.

*Abstract:* Starting from the doctrine of the “*balance of rights*” of the Constitutional Court on the solution of conflicts of concurrence between constitutional rights, the jurisprudence of the main Courts about the conflict between the freedom of company and the right to own image of the worker is analyzed in relation to his clothing at work.

*Keywords:* Freedom of company. Right to honor, privacy and own image. Worker’s clothing. Jurisprudence.

## 1. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales del trabajador: la “*doctrina del equilibrio entre derechos constitucionales en conflicto*”.

La celebración de un contrato de trabajo no supone la pérdida para el trabajador de los derechos fundamentales que la CE le reconoce como ciudadano (SS.TC 38/1981, de 23 de Noviembre y 88/1985, de 19 de Julio). Por tanto, no bastará con la sola alegación del interés empresarial para restringir los derechos fundamentales del trabajador dada la posición prevalente que éstos tienen en nuestro ordenamiento (SS.TC 99/1994, de 11 de Abril y 6/1995, de 10 de Enero).

---

\*[tomas.sala-franco@uv.es](mailto:tomas.sala-franco@uv.es)

Pero los derechos fundamentales del trabajador no son derechos absolutos sino que se encuentran sometidos a límites, debiendo ejercitarse respetando otros derechos igualmente protegidos por la CE, tales como el derecho de libertad de empresa del empresario, concretable en su poder de dirección y organización del trabajo. Así pues, la concurrencia de derechos constitucionales enfrentados obligará siempre a analizar las circunstancias concurrentes en cada caso para la solución del conflicto.

Para solucionar estos conflictos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha elaborado la denominada “*doctrina del equilibrio de los derechos constitucionales*”, consistente básicamente en lo siguiente:

- 1º) No hay duda, según ha manifestado en repetidas ocasiones el Tribunal Constitucional a partir de la STC 38/1991, de 23 de Noviembre, de que los derechos fundamentales poseen no solo una eficacia vertical frente al Estado sino también una eficacia horizontal entre los particulares y, singularmente, en las relaciones laborales entre empresarios y trabajadores, “*dado que en un Estado Social de Derecho como el que consagra el Art. 1 de la CE no puede sostenerse que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social*” (STC 18/1984, de 7 de Febrero), señalando que “*la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación en modo alguno para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano*”. Lo que se ha justificado por cuanto las organizaciones empresariales no forman “*mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el Art. 38 CE legitima que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional*” (por todas, SS.TC 88/1985, de 19 de Julio; 106/1996, de 12 de Junio, 98/2000, de 10 de Abril, 80/2001, de 26 de Marzo; o 196/2004, de 15 de Noviembre).
- 2º) Resulta igualmente claro para el Tribunal Constitucional que tales derechos fundamentales del trabajador no son derechos absolutos o ilimitados que deban imponerse sin más a los demás derechos concurrentes, sino que, al contrario, vienen limitados, no solo intrínsecamente por su propia naturaleza y características, sino también extrínsecamente, esto es, por la existencia de otros derechos constitucionalmente reconocidos (por todas, STC 11/1981, de 8 de Abril).
- 3º) Se hace preciso, pues, compaginar la existencia de derechos posiblemente contradictorios, problema que el Tribunal Constitucional soluciona a través de la «*doctrina del equilibrio de los derechos constitucionales*», no tanto en base a un principio de jerarquización entre los derechos constitucionales dando prioridad a los derechos fundamentales sobre los demás derechos reconocidos, sino en base a un principio de equilibrio y proporcionalidad entre todos ellos, exigiendo en todo caso el respeto del contenido esencial del derecho fundamental, esto es, de “*aquella parte del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos que dan vida al derecho resulten real, concreta y efectivamente protegidos*” (STC 11/1981, de 8 de Abril).

Así pues, las limitaciones de un derecho fundamental solo pueden tener lugar y estar justificadas si superan el “*juicio de proporcionalidad*”, concretable en los tres juicios siguientes:

- a) El “*juicio de idoneidad*” o de “*adecuación de la medida*”, esto es, si tal limitación es susceptible de conseguir el objetivo propuesto con la misma.

- b) El “juicio de necesidad”, esto es, si tal limitación es necesaria, en el sentido de la inexistencia de otra medida limitativa menos agresiva con el derecho fundamental en juego para conseguir el propósito con igual eficacia.
  - c) El “juicio de proporcionalidad en sentido estricto”, esto es, si se derivan de la limitación más ventajas para el interés empresarial que perjuicios para los derechos del trabajador (por todas, SS.TC 99/1994, de 11 de abril; 6/1995, de 10 de Enero; 66/1995, de 8 de Mayo; 55/1996, de 28 de Marzo; 207/1996, de 16 de Diciembre; 204/1997, de 25 de Noviembre; 207/1996, de 27 de Diciembre; 37/1998, de 17 de Febrero; 98/2000, de 10 de Abril; o 186/2000, de 10 de Julio).
- 4º) De esta manera, en aplicación del anterior esquema interpretativo del Tribunal Constitucional, los derechos fundamentales del trabajador recogidos en el Art. 18 de la CE limitarán los poderes empresariales de selección, de organización y de control de los trabajadores subordinados, que forman parte esencial del derecho de libertad de empresa reconocido en el Art. 38 de la CE y serán limitados a su vez por ellos.

Será con este bagaje instrumental con el que la jurisprudencia ordinaria debe igualmente abordar la solución de estos conflictos de derechos, a la vista de la pobreza o escasez de normas reguladoras (legales y aún convencionales) sobre el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador y el poder de dirección empresarial.

## 2. Los derechos en juego en materia de indumentaria personal e imagen externa del trabajador

Cuando se enfrentan el interés del empresario en que sus trabajadores den una determinada “imagen de empresa” - referida no solamente a la vestimenta que deba usar en el trabajo (exigencia de un determinado uniforme de empresa, de faldas o de zapatos de tacón a las trabajadoras o de chaqueta y corbata a los trabajadores; prohibición de llevar pantalones vaqueros, zapatillas de deporte o determinados símbolos religiosos, políticos o filosóficos; prohibición o limitación en el uso de pendientes, “piercing” o pulseras; prohibición o exigencia de gorros o pañuelos en la cabeza, etc.), sino también a su aspecto exterior y aseo personal (prohibición de llevar pelos largos o excesivamente cortos, pelos “trabajados” o pelos teñidos con determinados colores “no naturales”, de llevar barba o bigote, de usar excesivamente pinturas y aceites; exigencias en cuanto al uso de maquillaje en el trabajo, de peso corporal o de una elemental limpieza que evite olores corporales, etc.),- y el interés del trabajador en mantener su libertad durante la jornada de trabajo para decidir sobre su propia imagen, entran en conflicto varios derechos constitucionalmente protegidos (por todas, STCO 88/1985, de 19 de Julio):

- a) De una parte, el derecho a la “libertad de empresa”, reconocida en el Art. 38 de la CE (“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”) y en los Arts. 5.c) (“Los trabajadores tienen como deberes básicos: c) Cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas”) y 20 (“En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes e instrucciones adoptadas por aquel, en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres”).
- b) De otra parte, con carácter general, el derecho del trabajador al “honor”, a la “intimidad personal” y a “la propia imagen”, reconocido en el Art. 18.1 de la CE (“Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”) y en el Art. 4.2 e) del

ET (“*En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: e) Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad*”). Si bien, en ocasiones, pudieran concurrir otros derechos, tales como el derecho a la “*no discriminación por razón de género*” (Arts. 14 de la CE y 4.2 c) y 17.1 del ET), el derecho a la seguridad y salud laboral (Arts. 15 de la CE y 4.2 d) del ET), el derecho a “*la libertad religiosa*” (Arts. 14 y 16.1 de la CE y 4.2 c) y 17.1 del ET) o el derecho a la libertad de expresión (Art. 20 de la CE).

**3. La doctrina jurisprudencial y judicial sobre estas cuestiones.** A continuación, expondré cuáles han sido los conflictos que han llegado a los Tribunales Superiores (Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional o Tribunales Superiores de Justicia Autonómicos) y cuáles han sido las soluciones dadas a los mismos, con sus correspondientes argumentaciones, siguiendo para ello un criterio cronológico:

*1ª) STS 11038/1986, de 12 de Febrero y STC 170/1987, de 30 de Octubre*

En la Sentencia del Tribunal Constitucional se resuelve negativamente el recurso de amparo solicitado por un trabajador, primer barman en una empresa hotelera, al que se le ordena afeitarse la barba y, ante la reiterada negativa del trabajador, se le sanciona con el despido disciplinario.

El trabajador recurre en amparo, alegando vulneración de los Arts. 24.1 (derecho a la tutela judicial efectiva), 14 (derecho a la igualdad de trato) y 18.1 de la CE (derecho a la intimidad y a la propia imagen) y el Tribunal Constitucional desmonta cada una de estos fundamentos de derecho del recurso del siguiente modo:

- a) Alegar por el recurrente que se vulneró el Art. 24. 1 de la CE porque la Sala Sexta del Tribunal Supremo no acordó como prueba para mejor proveer la solicitada por él para acreditar que otra Sentencia del mismo Juzgado de lo Social dictada anteriormente en un supuesto idéntico resolvía el caso en sentido favorable para el trabajador, es olvidar que, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, “*la decisión sobre la pertinencia de las pruebas propuestas por las partes, lo mismo que la valoración de las practicadas, es función que corresponde a los órganos judiciales de conformidad con el Art. 117.3 de la Constitución, sin que este Tribunal pueda revisar tales decisiones, salvo los supuestos en que se justifique que la prueba denegada lesiona el derecho de defensa por ser decisiva o tener influencia notoria para la resolución del pleito o de un punto controvertido de mismo. Y éste no es el caso*”. Pero, además, “*la prueba se ha solicitado para mejor proveer en un recurso de casación en el que... no es dable, en absoluto, aportase ningún elemento de juicio que no lo haya sido en instancia (por) la propia naturaleza del recurso*”.
- b) Tampoco se da infracción del principio de igualdad que consagra el Art. 14 de la Constitución por parte de la Sentencia del Juzgado de lo Social que dicta una sentencia desfavorable para el recurrente contraria a otra anterior del mismo Juzgado, por cuanto que, para que se de la infracción requerida, es necesario “*que los casos resueltos respondan sustancialmente a los mismos supuestos de hecho y que no se fundamente o justifique el cambio de criterio del juzgador, el cual puede, naturalmente, en su función de aplicación de la legalidad, evolucionar razonablemente en su proceso interpretativo sin que ello vulnere el principio de igualdad*” y éste es lo que ocurre en el presente caso.

- c) Finalmente, por lo que respecta a la supuesta vulneración del derecho a la intimidad y a la propia imagen de trabajador, argumenta la Sentencia que *“no es la decisión personal sobre su apariencia física lo que se discute en este proceso, sino si esta decisión puede o no limitarse en virtud de las relaciones laborales en que desarrolla su actividad profesional”*. Y, en esta perspectiva, se señala que *“el punto crucial del litigio consiste en determinar si la orden del empresario excedía o no de sus facultades directivas; y, apreciando como hecho probado el uso local en el sector de hostelería de que los empleados que tengan contacto con los clientes deben permanecer afeitados, debe considerarse legitimado al empresario para dar dicha orden (Art. 20.1 del ET) y procedente el despido por el reiterado incumplimiento del trabajador (Art. 54.2 del ET)”*.

*2ª) STSJ de la Comunidad Valenciana, de 29 de Mayo de 1996, Ar/1615*

El trabajador, en una actividad dedicada a la manipulación de alimentos frescos, comprometido por el contrato expresamente a observar un riguroso aseo personal, por dejarse *“una pequeña perilla nada poblada, que ha mantenido muy corta y perfectamente cuidada, habiendo asistido a su puesto de trabajo observando siempre un correcto aseo personal”*, es requerido por la empresa para que se afeite la barba y, ante la negativa del trabajador, es despedido por desobediencia grave.

La Sentencia de instancia declaró la improcedencia del despido, al no acreditarse en este caso *“la actitud rebelde de desobediencia”* en el trabajador ni tampoco la existencia de un uso o costumbre que prohíba el uso de la barba (en este caso, perilla de las características señaladas), existiendo prueba en contra de que otros trabajadores, también en contacto con el público, llevaban bigote y perilla de largo superior a la del actor.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia confirmó la Sentencia de instancia, argumentando igualmente que las costumbres no se rigen por el principio *“iura novit curia”* y que, al no haber sido demostrada en juicio por la empresa, no cabe aplicarla.

*3ª) STSJ de Cataluña, de 8 de Enero de 1998, Ar/156*

En la presente Sentencia se plantea el caso de un camarero que, reiteradamente, se niega a vestir el uniforme de la empresa y es despedido por ello por desobediencia. Mientras la Sentencia de instancia declara improcedente el despido del trabajador, la Sentencia de suplicación revoca la de instancia y declara el despido procedente.

La argumentación de la Sentencia se basa en la obligación del trabajador de obedecer las órdenes e instrucciones empresariales dentro del ámbito y organización del trabajo, *“salvo que la misma pueda comportarle riesgos inminentes o devenga ilegal o atentatoria de su dignidad”*, cosa que, a su juicio, no se da en el presente caso.

*4ª) Sentencias de la Audiencia Nacional de 30 de Septiembre de 1999, Ar/4272, del Tribunal Supremo, de 23 de Enero de 2001, Ar/2063 y del Tribunal Constitucional 84/2006, de 27 de Marzo*

Establecido para el AVE de RENFE un Manual de Uniformidad para sus trabajadores masculinos (pantalón y calcetines) y femeninos (falda larga, de dos centímetros por encima de la rótula y medias), se plantea conflicto colectivo por el Sindicato Federal Ferroviario de la Confederación General del Trabajo (SFF-CGT), afectando a la totalidad de las trabajadoras, contra el uniforme

femenino por considerarlo atentatorio de los Arts. 14 a 28 de la Constitución (discriminación por razón de sexo).

La Sentencia de la Audiencia Nacional desestima la demanda y argumenta que *“es razonable exigir al personal...una uniformidad especial, que no quede al arbitrio de trabajador, ni un derecho de opción, que al varón no se otorga, cuando el uso de la falda en el ambiente social que nos rodea no se considera discriminatoria por razón de sexo, sino simple manifestación de moda o elegancia, o de disfrute de una comodidad impropia de aquellas otras cualidades...prevaleciendo...las facultades organizativas que al empresario corresponden”*.

La Sentencia del Tribunal Supremo desestimó el posterior recurso de casación, confirmando la Sentencia de la Audiencia Nacional, argumentando que *“ello no acarrea que exista una discriminación en el hecho de imponer la falda litigiosa a ciertas empleadas que tienen relación directa con la clientela, pues la desigualdad de trato no obedece a un motivo sexista, ni se han acreditado factores relevantes que tachen de discriminatoria la exigencia, pues la obligación de uniformidad parece razonable en una empresa pública, que, con la instauración de un novedoso y moderno medio de comunicación, como es el AVE, trata de uniformar a quienes de manera constante y habitual proyectan sobre los clientes la imagen de la Compañía, en condiciones de igualdad con otras empresas dedicadas a idéntica o semejante actividad, por lo que existe una justificación objetiva y razonable que priva a la uniformidad de la empleada de carácter discriminatorio”*.

Planteado con posterioridad recurso de amparo contra la Sentencia ante el Tribunal Constitucional, comoquiera que la empresa había aceptado extrajudicialmente la reclamación de los trabajadores, señalará éste que *“la reparación de los derechos fundamentales que se denuncian vulnerados se ha producido extraprocesalmente con anterioridad a que este Tribunal dicte su decisión, por la desaparición de la causa o acto determinantes de esa hipotética lesión de derechos, que resulta así inexistente en la actualidad, lo que “hace perder sentido a un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, al carecer ya de vulneración sobre la que realizarlo. En suma, como la pretensión dirigida al restablecimiento o la preservación de los derechos presuntamente vulnerados se ha visto satisfecha fuera del propio proceso de amparo, cabe concluir “que éste carece desde ese momento de objeto sobre el que deba pronunciarse este Tribunal”*”.

#### 5ª) STSJ de Cataluña, de 3 de Diciembre de 1999, Ar/2522

Un vigilante de seguridad se niega a usar la gorra dentro del centro de trabajo que, como parte del uniforme, ha impuesto la empresa. Y, ante la negativa reiterada del trabajador, es despedido por desobediencia.

La Sentencia, sin cuestionarse en ningún momento la facultad del empresario de imponer un uniforme a su personal, facultad tampoco cuestionada argumentalmente por el trabajador, falla, sin embargo, confirmando la Sentencia de instancia, que el despido es improcedente por entender *“totalmente desproporcionada (la medida) en relación con las circunstancias concurrentes”*.

#### 6ª) STSJ de Cantabria, de 17 de Agosto de 2000, Ar/3145

En el presente caso, una trabajadora, camarera en un establecimiento abierto al público, que se coloca un *“piercing”* en la nariz, es instada por la empresa a quitárselo y, ante la negativa a hacerlo, alegando que *“podía producirse una lesión para la propia salud o aspecto físico si se retiraba el pendiente mientras no cicatrízase la herida”*, es despedida por desobediencia.

En este supuesto, y así lo confirma expresamente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, *“no se plantea la decisión personal sobre la apariencia física y el problema inmediato de si la actitud*

*de colocarse un gran pendiente en la nariz puede o no condicionarse o limitarse en virtud de las exigencias en las que se desarrolla la actividad profesional, es decir, la utilización por el empresario de sus facultades directivas y la trascendencia del uso y costumbre en un determinado sector (de hostelería) frente al ejercicio de la libertad personal y la propia imagen”, sino solamente si el despido está o no justificado.*

En este último sentido, y confirmando la Sentencia de instancia, el Tribunal Superior declara el despido improcedente, argumentando que *“la negativa de la trabajadora a obedecer está fundada en la eventualidad de que se produjera una lesión para la propia salud o aspecto físico si no le podía retirar el pendiente mientras no cicatrizase la herida”* y que *“se exceptúan del deber de obediencia las órdenes del empresario que afectan a derechos irrenunciables del trabajador, que afectan a su dignidad, sean ilegales o, como se aprecia en el caso analizado, concurren circunstancias de peligrosidad u otras análogas que razonablemente justifiquen la negativa a obedecer la orden de la empresa”*.

*7ª) STSJ de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, de 5 de Febrero de 2001, Ar/1348*

Un trabajador, auxiliar administrativo en una Agencia de Viajes, que se niega a utilizar el uniforme suministrado por la empresa (una determinada camiseta), es despedido por desobediencia.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, confirmando la Sentencia de instancia, declara el despido procedente por entender que *“resulta patente... la indisciplina del trabajador y su firme, decidida y constante voluntad de incumplir la orden de la empresa de emplear una vestimenta determinada durante el trabajo, sin otra razón para desobedecer que su propio capricho, pues ninguna ha aducido para tratar de justificar su actitud”*.

Aunque no se plantea en el juicio y, por tanto en la Sentencia, la cuestión de fondo de si una empresa puede obligar a sus trabajadores a llevar un uniforme, parece desprenderse tácitamente de la argumentación judicial que tal facultad empresarial se deriva de su poder de organización y dirección del trabajo.

*8ª) STSJ de la Comunidad Autónoma de Madrid, de 10 de Julio de 2001, Ar/3724*

Ante la negativa a usar el gorro un empleado de cocina en una empresa hostelera, es despedido por desobediencia.

La Sentencia dictada en suplicación revoca la Sentencia de instancia y declara la procedencia del despido, argumentando que el gorro era obligatorio para todo el personal de cocina, con base en el RD 2207/1995 –que establece que en las empresas del sector alimentario es obligatorio el gorro de cabeza– y en el Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el Sector de Hostelería de 24 de junio de 1996.

*9ª) STSJ de Andalucía/Granada, de 13 de Noviembre de 2001, Ar/2002/53716*

Un trabajador, que se niega a utilizar la camiseta proporcionada por la empresa con su anagrama, según establece el convenio colectivo aplicable, y utiliza una camiseta distinta con un mensaje reivindicativo, es despedido por ello y la Sentencia dictada en suplicación, confirmando la Sentencia de instancia, declara la procedencia del despido efectuado por la empresa.

En el presente caso, el trabajador alega que la prohibición de utilizar las camisetas reivindicativas atenta contra el derecho fundamental a la libertad de expresión y a la libertad sindical. En este sentido, la Sentencia niega tal acusación y señala que la exigencia de la empresa *“no atenta a*

*la posible libertad de expresión de los trabajadores y a libertad sindical; otra cosa hubiera sido si en la propia ropa de trabajo suministrada por la empresa, y no en otra distinta, se hubieran incorporado los anagramas y frases publicitarias antes dichas, en cuyo caso, si tal incorporación hubiera sido vetada por la empresa, si pudiéramos entrar a analizar si se viola o no el derecho a la libertad sindical, pero como ése no es el caso, y ciñéndonos a lo que es objeto de debate, no puede decirse que la decisión empresarial impugnada viole tal derecho, por lo que procede confirmar la resolución impugnada”.*

10ª) STSJ de Las Islas Canarias, de 20 de Diciembre de 2001, Ar/2002/159624

La empresa “Eurohandling UTE” publicó unas normas de uniformidad para los trabajadores en las que se señalaba, respecto del personal femenino, lo siguiente:

- a) *“La chaqueta debe estar completamente abrochada o perfectamente doblada sobre el brazo, pudiéndose en temporada de verano autorizar por el supervisor que se facture sin chaqueta siempre que todos los facturantes vayan iguales, y únicamente debe prescindirse de ella dentro del mostrador”.*
- b) *“El maquillaje del rostro debe ser discreto, en tonos naturales, el de los ojos es obligatorio en colores que armonicen con el uniforme y el maquillaje de labios es obligatorio llevarlos siempre pintados, con colores brillo o acordes con el uniforme, señalándose igualmente que los peinados permitidos son pelo corto sin rapados en nuca o patillas, media melena cuya longitud no exceda del cuello, moño no demasiado alto, cola cuya longitud no exceda de los hombros, el flequillo no podrá sobrepasar la altura de las cejas, no permitiéndose peinados ultramodernos”.*

Los trabajadores plantearon demanda contra la empresa por atentado a los Arts. 14 (principio de no discriminación por razón de sexo) y 18 de la Constitución (derecho a la intimidad y a la propia imagen), obteniendo una Sentencia en instancia denegatoria, que fue más tarde confirmada por el Tribunal Superior de Justicia, con los siguientes escasos “argumentos”:

- 1º) En relación con el principio de no discriminación por razón de sexo, señala que *“las normas de uniformidad impuestas por Eurohandling en la actividad desarrollada no vulnera el principio de igualdad...; la obligación de uniformidad es razonable en una empresa pública, respondiendo a consideraciones organizativas empresariales adoptadas con la finalidad de dar a la clientela una buena imagen de empresa”.*
- 2º) Respecto del derecho a la intimidad y a la propia imagen, señala que los derechos a la intimidad y a la propia imagen quedan *“delimitados por las leyes y usos sociales”* y que *“no se puede afirmar razonablemente, en el contexto y circunstancias laborales en que ha sido tomada la medida empresarial que las reglas de uniformidad, que no alcanzan a la vida privada de los empleados, viole los derechos citados”.*
- 3º) Concluye, finalmente, la Sentencia en que es razonable que la empresa adopte la uniformidad en el desarrollo de una actividad y que *“la determinación de la uniformidad, en defecto de pacto colectivo o individual de los interesados, es competencia del empleador, salvo naturalmente, que la decisión patronal atente a la seguridad y honor del trabajador o a cualquiera de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución”*, cosa que, en este caso, entiende que no sucede.

*11ª) STSJ de la Comunidad de Madrid, de 18 de Abril de 2001. Ar/2341*

El trabajador, cocinero de profesión, además del bigote que lucía desde su ingreso en la empresa, aditamento personal aceptado sin mayores problemas por ésta, se dejó una perilla (*“recortada y aseada”*, según reza en los hechos probados), siendo requerido por la empresa a *“rasurársela completamente en el plazo de cinco días”*, fundamentando su decisión en que el trabajador se dedicaba a la manipulación de alimentos, que corresponde a la empresa, según el RD 202/2000, de 11 de febrero, garantizar la salubridad y seguridad de los alimentos y que la menor presencia de cabello visible en los manipuladores implica un menor riesgo de contaminación de los alimentos.

Planteadas demandas contra la decisión empresarial, tanto la Sentencia de instancia como la Sentencia de suplicación coinciden en considerar que *“no encuentra apoyo en normativa legal o convencional que prohíba a los cocineros llevar bigote y perilla cuando tales adornos capilares...están debidamente recortados y aseados. Si bien es cierto que el Real Decreto 202/2000, de 11 de febrero, establece que los manipuladores de alimentos deben cumplir las instrucciones de trabajo establecidas por la empresa para garantizar la seguridad y salubridad de los alimentos, tales instrucciones deben ser razonables y encontrar amparo legal, convencional o consuetudinario, lo que no sucede en este caso, al constatar la sentencia combatida que el trabajador desarrolla su tarea con el debido aseo y cuidado”*.

*12ª) STSJ de la Comunidad de Madrid, de 7 de Mayo de 2002, Ar/2042*

Un trabajador, teleoperador de una empresa de telemarketing, decide ir al trabajo con pantalones cortos, por lo que es requerido por la empresa de no hacerlo en adelante. El trabajador se niega a obedecer la instrucción empresarial y envía una carta a la empresa indicándole *“quede claro que seguiré con pantalón corto, porque son bonitos y hace calor”*, copia de cuya carta publica en el tablón de anuncios de la empresa durante los tres días siguientes a su entrega. La empresa despidió al trabajador por desobediencia y éste demanda a la empresa, obteniendo Sentencia declaratoria de la improcedencia del despido tanto de la Sentencia de instancia como de la Sentencia de suplicación.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia argumentará del siguiente modo su postura:

- a) En primer lugar, que se trata de una orden empresarial ajena al trabajo, *“sobre un extremo que ninguna norma interna consta que existiera al respecto, y que excede de las facultades de dirección de la empresa, pues al margen de una genérica corrección y limpieza que es siempre exigible,...no cabe imponer o rechazar sin más una determinada indumentaria, máxime cuando en el desarrollo de su labor el actor no tenía contacto alguno con el público y, por lo tanto, su modo de vestir no trasciende, ni puede ante terceros afectar a la imagen de la demandada”*.
- b) En segundo lugar, que no es comparable el caso con el resuelto por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 1999 (ver supra), *“pues no olvidemos que si facultad de la empresa es imponer una determinada uniformidad en el trabajo a sus empleados, no ejerció la recurrente tal facultad aquí, sino que sin existir uniforme ni norma concreta sobre el modo de vestir, ordenó al demandante no usar la prenda concreta pantalón corto”*.

*13ª) STSJ de Galicia, de 27 de Junio de 2002, Ar/3521*

La Consellería de Sanidad de la Xunta de Galicia establece la obligación para todo el personal de *“fichar uniformado a la entrada y salida del turno de trabajo”*, siendo tal orden empresarial impugnada.

da judicialmente por considerarla atentatoria del derecho a la intimidad y a la propia imagen de los trabajadores (Art. 18.1 de la Constitución).

Tanto la Sentencia de instancia como la Sentencia de suplicación deniegan la pretensión de la demanda, considerando que no resulta atentatoria del derecho fundamental alegado. Las argumentaciones son las siguientes:

- a) En primer lugar, porque la exigencia de uniforme de trabajo está reglamentada, tanto por el Convenio Colectivo para el personal laboral de la Xunta de Galicia, como por una Orden Ministerial de 4 de junio de 1992 (reguladora de la exigencia de uniforme en los centros socio-sanitarios) y por una Resolución de la Dirección General de Relaciones Laborales de la Xunta de 15 de marzo de 2000, sobre la uniformidad en los centros de la Xunta de Galicia.
- b) En segundo lugar, porque la orden empresarial *“lo que exige es fichar uniformado al entrar o salir del turno de trabajo, no antes ni después, debiendo ello situarse en el contexto que supone la diferenciación cierta entre centro de trabajo y puesto de trabajo, entre jornada (tiempo de presencia física en el centro de trabajo) y jornada de trabajo ... y la significación al hilo de ello del fichaje de control horario que se hace dentro del centro de trabajo”*.

*14ª) STSJ de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, de 9 de Septiembre de 2002, Ar/2003/3*

Un trabajador de la Empresa Municipal de Transportes, miembro de la Comunidad Israelita de Mallorca, durante la conducción del autobús lo hace con kipá, siendo así que el Convenio Colectivo que regula el uniforme de los trabajadores no incluye la gorra dentro del mismo. La empresa incoa por ello expediente disciplinario al trabajador y le sanciona. El trabajador impugna judicialmente la sanción con base en el derecho a la libertad religiosa del Art. 16.1 de la Constitución y las sentencias, de instancia y de suplicación, estiman la demanda y declaran el derecho del trabajador a conducir con gorra.

Las argumentaciones utilizadas por la Sentencia para llegar a esta conclusión son las siguientes:

- a) En primer lugar, que *“no existen derechos ilimitados, y el derecho de la empresa a imponer a sus empleados el uso de un determinado uniforme cabe por ello que ceda si colisiona con un derecho al que atribuirse rango preponderante. La orden empresarial de vestir una determinada ropa no puede lesionar la dignidad o el honor del trabajador o cualquiera de los derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente consagrados. El empeño del aquí actor en llevar gorra mientras conduce el autobús no obedece a un mero capricho o al seguimiento de modas. Aunque la sentencia no lo consigne, de manera sorprendente, entre los que declara probados, es hecho clave alegado en la demanda y corroborado de pleno en juicio que aquél es miembro de la Comunidad Israelita de Mallorca y practicante de la religión judía, desde hace unos 23 años, así como que esta creencia considera necesario tener siempre cubierta la cabeza en señal de respeto a la divinidad. Usar gorra, así pues, constituye para el demandante un acto prescrito por su religión, de manera que el conflicto se plantea entre el derecho de la empresa a dirigir la actividad laboral (Art. 20.1 del ET) y el derecho fundamental a la libertad religiosa de uno de sus empleados (Art. 16.1 de la Constitución, desarrollado por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio), derecho fundamental que, como recuerda la STCO 154/2002, de 18 de julio, incluye, junto a la garantía de la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, de un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, una dimensión externa de “agere licere” que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros” (SS.TCO 19/1985; 120/1990; 137/1990)”*.

- b) En segundo lugar, no obstante, la Sentencia matiza y señala prudentemente que *“un conflicto de las características del que aquí se examina no admite una solución única. Dependerá de las circunstancias que concurran en cada situación concreta, ponderando hasta qué punto el comportamiento del trabajador a que le obligan sus convicciones religiosas resulta inocuo para los intereses de la empresa o, por el contrario, incompatible con ellos. En el caso de autos, no consta que la conducta del actor haya causado algún tipo de daño o menoscabo a la imagen de la empresa, incidente o trastorno cualquiera durante la ejecución del servicio o, más en general, ninguna clase de perjuicio”*.

*15ª) STSJ de la Comunidad Autónoma de Cantabria, de 12 de Marzo de 2003, Ar/2708*

Se le imputa al trabajador que el día de su reincorporación al trabajo después de una baja de cuatro meses vestía indumentaria inadecuada (pantalones cortos de deporte o bañador, chaleco sin mangas, brazos al descubierto y sin afeitado), además de otros hechos (ausencias injustificadas, falta de respeto a la dirección, faltas de puntualidad, realización de grabaciones no consentidas de las conversaciones en el centro de trabajo, falta de entrega a la empresa del parte de alta médica y desobediencia), por lo que se le despide.

El trabajador impugna el despido y la Sentencia de instancia lo declara procedente, si bien la Sentencia de suplicación revoca la Sentencia de instancia y declara la improcedencia del despido, alegando, entre otras cosas, que *“el Código de Conducta tipifica como falta grave (no sancionada con despido) la falta de aseo y limpieza personal que produzca quejas justificadas de los compañeros de trabajo y siempre que previamente haya mediado la oportuna advertencia por parte de la empresa, por lo que ni siquiera se cumplen en este caso los requisitos del tipo de la falta grave y aún si se cumplieren la sanción no podría ser la de despido”*.

*16ª) STSJ de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, de 7 de Octubre de 2003, Ar/630*

Una trabajadora de una empresa del Sector del Transporte Aéreo se niega a obedecer las órdenes del encargado de ponerse el chaleco reflectante para realizar su trabajo en las pistas del aeropuerto y es despedida por ello. La trabajadora demanda a la empresa por el despido y, tras la calificación del despido como improcedente por la Sentencia de instancia, el Tribunal Superior de Justicia revoca la Sentencia de instancia y declara la procedencia del despido.

La Sentencia fundamenta su posición en el carácter obligatorio, por razones de seguridad, del uso de los chalecos reflectantes para acceder a las pistas, por así ordenarlo las medidas de seguridad impuestas por AENA, entendiéndose que la negativa de la trabajadora a su uso, lo que determinó que se le impidiera prestar sus servicios, constituye una conducta grave y culpable de la trabajadora por desobediencia, justificativa del despido.

*17ª) STSJ de Galicia, de 26 de Enero de 2007, Ar/205724*

Un trabajador, oficial de 1ª carnicería, entró en repetidas ocasiones en el laboratorio de carnicería sin la ropa de trabajo adecuada, sin gorro y sin mascarilla, en claro incumplimiento de la normativa obligatoria al uso, siendo requerido por ello por el jefe de sector. La empresa le despide por esta conducta y el trabajador impugna judicialmente el despido, manifestándose las Sentencias de instancia y de suplicación en el sentido de calificar el despido como procedente.

La Sentencia argumenta la procedencia del despido en base a la gravedad de la conducta, dado que el acceso y la permanencia del trabajador en el laboratorio de carnicería sin los medios de seguridad obligatorios fue recurrente, máxime tratándose de un trabajador cualificado y habiendo sido además requerido específicamente por el Jefe del sector.

*18ª) STSJ de Cataluña, de 16 de Junio de 2005, Ar/1771*

Un trabajador, vigilante de seguridad, es despedido por llevar solamente parte del uniforme de la empresa (los pantalones eran de paisano y la camisa de rayas, camisa que había quedado inhabilitada por el nuevo uniforme), además de por ausentarse del puesto en una determinada ocasión. Impugnado judicialmente el despido, tanto la Sentencia de instancia como la de suplicación estiman la improcedencia del despido, argumentando, con base en la conocida “teoría gradualista” de la jurisprudencia a la hora de enjuiciar las circunstancias justificativas de un despido (antigüedad del trabajador en la empresa, escaso o nulo perjuicio económico sufrido por la empresa y la inexistencia de otras sanciones anteriores por el mismo hecho), sin que en ningún caso se ponga en cuestión el derecho de la empresa a exigir el cumplimiento del uniforme de empresa por ella establecido.

*19ª) STSJ de Galicia, de 26 de Enero de 2007*

Considera la Sala que “*el acceso y la permanencia del trabajador en el laboratorio de carnicería sin los medios de seguridad obligatorios fue recurrente, máxime tratándose de un trabajador cualificado y habiendo sido además requerido específicamente por el Jefe del sector*”, incumplimiento que determinó su despido procedente.

*20ª) STSJ de la Comunidad Autónoma de Madrid, de 5 de Noviembre de 2007, Ar/3506*

Un trabajador, en una empresa concesionaria de automóviles, con la categoría profesional de viajante, se presentó un día en el centro de trabajo con una camiseta deportiva, con número dorsal, pantalones vaqueros y zapatillas de deporte. Mediante carta de la misma fecha, la empresa le impuso una sanción de suspensión de empleo y sueldo de un día por falta grave, considerando que su puesto de comercial con atención al público hacía inadecuada la vestimenta y era perjudicial para la imagen de la marca. Al día siguiente, el actor se vuelve a presentar en el centro de trabajo de la misma guisa. Mediante carta de ese día, la empresa le impuso una nueva sanción de empleo y sueldo, esta vez de doce días, por falta grave. Al día siguiente, nuevamente el actor volvió a comparecer con la misma vestimenta en la empresa. Esta, mediante carta de la misma fecha, comunicó al actor su despido inmediato, aludiendo a su conducta inadecuada y provocativa, a los requerimientos que le habían sido hechos para que no acudiese al trabajo con una vestimenta tan informal y a las dos sanciones precedentes. En la empresa, en el departamento comercial, habitualmente se acudía a trabajar vestido con traje y corbata de cara al público, y que solo se utiliza una vestimenta algo menos formal, pero elegante en todo caso, cuando se realiza un inventario o se retiran coches de eventos celebrados en el extranjero.

Demandada la empresa por despido, tanto la Sentencia de instancia como la Sentencia de suplicación coinciden en calificar el despido de procedente, argumentando de la siguiente forma: “*Es de conocimiento común que determinadas actividades laborales requieren una mínima corrección o pulcritud indumentaria conforme unas reglas de trato social comúnmente admitidas, que por ello se dan por supues-*

*tas sin necesidad de un acuerdo expreso. Siendo ello así, quien aceptó prestar tareas de aquella índole carece de justificación para eximirse de las obligaciones que al respecto y conforme a esos usos sociales requiera el desempeño de sus cometidos profesionales. En el supuesto examinado, la índole de las tareas profesionales encomendadas al demandante comportaba, mientras las desempeñaba, obvias limitaciones en su libertad de vestir a su antojo. Por añadidura, el modo de actuar del demandante, al hacer caso omiso de manera reiterada de las lógicas advertencias y amonestaciones de la empresa, exterioriza un indudable propósito de indisciplina e incluso de provocación, tan perceptible, que esta Sala apenas ha de esforzarse por argumentar lo obvio, dado que resulta patente la insumisión del trabajador y su firme y decidida voluntad de incumplir la orden de la empresa de que no volviera a acudir a su trabajo con una vestimenta inadecuada según esos usos sociales. El comportamiento del trabajador demandante contravino claramente el legítimo poder de dirección del empresario (Arts. 5 c) y 20.1 del ET) y merece indudablemente el despido en recta aplicación del Art. 54.2 b) del ET; la conducta descrita, reiterada por el trabajador en tres diferentes días del mes de julio de 2006, evidencia un clara indisciplina y vulneración de la buena fe contractual, con las notas de gravedad y culpabilidad que determinan la procedencia del despido”.*

21ª) STSJ de Cataluña, de 23 de Julio de 2008, Rec. 3296/2008

La Sentencia considera que la exigencia por parte de la empresa del uso obligatorio de una gorra, que ésta facilita, a los vigilantes de seguridad que realizan sus servicios en una estación ferroviaria no obedece a una decisión arbitraria empresarial sino que se justifica por el lugar donde se presta el servicio, ya que facilita el más pronto reconocimiento de los mismos por parte de los usuarios de los servicios ferroviarios.

22ª) STSJ de Andalucía/Málaga, de 27 de Noviembre de 2008, Rec. 2/2008 y STS de 19 de Abril de 2011, Rec. 16/2009

El TSJ de Málaga entiende que no existe discriminación en la conducta de la empresa exigiendo al colectivo de enfermeras y auxiliares de enfermería que prestan servicios en planta y consultas externas de llevar falda, delantal, cofia y medias como prenda obligatoria, sin posibilidad de opción por el pijama que usa el personal masculino: “Dicho uniforme no constituye una extralimitación de su facultad directiva, sino una manifestación del poder de dirección del empresario a que hace referencia tanto el Art. 5 c) como el Art. 20.1 del ET, cual es el ejercicio de sus facultades directivas y organizativas, exigiendo a sus trabajadores una determinada uniformidad en el vestir para, conforme dispone el Art. 19.2 del Convenio Colectivo, velar por la buena imagen de sus profesionales y lograr una más fácil identificación de la categoría y función de los mismos”.

La STS casa la Sentencia anterior considerando que la práctica empresarial adoptada sobre la uniformidad que han de seguir las mujeres enfermeras o auxiliares de enfermería que prestan servicios en la empresa en planta y consultas externas, consistente en exigir que lleven en su trabajo falda, delantal, cofia y medias, sin posibilidad de optar por el conocido pijama sanitario de dos piezas, que llevan los trabajadores masculinos. “resulta discriminatoria por contener ilícita distinción entre hombres y mujeres y no permitir a éstas la utilización de la prenda de uniforme que utilizan los hombres en las mismas dependencias y con las mismas categorías, el pijama sanitario”.

*23ª) STSJ de Madrid, de 17 de Marzo de 2015*

La Sentencia argumenta que *“la imposición del uso de zapatos de tacón a las mujeres y a los trabajadores zapato plano, en palabras del Tribunal Supremo es un componente de distinción vinculado al sexo de las trabajadoras que al resultar obligatorio para ellas y no permitírseles que calcen zapatos sin tacón que sí utilizan los hombres de su misma categoría, supone una actitud empresarial que no resulta objetivamente justificada y por ello discriminatoria, pues, al igual que en la sentencia transcrita, de esa forma, lo que se evidencia y pretende con esa política empresarial de uniformidad obligatoria y característica para las mujeres, es proyectar al exterior una determinada imagen de diferencias entre hombres y mujeres que no se corresponde con una visión actual de los organismos públicos, lo que también pone de manifiesto que no resulta proporcional la medida en relación con el derecho de igualdad y no discriminación, ni es necesaria, pues si se concediera por la empresa la opción de llevar zapatos de tacón o planos a las trabajadoras que así lo desearan, ello permitiría también que se materializase la comprensible finalidad pretendida por la empresa de uniformidad de sus empleados para que los usuarios conozcan en todo momento la calidad o condición de guía, como ocurre con los hombres que hacen la misma función, actuación empresarial que es aún más gravosa teniendo en cuenta que hombres y mujeres realizan idéntica tarea en posición de bipedestación y que el uso de tacones altos es innecesario y no solo no aporta ningún beneficio ni ventaja, sino por el contrario puede perjudicar la salud de las trabajadoras dado que si les resultan incómodos, la incomodidad puede traducirse en cansancio cuando llevan varias horas de pie y en lesiones y además puede llegar a repercutir en su rendimiento y en la atención al público, por lo que hemos de concluir que la orden dada a la trabajadora por la empresa vulnera el artículo 14 de la Constitución y es consecuentemente nula, lo que justifica la falta de acatamiento por su parte”*.

*24ª) STS de 3 de Junio de 2015, Ar/1178/2015*

Planteada la cuestión de si la exigencia empresarial de acudir maquillada al trabajo es discriminatoria del derecho fundamental a la propia imagen cuando en la normativa interna de la empresa se establece la exigencia, no de ir maquillada, sino, en el caso de ir maquillada, de llevar un *“maquillaje discreto”*.

Habiéndose acreditado que la actora no iba maquillada y que no accedió a maquillarse, se entiende que la actuación de la empresa, imponiéndole tal exigencia, constituye una clara lesión del derecho fundamental de la trabajadora a su propia imagen (Art. 18.1 de la CE), pues suponía una seria intromisión, totalmente injustificada, en un aspecto relacionado claramente con la imagen más básica de la persona, esto es, en su libertad para mostrar su imagen física personal, lo que determina la nulidad del despido.

*25ª) STSJ de Andalucía/Málaga, de 19 de Noviembre de 2015. Rec. 1340/2015*

El trabajador presta servicios para una entidad aseguradora como tramitador de siniestros. Sus funciones implican relaciones externas con médicos, abogados, lesionados, investigadores y entidades aseguradoras. La empresa cuenta con un manual de vestimenta profesional de obligado cumplimiento para los empleados que establece, que la vestimenta para los hombres se caracteriza por traje de chaqueta con corbata, americana y pantalón con corbata, camisa de manga larga y zapatos formales. Planteada demanda para que la empresa le facilite la vestimenta y el calzado o, en su lugar, una cantidad por su valor, el TSJ considera, que en el convenio colectivo aplicable se distingue entre las prendas de trabajo y equipos de protección que la empresa debe facilitar a sus trabajadores por

razones de seguridad y salud laborales y la indumentaria del personal que tenga trato con clientes o terceras personas ajenas a la empresa y que, mientras los primeros deben ser facilitados por la empresa, el costo de la vestimenta profesional corresponde al trabajador.

Por lo demás, el TSJ considera que esta exigencia de la empresa es legítima ya que la finalidad es perseguir una imagen de decoro de sus empleados que redunde en el bien empresarial siempre que no se sobrepase, claro está, las reglas de trato social comúnmente admitidas y que si el trabajador ha aceptado la prestación de servicios en dicho régimen de indumentaria, que ni limita ni lesiona el derecho al honor, dignidad o propia imagen del trabajador, no puede ahora intentar eximirse de su cumplimiento o solicitar el pago de la indumentaria.

26<sup>a</sup>) SAN de 25 de junio de 2018, Rec. 103/2018

El cambio de la ropa de trabajo y la forma de gestionarlo adoptada por la empresa no incumple lo dispuesto en el Convenio Colectivo aplicable, al haberse respetado por la empresa las facultades reconocidas al Comité Intercentros y Comité Intercentros de Seguridad y Salud sobre la materia: “*La facultad de participar no puede confundirse con la obligación de negociar y alcanzar acuerdo que no se establece en el convenio, y ante la falta de acuerdo, puede decidir la empresa, al ser deudor de seguridad*”.

**4. Conclusiones operativas.** A la vista de la doctrina judicial y jurisprudencial repasadas, es posible obtener algunas conclusiones provisionales acerca de las líneas maestras de la misma:

- 1<sup>a</sup>) Es doctrina ciertamente consolidada que la exigencia empresarial de un “*uniforme*” al personal por razones de “*imagen de empresa*” entra dentro del poder de organización y dirección de la empresa, salvo que existan pactos colectivos o individuales en contrario. Y, aun en el caso de existencia de convenio colectivo sobre el tema, no se cuestiona judicialmente en ningún momento lo que éste dice. En estos casos, parecería que los derechos fundamentales ceden absolutamente a los poderes empresariales, sin tener en cuenta los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, esto es, sin tener en cuenta las circunstancias (necesaria identificación del personal cara a terceros, eventuales discriminaciones o, en general, exigencias objetivas del tipo de trabajo) (ver *supra*, Sentencias 3<sup>a</sup>, 4<sup>a</sup>, 7<sup>a</sup>, 8<sup>a</sup>, 9<sup>a</sup>, 10<sup>a</sup> y 13<sup>a</sup>).
- 2<sup>a</sup>) En sentido contrario al anterior, cuando no existe una decisión empresarial de uniformar, es cuando juegan jurisprudencialmente con mayor fuerza las circunstancias concurrentes, esto es, se tienen en cuenta los usos y costumbres profesionales, el que el trabajo sea o no cara al público, las nuevas modas y, en general, la razonabilidad de las exigencias empresariales. Así, se llega a admitir como correcta la presencia en la empresa del trabajador que no trabaja cara al público en pantalón corto (ver *supra*, Sentencia 12<sup>a</sup>) o incluso en bañador, aunque en este caso conectándolo, extrañamente, con la “*falta de aseo*” (ver *supra*, Sentencia 15<sup>a</sup>). Sin embargo, cuando las exigencias de imagen resultan claras, en la situación de un comercial, la imposición empresarial de un atuendo adecuado es justificada por la Doctrina Judicial (ver *supra*, Sentencia 20<sup>a</sup>).
- 3<sup>a</sup>) Desde luego, resultan claras las exigencias empresariales de determinados atuendos en los casos en que están en juego razones de orden público. Así, la seguridad o salud laboral (ver *supra*, Sentencia 16<sup>a</sup>) o la seguridad y salubridad de los alimentos (ver *supra*, Sentencia 17<sup>a</sup>).

- 4ª) A partir de la STJUE de 14 de Marzo de 2017, la prohibición de llevar símbolos religiosos en el trabajo no se consideraría un atentado a la libertad religiosa si se refiriese a “*cualquier símbolo*” (ver, en este sentido, la STJUE de 14 de Marzo de 2017, Asunto CV-157/15; en contra Sentencia 14ª).
- 5ª) En definitiva, la imagen del trabajador pertenece en principio al empresario durante la jornada laboral, siempre que no se exceda proporcionalmente en sus exigencias a la vista de las circunstancias concurrentes. En este sentido, parecería que, al menos *obiter dicta*, los límites habría que encontrarlos en la dignidad (ver *supra*, Sentencia 3ª) u honor (ver *supra*, Sentencia 10ª) del trabajador, por más que los Tribunales Laborales hayan sido reacios a conectar estos derechos con la indumentaria femenina (uso obligatorio de falda: ver *supra*, Sentencia 3ª; u otros aspectos de la apariencia externa, tales como el maquillaje, el tipo de corte de pelo o el peinado de los mujeres trabajadoras: ver *supra*, Sentencia 10ª).
- 6ª) Ocasionalmente se aprecia como la “*teoría gradualista*” se utiliza como base para atenuar la gravedad del incumplimiento del trabajador en materia de uso de uniformes (ver *supra*, Sentencia 5ª), aunque sin cuestionar el derecho empresarial a exigir un uniforme (ver *supra*, Sentencia 18ª).
- 7ª) En aspectos distintos al uniforme o indumentaria propiamente dichos, habría que llamar la atención sobre algunas Sentencias relacionadas con el uso de la barba, que no se validará cuando contradiga un uso local en el sector de la hostelería (ver *supra*, Sentencia 1ª), pero que se considerará lícita cuando se trata de perillas “*recortadas y cuidadas*”, no existiendo uso profesional en contra (ver *supra*, Sentencias 2ª y 11ª).  
También, como cuestión original y diferente, cabe resaltar la validación judicial del uso de un *piercing*, si bien el fundamento de la Sentencia se apoya más en razones sanitarias que en razones de imagen (ver *supra*, Sentencia 6ª).
- 8ª) En todo caso, ante la ausencia de una normativa legal, reglamentaria y aun convencional sobre este tipo de conflictos de derechos constitucionales, se echa en falta en la solución judicial de los conflictos en esta materia una más cuidadosa aplicación metodológica de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el “*equilibrio de los derechos constitucionales*”, realizando en todos los casos, metodológicamente, el triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la exigencia empresarial limitativa de los derechos de los trabajadores a su intimidad y propia imagen, llegándose a cuestionar, en el caso de que tal normativa existiera, la legalidad de la misma, especialmente en cuanto a de los protocolos establecidos en los convenios colectivos, a través del mismo método de valoración anterior.

Por lo demás, pese a las razones siempre existentes de seguridad jurídica, tengo enormes dudas acerca de la conveniencia de que, en una materia tal circunstanciada y variable con los tiempos como es ésta, resulte oportuna una legislación de desarrollo constitucional que pretenda sentar las bases para la solución de estos conflictos entre derechos constitucionales.

# **Derechos indemnizatorios derivados de la extinción del contrato predoctoral: ¿Cabe indemnización por finalización de contrato cuando la misma se encuentra prevista de forma expresa en el mismo? A propósito de las SSTSJ de Asturias de 23 y 30 de junio de 2020\***

Entitlement to compensation due to the termination of the predoctoral contract: Is there entitlement to compensation due to contract termination when it is expressly provided for in it? Regarding the rulings of the Asturias High Court of 23 and 30 June 2020

Josep Moreno Gené\*\*

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Lleida*

ORCID ID: 0000-0001-7908-0231

Recibido: 6/10/2020

Aceptado: 6/11/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6048>

*Resumen:* Una de las cuestiones más conflictivas que plantea el contrato predoctoral es la de determinar si a la finalización del mismo los investigadores que lo han suscrito tienen o no derecho a percibir indemnización alguna. Frustrada la posibilidad de dotar de indemnización por finalización de contrato a estos supuestos en base a la normativa comunitaria, se plantea la posibilidad de reclamar una indemnización en base a la normativa nacional y, en particular, al art. 49.1.c) ET, que prevé que a la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización equivalente a doce días de salario por año de servicios. Pues bien, es en este punto donde se incardinan sendas sentencias del TSJ de Asturias de 23 y 30 de junio de 2020 objeto de este comentario que abordan específicamente esta cuestión, con la particularidad añadida de que, en este supuesto, el derecho a percibir una indemnización por finalización del contrato,

---

\*Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación RTI2018-097947-B-I00, concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades que lleva por título “Nuevas tecnologías, cambios organizativos y trabajo: una visión multidisciplinar” ([www.tecnologiaytrabajo.com](http://www.tecnologiaytrabajo.com)).

\*\*El autor es miembro del grupo de investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Catalunya “Social and Business Research Laboratory” (SBRLab). Ref. 2017 SGR 1572.

en concreto, de nueve días de salario por año de servicios, se encuentra prevista de un modo expreso en el propio contrato de trabajo.

*Palabras clave:* investigadores, contrato predoctoral, extinción del contrato, indemnización por finalización de contrato, contratos formativos.

*Abstract:* One of the most contentious issues raised by the predoctoral contract is to determine whether upon its termination the researchers who are party thereto are entitled or not to any compensation. Given that based on Community regulations the provision of compensation for contract termination in these cases is thwarted, the possibility arises of claiming compensation based on national regulations and, in particular Art. 49.1.c) ET, which provides that upon contract termination, except in cases of provisional contracts and training contracts, the worker is entitled to receive compensation equivalent to twelve days' salary per year of service. Now, it is with regard to this point that the judgments of the Asturias High Court of 23 and 30 June 2020 dealt with herein that specifically address this issue are included, with the added peculiarity that, in this case, entitlement to compensation for contract termination, namely, of nine days' salary per year of service, is expressly provided in the actual employment contract.

*Keywords:* researchers, predoctoral contract, contract termination, compensation for contract termination, training contracts.

## 1. Las diferentes vías para dotar de indemnización a la extinción del contrato predoctoral por su cumplimiento

La principal cuestión litigiosa que ha planteado la extinción del contrato predoctoral por su cumplimiento ha sido, sin lugar a dudas, la de determinar si en estos supuestos el personal investigador predoctoral en formación tiene o no derecho a percibir alguna indemnización. A tal efecto, cabe recordar que nada se prevé al respecto de forma expresa en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (en adelante, Ley de la Ciencia).

En este contexto, la entrada en vigor del Real Decreto 103/2019, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador predoctoral en formación (en adelante, EPIPF) podía haber supuesto una oportunidad inmejorable para aclarar esa cuestión, sin embargo, pese a lo que cabía esperar, dicha norma no contiene ninguna previsión al respecto, de modo que la misma sigue sin fijar de forma expresa si la extinción del contrato predoctoral por su cumplimiento genera o no el derecho a percibir indemnización alguna<sup>1</sup>. Sin lugar a dudas, este inexplicable silencio ha contribuido a que se haya mantenido la situación de inseguridad jurídica sobre esta materia, con los perjuicios que de la misma se derivan tanto para el personal investigador predoctoral en formación contratado como para las universidades y otros centros de investigación que lo acogen.

En este punto, se han planteado dos vías distintas para dotar de indemnización a los investigadores predoctorales en formación que han visto extinguido su contrato de trabajo por su cumplimiento. En primer lugar, se ha considerado que el derecho a indemnización en estos supuestos podría derivar de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (en adelante, Directiva 1999/70/CE) y de la jurisprudencia que la interpreta, en la medida que se ha considerado que la situación del personal investigador con contrato predoctoral es comparable a la del personal

<sup>1</sup> Un análisis detallado de esta norma en MORENO GENÉ, J., *El estatuto del personal investigador predoctoral en formación: aspectos jurídico-laborales y de seguridad social*. Barcelona, Atelier, 2020.

con contratos de trabajo por tiempo indefinido y, en consecuencia, debe corresponder a los mismos una indemnización equiparable a la de veinte días de salario por año de servicios fijada por el art. 53 ET para la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. En segundo lugar, también se ha considerado que dicha indemnización por la finalización del contrato predoctoral podría derivar del art. 49.1.c) ET, que prevé que, a la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización equivalente a doce días de salario por año de servicios.

La primera vía a la que se acaba de hacer referencia, como ya se ha avanzado, se basaba en la posibilidad de que el derecho a una indemnización a la finalización del contrato predoctoral pudiera venir de la mano de la normativa comunitaria y, en particular, de la conocida en su momento como doctrina “de Diego Porras” elaborada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), en su sentencia de 14 de septiembre de 2016 (C-596/14, de Diego Porras). A tal efecto, la aplicación por parte de diferentes tribunales laborales de dicha doctrina a una modalidad de contratación específica del ámbito universitario hermana gemela del contrato predoctoral como es el contrato de ayudante de universidad, permitía vislumbrar la posible aplicación de la misma también al contrato predoctoral<sup>2</sup>.

Pese a ello, esta posibilidad no se llegó a concretar nunca respecto a los investigadores predoctorales en formación contratados mediante un contrato predoctoral. En un primer momento, esta posibilidad fue descartada por los tribunales laborales, en particular, por la STSJ del País Vasco, de 15 de mayo de 2018 (Rº. 787/2018) que consideró que no resultaba de aplicación al contrato predoctoral la entonces vigente doctrina “de Diego Porras”, puesto que dada la naturaleza formativa que se atribuye a esta modalidad contractual, es muy difícil que se pueda constatar la identidad sustancial entre el trabajador temporal y otro en la misma condición como trabajador fijo que exige dicha doctrina, no en vano, los términos de la comparación de la naturaleza del trabajo, funciones o tareas asignadas y requisitos de formación o cualificación del personal investigador en formación predoctoral difícilmente pueden ser equiparables a las que corresponden a un trabajador fijo, cuya cualificación profesional ya es de doctor.

Recogiendo esta doctrina, la posterior STSJ del País Vasco de 8 de enero de 2019 (Rº. 2325/2018), al conocer de la reclamación de una indemnización por fin de contratación temporal de una investigadora predoctoral en formación en base a la aplicación de la doctrina “de Diego Porras” y aplicando ya la doctrina contenida en las sentencias del TJUE de 5 de junio de 2018 (asuntos C-577/16, Montero Mateos y C-574/16, Norte Facility) y de 21 de noviembre de 2018 (asunto C-619/17, de Diego Porras II), que rectificaba la doctrina “de Diego Porras”, indicó que “la extrapolación de la doctrina comunitaria para contratos temporales como los formativos, exige un cuestionamiento eminentemente casuístico que hace difícilmente asimilable dicha doctrina, por cuanto el objeto de la contratación y la relación laboral especial de investigador predoctoral en formación, es la obtención de una cualificación cual es el grado de doctor que hace de difícil enjuiciamiento el término de comparación con un trabajador fijo, que evidentemente ya tendría dicha condición de doctor. Es cierto que pudiera darse el supuesto de casos en que los contratos en prácticas, más difícil en los de formación, supusieran funciones o tareas que pudieran ser idénticas a la del titular fijo, pero ello exigiría un juicio de comparación de la justificación objetiva, con una advertencia de carga de prueba para situaciones comparables y de acreditación que no son de arte menor, y no acontece en el supuesto de autos”.

<sup>2</sup> Sobre esta cuestión vid. MORENO GENÉ, J., “La aplicación de la doctrina “de Diego Porras” a investigadores y profesores universitarios: extinción de derechos o consolidación de carencias”. *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 48, 2018.

A tal efecto, la citada sentencia recuerda que “el derecho a la equiparación indemnizatoria que promueve el principio de no discriminación de la recurrente, exige la identidad sustancial entre el supuesto trabajador temporal y otro en la misma condición como trabajador fijo, que difícilmente acontece en estos contratos de formación predoctoral, máxime cuando el objeto y la finalidad de su contratación es la obtención de este nivel formativo y la titulación de doctor, con sujeción a un plazo máximo que reconoce la normativa universitaria expresada. De ahí, sin perjuicio de la realidad de ámbito de duración limitado y/o con prórrogas, los términos de comparación bajo perspectivas de la naturaleza de trabajo, funciones o tareas asignadas, en requisitos de formación o cualificación, no pueden ser parangonables a los que obtienen en condiciones laborales un fijo cuya cualificación profesional ya está resuelta (doctor). Tampoco podemos olvidar, finalmente, que en el ámbito de la aplicación de la Directiva comunitaria, la cláusula 2.2 del Acuerdo Marco excluiría a los contratos formativos”.

Por si ello fuera poco, la aplicación de los efectos de la doctrina “de Diego Porras” a los contratos predoctorales fue desestimada de un modo expreso por el propio TJUE, mediante Auto de 19 de marzo de 2019 (asunto C-293/18, CCOO) en respuesta a una cuestión prejudicial planteada al respecto por el TSJ de Galicia.

A tal efecto, el TJUE recuerda que la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco contempla la prohibición de tratar, por lo que respecta a las condiciones de trabajo, a los trabajadores con un contrato de duración determinada de modo menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de trabajo de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

A partir de estas premisas, el TJUE procede a analizar si en el supuesto enjuiciado nos encontramos ante situaciones comparables. Pues bien, en este punto, aplicando la doctrina ya contenida en sendas sentencias del propio Tribunal de 5 de junio de 2018 (asuntos C-577/16, Montero Mateos y C-574/16, Norte Facility), el Tribunal concluye que “de la definición del concepto de “contrato de duración determinada” que figura en la cláusula 3, punto 1, del Acuerdo Marco se deduce que un contrato de este tipo deja de producir efectos para el futuro cuando vence el término que se le ha asignado, pudiendo constituir dicho término la realización de una obra o servicio determinado, la producción de un hecho o acontecimiento determinado o, como en el caso de autos, una fecha concreta. De este modo, las partes de un contrato de trabajo de duración determinada conocen, desde el momento de su celebración, la fecha o el hecho que determina su término. Este término limita la duración de la relación laboral, sin que las partes deban manifestar su voluntad a este respecto tras la conclusión del contrato (...) En cambio, la extinción de un contrato de trabajo por tiempo indefinido por una de las causas previstas en el art. 52 del Estatuto de los Trabajadores, a iniciativa del empresario, tiene lugar cuando concurren circunstancias que no estaban previstas en el momento de su celebración y que suponen un cambio radical en el desarrollo normal de la relación laboral”.

En este contexto, el TJUE considera que el objeto específico de la indemnización por despido establecida en el art. 53.1.b) ET, al igual que el contexto particular en el que se abona dicha indemnización, constituyen una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida. A tal efecto, dicha indemnización tiene por objeto compensar el carácter imprevisto de la ruptura de la relación de trabajo por las causas previstas en el art. 52 ET y, por lo tanto, la frustración de las expectativas legítimas que el trabajador podría albergar, en la fecha en que se produce la ruptura, en lo que respecta a la estabilidad en dicha relación laboral.

Por todo ello, el TJUE responde a la cuestión prejudicial planteada indicando que la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos predoctorales.

rales al vencimiento del término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción del contrato de trabajo por una causa objetiva.

En aplicación de esta doctrina del TJUE, la propia STSJ de Galicia de 11 de abril de 2019 (Rº. 34/2017) en la que se planteó la cuestión prejudicial o la posterior STSJ de Andalucía (Sevilla) de 8 de julio de 2020 (Rº. 500/2019) han rechazado la pretensión de los investigadores de recibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicios en base a la normativa comunitaria.

Frustrada esta posibilidad de dotar de indemnización a los investigadores predoctorales en formación que han visto extinguido su contrato de trabajo por su cumplimiento en base a la normativa comunitaria, aún cabría la posibilidad de reclamar una indemnización en estos supuestos en base a la normativa nacional y, en particular, al art. 49.1.c) ET, que prevé que a la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización equivalente a doce días de salario por año de servicios. Pues bien, es en este punto donde se incardinan sendas sentencias del TSJ de Asturias de 23 y de 30 de junio de 2020 (Rº. 129/2020 y 48/2020, respectivamente) objeto de este comentario que abordan específicamente esta cuestión, si bien, con la particularidad añadida de que, en este supuesto, el derecho a percibir una indemnización por finalización del contrato, en concreto, de nueve días de salario por año de servicios, se encuentra prevista de un modo expreso en el propio contrato de trabajo.

## 2. La doctrina contenida en las SSTSJ de Asturias de 23 y 30 de junio de 2020

### 2.1. Supuesto de hecho y solución de instancia

Las SSTSJ de Asturias de 23 y 30 de junio de 2020 recogen una relación de hechos probados prácticamente idénticos.

Nos encontramos ante dos investigadoras que son contratadas por un centro de investigación en virtud de un contrato predoctoral para prestar servicios como personal investigador predoctoral en formación dentro de la categoría de titulado superior a jornada completa. En concreto, las investigadoras son contratadas para realizar tareas de investigación en el ámbito de un proyecto específico y novedoso, que contaba con financiación externa. El código de los contratos formalizados era el 420.

Los contratos se formalizaron con fecha de 7 de enero de 2015 y tenían una duración inicial de un año, siendo posteriormente prorrogados en tres ocasiones —el 7 de enero de 2016, el 7 de enero de 2017 y el 7 de enero de 2018—, extendiendo su duración total por un período de cuatro años. A la finalización de la última de las prórrogas se procedió a la extinción de dichos contratos de trabajo por su cumplimiento, sin preverse indemnización alguna en favor de las investigadoras contratadas.

Durante la vigencia del contrato suscrito con sendas investigadoras, en fecha de 3 de marzo de 2017, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social decidió en coordinación con el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes volver a encuadrar los contratos predoctorales en el epígrafe 401 a efectos del código identificativo del tipo de contrato que se utiliza para la clasificación administrativa, habiéndose comunicado a las mismas que este cambio no afectaba a la naturaleza, derechos y obligaciones de los contratos suscritos en su momento.

Una vez comunicada a las investigadoras la extinción de sus respectivos contratos, las mismas efectuaron una reclamación de indemnización por extinción de contrato siendo ésta expresamente desestimada por la entidad empleadora. Ante esta negativa, las investigadoras presentaron la demanda judicial correspondiente en reclamación de una indemnización por fin de contrato predoctoral equivalente a doce días de salario por año de servicios.

Las reclamaciones judiciales planteadas fueron resueltas en instancia por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Oviedo que desestimó la pretensión de las investigadoras por considerar que las mismas carecían del derecho a percibir indemnización alguna por la finalización de los respectivos contratos predoctorales.

## *2.2. El derecho al percibo de la indemnización prevista de forma expresa en las cláusulas del contrato predoctoral formalizado.*

Disconformes las investigadoras con la resolución dictada en instancia plantearon los correspondientes recursos de suplicación que fueron resueltos mediante las SSTSJ de Asturias de 23 y 30 de junio de 2020 (Rº. 129/2020 y 48/2020, respectivamente) objeto de este comentario en el que reiteraban su derecho al percibo de una indemnización por finalización de los respectivos contratos predoctorales a razón de doce días de salario por año de servicios.

Como fundamento a su petición, las investigadoras alegaron una interpretación y aplicación erróneas de los arts. 11, 15.1.a) y 49.1.c) ET, en relación con lo dispuesto en la Ley de la Ciencia. Como refuerzo a este razonamiento se acude a las propias cláusulas del contrato predoctoral suscrito por sendas investigadoras en las que se establece de forma expresa que a la finalización del contrato el trabajador tendrá derecho a percibir una indemnización equivalente a nueve días de salario por año de servicio (cláusula 8) y que el contrato se regulará, entre otras normas, por lo establecido en el art. 15 ET y en la Ley de la Ciencia.

Asimismo, las investigadoras traen a colación la STSJ de Galicia de 11 de abril de 2019 (Rº. 34/2017) que consideran que contiene un supuesto idéntico y que la Sala de lo Social gallega resolvió considerando que a pesar de la denominación como contratos predoctorales en formación, realmente se trataba de contratos temporales por obra o servicio, que quedaban absolutamente al margen de lo contemplado en el art. 11 ET, correspondiéndoles, por tanto, la indemnización por finalización de contrato prevista en el art. 49.1.c) ET.

Frente a ello, la entidad contratante alega que no corresponde indemnización alguna de acuerdo con la naturaleza formativa propia del contrato predoctoral, indicándose, además, que la sentencia del TSJ de Galicia invocada por las investigadoras no constituye jurisprudencia que deba vincular al TSJ de Asturias.

Frente a estos posicionamientos, como no podía ser de otro modo, el TSJ de Asturias recuerda que la doctrina dictada por otros Tribunales Superiores de Justicia no constituye jurisprudencia y, por tanto, no le vincula a la hora de resolver el fondo del asunto que, a criterio del tribunal, no es otro que la determinación de la naturaleza que cabe atribuir al contrato predoctoral.

En este punto, el TSJ de Asturias acude, ahora sí, a una resolución judicial del Tribunal Supremo, en concreto, la de 6 de noviembre de 2018 (Rº. 222/2017) que, a pesar de declarar la incompetencia de la jurisdicción social en la cuestión planteada, procedió a establecer las características de los contratos predoctorales. A tal efecto, la citada resolución judicial establece lo siguiente: “a) los beneficiarios de las ayudas son estudiantes de doctorado que, estando en posesión del título de grado, estén matriculados en un programa de doctorado de una Universidad española; b) que las ayudas se conceden tras un proceso de selección exigente con arreglo a las bases y directrices de la convocatoria correspondiente (...); c) que el pago de las ayudas se efectúa a los centros de adscripción de los beneficiarios y d) que resulta necesaria la suscripción de un contrato predoctoral previsto y regulado en el artículo 21 de la Ley 14/2011 (...) de naturaleza laboral a celebrar por escrito entre el personal investigador predoctoral en formación, en su condición de trabajador, y la Universidad pública u Organismo de investigación titular de la unidad investigadora, en su condición de em-

pleador, y deberá acompañarse de escrito de admisión al programa de doctorado expedido por la unidad responsable de dicho programa, o por la escuela de doctorado o posgrado en su caso”.

De esta doctrina del Tribunal Supremo, el TSJ de Asturias concluye que es el art. 21 de la Ley de la Ciencia el que regula el contrato predoctoral y que dicha norma no contempla indemnización a la finalización del mismo, y únicamente de forma subsidiaria esta modalidad contractual se regula por lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores.

El TSJ de Asturias refuerza esta conclusión acudiendo a su propia doctrina, contenida en su sentencia de 20 de junio de 2019 (R.º 14/2019), que declara que este tipo de contratos se integraron en el derecho del trabajo a través de la Ley de la Ciencia, con la introducción de un contrato temporal y a tiempo completo de cuatro años de duración –el contrato predoctoral–, habiéndose convertido esta modalidad contractual en la fórmula jurídica a utilizar desde entonces en todas las convocatorias de ayudas a la formación del personal investigador financiadas con cargo a fondos públicos, en sustitución del modelo 2+2 introducido en su momento por el RD 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del Personal Investigador en Formación (en adelante, EPIF).

A tal efecto, se añade en dicha resolución judicial que los sujetos de esta relación laboral son del lado del trabajador, el investigador que estando en posición del Título de licenciado, ingeniero, arquitecto, etcétera, haya sido admitido en un programa de doctorado (art. 21 de la Ley de la Ciencia), y del lado empresarial, se ciñe por la norma a determinados organismos públicos de investigación y a las universidades públicas, si bien, también se abre esta posibilidad a otras entidades de investigación.

Mantiene además la resolución citada que la causa del contrato, es decir, la función económico-jurídica que se persigue a través de dicha contratación, es la finalidad formativa del investigador y el objeto del contrato consiste en el desarrollo de un trabajo de investigación en el ámbito de un proyecto específico y novedoso, que se concreta en la realización de la tesis doctoral y obtención del título de doctor.

Las SSTSJ de Asturias de 23 y 30 de junio de 2020 (R.º 129/2020 y 48/2020, respectivamente) acuden, además, al más recientemente aprobado Real Decreto 103/2019, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del Personal Investigador Predoctoral en Formación, que desarrolla y concreta el régimen legal del personal investigador predoctoral en formación previsto por la Ley de la Ciencia y que prevé que dicha modalidad contractual se rige por lo establecido en los artículos 20 y 21 y disposición adicional primera de la Ley de la Ciencia, por el EPIPF y con carácter supletorio por el Estatuto de los Trabajadores, por la demás legislación laboral que le sea de aplicación, por los convenios colectivos y por la voluntad de las partes manifestada en los contratos de trabajo, sin que en ningún caso se puedan establecer en ellos condiciones menos favorables al trabajador o trabajadora o contrarias a las previstas en las disposiciones legales y convenios colectivos antes referidos.

De todo lo expuesto hasta el momento, el TSJ de Asturias obtiene su principal conclusión que no es otra que considerar que “no hay dudas que el contrato suscrito por el actor es un contrato de formación, sometido a la regulación especial de la Ley de la Ciencia, Tecnología e Innovación de 2011, como expresamente consta en la Adenda al contrato de fecha de 3 de marzo de 2017 que dice “(...) ya que dicho (contrato) está regulado como modalidad específica de contratación laboral del personal investigador en formación prevista en el art. 21 de la Ley 14/2011 (...)”.

Aunque el TSJ de Asturias no lo diga de forma expresa, de esta calificación del contrato predoctoral como un contrato formativo parecería desprenderse *a priori* que el mismo no generaría derecho a indemnización alguna, por no estar prevista en la normativa específica de esta modalidad contractual ni poder desprenderse la misma de la aplicación subsidiaria del art. 49.1.c) ET, puesto que en el mismo se excluye de forma expresa la previsión de indemnización para los supuestos de contratos formativos, a los cuales se asimila al contrato predoctoral.

Bajo estas premisas, sin embargo, el Tribunal pone de manifiesto que en el clausurado del respectivo contrato predoctoral formalizado por cada una de las investigadoras se prevé de forma expresa una indemnización para la finalización del mismo de nueve días de salario por cada año de servicio o la establecida en la norma específica que sea de aplicación y, en consecuencia, éste deberá ser el importe mínimo con el que deberá indemnizarse a cada una de las investigadoras. Por el contrario, las mismas no tendrán derecho a percibir, tal como solicitaban, una indemnización equivalente a doce días de salario por año de servicios, en base a que se trata de un contrato por obra o servicio determinado o en base a la cláusula 8 del contrato, puesto que como ya se ha indicado, el derecho al percibo de la indemnización por la finalización del contrato no se deriva de la equiparación del contrato predoctoral a un contrato para obra o servicio determinados, sino únicamente de su previsión expresa en el clausulado del contrato y, por tanto, su cuantía no puede ser otra que los nueve días de salario por año de servicios previstos de forma expresa en el mismo.

De forma coherente con los razonamientos expuestos, el TSJ de Asturias termina condenando a la entidad contratante de las dos investigadoras a abonar a las mismas una indemnización por finalización del contrato equivalente a nueve días de salario por año trabajado.

### **3. ¿En qué supuestos la finalización del contrato predoctoral por su cumplimiento puede dar derecho a indemnización y en qué cuantía?**

Ante la ausencia de previsión expresa en la Ley de la Ciencia y en el EPIPE, la respuesta a la cuestión de si la indemnización por la finalización del contrato predoctoral puede derivar del art. 49.1.c) ET se ha hecho depender de la naturaleza jurídica que se asigna al contrato predoctoral, de modo que aquellos que asimilan esta modalidad contractual a un contrato para obra o servicio determinados mantienen que a su finalización el investigador tendría derecho a la indemnización prevista para esta modalidad contractual –doce días de salario por año de servicios–<sup>3</sup>, mientras que quienes la asimilan a un contrato formativo, consideran que en estos supuestos el derecho a indemnización no se encuentra contemplado<sup>4</sup>.

A tal efecto, desde que la Ley de la Ciencia introdujera el contrato predoctoral como modalidad contractual dirigida a la contratación de los investigadores predoctorales en formación se ha suscitado un interesante debate sobre su naturaleza jurídica, que ha basculado, básicamente, entre quienes mantienen que se trata de una modalidad contractual formativa, próxima al contrato en prácticas, y los que consideran que se trata de una modalidad de contrato para obra o servicio determinados, cuyo objeto sería la elaboración y defensa de la tesis doctoral<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> En esta dirección se encuentra REQUENA MONTES, O., “Aproximación crítica al Estatuto del Personal Investigador Predoctoral en Formación”. *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019, pág. 391.

<sup>4</sup> En esta última dirección encontramos, entre otros, a GONZÁLEZ ORTEGA, S., “El régimen jurídico del personal del SUE y del SECTI a estudio: modalidades contractuales y categorías profesionales en el ámbito del SUE y del SECTI”, En AAVV, *Disquisiciones jurídicas sobre el ámbito universitario*. Cizur Menor (Navarra), Thomson-Reuters Aranzadi, 2016, pág. 150, GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., “La contratación de investigadores por universidades públicas en la Ley de la Ciencia de 2011”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 404, 2016, pág. 54 o MOLINA NAVARRETE, C., “Empleo público temporal y estabilidad obligacional: la indemnización por fin de contrato o de nombramiento”, En CARO MUÑOZ, A.I (Dira.) y ROMERO BURILLO, A.M. y BELLO PAREDES, S. (Coords.), *La articulación de la gestión universitaria a debate*. Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters - Aranzadi, 2018, pág. 120.

<sup>5</sup> Este de por sí complejo debate en torno a la naturaleza jurídica del contrato predoctoral se vio, además, especialmente reactivado por un cúmulo de desafortunadas actuaciones de la Administración de la Seguridad Social a la hora de fijar el código de contrato aplicable a dicha modalidad contractual. El primer desatino consistió en no establecer un código específico para la misma, fijándose al respecto el código 401, correspondiente al contrato para obra o servicio determinados. Con la voluntad de enmendar este primer desatino, se cometió otro no menor, procediendo la Administración de la Seguridad Social a alterar de una manera unilateral y con carácter retroactivo dicho código de contrato, pasando a asignar a partir de este momento el código de contrato 420, propio del

Recuérdese al respecto que la Ley de la Ciencia procedió a sustituir la contratación en prácticas del personal investigador en formación prevista hasta el momento por el anterior EPIF, por la contratación de dicho colectivo mediante el nuevo contrato predoctoral, el cual, aunque indudablemente comparte diversos de los elementos básicos y esenciales que definen al contrato en prácticas, formalmente se configura como una modalidad contractual específica y diferenciada de dicho contrato formativo, que responde a unos objetivos distintos y sigue una dinámica propia. Pese a ello, no cabe duda que el contrato predoctoral y el contrato en prácticas siguen compartiendo una indudable finalidad formativa, como lo indica el hecho de que los investigadores contratados mediante esta modalidad contractual sean denominados como personal investigador predoctoral en formación.

Este ha sido precisamente el criterio adoptado, entre otras, por la STSJ del País Vasco de 15 de mayo de 2018 (Rº. 787/2018), que abordó por primera vez en sede judicial la naturaleza jurídica que cabe atribuir al contrato predoctoral, así como los importantes efectos jurídicos que de la misma se derivan en materia indemnizatoria, concluyendo al respecto que nos encontramos ante una relación laboral/contrato especial para tareas de investigación en un proyecto específico, pero con una finalidad evidentemente formativa<sup>6</sup>. En otras palabras, en la citada resolución judicial se considera que no nos encontramos propiamente ni ante un contrato para obra o servicio determinados ni ante un contrato en prácticas, sino ante una modalidad contractual especial del ámbito de la investigación, pero que, por su finalidad, consistente en la formación predoctoral hasta la obtención del título de doctor, tiene un carácter formativo. Esta apreciación permite afirmar al tribunal que el contrato predoctoral debe quedar asimilado más a un contrato formativo que a un contrato para obra o servicio determinados<sup>7</sup>.

Esta configuración de la naturaleza jurídica del contrato predoctoral, como no podía ser de otro modo, predetermina el resto de razonamientos de la citada resolución judicial. A tal efecto, no se reconoce al investigador en formación derecho a percibir indemnización alguna tras la finalización del contrato predoctoral, puesto que la misma no se prevé de un modo expreso en la Ley de la Ciencia, ni tampoco puede extenderse a esta modalidad contractual la prevista para el contrato para obra o servicio determinados puesto que no se trata de un contrato asimilable. Además, por si fuera poco, el contrato en prácticas al que el contrato predoctoral se podría asimilar en mayor medida tampoco prevé indemnización alguna tras la finalización del contrato.

Puede compartirse con esta resolución judicial que el contrato predoctoral se configura como una modalidad contractual específica del ámbito de la investigación, distinta a cualquiera de las contempladas en el Estatuto de los Trabajadores. Es cierto, también, que dicho contrato persigue una finalidad formativa, consistente en la formación del investigador predoctoral que normalmente debe concluir con la elaboración de la tesis doctoral y la obtención del título de Doctorado. La suma de ambas consideraciones permite llegar, a su vez, a la conclusión de que los investigadores predoctorales en formación contratados mediante esta modalidad contractual no tienen derecho a indemnización alguna a la finalización de su vínculo contractual<sup>8</sup>. Por lo demás, esta conclusión no

---

contrato en prácticas. Finalmente, ante las airadas quejas de los afectados, se optó por volver a la situación inicial, asignando nuevamente al contrato predoctoral el código de contrato 401, correspondiente al contrato por obra o servicio determinados. Aunque como señala la STSJ del País Vasco de 15 de mayo de 2018 (Rº. 787/2018) el código de contrato que asigne la Administración de la Seguridad Social al contrato predoctoral no altera en modo alguno su naturaleza jurídica, los vaivenes sufridos al respecto han contribuido a generar grandes dudas sobre la naturaleza jurídica que cabe atribuir a esta modalidad contractual. Sobre estas inquietudes vid. LÓPEZ INSÚA, B.M., “La precarización del personal investigador en formación de nuevo en el ojo del huracán: anomalía jurídica en la “codificación” de los contratos predoctorales”. *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7, 2017, págs. 417 y ss.

<sup>6</sup> Un comentario de esta resolución judicial en MORENO GENÉ, J., “La ambigua naturaleza jurídica del contrato predoctoral y su incidencia a efectos indemnizatorios. Comentario a la STSJ del País Vasco 1064/2018, de 15 de mayo”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 43, 2019, págs. 160 a 168.

<sup>7</sup> Vid. MORENO GENÉ, J., “La ambigua naturaleza jurídica del contrato predoctoral...” cit.

<sup>8</sup> Las Salas de lo Social de otros Tribunales Superiores de Justicia también llegan a esta misma conclusión. Así, por ejemplo, la STSJ de Madrid de 21 de enero de 2019 (Rº. 806/2018) concluye que tratándose el contrato predoctoral “de un contrato formativo,

se opone a la finalidad perseguida por la introducción de una indemnización a la finalización de determinados contratos temporales, que no era otra que la de desincentivar en cierto modo el recurso a estas modalidades temporales más utilizadas y con un mayor nivel de fraude en su empleo, en especial, el contrato para obra o servicio determinados. A tal efecto, con carácter general, el recurso al contrato predoctoral por parte de universidades y otros centros de investigación se ajusta plenamente a la legalidad y no se acude al mismo, por tanto, de un modo fraudulento.

Pese a ello, aún puede cuestionarse si de estas premisas cabe deducir de un modo inexorable que los investigadores predoctorales en formación contratados mediante esta modalidad contractual no tienen derecho a indemnización alguna a la finalización de su vínculo contractual. A tal efecto, cabe recordar que el contrato predoctoral, en tanto que modalidad específica del ámbito de la investigación, se rige por su normativa específica, recogida en la Ley de la Ciencia. Si acudimos a esta norma, se observa que la misma no contiene ninguna previsión relativa a la existencia de indemnización por finalización del contrato. De esta ausencia se pueden deducir dos conclusiones alternativas: la primera, que con dicha ausencia se está previendo que la extinción de esta modalidad contractual por su cumplimiento no da derecho a indemnización alguna; y, la segunda, que esta materia no está contemplada de forma expresa en dicha norma y que, por tanto, debe acudir a la regulación supletoria prevista por la misma. A tal efecto, como ya se ha indicado a lo largo de este trabajo, el art. 20 de la Ley de la Ciencia establece que, en lo no regulado en dicha norma, será de aplicación lo dispuesto en el ET y sus normas de desarrollo. Este sistema de fuentes reguladoras del contrato predoctoral se ha visto desarrollado, a su vez, por el EPIPF, cuyo art. 3 establece que dicha modalidad contractual “se rige (...) con carácter supletorio, por el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (...), por la demás legislación laboral que le sea de aplicación, por los convenios colectivos y por la voluntad de las partes manifestada en los contratos de trabajo, sin que en ningún caso se puedan establecer en ellos condiciones menos favorables al trabajador o trabajadora o contrarias a las previstas en las disposiciones legales y convenios colectivos antes referidos”.

Es, precisamente, en esta segunda opción donde se plantea de nuevo la controversia, puesto que si se aplica supletoriamente a la extinción por cumplimiento del contrato predoctoral la regulación prevista en el art. 49.1.c) ET, podría corresponder a los investigadores predoctorales en formación una indemnización equivalente a doce días de salario por cada año de servicio, salvo que se considere que dicha modalidad contractual queda incluida entre los contratos formativos, a los que dicho precepto exceptúa del derecho a dicha indemnización. Como ya se ha indicado, esta última es la opción que adopta la STSJ del País Vasco de 15 de mayo de 2018 (Rº. 787/2018) al considerar que al contrato predoctoral, dada su naturaleza formativa, le resulta de aplicación esta excepción<sup>9</sup>.

Sin lugar a dudas, la previsión de una clave específica de contrato que se prevé en el EPIPF para el contrato predoctoral, distinta a la compartida hasta el momento con el contrato para obra o servicio determinados, va a ahondar en esta conclusión. A tal efecto, el modelo previsto de contrato predoctoral por el servicio público de empleo estatal, al tiempo que asigna a este contrato el código de contrato 404, distinto, por tanto, al contrato para obra o servicio determinado y al contrato en prácticas, establece que al contrato predoctoral no le será de aplicación la disposición transitoria octava del Estatuto de los Trabajadores que es, precisamente, la que fija la indemnización correspondiente por finalización de contrato temporal.

---

opera la cláusula de exclusión del art. 49.1.c) del ET y por ello no se genera derecho a indemnización por finalización de contrato”. En parecidos términos, vid. también, la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 8 de julio de 2020 (Rº. 500/2019)

<sup>9</sup> BALLESTER LAGUNA, F., “El nuevo Estatuto del personal investigador predoctoral en formación: un “traje a medida” del contrato predoctoral”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 220, 2019, también se inclina sobre esta interpretación. Sin perjuicio de que el autor considera que no se puede dar una respuesta categórica a esta cuestión en tanto que existe una regla general favorable al derecho indemnizatorio y ello se compeadece mal con una interpretación extensiva de las excepciones excluyentes del derecho.

Frente a la posición mantenida por la STSJ del País Vasco de 15 de mayo de 2018 (Rº. 787/2018), encontramos la STSJ de Galicia de 11 de abril de 2019 (Rº. 34/2017), la cual, aunque con una argumentación muy sucinta, considera que “el art. 49.1.c) ET incluye dentro de su ámbito a toda contratación temporal, de las reguladas en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, únicas posibles en la legislación laboral, es decir, obra o servicio, eventual, e interinidad, excluyendo de tal efecto a éste último y además al formativo del art. 11, contrato que en modo alguno puede equipararse al suscrito por los trabajadores afectados por el conflicto aun cuando se denomine predoctoral en formación”. A lo que añade que el contrato formativo “únicamente cabe a través de la normativa regulada en el artículo 11, que en modo alguno se cumple con el que ahora se discute”<sup>10</sup>.

En base a estas consideraciones, el TSJ de Galicia concluye que los contratos predoctorales formalizados por los investigadores predoctorales en formación han de calificarse como temporales de obra o servicio y, por tanto, a su finalización dar lugar al derecho a percibir la indemnización prevista en el art. 49.1.c) ET para esta tipología de contrato<sup>11</sup>.

En definitiva, el debate sobre esta cuestión radica en determinar si el contrato predoctoral puede incluirse o no entre los contratos formativos a los que el art. 49.1.c) ET priva de indemnización a su cumplimiento<sup>12</sup>. A tal efecto, utilizando una interpretación más teleológica, el TSJ del País Vasco ha considerado que el contrato predoctoral sí quedaría incluido en esta categoría de contratos formativos, mientras que, de conformidad con una interpretación más formal, el TSJ de Galicia ha considerado que dicha asimilación no sería posible, por considerar que esta modalidad contractual se encuentra más próxima al contrato para obra o servicio determinados.

Como fácilmente puede apreciarse, las soluciones dispensadas a la cuestión planteada por la STSJ de Galicia de 11 de abril de 2019 (Rº. 34/2017) y por la STSJ del País Vasco de 15 de mayo de 2018 (Rº. 2976/2015) son diametralmente opuestas, de modo que la respuesta definitiva a dicha cuestión quedaba a expensas de lo que decidiera, en su momento, el Tribunal Supremo sobre esta cuestión.

La respuesta del Tribunal Supremo al dilema suscitado ha llegado en su sentencia de 13 de octubre de 2020 (Rº. 119/2019)<sup>13</sup>, que ha venido a alinearse en lo esencial con la doctrina dictada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco. A tal efecto, el Tribunal Supremo constata que la normativa reguladora del contrato predoctoral no ha previsto ninguna indemnización específica a su extinción y tampoco ha efectuado una remisión expresa al Estatuto de los Trabajadores en este punto. A partir de estas premisas, mantiene que para poderse activar la supletoriedad de la regulación del Estatuto de los Trabajadores, expresamente prevista en el art. 20 de la Ley 14/2011, se hace necesario delimitar la calificación del contrato en relación con las modalidades que se diseñan en dicho texto legal, en tanto que en el Estatuto de los Trabajadores, no toda finalización de un contrato de duración temporal lleva aparejado el derecho a una indemnización.

<sup>10</sup> Un comentario de esta resolución en MORENO GENÉ, J., “La naturaleza jurídica y efectos indemnizatorios del contrato predoctoral: el debate continúa: Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de abril de 2019”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 436, 2019, págs. 111 a 118.

<sup>11</sup> En la misma dirección, REQUENA MONTES, O., “Aproximación crítica...” cit. pág. 391, indica que “en el contrato predoctoral es la tesis doctoral la que constituye la “obra” –científica– que da lugar a la celebración del contrato, como pudiera serlo cualquier otra obra en el marco del contrato para obra o servicio determinado. De modo que, si la extinción de esta modalidad contractual viene acompañada de una indemnización de doce días por año de servicio prestado, la misma cantidad correspondería a quien ve extinguido su contrato predoctoral, puesto que su normativa específica guarda silencio al respecto y continúa delegando en el ET al fin de completar aquello que no prevé el EPIPF”.

<sup>12</sup> En parecidos términos, BALLESTER LAGUNA, F., “El nuevo Estatuto del personal investigador...” cit. indica que la respuesta a la cuestión planteada dependerá de la interpretación restrictiva o amplia sobre cuáles son los contratos formativos a los que se refiere el art. 49.1.c) ET, si únicamente los contratos formativos así denominados y regulados en el propio Estatuto de los Trabajadores o cualquier otro contrato de naturaleza formativa, como es el contrato predoctoral.

<sup>13</sup> Un comentario de esta sentencia en MORENO GENÉ, J., “La indemnización por finalización del contrato predoctoral. Fin del debate: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 903/2020, de 13 de octubre”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 454, 2021, págs. 154 a 163.

En este punto, el Alto Tribunal considera que si se pretenden buscar analogías entre el contrato predoctoral y las modalidades contractuales a las que se refiere el art. 49.1.c) ET, “se hace verdaderamente difícil acudir al contrato para obra y servicio determinado y, por el contrario, sería el contrato en prácticas del art. 11 ET el que presentaría mayores similitudes- de manera muy particular, la finalidad explícita de la contratación-”, lo cual permite concluir al Tribunal Supremo que “el legislador ha diseñado una modalidad contractual, de carácter formativo, a la que no ha atribuido indemnización en el momento de su finalización, en la misma línea seguida con otros contratos temporales del ET”.

Pues bien, las SSTSJ de Asturias de 23 y de 30 de junio de 2020 (Rº. 129/2020 y 48/2020, respectivamente) objeto de este comentario se alinean claramente con la posición adoptada en un primer momento por el TSJ del País Vasco y ahora también por el Tribunal Supremo, habiéndose desechado, por el contrario, la opción adoptada por el TSJ de Galicia, cuya doctrina había sido alegada precisamente por las investigadoras en formación para reclamar su derecho a una indemnización de doce días de salario por año de servicios a la finalización de sus respectivos contratos predoctorales. En este punto, ya se ha indicado que el TSJ de Asturias concluye afirmando de modo muy contundente que “no hay dudas que el contrato suscrito por el actor es un contrato de formación”.

Y, aunque el TSJ de Asturias no lo diga de forma expresa, de esta calificación del contrato predoctoral como un contrato que se asimila a los contratos formativos se obtendría la conclusión de que el mismo no generaría derecho a indemnización alguna, por no estar prevista en la normativa específica del contrato predoctoral ni poder desprenderse la misma de la aplicación subsidiaria del art. 49.1.c) ET, puesto que dicho precepto no sería aplicable subsidiariamente en materia de indemnización y, en todo caso, en el mismo se excluye de forma expresa la previsión de indemnización para los supuestos de contratos formativos, a los cuales se asimila el contrato predoctoral.

Ahora bien, a pesar de todo lo indicado, las SSTSJ de Asturias de 23 y 30 de junio de 2020 (Rº. 129/2020 y 48/2020, respectivamente) finalmente sí acaban estimando parcialmente el recurso planteado por las investigadoras vinculadas mediante un contrato predoctoral, de modo que terminan concediendo a las mismas una indemnización por finalización de sus respectivos contratos equivalente a nueve días de salario por año de servicios. En este punto, cabe preguntarse si ello supone una contradicción con todo lo expuesto hasta el momento.

La respuesta a la cuestión planteada no puede ser más que negativa, no en vano, el derecho a la percepción de una indemnización a la finalización del contrato predoctoral, además de poder venir impuesta por la ley, lo cual, como se acaba de exponer, es de muy difícil justificación cuando nos referimos a los contratos predoctorales, también puede derivar del propio clausurado de los contratos suscritos, no en vano, en el supuesto enjuiciado, el derecho a indemnización a la finalización del contrato sí se encontraba previsto de forma expresa. Recuérdese al respecto que, para llegar a su decisión definitiva, el Tribunal constata que en el clausurado del respectivo contrato predoctoral formalizado por cada una de las investigadoras se prevé de forma expresa una indemnización para la finalización del mismo de nueve días de salario por cada año de servicio o la establecida en la norma específica que sea de aplicación y, en consecuencia, éste deberá ser el importe mínimo con el que deberá indemnizarse a cada una de las investigadoras.

La conclusión obtenida por el TSJ de Asturias parece acertada si tenemos en cuenta que puede entenderse que la previsión expresa recogida en el clausurado del contrato predoctoral del derecho a percibir una indemnización a su finalización constituiría una especie de condición más beneficiosa, cuyo cumplimiento estaría protegido de forma efectiva por “el principio jurídico de confianza legítima, así como el de buena fe”<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Vid. MOLINA NAVARRETE, C., “Empleo público temporal y estabilidad obligacional...” cit. pág. 125.

Esta circunstancia justificaría, además, que la indemnización finalmente percibida por las investigadoras haya sido únicamente de nueve días de salario por año de servicios y no de doce como las mismas reclamaban, no en vano, a éstas no se les reconoce el derecho a recibir una indemnización en base a lo previsto por el art. 49.1.c) ET, que, por la fecha de formalización de los correspondientes contratos de trabajo -7 de enero de 2015- sería equivalente a doce días de salario por año de servicios<sup>15</sup>, sino exclusivamente por venir prevista de forma expresa en las cláusulas de sus respectivos contratos, –cláusula 8–, a razón de nueve días de salario por año de servicios<sup>16</sup>.

Con toda probabilidad, esta reclamación hubiera recibido una solución distinta si en la correspondiente cláusula del contrato predoctoral formalizado por ambas investigadoras no se hubiera fijado una indemnización específica, sino que se hubiera previsto que la misma sería la contemplada en el Estatuto de los Trabajadoras para alguna otra modalidad contractual, en particular, para el contrato para obra o servicio determinados, puesto que en este caso, la indemnización a percibir hubiera sido la correspondiente a esta modalidad contractual, que dada la fecha de formalización del contrato predoctoral -7 de enero de 2015- se hubiera elevado hasta los doce días de salario por año de servicios.

En definitiva, como acertadamente se ha señalado, en caso de preverse en el contrato predoctoral de forma expresa el derecho a percibir alguna indemnización, debe estarse a esta previsión contractual, de modo que si se prevé una cantidad específica habría que primar esta, y si, en cambio, se remite a la normativa reguladora del Estatuto de los Trabajadores, habrá que estar a lo previsto por el art. 49.1.c) ET<sup>17</sup>.

Pese a ello, en estos supuestos aún podrían plantearse serias dudas sobre la validez de dichas cláusulas, no en vano, al tratarse las entidades contratantes de los investigadores predoctorales en formación normalmente de administraciones públicas –universidades y organismos públicos de investigación, entre otros–, la posibilidad de incorporar condiciones más beneficiosas se encuentra especialmente restringida por el cumplimiento de los principios de legalidad y de igualdad<sup>18</sup>.

Recuérdese en este punto el criterio un tanto restrictivo mantenido al respecto por el Tribunal Supremo tras la sentencia de 13 de julio de 2017 (Rº. 2976/2015) que, a pesar de seguir admitiendo que se puedan generar condiciones más beneficiosas en el seno de las relaciones laborales con la administración pública, corrige su doctrina anterior sobre esta materia, pasándose a exigir nuevos requisitos que, a criterio del propio Tribunal hacen más “difícil -excepcional, más bien- la posibilidad de adquirir una condición más beneficiosa frente a la Administración empleadora”<sup>19</sup>.

A tal efecto, el Tribunal Supremo mantiene que, “si bien tratándose de un empresario privado el reconocimiento de una condición más beneficiosa no tiene más límite que el que en su caso pueda representar el respeto a la Constitución y a la ley, cuando se trata de administraciones públicas ese obligado acatamiento del principio de legalidad -en sentido amplio- se cualifica con el sobreañadido sometimiento a los específicos principios de competencia, de igualdad y presupuestario, que excluyen la posible obtención de condición más beneficiosa cuando la misma se oponga a norma legal de derecho necesario o prohibición expresa de convenio colectivo, o cuando -por parte empresarial- se carezca de la debida competencia para atribuirla”<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Recuérdese al respecto que, de conformidad con la disposición transitoria octava del Estatuto de los Trabajadores, a los contratos temporales celebrados a partir del 1 de enero de 2015 que les corresponda la indemnización prevista por finalización del contrato del art. 49.1.c) ET, la misma ascenderá a doce días de salario por cada año de servicio.

<sup>16</sup> De conformidad con la disposición transitoria octava del Estatuto de los Trabajadores, la indemnización de nueve días por año de servicio sería la correspondiente a los contratos temporales formalizados durante el año 2012.

<sup>17</sup> Vid. MOLINA NAVARRETE, C., “Empleo público temporal y estabilidad obligacional...” cit. pág. 126.

<sup>18</sup> Vid. MOLINA NAVARRETE, C., “Empleo público temporal y estabilidad obligacional...” cit. pág. 126.

<sup>19</sup> Vid también, el interesante voto particular que se contiene en la sentencia que formulan diferentes magistrados.

<sup>20</sup> Vid. sobre esta sentencia, CANO GALÁN, Y., “Cambio jurisprudencial en relación con el reconocimiento de condiciones más beneficiosas en el ámbito de la Administración Pública”. *Diario la Ley*, nº 9080, 2017.

En definitiva, sumando las exigencias tradicionales y las incorporadas posteriormente por el Tribunal Supremo, la posibilidad de adquirir una condición más beneficiosa en el marco de la relación laboral con las administraciones públicas se subordina actualmente a una triple exigencia: a) que traiga origen en voluntad inequívoca del empleador; b) que la misma sea directamente atribuible al órgano que ostente adecuada competencia para vincular a la correspondiente Administración; y c) que se trate de un beneficio “*paeter legem*”, en tanto que no contemplado ni prohibido -de forma expresa o implícita- por disposición legal o convencional algunas de las que predicar su imperatividad como Derecho necesario absoluto.

El análisis de estas exigencias en el supuesto enjuiciado nos plantea un problema ya de partida, no en vano, plantea serias dudas que la introducción de esta condición más beneficiosa, consistente en la previsión de una indemnización a la finalización del contrato predoctoral, tenga su origen en la voluntad inequívoca de los empleadores, es decir, de las universidades y otros centros de investigación públicos, de añadir este derecho al catálogo de derechos reconocidos al personal investigador predoctoral en formación contratado. Más bien, parece que la previsión de estas indemnizaciones en los contratos predoctorales se debió al desconcierto que planteó en su momento la aprobación y entrada en vigor del contrato predoctoral. En este punto, cabe recordar el cúmulo de desafortunadas actuaciones de la Administración de la Seguridad Social a la hora de fijar el código de contrato aplicable a dicha modalidad contractual, de modo que, en un primer momento, se fijó como código específico para este contrato el 401, correspondiente al contrato para obra o servicio determinados<sup>21</sup>. Probablemente esta circunstancia motivó que en los modelos de algunos contratos predoctorales que se formalizaron se incluyera el derecho al percibo de una indemnización a la finalización de los mismos, en los mismos o en parecidos términos que se preveía para los contratos para obra o servicio determinados que se formalizaban en las mismas universidades y otros centros de investigación públicos. En otros términos, la introducción de la previsión de una indemnización a la finalización del contrato predoctoral podría deberse más a un error de interpretación de la norma que a una voluntad inequívoca de universidades y otros centros de investigación públicos de incorporar esta condición más beneficiosa en los contratos suscritos.

Con toda probabilidad, el hecho de que tras la aprobación del EPIPE, el modelo previsto de contrato predoctoral por el servicio público de empleo estatal, al tiempo que asigna a este contrato el código de contrato 404, distinto, por tanto, al contrato para obra o servicio determinados y al contrato en prácticas, establezca que al contrato predoctoral no le será de aplicación la disposición transitoria octava del Estatuto de los Trabajadores que es, precisamente, la que fija la indemnización correspondiente por finalización de contrato temporal, comportará que de *facto* deje de introducirse en estos contratos la condición más beneficiosa consistente en la previsión de una indemnización a su finalización.

Por lo demás, también cabría plantearse las implicaciones que desde el punto de vista del principio de igualdad podría tener el hecho de que a unos investigadores se les reconozca de forma expresa en sus contratos predoctorales una indemnización por finalización del contrato predoctoral y, por tanto, tengan derecho a la misma, mientras que otros investigadores también predoctorales, de la misma universidad u organismo de investigación, no tengan previsto en su contrato este derecho y, por tanto, queden excluidos del derecho a percibir la referida indemnización.

Ninguna de estas cuestiones de validez de la condición más beneficiosa introducida en los respectivos contratos predoctorales formalizados con las investigadoras, consistente en la previsión

---

<sup>21</sup> Recuérdese, en todo caso, que, con la voluntad de enmendar este primer desatino, se cometió otro no menor, procediendo la Administración de la Seguridad Social a alterar de una manera unilateral y con carácter retroactivo dicho código de contrato, pasando a asignar a partir de este momento el código de contrato 420, propio del contrato en prácticas. Posteriormente, ante las airadas quejas de los afectados, se optó por volver a la situación inicial, asignando nuevamente al contrato predoctoral el código de contrato 401, correspondiente al contrato para obra o servicio determinados.

de una indemnización a la finalización del contrato, se han suscitado por las SSTSJ de Asturias de 23 y 30 de junio de 2020 (R<sup>o</sup>. 129/2020 y 48/2020, respectivamente) objeto de este comentario, que no han dudado, por tanto, en ningún momento de la legalidad y validez de las mismas.

Para concluir cabe indicar que, a pesar de que con el actual marco normativo se excluye el derecho al percibo de una indemnización a la finalización del contrato predoctoral por su cumplimiento, salvo que, como sucede en el supuesto enjuiciado por las SSTSJ de Asturias de 23 y 30 de junio de 2020 objeto de este comentario, dicha posibilidad se encuentre prevista de forma expresa en el clausurado del contrato de trabajo, no cabe duda que nos encontramos ante una cuestión ciertamente controvertida, que hace del todo necesario que se abra una reflexión sobre la conveniencia o no de que la extinción del contrato predoctoral por su cumplimiento comporte el derecho a una indemnización y, en su caso, en qué cuantía.

En este punto, sería conveniente que se procediera a dignificar las condiciones laborales del personal investigador predoctoral en formación. A tal efecto, la exclusión del derecho a percibir una indemnización a la finalización del contrato predoctoral constituye una de las principales disfunciones de esta modalidad contractual<sup>22</sup>, lo que hace del todo necesaria una intervención del legislador dirigida a paliar esta anomalía, previéndose al respecto, de un modo expreso, el derecho a percibir una indemnización a la finalización del contrato predoctoral por su cumplimiento en cuantía, cuanto menos, equivalente a la prevista para la finalización de otros contratos temporales –v.gr. contrato para obra o servicio determinados–. Meras razones de política científica y de equidad justificarían por sí mismas la incorporación de una indemnización en estos supuestos.

A falta de esta conveniente intervención legislativa, aún podría plantearse si por vía de la negociación colectiva desarrollada en el marco de las universidades y otros centros de investigación podría introducirse el derecho a que los investigadores predoctorales en formación percibieran alguna indemnización a la finalización de sus contratos predoctorales, no en vano, aunque la Ley de la Ciencia y el EPIPF en formación no contemplen el derecho a una indemnización en estos supuestos, tampoco se oponen expresamente a la misma. Sin embargo, no parece que esta pueda ser una vía sencilla de incorporación de estos derechos indemnizatorios, dado el tradicional desinterés de la negociación colectiva desarrollada en el marco de las universidades y otros centros de investigación por regular las condiciones de trabajo de este colectivo de investigadores en formación. A tal efecto, aunque haya algún convenio colectivo que pueda incluir en su ámbito de aplicación a dicho colectivo de investigadores, lo más habitual es que, o bien, los excluyan o que únicamente prevean su aplicación a los mismos de forma subsidiaria o supletoria a lo dispuesto en los programas y convocatorias de ayudas a la investigación con los que se financia el contrato de trabajo del investigador predoctoral en formación, de modo que si en dichos programas y convocatorias de ayudas a la investigación no se recoge la previsión de una indemnización por finalización del contrato predoctoral, difícilmente la misma se incorporará por vía de la negociación colectiva puesto que la misma debería ser financiada directamente por las universidades y otros centros de investigación de recepción de este colectivo de investigadores<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Desgraciadamente no es esta la única disfunción que acompaña al contrato predoctoral, véase a título de ejemplo, las que provoca en materia retributiva. Vid. sobre esta cuestión, BALLESTER LAGUNA, F., “Claroscuros en la regulación del salario aplicable al contrato predoctoral”. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 642/2020, de 3 de junio”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 449-450.

<sup>23</sup> Sobre esta materia vid. MORENO GENÉ, J., “El tratamiento del “personal investigador contratado” en la negociación colectiva de las universidades”. *Aranzadi Social*, núm. 9, 2007. Vid. también, MORENO GENÉ, J., “Balance de diez años de negociación colectiva del PDI laboral en las Universidades Públicas”, En *XI y XII Seminarios sobre aspectos jurídicos de la gestión universitaria*. Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.

#### 4. Bibliografía

- BALLESTER LAGUNA, F., “El nuevo Estatuto del personal investigador predoctoral en formación: un “traje a medida” del contrato predoctoral”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 220, 2019.
- BALLESTER LAGUNA, F., “Claroscuros en la regulación del salario aplicable al contrato predoctoral”. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 642/2020, de 3 de junio”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 449-450.
- CANO GALÁN, Y., “Cambio jurisprudencial en relación con el reconocimiento de condiciones más beneficiosas en el ámbito de la Administración Pública”. *Diario la Ley*, nº 9080, 2017.
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., “La contratación de investigadores por universidades públicas en la Ley de la Ciencia de 2011”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 44, 2016.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., “El régimen jurídico del personal del SUE y del SECTI a estudio: modalidades contractuales y categorías profesionales en el ámbito del SUE y del SECTI”, En AAVV., *Disquisiciones jurídicas sobre el ámbito universitario*. Cizur Menor (Navarra), Thomson-Reuters Aranzadi, 2016.
- LÓPEZ INSÚA, B.M., “La precarización del personal investigador en formación de nuevo en el ojo del huracán: anomalía jurídica en la “codificación” de los contratos predoctorales”. *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7, 2017.
- LUJÁN ALCARAZ, J., “La contratación laboral del personal investigador ante la reforma laboral y la Ley de la Ciencia”, En HORGUÉ BAENA, C., BONACHERA LEDRO, M.I. y CARO MUÑOZ, A.I. (Coords.), *Impacto de la nueva legislación en la educación superior y la investigación*. Sevilla, Universidad de Sevilla, 2012.
- MOLINA NAVARRETE, C., “Empleo público temporal y estabilidad obligacional: la indemnización por fin de contrato o de nombramiento”, En CARO MUÑOZ, A.I (Dir.) y ROMERO BURILLO, A.M. y BELLO PAREDES, S. (Coords.), *La articulación de la gestión universitaria a debate*. Cizur Menor (Navarra), Thomson Reutres-Aranzadi, 2018.
- MORENO GENÉ, J., “El tratamiento del “personal investigador contratado” en la negociación colectiva de las universidades”. *Aranzadi Social*, núm. 9, 2007.
- MORENO GENÉ, J., “La contratación laboral de los investigadores en la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación: ¿el final del estado de excepción laboral en la ciencia?”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 340, 2011.
- MORENO GENÉ, J., “El contrato predoctoral: una modalidad específica de contrato formativo para los investigadores”. *Aranzadi Social*, núm. 3, 2012.
- MORENO GENÉ, J., “La aplicación de la doctrina “de Diego Porras” a investigadores y profesores universitarios: extinción de derechos o consolidación de carencias”. *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 48, 2018.
- MORENO GENÉ, J., “Balance de diez años de negociación colectiva del PDI laboral en las Universidades Públicas”, En *XI y XII Seminarios sobre aspectos jurídicos de la gestión universitaria*. Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.
- MORENO GENÉ, J., “La ambigua naturaleza jurídica del contrato predoctoral y su incidencia a efectos indemnizatorios”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 431, 2019.
- MORENO GENÉ, J., “La naturaleza jurídica y efectos indemnizatorios del contrato predoctoral: el debate continúa: Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de abril de 2019”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 436, 2019.

- MORENO GENÉ, J., *El estatuto del personal investigador predoctoral en formación: aspectos jurídico-laborales y de seguridad social*. Barcelona, Atelier, 2020.
- MORENO GENÉ, J., “La indemnización por finalización del contrato predoctoral. Fin del debate: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 903/2020, de 13 de octubre”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*.CEF, núm. 454, 2021, págs. 154 a 163.
- REQUENA MONTES, O., “Aproximación crítica al Estatuto del Personal Investigador Predoctoral en Formación”. *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019.
- SERRANO ARGÜELLO, M., “Modalidades específicas de contratación laboral del personal investigador. De la precarización al *desideratum* de su estabilidad en el empleo y consolidación profesional”. *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 36, 2014.
- SIRVENT HERNÁNDEZ, M., “Las modalidades de contratación laboral previstas en la LCTI específicamente para el personal investigador”, En AAVV., *El estatuto profesional del personal investigador contratado en régimen laboral*. Madrid, Innap Investiga, 2016.

# Los trabajadores ante el riesgo laboral: más allá del derecho de resistencia\*

## Workers' and occupational hazards: beyond the right to refuse dangerous work

Ana Isabel García Salas

*Profesora Contratada Doctor (Acreditada a Titular de Universidad)*

*Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0001-7160-5005

Recibido: 3/12/2020

Aceptado: 28/12/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6049>

*Resumen:* De un estudio integral de la normativa de prevención de riesgos laborales, puede colegirse que, cuando los trabajadores se enfrentan a riesgos en el trabajo, generalmente por un incumplimiento empresarial, se encuentran no solo ante el derecho sino también ante el deber de protegerse. Las implicaciones jurídicas que esta posición, también deudora, conlleva deben ser analizadas con detalle, e integrando la labor tuitiva del Derecho del Trabajo con la protección eficaz de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral.

*Palabras clave:* riesgo laboral, grave e inminente, derecho de resistencia, obligaciones preventivas.

*Abstract:* A thorough study of the law on the prevention of occupational risks allows us to conclude that when workers face an imminent threat to their health or safety, usually as a result of the employer breach of its obligations, they have not only the right but also the duty to protect themselves. The legal consequences of this holding are analyzed in detail by merging the protective side of labour law and the effective protection of workers in the realm of occupational safety and health.

*Keywords:* occupational risk, serious and imminent risk, right to refuse work, preventive duties.

*El derecho y el deber son como las palmeras:  
no dan fruto si no crecen uno al lado del otro*

LAMENNAIS

---

\* El presente estudio ha sido elaborado en el marco del Proyecto I+D+I “Cambio tecnológico y transformación en las fuentes laborales: Ley y Convenio Colectivo ante la disrupción digital” (Ref. RTI2018-094547-B-C21, Código: 2019/00376/001). Instituto Universitario de Derecho y Economía (IUDEC) – UC3M. IP: Jesús R. Mercader Uguina.

## 1. Planteamiento

En estos tiempos, el riesgo de contraer la enfermedad conocida como Covid-19 en cualquier ámbito de nuestra vida, incluido el laboral, ha devuelto un gran protagonismo a la Prevención de Riesgos Laborales, del que probablemente no disfrutaba desde la aparición de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre (LPRL), y del periodo posterior de encaje de la nueva normativa en nuestro Derecho y en el sistema empresarial. La complejidad de las situaciones generadas por esta pandemia nos ha llevado, no solo a la aprobación de una normativa urgente *ad hoc*, sino también a la búsqueda de respuestas en el ordenamiento jurídico ya existente.

Una de las interrogantes planteadas en los albores de esta crisis, ante el desabastecimiento de equipos de protección frente al virus, giró en torno a si los trabajadores que permanecían en sus puestos de trabajo podrían haber ejercido algún derecho de resistencia para proteger su vida y su salud<sup>1</sup>. El debate surgido nos obligó a visitar instituciones clásicas de nuestro Derecho de la Prevención de Riesgos<sup>2</sup>, y pudimos comprobar que continuaban siendo de enorme utilidad ante los nuevos retos y situaciones planteados. Pero al tiempo, reconocemos que estos cambios tan drásticos nos fuerzan a revisar algunas tesis ya consolidadas<sup>3</sup>. Con este objetivo, examinamos ahora algunos de los aspectos más farragosos del análisis jurídico de casos reales en los que los trabajadores han de enfrentarse a un riesgo laboral.

Y podemos empezar con el adelanto de una de las cuestiones más peliagudas. Cuando hablamos del derecho de resistencia de los trabajadores (reconocido en el art. 21 LPRL) ante un riesgo laboral grave e inminente (definido en el art. 4.4 LPRL), los tribunales insisten en que se trata de un derecho, no de un deber<sup>4</sup>. La facultad de ejercerlo, o no, correspondería, por tanto, al titular del mismo; de tal manera que si, originado el riesgo grave e inminente, el trabajador decidiera no abandonar el lugar de trabajo -o los representantes legales de los trabajadores, en su caso, no acordaran una paralización inmediata de la actividad-, su permanencia en el puesto no debería tener consecuencias jurídicas para ninguno de ellos.

Sin embargo, no podemos conformarnos con una conclusión tan elemental, especialmente cuando de prevención de riesgos laborales se trata. Por poner un ejemplo, es un hecho que las facultades disciplinarias del empresario, potestativas ante los incumplimientos de sus trabajadores y ante las faltas laborales<sup>5</sup>, se transforman en un auténtico deber jurídico (en nuestro caso, el de *adoptar cuantas medidas sean necesarias*, según el art. 14.2 LPRL)<sup>6</sup>, desde el momento en que la actuación empresarial -o la de los delegados del poder de dirección *ex art. 20.1 ET*- puede impedir que un trabajador se ponga en riesgo o ponga en riesgo a terceros (el denominado “derecho-deber de corrección”<sup>7</sup>). Por todos es entendido que no puede ser lo mismo tolerar que los trabajadores

<sup>1</sup> GARCÍA SALAS, A.I., “¿Tienen derecho de resistencia los trabajadores que continúan en sus puestos ante la epidemia de coronavirus?”, Blog El Foro de Labos, 21/3/2020. <https://forodelabos.blogspot.com/2020/03/tienen-derecho-de-resistencia-los.html>

<sup>2</sup> GARCÍA SALAS, A.I. e IGLESIAS MARTÍNEZ, V., “La prevención de riesgos laborales ante la situación de pandemia provocada por el Covid-19”, en *Impacto del Covid-19 en materia laboral y de Seguridad Social*, Francis Lefebvre, 2020, pp.109 y ss.

<sup>3</sup> Muy recomendable MERCADER UGUINA, J.R., “El sistema de responsabilidad empresarial por el accidente de trabajo: un modelo en transición”, en *Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, Tomo I, AESSS, Laborum, 2020, pp.571 y ss.

<sup>4</sup> Por ejemplo, la STSJ de Islas Canarias, de 27 de octubre de 2016 (Rº. 693/2016).

<sup>5</sup> Ya manifestaba el profesor MONTOYA MELGAR, A. (*Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2008, p. 366) que: “El carácter irrenunciable que caracteriza al poder disciplinario recogido en el art. 58 ET, en tanto su atribución forma parte del orden público laboral, no empece para la eventual renuncia o dejación de su ejercicio, que operaría como una condonación de la falta del trabajador”.

<sup>6</sup> Como afirmaba también LOZANO LARES, F., “Las obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales y su coercibilidad a través del poder disciplinario del empresario”, *Temas Laborales*, nº50, 1999, p.170. Ver asimismo las SsTS (Cont-advº) de 23 de febrero de 1994 (Ar. 2225), 17 de mayo de 1995 (Ar. 4145), 10 de mayo de 1996 (Ar. 4116), 2 de julio de 1996 (Ar. 5605), 18 de febrero de 1997 (Ar. 1182) y 27 de marzo de 1998 (Ar. 2869).

<sup>7</sup> PENDÁS DÍAZ, B., “Los cuatro deberes básicos del deber de seguridad e higiene en el trabajo”, *Actualidad Laboral*, nº26, 1986, pp.1.331 y ss. Y, en la misma línea, CALVO GALLEGÓ, F.J., *La obligación general de prevención y la responsabilidad civil o*

incurran en reiteradas faltas de puntualidad, que permitirles el acoso a compañeros o no usar el equipo de protección individual (EPI) que sea preceptivo. Al propio empresario no le es posible permitir la inobservancia de las medidas de seguridad sin incurrir en responsabilidad<sup>8</sup>. La obligación del empresario de proteger eficazmente al trabajador, de hacer lo humanamente posible con todos los medios a su alcance<sup>9</sup>, convierte poderes empresariales, como la impartición de órdenes e instrucciones, la organización del trabajo, la vigilancia y control de la prestación, y en definitiva el poder disciplinario, en eficaces herramientas para prevenir los riesgos en el trabajo<sup>10</sup>.

De la misma manera, tanto en caso de riesgo grave e inminente, como ante otros riesgos laborales de menor entidad, el trabajador deberá tener en consideración el cumplimiento de sus propios deberes. Negarse, desobedecer, son instrumentos de autoprotección, que le permiten cumplir con el deber de velar por sí mismo (según le impone el art. 29.1 LPRL); aunque también constituyan un derecho reconocido legalmente con una serie de garantías (como las del art. 21.4 LPRL). Podríamos hablar quizás del cumplimiento de un deber en el ejercicio de un derecho.

Pero la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, acorde con las normativas de los países de nuestro entorno sobre la materia y heredera de la Directiva Marco de Seguridad<sup>11</sup>, no protege todas las circunstancias en las que cabría una respuesta insumisa del trabajador, pues solo se refiere expresamente a las garantías frente a un abandono en caso de riesgo grave e inminente (art. 21.4 LPRL). Del mismo modo, muy diversas son también las posibles situaciones ante un riesgo grave e inminente, con distintos elementos –jurídicos, psicológicos, técnicos, organizativos– a tener en cuenta, que serán asimismo, por todo ello, objeto de análisis y reflexión en este estudio.

## 2. La posición jurídica del trabajador ante el riesgo

De la normativa sobre prevención de riesgos laborales, se extrae que el empresario se presenta como principal deudor de seguridad y salud en el trabajo. Es el que tiene las principales obligaciones preventivas, aunque habitualmente delegue aquellas de contenido técnico en los Servicios de Prevención, o se apoye organizativamente en su cadena de directivos y mandos; y, en cualquier caso, también es el garante ante sus trabajadores del cumplimiento de las obligaciones propias de sujetos externos, como fabricantes, importadores o suministradores. Pero también los trabajadores –principales beneficiarios de todo este sistema legal– van a tener una serie de obligaciones propias, pues su colaboración en el éxito del cumplimiento empresarial es vital, tanto para ellos como para terceros que puedan verse afectados por su trabajo, aunque serán obligaciones que se corresponderán con su posición dentro de la relación jurídico-laboral de la que forman parte.

Las situaciones a las que pueden enfrentarse los trabajadores son muy diversas. Para empezar, aun cuando la empresa actuara con toda la diligencia exigible, pueden aparecer riesgos en el trabajo,

---

*contractual del empleador*, Aranzadi, 1998, p. 83; SEMPERE NAVARRO, A. [et al.], *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, Civitas, 2001, 3ª edición, p.41; o FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *El poder disciplinario en la empresa*, CARL-Civitas, 1991, pp.222 y ss.

<sup>8</sup> Ver la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 2 de mayo de 2007 (Rº. 620/2007).

<sup>9</sup> “El uso efectivo del poder sancionador por parte del empresario actúa como prueba de su actitud diligente y no consentidora de los incumplimientos advertidos”, como señalaba GARCÍA MURCIA, J., “Régimen de responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo”, en CASAS BAAMONDE, M. E., PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Coords.), *Seguridad y salud en el trabajo: el nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, p. 199.

<sup>10</sup> “Nos encontramos no solo ante un derecho sino también ante un deber que opera como mecanismo de garantía del cumplimiento por los trabajadores de sus obligaciones en materia preventiva” (IGARTUA MIRÓ, M.T., *La obligación general de seguridad*, Tirant lo Blanch, 2000, p. 380).

<sup>11</sup> Directiva del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

que no siempre son considerados riesgos laborales<sup>12</sup> por tener su origen en causas extrañas al trabajo; o que simplemente son imprevisibles o inevitables, concurriendo caso fortuito o fuerza mayor<sup>13</sup>. En este contexto, el empresario se podría exonerar incluso de responsabilidad civil (art. 1.105 CC), “fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación” -aunque si la ley o el contrato establecieran que procederá la indemnización en determinados supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, ésta debería ser abonada-. También el art. 5 de la Directiva Marco de Seguridad recoge estos supuestos como de exoneración en materia de seguridad y salud.

Por otro lado, ante un riesgo laboral, no solo surge un derecho del trabajador a ser protegido, sino también una serie de obligaciones necesarias y complementarias a las ya impuestas a la empresa; y en el entendimiento de que, como ya apuntaba el art. 5.3 de la Directiva Marco, *las obligaciones de los trabajadores en el ámbito de la seguridad y de la salud en el trabajo no afectarán al principio de la responsabilidad del empresario*. La posición del trabajador, que fundamentalmente es acreedora de seguridad, se convierte también secundariamente en deudora<sup>14</sup>. Pero sobre esto, por la doctrina ya se advirtió de que “no existen datos normativos que permitan deducir que su vinculabilidad sea más reducida”<sup>15</sup>, ni se trata en general de obligaciones de menor importancia -pues, sin la concurrencia de los trabajadores, buena parte de la actividad preventiva del empresario no tendría éxito-, sino de obligaciones, en todo caso, condicionadas por el *status* de subordinación en el que se encuentran los trabajadores.

En primer lugar, los trabajadores no cuentan con los medios ni con el poder necesarios para protegerse ellos mismos de manera autosuficiente. Por lo tanto, el alcance de sus obligaciones debe ser limitado. Y, en segundo lugar, muchas de estas obligaciones están supeditadas además a un cumplimiento empresarial previo y a las órdenes e instrucciones que el propio empresario marque al efecto; pues si el empresario no proporciona unos equipos de protección y las instrucciones para su uso, no será posible un uso correcto de los mismos, como les exige el art. 29.2.1º. LPRL<sup>16</sup>, por ejemplo. Ahora bien, atendiendo a una correcta interpretación de la Ley, esto tampoco tiene por qué comportar, a nuestro juicio, que, ante un cumplimiento empresarial defectuoso, desaparezca cualquier obligación del trabajador, y que solo cuando el empresario haya cumplido *a priori* con las mismas, pueda exigirse a los trabajadores que adopten una actitud preventiva.

## 2.1. Cuestiones generales sobre las obligaciones previstas para los trabajadores

En general, el art. 29.1 LPRL, reproduciendo el art. 13 de la Directiva Marco de Seguridad, y en virtud de los artículos 5 b) y 19.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET), recoge el deber de seguridad

<sup>12</sup> Según el art. 4.2 LPRL, *Se entenderá como «riesgo laboral» la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo.*

<sup>13</sup> En la STSJ de Islas Baleares, de 23 de diciembre de 2014 (Rº. 340/2014) se desestimó la responsabilidad de la empresa por daños y perjuicios por inexistencia de riesgo laboral en atención a las funciones de la trabajadora, camarera de pisos de un hotel, que fue agredida por unos clientes. Idéntico fallo se aprecia en la STSJ de Andalucía, de 26 de abril de 2018 (Rº. 1572/2017), tras el asalto violento de un grupo al centro laboral donde el trabajador prestaba sus servicios nocturnos por su consideración de caso fortuito, en atención a las circunstancias concurrentes. Tampoco procedió la indemnización por los daños sufridos en un atraco que no tuvo lugar por la falta de medidas de seguridad, siendo que en los daños sufridos por el trabajador concurrió su injustificada resistencia a los atracadores (STSJ de Murcia, de 22 de enero, de 2020, Rº. 520/2019). Asimismo, el contagio por Covid-19 de un trabajador no es considerado riesgo laboral en todos los casos, ni a todos los efectos (Criterio Operativo 102/2020 sobre medidas y actuaciones de la ITSS relativas a situaciones derivadas del nuevo Coronavirus (SARS Cov-2) y Procedimiento de Actuación para los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2).

<sup>14</sup> Como señala, por ejemplo, GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., *El deber de seguridad y salud en el trabajo. Un estudio sobre su naturaleza jurídica*, CES, 1999, pp.264 y ss.

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “El poder disciplinario en la organización de la empresa”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº23, 2000, p.159.

<sup>16</sup> *Utilizar correctamente los equipos de protección facilitados por el empresario, de acuerdo con las instrucciones recibidas de éste.*

y salud de los trabajadores del siguiente modo: *Corresponde a cada trabajador velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario.* Puede observarse en este apartado el deber de autoprotección antes comentado. Como se ha afirmado, “el sentido del mismo reside en el hecho de que, si bien un elemento fundamental en la evitación de los AT y EP es que se disponga de los medios oportunos de prevención y protección de los mismos, hay otro factor añadido, el factor humano, que tiene una gran incidencia en la producción de los eventos dañosos”<sup>17</sup>, hasta el punto de que pueden producirse exclusivamente por este motivo; es decir, aunque el empresario haya cumplido absoluta y satisfactoriamente con todas las obligaciones imputables en esta materia, todavía puede quedar ese factor de riesgo y originarse el daño.

Para el trabajador, no supone, desde luego, una obligación frente a sí mismo -lo que sería absurdo-, aunque se tratara solo de su propia seguridad y salud. Es cierto que hablamos de un deber cuyo incumplimiento no va a ser objeto de sanción administrativa (solo disciplinaria, en el ámbito privado), pero es considerado un deber jurídico, legal, impuesto por los poderes públicos, no disponible por las partes del contrato; similar a aquel en el que, por vía del art. 22.1 LPRL, se obliga a los trabajadores a someterse a reconocimientos médicos cuando fuesen imprescindibles para preservar su propia seguridad o salud. El trabajador no puede plantearse esta obligación asumiendo el riesgo que supondría un eventual incumplimiento, ni siquiera como víctima única del mismo. El carácter potestativo del derecho del trabajador a su seguridad y salud queda sustituido por una protección efectiva, cuya tutela asume el Estado, *ex art.* 40.2 CE, que exige a los poderes públicos que velen por la seguridad e higiene en el trabajo<sup>18</sup>.

La obligación también está dirigida a velar por la seguridad y salud de terceras personas que puedan verse afectadas por su trabajo, lo que no se trata más que de una transposición del deber genérico de no llevar a cabo actos u omisiones que originen riesgo o daño a terceros, aplicando eso sí una diligencia profesional, derivada de la *lex artis*. Al trabajador no se le está convirtiendo en garante de una obligación de prevenir la seguridad y salud de esas terceras personas, sino solo respecto de aquellos efectos a los que pueda dar lugar su comportamiento en el desempeño normal de su prestación de trabajo. Así y todo, en el caso de los mandos intermedios, esta obligación de velar se ve especialmente realizada, pues, “en el concepto de velar, se podrían incluir funciones tan inherentes a un cargo de mando intermedio como las de vigilancia, control, distribución adecuada del trabajo, información y formación de primera mano, impartición de las instrucciones adecuadas y toma de decisiones oportunas ante la presencia de riesgos en el trabajo”<sup>19</sup>.

Asimismo, ha de recordarse que los trabajadores no solo están obligados al cumplimiento de las medidas que en cada caso sean adoptadas por la empresa, que es la expresión utilizada por el art. 29.1 LPRL, pues el art. 19.2 ET (no derogado, salvo en aquello que contradijese lo dispuesto en la LPRL) se refiere también a que el trabajador está obligado a observar, en general, las medidas legales y reglamentarias de seguridad y salud en el trabajo<sup>20</sup>. Así, por ejemplo, en el Real Decreto

<sup>17</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de seguridad e higiene en el trabajo”, en *La Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/95*, (Coord. OJEDA AVILÉS, A., ALARCÓN CARACUEL, M.R. y RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.), Aranzadi, 1996, p.211.

<sup>18</sup> A propósito de los supuestos en los que lo que está en juego únicamente es la propia seguridad y salud del trabajador, se suscitó un debate parlamentario sobre si ésta era causa suficiente para obligar a un trabajador. No obstante, inspirado en la STC 137/1990, de 19 de julio, se ha optado por aplicar el principio de protección positiva contenido en el derecho a la vida, que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte.

<sup>19</sup> GARCÍA SALAS, A.I., *Directivos y mandos en materia de seguridad y salud en el trabajo, Monografías Temas Laborales, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Mergablum, 2004, p.143.*

<sup>20</sup> Como se pone de manifiesto también en sentencias como la STSJ de Cataluña, de 23 de diciembre de 2004 (Rº. 6272/2003).

773/1997, de 20 de mayo, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual, junto con el deber de utilizar y cuidar correctamente estos equipos, se añade la obligación del trabajador de colocarlos después de su utilización en el lugar indicado para ello (art. 10. b).

Finalmente, siempre es pertinente destacar que, a fin de medir el alcance de la obligación de los trabajadores, el art. 29.1 LPRL tiene en cuenta, en primer lugar, el grado de cumplimiento *según sus posibilidades*; esto es, las circunstancias del momento concreto en el que deba llevar a cabo la conducta a la que está obligado, a su posición en la empresa, a sus capacidades profesionales y personales, a su experiencia en el desarrollo de esa concreta actividad, etc. Asimismo, utiliza el precepto una coletilla final *-de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario-*, referida, en primer término, a sus conocimientos, a la formación preventiva recibida, y a su cualificación o categoría profesional, pues lógicamente se le podrá exigir más al trabajador más cualificado para integrar la prevención en su actuar. De hecho, la doctrina judicial ha negado la responsabilidad empresarial cuando el accidente lo ha sufrido, por ejemplo, un encargado de obras y jefe de un grupo, basándose precisamente en el hecho de que, por su especial cualificación, situación en la empresa y experiencia, la responsabilidad era únicamente suya, y no del empresario, al que se le supone, en este contexto, una pérdida de control del hecho que originó el accidente<sup>21</sup>. Del mismo modo, las órdenes y las instrucciones empresariales recibidas actúan como criterio modulador del cumplimiento<sup>22</sup>, pues una conducta arriesgada de un trabajador, sin posibilidades ni formación suficiente para cuestionar la legalidad o peligrosidad de dichas órdenes, y siempre que actúe exactamente conforme a las instrucciones del empresario, no generarán ninguna responsabilidad para aquel.

## 2.2. Cuestiones sobresalientes en relación con las obligaciones específicas

A continuación, se añade, en el apartado 2 del art. 29 LPRL, una enumeración no taxativa de obligaciones específicas: *Los trabajadores (...) deberán en particular. Y probablemente, la más destacable sea la primera de ellas: Usar adecuadamente los medios con los que desarrollan su actividad, según su naturaleza y los riesgos previsibles*. Se trata de una obligación basada en la exigencia de un actuar diligente a la hora de emplear los medios de trabajo, diligencia que se medirá particularmente en función de estas dos circunstancias (naturaleza de la actividad y riesgos previsibles). Así, no será lo mismo la diligencia que debe emplearse al usar un destornillador, que al manejar una máquina excavadora.

Resulta de especial interés la interpretación según la cual, y en pos de lograr el más alto grado de seguridad en el trabajo, esta obligación incluye, no solo una actitud pasiva de usar los medios tal y como se le entregan, sino también el deber del trabajador de rechazar aquellos medios o herramientas de trabajo que, por estar defectuosos, pudieran incrementar el riesgo, o que simplemente resulten inadecuados para la prestación laboral concreta que se va a realizar<sup>23</sup>. Esta postura se encuentra en la línea del art.11.1 del Convenio 119 OIT (relativo a la protección de maquinaria)<sup>24</sup>,

<sup>21</sup> STSJ de Cataluña, de 7 de febrero de 1995 (AS 1995\692).

<sup>22</sup> Ha de tenerse en cuenta que, para un sector de la doctrina judicial, el deber de la empresa de dar las debidas instrucciones a los trabajadores (art. 15.1.i) LPRL) no cabe interpretarlo en el sentido de que aquella deba instruir al trabajador sobre todas y cada una de las posibles eventualidades, como si tal principio impusiera un plus mayor a la información y formación adecuada al personal antes de que empiece a desempeñar sus funciones, ni implica una instrucción y vigilancia "cuasi policial", exhaustiva, constante y seguramente imposible de cumplir, sobre cada una de las tareas y comportamientos realizados por el trabajador (en esta línea, STSJ de Cataluña de 5 de junio de 2002, Rº. 6751/2001; STSJ de Galicia de 9 de mayo de 2003, Rº. 2659/2002; y STSJ de Andalucía de 27 de febrero de 2007, Rº. 3301/2006).

<sup>23</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J., "Obligaciones y responsabilidades del trabajador...", op.cit., p. 219.

<sup>24</sup> Adoptado el 25 de junio de 1963.

cuando dice que *ningún trabajador deberá utilizar una máquina sin que estén colocados en su lugar los dispositivos de protección*. En efecto, podría argumentarse que no es posible usar adecuadamente lo que no es adecuado de por sí. Y estando bastante de acuerdo con esta apreciación, hemos de reparar en lo que ello supone en términos jurídicos.

Por un lado, está claro que es una exigencia de conducta que coadyuva al logro de una protección eficaz para el trabajador, a través de la cual este evita que la negligencia empresarial tenga como resultado unas determinadas consecuencias negativas. Por otro lado, podemos estar también ante una desobediencia o una resistencia del trabajador, justificada, a cumplir con la prestación en el modo en que le ha sido impuesta por la empresa. Y ello sin necesidad de que deba existir riesgo grave e inminente y, es más, en el ejercicio de un deber. Por consiguiente, se estaría obligando al trabajador a llevar a cabo un comportamiento exigente con la dirección de la empresa ante la perspectiva del riesgo, de un riesgo cualquiera; lo que nos lleva a preguntarnos si esa exigencia de comportamiento prudente y colaborador al trabajador no estaría más fundada, aún, cuando el riesgo al que se enfrentara fuera grave e inminente. Sobre ello volveremos más adelante.

Por supuesto, el alcance de este deber de rechazar los medios de trabajo defectuosos siempre dependería de las posibilidades y de la formación del trabajador. Por lo que, si este no podía saber que los medios proporcionados por la empresa no eran los adecuados, no habría incumplimiento por su parte, solo culpa de la empresa (y/o de aquel en quien hubiera delegado). Pero si tenía posibilidades, formación o instrucciones adecuadas para advertir las deficiencias de esos medios de trabajo, y no reaccionó ante ello, usándolos indefectiblemente de manera no adecuada, no podríamos abstraernos de la falta de diligencia del trabajador en esta situación. La pregunta que podemos hacernos al respecto además es si el incumplimiento de este deber solo acarrearía una responsabilidad disciplinaria o si, demostrada la falta de diligencia o imprudencia que justificase la sanción, pudiera convertirse además en una circunstancia atenuante para la responsabilidad empresarial; no tanto en cuanto a lo que se refiere a la imputación de su propia infracción, cometida *ex ante* sin intervención alguna del trabajador, sino en lo relativo al posible daño o resultado lesivo que aquella causara finalmente, habida cuenta de la concurrencia de culpas.

El mismo criterio puede aplicarse asimismo a la obligación del art. 29 apartado 2. 2º LPRL, sobre el uso adecuado de los medios de protección facilitados por el empresario. De hecho, si el trabajador usara a sabiendas un EPI defectuoso, el uso del mismo le llevaría a incumplir con su propio deber de diligencia. Así se desprende de la doctrina de suplicación (a propósito del recargo de prestaciones de Seguridad Social, sobre todo)<sup>25</sup>, para la que, cuando los trabajadores no han rechazado los EPIS defectuosos y los han usado incorrectamente, existe imprudencia profesional -que no temeraria, pues era un incumplimiento previsible para la empresa, que proporcionó un EPI incorrecto-, con la consiguiente reducción de la cuantía del recargo impuesto al empresario. Retomaremos esta idea también en páginas posteriores.

Ciertamente, se trata de una situación jurídicamente delicada, en la que nos enfrentamos, no solo a dilucidar si el trabajador está en condiciones de saber si los medios que se le proporcionan son o no adecuados, sino también a cuestionar su libertad para rechazar una herramienta o negarse a trabajar, en el marco de un deber legal; que como derecho ya se incluiría dentro del derecho de resistencia, si hubiera riesgo grave e inminente para su vida o integridad física, o de la propia desobediencia legítima. Aunque ese rechazo no pudiera calificarse estrictamente de desobediencia (pues el trabajador no hace más que cumplir con su deber legal), las complicaciones derivadas de este comportamiento son evidentes; especialmente si la empresa insiste en ordenar el uso de esos medios a pesar de las deficiencias que presentan. Por ello, en un caso así, es fundamental aconsejar

<sup>25</sup> Entre otras muchas, la STSJ de Andalucía, de 17 de diciembre de 2015 (Rº. 1544/2015).

al trabajador que informe a sus superiores, a sus representantes o a los responsables de la prevención en la empresa, y deje constancia de lo justificado de su proceder.

Esta situación conecta esencialmente con lo previsto en el art. 29.2. 4º LPRL: *Informar de inmediato a su superior jerárquico o al servicio de prevención acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo*. Y añadía el art. 13.1. d) de la Directiva Marco: *así como todo defecto que se haya comprobado en los sistemas de protección*. Aquí se trata simplemente de informar, no de cumplir con un hipotético encargo de estar vigilando el entorno de trabajo con el fin de detectar posibles anomalías que debieran ser comunicadas de inmediato a la empresa<sup>26</sup>. El deber de vigilancia y de evaluación de riesgos corresponde a la empresa, no al trabajador<sup>27</sup>.

Especial se presenta, no obstante, el caso de los trabajadores a distancia, regulado en el RD-Ley 28/2020, de 20 de septiembre, pues resultará imprescindible que el trabajador facilite toda la información necesaria con el objeto de realizar la evaluación de riesgos, en los términos indicados por los responsables de prevención en la empresa *mediante una metodología que ofrezca confianza respecto de sus resultados* (art.16)<sup>28</sup>; particularmente si el trabajador rechaza la entrada de los técnicos de prevención en su domicilio o no está justificada la visita, en lo que atinadamente se ha denominado “procedimiento guiado de evaluación”<sup>29</sup>. Asimismo, es muy posible que, dadas las dificultades para un control empresarial continuado y directo, sí se requiriera además un cuidadoso seguimiento, por parte del trabajador, de aquellas condiciones del puesto de trabajo que le fueran señaladas, a efectos de informar a la empresa.

Lo que tenemos ante nosotros, en todos estos casos, es básicamente una expresión del deber de buena fe en el desarrollo del trabajo, aunque también una manifestación más del deber de cooperar con el empresario; el cual aparece en el art. 29.2.6º LPRL. A diferencia de otras obligaciones, esta no depende de una obligación empresarial previa<sup>30</sup>. Su carácter secundario se manifiesta esta vez como deber complementario, que coadyuva a la protección eficaz de los trabajadores colaborando con la empresa. No se dice con ello -parece evidente-, que el trabajador sea responsable del riesgo surgido o de la falta de medidas de prevención si no avisa. Si no avisa, lo que se le puede imputar es un incumplimiento de este deber de colaboración -que nuevamente conllevaría concurrencia de culpas, si hubiera habido incumplimiento empresarial<sup>31</sup>-, y siempre en virtud de los criterios de medición de los incumplimientos del art. 29.1 LPRL anteriormente comentados.

La falta de posibilidades o de formación suficiente o adecuada para percibir un determinado riesgo en el entorno de trabajo exoneraría, por tanto, inmediatamente, al trabajador, pues el incum-

<sup>26</sup> Como certeramente apuntaba GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Obligaciones y responsabilidades del trabajador...”, op.cit., p. 223.

<sup>27</sup> En la SAP de Tarragona, de 5 de febrero de 2003 (JUR 2003\134906), se calificó de delegación injustificada aquella en la que, sin haber tomado todas las medidas necesarias, se ordenó al trabajador que comunicase a la empresa cualquier situación en la que los medios de seguridad se revelaran insuficientes, yendo más allá de un genérico deber de colaboración del trabajador, y descargando sobre el mismo la competencia de evaluar los riesgos, que corresponde a la empresa.

<sup>28</sup> Ver GARCÍA SALAS, A.I., “Reflexiones sobre la regulación de la prevención de riesgos en el Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia”, Blog El Foro de Labos, 15/10/2020. <https://forodelabos.blogspot.com/2020/10/reflexiones-sobre-la-regulacion-de-la.html#comments>.

<sup>29</sup> “No es exactamente una autoevaluación de riesgos, ya que la obligación y la responsabilidad de la evaluación son del empresario, pero sí es cierto que esta evaluación se realiza sobre la base principal de la información que proporciona el trabajador: para que esta información sea fiable y proporcione confianza respecto de sus resultados, se impone el requisito de que todo el proceso esté guiado por el servicio de prevención, a quien corresponde dar al trabajador las instrucciones al respecto (formularios, comprobaciones a realizar en los equipos y medios, ubicación del puesto, etc.)” (GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *La nueva regulación del trabajo a distancia*, Tirant lo Blanch, 2020, p.99).

<sup>30</sup> POQUET CATALÁ, R., “Obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales (y II)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 9/2012, versión digital.

<sup>31</sup> Sobre el alcance del deber del trabajador de comunicar a la empresa el defectuoso funcionamiento de las máquinas u otros artefactos y sus consecuencias, ver la STSJ del País Vasco, de 16 de octubre de 2007 (Rº. 1824/2007).

plimiento del deber de informar habrá sido debido a su impericia (falta de diligencia *in abstracto*, determinada por las facultades y peculiaridades del trabajador), no a su negligencia (referida a la falta de diligencia *quam in suis*, dependiente de la voluntad del trabajador)<sup>32</sup>. Solo la segunda podría ser verdaderamente atribuible al trabajador a título de incumplimiento –e incluso con exoneración empresarial si alcanzara el grado de negligencia grave o temeraria–, pues la impericia debe ser conocida por el empleador –y es éste (o sus delegados)– el que debería asumir, como responsable de la organización del trabajo, las consecuencias de dicho incumplimiento, por culpa *in contrahendo*. Ha de recordarse que el art. 15.2 LPRL determina que el empresario tomará en consideración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y salud en el momento de encomendarles las tareas. Todo ello sin perjuicio de que dicha impericia le fuera ocultada por el trabajador; en cuyo caso, si lo hiciera voluntariamente, no sería sino una transgresión de la buena fe contractual, incurriendo en un dolo que viciaría el consentimiento dado por el empresario.

### 2.3. En particular, el deber del trabajador de informar cuando el riesgo lo constituye su estado de salud

Al hilo de todas estas consideraciones, nos preguntamos, no obstante, ¿estaría el trabajador obligado a dar información a la empresa, o más concretamente al personal médico del servicio de prevención, cuando fuese consciente de que su estado de salud, por él únicamente conocido, podría poner en peligro su propia seguridad o la de terceros? Como regla general, la información del trabajador al empresario contratante respecto a su estado de salud o estado biológico no resulta obligada, habida cuenta de que tales datos forman parte del ámbito de la intimidad de la persona (art.18.1 CE)<sup>33</sup>. Si el empresario “no dispone que se lleven a cabo dichos reconocimientos médicos por servicios y personal autorizados, no puede exigir del trabajador que le proporcione informaciones sobre su estado de salud que no podría obtener ni siquiera de esos servicios sanitarios”<sup>34</sup>. Parece obvio que toda aquella información que pudiera extraerse de reconocimientos voluntarios no puede ser requerida al trabajador. Y si una determinada información fuera indispensable, en los términos del art. 22.1 LPRL, el servicio médico podría establecer, en última instancia, la obligatoriedad del reconocimiento médico.

Antes de eso, para guardar la proporcionalidad de las pruebas y ocasionar las menores molestias al trabajador (art.22.1 LPRL), este podría ser informado de qué datos resultarían indispensables para una adecuada vigilancia de la salud. Su puesta en conocimiento de la empresa salvaguardaría la obligación de garantizar de manera específica la protección de trabajadores especialmente sensibles cuando su estado biológico sea conocido, según señala el art.25.1 LPRL; especialmente en lo relativo a información que, de otro modo, la empresa no manejaría. Pues bien, en caso de que el trabajador no informara de una situación de riesgo como esta (art. 29.2 4 LPRL), no cooperando tampoco para que el empresario pueda garantizar unas condiciones de trabajo seguras (art. 29.2.6 LPRL), ¿qué consecuencias tendría? ¿Estaríamos ante un incumplimiento laboral, pudiendo el empresario sancionarle según la gravedad de la falta cometida?

Los tribunales se han pronunciado a propósito de una situación de embarazo (protegida por el art. 26 LPRL), con las implicaciones que ello encierra además en materia de conciliación y de no discriminación por razón de sexo. Dado que la legislación española omite que se trate de una trabajadora que *comunique su estado al empresario*, “se ha de entender que el criterio legal es el de no

<sup>32</sup> Tradicional distinción realizada por CREMADES, B., *La sanción disciplinaria en la empresa*, Instituto de Estudios Políticos, 1969, pp.192 y 193.

<sup>33</sup> Así, por ejemplo, la STC 17/2003, de 30 enero, sobre la no exigencia de comunicación a la empresa de la situación de embarazo.

<sup>34</sup> Como apunta la STSJ de Castilla y León, de 21 de marzo de 2005 (Rº. 372/2005).

exigir a la mujer trabajadora que comunique su estado al empresario, constituyendo ello una mejora respecto de la Directiva 92/85. El embarazo, por tanto, permanece en el ámbito del derecho a la intimidad de la mujer trabajadora (art. 18.1 de la Constitución) en tanto no decida en otro sentido. Consecuencias de ello serán que la protección legal a que se refiere el art. 26 de la Ley 31/1995 no se active si la trabajadora no comunica su estado –pero si es notorio, el empresario ha de cumplir sus deberes de protección en todo caso– y que, en caso de desconocimiento real no se pueda exigir responsabilidad al empresario por la omisión de medidas que no tenía por qué adoptar. De lo anterior se deduce que la obligación genérica de los trabajadores de «cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores» establecida en el art. 29.2. 6º de la Ley 31/1995, no puede interpretarse en el sentido de que incluya la exigencia de que la mujer trabajadora informe al empresario de su estado de gestación. No existiendo este deber, no puede hablarse tampoco de un incumplimiento sancionable conforme al art. 29.3 de la citada ley, ni de un quebrantamiento del deber de buena fe de la trabajadora”<sup>35</sup>.

Desde luego, podría aplicarse esta solución por analogía a todos los trabajadores incluidos en el art. 25 LPRL. Pero dada la especificidad del argumento empleado en el caso anteriormente expuesto, también podría dejarse abierto el debate. No debemos olvidar que deberes jurídicos como el de colaboración con la empresa, incluido el sometimiento a reconocimientos médicos obligatorios (más invasivo, por cierto, que proporcionar simplemente una información), están pensados también para proteger al trabajador de sus propias decisiones, como parte de la tutela que asume el Estado, y que antes mencionamos. Y aunque no cabe duda de que estamos hablando en todo momento de información sensible (de la que solo dispondrá el personal médico, a salvo las conclusiones que transmita a la empresa *ex art.22.4 LPRL*), se está admitiendo una libertad del trabajador para asumir un riesgo para su vida, salud o integridad física, que elige anteponer su derecho a la intimidad, sin que se aplique siquiera un juicio de proporcionalidad.

Ciertamente la salud de la persona forma parte del ámbito de su intimidad personal, lo que le faculta para excluir dicho ámbito “de la acción y conocimiento de los demás”<sup>36</sup>. No obstante, ese derecho es relativo, puesto que ha de ponerse en correlación con otros bienes jurídicos y derechos fundamentales. En el marco de la protección de la confidencialidad de los datos de salud, con restricciones a su divulgación, así como con la prohibición de que se usen con fines perjudiciales o discriminatorios contra los trabajadores, que también regula el art.22 LPRL, la normativa laboral no hace sino recoger los principios que inspiran la normativa de Sanidad; que precisamente establece el deber de colaborar de los ciudadanos cuando sea necesario, facilitando dicha información al personal médico y a los servicios sanitarios<sup>37</sup>. Ello no nos hace olvidar que, a veces, hay casos delicados, donde la omisión de esta información no se debe exactamente a un comportamiento negligente del trabajador ni a su mala fe, sino más bien al miedo a que la revelación de su estado pueda reportarle algún perjuicio laboral, incluso la pérdida de su puesto de trabajo. Resultará fundamental aquí que la tutela antidiscriminatoria sea lo sumamente eficaz para que los trabajadores no pongan en peligro su vida, su salud o su integridad física.

De todos modos, aun cuando se defendiera la procedencia de una sanción disciplinaria por no haber informado del riesgo, sí podría parecer excesivo que, en este estado de cosas, estemos además ante un uso obligado del poder disciplinario por parte de la empresa; que además no ha tenido ni va a tener responsabilidad alguna por lo que haya podido suceder. La falta de información

<sup>35</sup> STSJ de Madrid, de 18 de mayo de 2000 (Rº. 1078/2000).

<sup>36</sup> Por todas, SsTC 231/1988, 2 de diciembre, 197/1991, de 17 de octubre, 58/2018, de 4 de junio, etc.

<sup>37</sup> Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (art. 2.5).

proveniente del trabajador eximiría de responsabilidad al empresario, si es esa falta de colaboración la causa de su desconocimiento de la especial sensibilidad del trabajador<sup>38</sup>.

En consecuencia, cuando la sensibilidad no es notoria, y siendo el reconocimiento médico voluntario, si efectivamente hubiera un riesgo para la salud del trabajador por circunstancias que solo él conoce, la única víctima terminaría siendo la propia persona trabajadora. Cuestión distinta es la responsabilidad que recaería sobre el trabajador cuando la omisión de dicha información pudiese afectar a la seguridad o salud de terceros<sup>39</sup>. En este caso, el trabajador podría ser sancionado disciplinariamente, por transgresión de la buena fe contractual probablemente, además de objeto de una demanda por daños y perjuicios, debiendo incluso esclarecerse sus posibles responsabilidades penales.

### 3. La percepción por parte del trabajador de que está ante un riesgo grave e inminente

#### 3.1. Naturaleza del riesgo grave e inminente

Hay determinados riesgos que, por su naturaleza, pueden requerir actuaciones más contundentes o distintas por parte de los trabajadores, hasta llegar al abandono del puesto de trabajo en el ejercicio del derecho de resistencia. Son los casos de riesgo grave e inminente. La definición de “riesgo grave e inminente” viene recogida en el art.4.4 LPRL, como *aquel que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato, y pueda suponer daño grave para la salud de los trabajadores*.

La inmediatez se identifica por nuestros tribunales con el corto plazo<sup>40</sup>. Por su parte, *para calificar un riesgo desde el punto de vista de su gravedad, se valorarán conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo* (art.4.2 LPRL); esto es, la probabilidad de que se produzcan lesiones o de que ocurra el accidente, la frecuencia con que se repita el riesgo o el tiempo de exposición a que se someta el trabajador, así como la gravedad de las consecuencias, teniendo en cuenta también el número de trabajadores afectados.

Para gozar de la protección de este derecho, ¿sería preciso que fuera un riesgo laboral propio de su actividad? Dice el art. 21.3 LPRL que, *De acuerdo con lo previsto en el apartado 1 del artículo 14 de la presente Ley, el trabajador tendrá derecho a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo, en caso necesario, cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o su salud*. Entendemos que, para tomar esta medida en concreto, no se requeriría que se tratara de un riesgo laboral propio de su actividad. Bastaría con que se tratara de un riesgo surgido en el transcurso de la actividad que estuviera realizando, sea cual fuere su origen.

<sup>38</sup> GARCÍA SALAS, A.I., *Necesidades empresariales y derechos fundamentales de los trabajadores*, Lex Nova, Thomson Reuters, 2016, p.112.

<sup>39</sup> Atendiendo precisamente a las obligaciones que para los trabajadores contiene la normativa de Prevención de Riesgos Laborales, señala el Informe 0017/2020 de la Agencia Española de Protección de Datos lo siguiente: “En el ámbito de la situación actual derivada del covid-19 ello supone que el trabajador deberá informar a su empleador en caso de sospecha de contacto con el virus, a fin de salvaguardar, además de su propia salud, la de los demás trabajadores del centro de trabajo, para que se puedan adoptar las medidas oportunas”.

<sup>40</sup> Para la STSJ de Cataluña, de 1 de octubre de 2015 (Rº. 2595/2015), “mal podemos considerar el riesgo como inminente, pues la probabilidad de accidente laboral se considera en la evaluación como moderada, esto es, según el Manual, que “es probable que se produzca a medio plazo”, y que por su peligrosidad - baja- precisa ser corregida “lo antes posible”, pero no de manera inmediata o que se haga precisa la paralización de la actividad. Así las cosas, el riesgo analizado, con ser grave, pues es susceptible de generar una lesión física grave de producirse el contacto o atrapamiento, no puede ser calificado en este caso de inminente, pues no se considera que vaya ocurrir en poco tiempo, de forma inmediata”.

### 3.2. La ponderación de las circunstancias de cada caso concreto

En este contexto, puede afirmarse que el ejercicio del derecho de resistencia, que destaca por su justicia, también lo hace por los problemas de inseguridad jurídica que plantea. Porque la categorización de esta situación, en cuanto excepción del principio general de obediencia, depende, por una parte, de la amplitud con que la Jurisprudencia interprete el requisito de regularidad de la orden empresarial. Por otra parte, para ejercer el derecho de resistencia, la valoración sobre la legalidad de la orden o instrucción empresarial debe ser realizada a juicio del trabajador, del mismo modo que la decisión final acerca del cumplimiento o no de la misma. Hay, pues, en la materia de la obediencia debida y del *ius resistentiae* del trabajador, un acusado casuismo que exige la ponderación de las distintas circunstancias de cada caso concreto.

En esta ponderación, hay que tener en cuenta, en primer término, que las órdenes empresariales han de ser, de inicio, obedecidas, por cuanto se benefician de una presunción *iuris tantum* de legitimidad<sup>41</sup>, siempre que respondan a una apariencia de legalidad. El trabajador no está en disposición de desobedecerlas basándose en argumentos débiles, subjetivos o caprichosos.

Es cierto que, en el caso de órdenes manifiestamente irregulares (como pudiera ser la de que los trabajadores permanezcan en el puesto de trabajo en caso de un incendio), no será muy difícil para el trabajador acertar, pero sí lo puede ser cuando tales órdenes no presenten una irregularidad tan patente. Podríamos estar hablando de supuestos intermedios, relativos a órdenes que ofrecen sobrados argumentos para dudar de su adecuación a la norma. Y es que, si el trabajador no tiene la suficiente formación en materia preventiva, o no ha recibido instrucciones adecuadas para actuar en dicha situación, “la sola presencia de un riesgo de extrema gravedad, pero no inminente, o de un riesgo inmediato, pero no grave, pueden llevar al trabajador a un estado de pánico que le induzca a error”<sup>42</sup>.

Un ejemplo de supuesto intermedio es el que trataba la STSJ de Cantabria, de 20 de agosto de 2002<sup>43</sup>, referido a unos trabajadores con contrato eventual, que recibieron la orden de limpiar un depósito de un metro cúbico de capacidad, cuando ya se había extraído el líquido de limpieza del contenedor, quedando restos del mismo. El depósito estaba al aire libre y los trabajadores disponían de traje de agua y botas, guantes, mascarilla y gafas, siendo instruidos en los riesgos generales de su trabajo. Pero expusieron al encargado sus dudas acerca de su seguridad, debido al líquido que impregnaba el plástico y las reducidas dimensiones en que tenían que realizar el trabajo. A pesar de que el encargado reiteró la orden de proceder a la limpieza, los trabajadores se negaron si no se les aseguraba que no existía riesgo para su salud, o se instauraban más medidas de seguridad. Ante esta negativa fueron despedidos y la empresa encomendó un informe que concluyó con la ausencia de riesgo para los trabajadores.

Efectivamente, los trabajadores se habían equivocado, a pesar de la orden del encargado y de que tenían medidas de seguridad y formación previa. Pero el Tribunal consideró que existían circunstancias que degradan la trascendencia del incumplimiento cuando se trata de una labor esporádica, es decir, no conocida, por habitual (recordemos que eran trabajadores temporales). Por lo tanto, una cosa es la genérica existencia de información sobre los riesgos del puesto de trabajo, y otra el individualizado temor de trabajadores sin apenas experiencia ante las circunstancias concretas de la labor encomendada. Su negativa no estaba justificada plenamente, pero tampoco representaba el acto de indisciplina o de desobediencia con trascendencia suficiente ni perjuicio a la empresa<sup>44</sup>. Por

<sup>41</sup> Entre otras, STSJ de Andalucía, de 22 de septiembre de 2010 (Rº. 1347/2010).

<sup>42</sup> SEMPERE NAVARRO, A. [et al.], *Derecho de la seguridad y salud...*, op.cit., p.199.

<sup>43</sup> Rº. 863/2002.

<sup>44</sup> Los Tribunales laborales entienden, por ejemplo, que hay indisciplina y desobediencia graves, que justificarían el despido disciplinario, cuando se produce la negativa a un desplazamiento que causa perjuicios a la empresa (STS de 3 de enero 1990, RJ 1990\116).

todo ello, se declaran improcedentes los despidos por *ius resistentiae*, ya que los trabajadores, si bien no valoraron adecuadamente la ilegalidad de la medida, para que el despido no resulte una sanción desproporcionada, es tradicional en la valoración jurisprudencial del incumplimiento del trabajador por desobediencia que, además de su gravedad y culpabilidad, deba estar plenamente injustificada, “pues si concurre una causa incompleta de justificación ha de merecer un tratamiento más suave que la sanción consistente en la resolución del contrato”<sup>45</sup>.

Todo ello no es óbice para que el trabajador deba, en definitiva, ponderar con rigor y ser consciente de la importancia de su decisión; debiendo asegurarse, primero, de la existencia objetiva de un riesgo grave e inminente<sup>46</sup> -utilizando como medida la de cualquier observador objetivo en esas mismas circunstancias (de tipo de trabajo, grado de riesgo, siniestralidad media, información, práctica, experiencia, etc.)-, y, segundo, de que la única forma de prevenirse ante él es el abandono del puesto de trabajo -*en caso necesario*, dice el art. 21.2 LPRL-. Solo se tratará de una medida proporcional y adecuada, ajustada al requisito de necesidad exigido, cuando no exista otro medio menos perjudicial para la empresa de eliminar ese riesgo. Si el trabajador estaba en disposición de tomar otra medida menos drástica -y, por tanto, menos perjudicial para la empresa- no estará justificado el abandono<sup>47</sup>. Entre sus obligaciones estará además cooperar con la empresa en evitar o eliminar ese riesgo cuando le fuera posible, sin poner innecesariamente en riesgo su vida o integridad física.

#### 4. Posibles reacciones del trabajador ante un riesgo

##### 4.1. La intervención del trabajador como último recurso

En principio, es el empresario quien tiene, entre sus obligaciones, la de adoptar las medidas pertinentes: los riesgos deben evitarse en origen, evaluar los no eliminados y tomar las medidas de prevención o protección correspondientes (arts. 15, 16 y 17 LPRL). Pero las empresas no siempre se abstienen de poner en peligro a sus trabajadores *motu proprio*, sino que, en infinidad de ocasiones, no toman las medidas exigibles, no cumplen con los protocolos existentes, no forman suficientemente a los trabajadores y no dan las órdenes e instrucciones adecuadas; ni siquiera una vez que aparece un riesgo grave e inminente. Es más, incluso se puede dar el caso de que, ante un riesgo grave e inminente, se ordene por la empresa o por sus encargados que continúe o se reanude la actividad. La necesidad de terminar un pedido, cumplir un compromiso o alcanzar un determinado nivel de productividad lleva a las empresas en algunos casos a tomar decisiones gravemente imprudentes,

<sup>45</sup> Similares han sido los pronunciamientos en otros casos en que un supervisor ordenaba tareas de limpieza y mantenimiento de la maquinaria, con la retirada de las protecciones y sin parar el proceso productivo, creando para los trabajadores que manejaban las máquinas, al quedar expuestos a un posible contacto con los elementos móviles de las mismas, un riesgo grave aunque no inminente (STSJ de Cataluña, de 1 de octubre de 2015, Rº. 2595/2015); o en el de las trabajadoras que tenían fundadas razones para entender que corría peligro su integridad física por la ubicación del centro de trabajo próximo a un lugar de distribución y consumo de drogas y ser utilizado el patio del colegio para tales fines, sin que existiera un conserje o medidas de seguridad, de donde no cabe deducir la existencia de un acto de indisciplina o contrario al buen desempeño de sus obligaciones laborales, sino un mecanismo de defensa frente a agresiones de terceros que no ha quedado acreditado que sea contrario o perjudicial para los intereses de la empresa (STSJ de la Comunidad Valenciana, de 23 de junio de 2000, Rº. 1286/2000).

<sup>46</sup> Como concluye ASQUERINO LAMPARERO, M.J., en su informe “El derecho de resistencia frente al poder de dirección” (*Revista Doctrinal Aranzadi Social* num. 8/2012, versión digital): “El riesgo a la integridad física ha de ser real, sin que basten las meras suposiciones del trabajador, quedando por tanto fuera del amparo legal la desobediencia laboral fundada en meras inquietudes o aprensiones del trabajador”.

<sup>47</sup> No se consideró riesgo grave e inminente, por ejemplo, la exposición durante un día a temperaturas entre los 9 y 10 grados centígrados en el centro de trabajo, calificando la paralización de la actividad por parte de los trabajadores de unilateral, arbitraria y desproporcionada, al disponer de otros cauces legales para conseguir que la empresa cumpliera con sus obligaciones en materia de salud ambiental (STSJ de Navarra, de 31 de octubre de 2005, Rº. 355/2005).

e incluso dolosas, sin establecer el orden adecuado de prioridades, poniendo en grave riesgo a sus trabajadores o conduciéndoles directamente al accidente de trabajo.

¿Qué ocurre entonces si el empresario no asume las situaciones de riesgo grave e inminente adoptando las medidas pertinentes? Además de estar afectando directa y flagrantemente el derecho a la vida y a la integridad física de los trabajadores (art. 15 CE), y de las graves responsabilidades que pueden imputársele a la empresa (incluyendo penales, en estos casos), ha de decirse que, en esta situación, podría intervenir la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de tres formas distintas, en función de la gravedad de la infracción y la gravedad e inminencia del riesgo, y demás circunstancias del caso: paralizando los trabajos (art. 9.f) LPRL), formulando requerimiento (art. 43 LPRL) y/o levantando acta de infracción. En última instancia, se permite a los propios trabajadores una serie de actuaciones, amparadas por el ordenamiento jurídico, para que puedan defender su vida y su integridad. Por un lado, el trabajador que no quiera continuar en la empresa puede solicitar la extinción causal del contrato del trabajo, al amparo del art. 50 ET, por incumplimientos empresariales graves<sup>48</sup>. Por otro lado, puede negarse simplemente a continuar con la actividad peligrosa, con base en lo que conocemos como *ius resistendae* o derecho de resistencia de los trabajadores. Es un derecho que trae causa del art. 13 del Convenio 155 OIT y del art. 8.4 de la Directiva Marco, y viene regulado en el art. 21 ap.2, 3 y 4 LPRL y en el art. 19.5 ET.

La Ley admite también que los representantes legales de los trabajadores, además de requerir por escrito a la empresa para que subsane deficiencias cuando el riesgo no sea aún inminente (art. 19.5 ET), adopten por acuerdo mayoritario la paralización de la actividad (art. 21.3 LPRL), en sustitución del empresario. Se trata de un derecho de resistencia de carácter colectivo, de una facultad de los representantes, que responderían como tales de un ejercicio inadecuado de la misma; de tal manera que, además de la posibilidad de ser revocados por sus electores en asamblea convocada al efecto (en los términos del art. 67.3 ET), podrían perder sus garantías frente al despido o las sanciones disciplinarias en los términos del art. 68 a) ET, cuando abusaran de su condición de representantes con comportamientos irregulares o se excedieran completamente en su función representativa. A salvo de estas consecuencias quedarían lógicamente las decisiones que, aunque erróneas, estuvieran basadas en la buena fe, en defensa de la integridad física de sus representados. Efectivamente, pueden equivocarse, siendo, por ello, su actuación sometida a escrutinio. Aunque eso sí, el reproche por este error de apreciación no se repercutiría sobre el trabajador que acatará la decisión de paralización; a la espera de su ratificación por la Autoridad Laboral, según exige el art. 21.3 LPRL -lo cual refuerza para alguna doctrina el carácter imperativo del acuerdo<sup>49</sup>-.

De todos modos, si los trabajadores están obligados o no a cumplir con esta paralización, no es una cuestión pacífica<sup>50</sup>. Ciertamente la paralización es un aviso serio de riesgo grave e inminente, que el trabajador, no habiendo consecuencias para él derivadas de la interrupción de su trabajo, acatará sin discusión; salvo que trabajadores especialmente cualificados, y en mejores condiciones técnicas que sus representantes para advertir la presencia de este riesgo, disintieran de la decisión -en cuyo caso, como en todo aquel en que el trabajador tuviera certeza de la ausencia de riesgo grave e inminente, no deberían cumplir con ella-. Más dudoso es entender que esta decisión de los

<sup>48</sup> Recordar al respecto la SJS de Barcelona, de 23 diciembre de 2003 (Procedimiento num. 836/2003), que fue la primera que declaraba la extinción causal de un contrato de trabajo por incumplimiento de obligaciones preventivas. Posteriormente, entre otras, la STSJ de Cataluña, de 1 de marzo de 2012 (Rº. 6912/2011).

<sup>49</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S., y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales*, Ed. Trotta, 1996, p. 144, afirman que: "Dado lo extremo de las situaciones que han de afrontarse (riesgo grave e inminente), dicha decisión debe ser considerada como una orden de la representación de los trabajadores dirigida a estos en el lugar del empresario y en funciones de policía o de tutela de la salud y de la integridad de quienes deben obedecerla".

<sup>50</sup> Así lo expone perfectamente SOLÁ MONELLS, X., *La protección de los trabajadores frente a situaciones de riesgo grave e inminente*, Ed. Bomarzo, 2015, p.78. *El autor se posiciona a favor de la obligatoriedad de la decisión del órgano unitario (p.79).*

representantes es vinculante en sí misma. En todo caso, su incumplimiento por el trabajador conectaría con el deber legal de autoprotección o de colaboración (art. 29 LPRL), con alguna posible consecuencia. No se trataría, desde luego, de una respuesta de naturaleza pública, pues no hay prevista responsabilidad administrativa para los trabajadores. Y en cuanto a la posibilidad de sanción disciplinaria, por parte de una empresa que no ha querido paralizar previamente, se antoja, cuanto menos, incoherente. Pero no cabe duda de que, si el trabajador debe decidir según su criterio, sus posibilidades, etc., y no dispone de información en contrario desde la dirección de la empresa sobre la existencia de riesgo grave e inminente -de la que está siendo advertido por sus representantes-, su falta de formación deberá dirigirle a seguir este consejo e interrumpir su actividad, si no quiere actuar con una negligencia que, posteriormente, en caso de que se materializara el riesgo en un daño para el trabajador, conllevara una concurrencia de culpas en materia de recargo de prestaciones de Seguridad Social o de responsabilidad civil.

#### 4.2. *Qué se espera del trabajador: estudio de casos*

El caso que acabamos de mencionar no es más que una de las distintas situaciones jurídicas a las que puede enfrentarse un trabajador cuando se origina un riesgo en el trabajo. Por ello, constatada la existencia de riesgo, merece la pena que nos detengamos a examinar qué debe esperarse concretamente del trabajador en los distintos casos que puedan surgir.

Pues bien, si, a pesar de cumplir con las medidas impuestas por la empresa y por la normativa sobre prevención de riesgos laborales, el trabajador estuviera en condiciones de constatar la existencia de un riesgo, la primera consideración a realizar por el trabajador debe ser atender a la naturaleza del riesgo, así como a su inminencia y gravedad.

Señala el art. 8.4 de la Directiva Marco de Seguridad que debe tratarse además de un riesgo *que no pueda evitarse*. En la medida en que es síntoma de buena fe del trabajador, este deberá procurar, en primera instancia, eliminar dicho riesgo. Si fuera un riesgo neutralizable por el trabajador, en virtud de sus posibilidades, de los medios de los que disponga, de su formación y de las instrucciones recibidas al efecto (repárese también en la obligación del empresario, conforme al art. 21.1 c) LPRL, de *Disponer lo necesario para que el trabajador que no pudiera ponerse en contacto con su superior jerárquico, ante una situación de peligro grave e inminente para su seguridad, la de otros trabajadores o la de terceros a la empresa, esté en condiciones, habida cuenta de sus conocimientos y de los medios técnicos puestos a su disposición, de adoptar las medidas necesarias para evitar las consecuencias de dicho peligro*), tiene el deber de protegerse (y proteger, por ende, a terceros que de él dependan) controlando dicho riesgo. No tiene que tratarse necesariamente de conductas heroicas, sino de un actuar diligente y previsible, en virtud de su puesto e instrucciones previas.

En caso de que no pudiera eliminar o disminuir el riesgo por sí mismo, pero aquel no fuera inminente, el trabajador deberá informar de la existencia de dicho riesgo de manera inmediata, en los términos previstos en el art. 29.2.4º LPRL. Si fuera un riesgo grave e inminente, podrá además abandonar el puesto de trabajo, debiendo avisar igualmente, en cuanto le sea posible, a la empresa o a quien proceda, de esta situación. Antes bien, salvo que la permanencia en el lugar o centro de trabajo también genere un riesgo grave e inminente, el trabajador no debería ausentarse del mismo hasta que se le ordenase salir. Asimismo, habida cuenta de que el trabajador tiene derecho a seguir percibiendo el salario, ha de entenderse que el trabajador debe permanecer disponible para realizar tareas alternativas que no implicaran riesgo y que el empleador le pudiese asignar mientras tanto.

Este esquema básico de respuesta puede verse complicado por algunos factores intercurrentes, que enseguida vamos a analizar.

#### 4.2.1. Cuando existe una orden de la empresa de no detener la actividad

El primer caso que nos planteamos es el de la existencia de una orden de la empresa en sentido contrario a lo que libremente habría decidido el trabajador en esas circunstancias. Cuando, ante la percepción de un riesgo grave e inminente por el trabajador, las instrucciones consisten en continuar con la actividad o llevar a cabo alguna actuación que, a juicio del trabajador, se antoja insuficiente para eliminar o minimizar ese riesgo.

No se trata de que el trabajador considere que una orden es innecesaria, absurda, errónea o inapropiada, o que deba efectuarse en otro momento, etc.<sup>51</sup>. Debe poder apreciar que está ante un riesgo grave e inminente. El trabajador no puede erigirse en definidor de sus propias obligaciones profesionales<sup>52</sup>. Como señala el Tribunal Supremo<sup>53</sup>, en virtud del art. 20.2. ET, “el trabajador debe obedecer las decisiones del empresario que se encuentren dentro del marco del ejercicio regular de sus funciones directivas, e incluso debe cumplirlas en el supuesto de que las considere desacertadas o incorrectas”. Se trata de una exigencia fundamental para el buen orden en la empresa. Es más, las órdenes emanadas de la empresa y de los trabajadores con mando se presumen legales<sup>54</sup>, lo que se deduce del principio general del *solve et repete*.

Ahora bien, como el mismo Tribunal Supremo establece, el trabajador no está sometido a un deber absoluto de obediencia, por lo que, si las órdenes son manifiestamente irregulares con una fuerte carga de ilicitud<sup>55</sup> -no necesariamente de contenido delictivo<sup>56</sup>- o vulnerasen derechos fundamentales (y lo serían aquellas que atentasen contra su vida, salud o integridad física), no generan en sus destinatarios el deber de obediencia, sino que justifican la desobediencia. Por consiguiente, el trabajador no incurriría en desobediencia ante un uso irregular de dicho poder de dirección, cuando el empresario actuase de manera vejatoria, con manifiesta arbitrariedad o abuso de derecho<sup>57</sup> o, como afirmaba en sus primeras sentencias el TS, cuando “las órdenes del empresario afecten a derechos irrenunciables del trabajador, al ser ilegales o si concurren circunstancias de peligrosidad y otros análogos que razonablemente justifiquen la negativa a obedecer la orden de la empresa”<sup>58</sup>.

Como ya analicé en un trabajo anterior<sup>59</sup>, particular puede ser el caso del personal jerárquico con un cierto grado de cualificación -como pueden ser los técnicos, o los propios mandos intermedios en general que estén altamente especializados -, que actuarían con la denominada “desobediencia técnica”<sup>60</sup>. Hay desobediencia técnica cuando, ante “un supuesto de órdenes dadas a personal altamente cualificado, por los conocimientos técnicos del propio trabajador, éste entiende que, de cumplirse, se podrían producir consecuencias dañosas para terceros”<sup>61</sup>. También se debería tener en cuenta la desobediencia por pura imposibilidad técnica para llevar a cabo la orden del empresario<sup>62</sup>.

<sup>51</sup> Sobre esta cuestión, GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Obligaciones y responsabilidades...”, op.cit., p.214.

<sup>52</sup> Así, la STSJ de Aragón, de 20 de mayo de 2002 (Rº. 337/2002), o la STSJ de Asturias, de 24 de noviembre de 2010 (Rº. 1883/2010).

<sup>53</sup> STS de 7 de marzo de 1986 (RJ 1986/1277).

<sup>54</sup> DIÉGUEZ CUERVO, G., “Sobre la obediencia del trabajador”, *Revista de Política Social*, n.91, 1971, p.92.

<sup>55</sup> STSJ de Galicia de 29 de febrero de 2000 (Rº. 236/2000), STSJ de Cataluña, de 20 de febrero de 2001 (Rº. 7451/2000), o STSJ de Andalucía, de 5 de febrero de 2008 (Rº. 1706/2007).

<sup>56</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana, de 10 de marzo de 2005 (Rº. 69/2005).

<sup>57</sup> SsTS de 28 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 8276) y de 28 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 9281). SSTS de 20 de marzo (RJ 1990, 2181), 5 de junio (RJ 1990, 5018) y 5 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8547), 16 de marzo (RJ 1991, 1864) y 25 de abril de 1991 (RJ 1991, 3387).

<sup>58</sup> SsTS de 2 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 5563) y de 26 de febrero de 1985 (RJ 1985, 920).

<sup>59</sup> GARCÍA SALAS, A.I., *Directivos y mandos...*, op.cit., p.178.

<sup>60</sup> MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965 p.251.

<sup>61</sup> PÉREZ DEL RÍO, M.T., “La regularidad del ejercicio del poder empresarial y la obediencia debida”, *Poder Judicial*, n.º.6., 1987, p.205.

<sup>62</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R., *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, Aranzadi, 1997, p.138.

Se supera así el principio *solve et repete* como única respuesta ante un poder de dirección irregular<sup>63</sup>, aunque esta máxima sigue siendo la regla general<sup>64</sup>. Si la legalidad de la orden es dudosa y no produce perjuicio, vejación o riesgo, debe cumplirse y luego reclamar como corresponda<sup>65</sup>. Y es que la desobediencia legítima no siempre ampara la medida más drástica por parte del trabajador. Su resistencia a la empresa no debe ir más allá de lo estrictamente necesario. Por ello, no siempre un riesgo existente o una orden irregular justifican el abandono, que no deja de ser una medida extrema. Sólo en caso de riesgo grave e inminente se entenderá que el trabajador pueda verse forzado a abandonar el puesto de trabajo. Cuando hablamos del derecho de resistencia recogido en la LPRL, de lo que hablamos no es de un derecho a desobedecer o al abandono del puesto de trabajo en cualquier caso. Como decíamos, tanto la ilegalidad de la orden como la gravedad e inminencia del riesgo están en la base del juicio de valor que debe hacer el trabajador para no extralimitarse.

#### 4.2.2. Cuando el trabajador decide no abandonar el puesto de trabajo en caso de riesgo grave e inminente

Aun no habiendo orden en contrario, otro factor a considerar sería la decisión del propio trabajador de no abandonar el puesto de trabajo, de no ejercer su derecho de resistencia. Y a nadie escapa que, si un trabajador se queda en el puesto, a sabiendas de que se está poniendo en peligro, podría hacerse algún reproche; aunque, desde luego, no puede descargarse toda la responsabilidad sobre él –salvo que hubiera generado él mismo el riesgo grave e inminente por su propia imprudencia temeraria, es decir, sin posibilidad de que la empresa hubiera tenido el control de prevenir o impedir dicho comportamiento–. Si es la empresa la que ha generado el riesgo grave e inminente, directamente o no previéndolo, la responsabilidad principal sigue siendo del empresario, por no prevenirlo y por no proteger a los trabajadores después.

Pero para el trabajador que se queda en el puesto y no ejerce su derecho o no cumple con su deber, según se mire –bien por negligencia grave (al no advertir la gravedad de un riesgo forzosamente reconocible para un profesional como él, siguiendo objetivamente un criterio de lógica ordinaria), bien porque creía erróneamente que podía arreglarlo (imprudencia profesional por abuso de confianza)–, no cabe duda de que esta situación podrá tener sus efectos. Porque, como ya colegimos antes, no podríamos ignorar esta falta de diligencia *quam in suis*.

En consecuencia, si el trabajador actuante fuera a su vez la víctima, y concurriese culpa del empresario, se moderaría la indemnización a percibir; y si perjudicara a terceros su actuar (especialmente si es mando intermedio y no solo no abandona él, sino que no da la orden de abandono), podrían surgir otras responsabilidades, según la gravedad de su culpa, el tipo de daño ocasionado, y todas las circunstancias concurrentes en general. Esta es también la conclusión a la que llega toda la doctrina judicial sobre recargo de prestaciones de Seguridad Social, que avala el porcentaje en el mínimo del 30 por 100 cifrado por la entidad gestora, por ser “indicativo de que la conducta del trabajador ha sido tenida en cuenta en orden a su determinación”<sup>66</sup>. Son supuestos en que, aun ha-

<sup>63</sup> Sobre este cambio jurisprudencial, ver SsTS, de 26 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3879), de 4 de febrero de 1988 (RJ 1988, 572), de 19 de septiembre de 1989 (RJ 1989, 6461), y de 29 de junio de 1990 (1990, 5543).

<sup>64</sup> Por ejemplo, ver la STSJ de Islas Canarias, de 27 de octubre de 2016 (Rº. 693/2016)

<sup>65</sup> Vease, por ejemplo, el ATS de 22 de noviembre de 2005 (Rº. 3457/2004), en el que, para la aplicación de la doctrina del *ius resistentiae*, como excepción al deber de obediencia del trabajador a las órdenes empresariales, se destaca “la negativa del trabajador por la existencia de un riesgo real de accidente, al haberse negado aquél a hacer los aludidos trayectos por tener el vehículo los neumáticos desgastados, circunstancia que ninguna similitud presenta con el caso ahora sometido a la consideración de esta Sala, donde se cuestiona la orden empresarial desde el punto de vista de la delimitación funcional de la prestación del actor”.

<sup>66</sup> Así, muy ilustrativa resulta, en este sentido, la STSJ de Andalucía, de 17 de diciembre de 2015 (Rº. 1544/2015), a propósito

biendo infracción empresarial, la imprudencia añadida del trabajador en la gestión de esa situación desemboca en una concurrencia de culpas en relación con el resultado lesivo.

También han sido objeto de análisis estas situaciones en el orden penal. La polémica Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 2 de septiembre de 2003<sup>67</sup>, que apreció imprudencia de la víctima, al no haber adoptado ni exigido el trabajador accidentado las correspondientes medidas de seguridad, determinó que solo a él era imputable penalmente el resultado del accidente (traducido en un delito de resultado que absorbía el delito de riesgo, en aplicación del concurso de leyes previsto en el art.8.3º del Código Penal, al ser el único trabajador que había estado en peligro<sup>68</sup>)<sup>69</sup>. Se trataba de un trabajador oficial de primera, que debía conocer el riesgo de su conducta, y, aun así, “consciente de la inexistencia de medidas de seguridad, procedió a subirse a un caballete aceptando voluntariamente el riesgo de precipitarse al vacío”.

Volvemos a comprobar cómo, a pesar de que las normas infringidas por la empresa tenían como finalidad evitar resultados como los que efectivamente se produjeron, también sobre los trabajadores recae el deber de velar por su propia seguridad, y ello es algo que no puede ignorarse por completo en relación con las posibles consecuencias jurídicas. Ahora bien, cierto es que el trabajador no infringe un deber de cuidado por no utilizar las medidas de seguridad puestas a su disposición, pues precisamente no existían estas medidas de seguridad, que son las que hubieran evitado indubitadamente el resultado lesivo. Quizás lo más parecido a esta situación sea el deber de rechazar unos medios de trabajo inadecuados o inseguros, si seguimos la interpretación amplia del art. 29.2.1º LPRL. Al tratarse en esa sentencia de un incumplimiento por un trabajador con cierta cualificación, apreciándose por el Magistrado imprevisibilidad de la conducta, su actuación omisiva pudo generar una rebaja del reproche culpabilístico a la empresa<sup>70</sup>, de tal manera que esta se situara en un nivel de imprudencia por debajo del exigido para castigar penalmente. Comoquiera que sea, no deja de ser un caso verdaderamente peliagudo, aún hoy<sup>71</sup>. Cuanto más cuando el propio trabajador señaló en el proceso que “aunque era oficial de 1ª y sabía que no había medios de protección necesarios para realizar el trabajo, no los pidió porque lo hubieran puesto en la calle”. Para la doctrina penal, “esta situación de presión (aunque sea psicológica) modifica el posible carácter imprudente de su actuación”<sup>72</sup>.

---

de un accidente sufrido por un trabajador al saltar una esquirla de aglomerado que le rompió las gafas graduadas que utilizaba, a pesar de que la empresa la había dotado de gafas protectoras que, por no ser graduadas, no usaba por resultar incómodas.

<sup>67</sup> SAP Barcelona 665/2003, de 2 de septiembre (Rº. 785/2003).

<sup>68</sup> Según la doctrina del TS, en S. de 22 de diciembre de 2001 (Rº. 279/2000) y en S. de 4 de junio de 2002 (Rº. 3307/2000).

<sup>69</sup> Aún descartada la imputación del delito de resultado, necesariamente imprudente, lo cierto es que desaparecería el concurso de leyes, pudiendo haberse valorado la existencia del delito de riesgo, por no haber facilitado los medios necesarios, creando sin duda un peligro grave; únicamente imputable a la empresa, por otro lado. Como señala además la SAP de Palencia 9/2017, de 15 de febrero (Rº. 40/2016), si finalmente se apreciara la existencia del art.316 del Código penal, se estaría ante un tipo doloso, respecto del que no caben invocaciones acerca de la concurrencia o compensación de culpas.

<sup>70</sup> “Aun no existiendo las óptimas medidas de seguridad apuntadas por el Servicio de Inspección y Seguridad Social en su informe obrante en autos ello no conduce fatalmente a que para el señor M. fuera inevitablemente previsible el evento lesivo producido, pues, y a título de ejemplo, cabía pensar que el trabajador, en el supuesto que no declinara realizar el trabajo encomendado, adoptaría las medidas precautorias adecuadas en evitación de un resultado lesivo para el mismo” (SAP Barcelona 665/2003, cit.).

<sup>71</sup> De hecho, en la muy posterior SAP Las Palmas 93/2017, de 1 de febrero (Rº. 886/2016), se plantea nuevamente que, incluso en aquellos supuestos donde la acción peligrosa del trabajador es consecuencia de su habituación al riesgo (imprudencia profesional) y resulta favorecida por la no actuación del empresario o sus encargados, en orden a modificar la conducta del trabajador (concurrencia de culpas), la actuación de la víctima podrá ser tomada en cuenta para graduar la gravedad de la culpa de los obligados a prestar las medidas de seguridad, mas no romperá la imputación del resultado a los encargados. Se reconoce por el Magistrado que algunos autores afirman que en estos casos no cabría hablar más que de imprudencia leve por parte de los obligados. Y que este es el supuesto que más ocurre en el ámbito de la construcción; donde «difícilmente es imaginable que la víctima no actúe siempre negligentemente cuando se presta a trabajar en un edificio donde el empresario, imprudentemente también, ha infringido las correspondientes normas de prevención de riesgos laborales...».

<sup>72</sup> Ver el comentario de IÑIGO CORROZA, E., “Sobre la sentencia absolutoria de empresarios de la construcción por las lesiones de un trabajador fundamentada en la imprudencia del propio trabajador”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social* nº18/2003, versión digital.

No obstante, debe decirse que, en la mayoría de los casos, los trabajadores que deciden seguir trabajando suelen hacerlo para evitar males mayores, o porque no están seguros y prefieren no arriesgar su empleo. En ambos casos, no estarían incumpliendo ningún deber, por lo que no debería haber mayores consecuencias para ellos; ni siquiera se entendería como culpa concurrente, pues no podríamos hablar de actuar negligente en estos casos. Simplemente deciden no ejercer su derecho; lo que nunca debe interpretarse como que están consintiendo un eventual accidente<sup>73</sup>.

Evitar males mayores podría identificarse, de hecho, con el propósito de aquellos trabajadores que se quedan para neutralizar el riesgo, por ser su deber (art. 21.1b) LPRL): *En este supuesto no podrá exigirse a los trabajadores que reanuden su actividad mientras persista el peligro, salvo excepción debidamente justificada por razones de seguridad y determinada reglamentariamente*<sup>74</sup>. Pero también puede obedecer a una situación en la que los trabajadores espontáneamente se prestan a colaborar como buenamente puedan, arriesgándose probablemente; piénsese en la disposición para apagar un pequeño incendio, no como protocolo de emergencias, sino como una mera intención de ayudar y de que el fuego no vaya a más. Muchos son casos además de comprensible solidaridad con los compañeros. Imaginemos que un trabajador permanece en el lugar de trabajo, poniendo en riesgo su vida e integridad física, para socorrer a otro, aunque realmente no estuviera cualificado para hacerlo en condiciones razonablemente seguras. Probablemente, lo más lógico en ese caso es que pidiera ayuda. El trabajador tiene el deber de velar por su seguridad y de actuar con diligencia (art. 29.1 LPRL). Pero si se quedara e intentara evitar males mayores, es muy dudoso que recayera alguna responsabilidad sobre él.

Para empezar, sus errores podrían deberse a una falta de pericia para actuar en estos casos de peligro -cuyo origen esté muy probablemente en un incumplimiento de la empresa, la cual ya dijimos que es responsable también de la impericia del trabajador para el trabajo encomendado-, más que a una negligencia o falta voluntaria de cuidado. Además, en la “autopuesta” en peligro de este trabajador, provocada en todo caso por terceros, ha de valorarse la finalidad de la acción del propio trabajador<sup>75</sup>. Existe, por otra parte, una causa de exención de la responsabilidad criminal, que elimina la antijuridicidad de las conductas típicas, muy ilustrativa a estos efectos, como es el estado de necesidad (art. 20.5 del Código penal): *El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos: 1. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. 2. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. 3. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.*

Y en el caso de aquel trabajador que simplemente no estuviera totalmente seguro de la existencia de riesgo grave e inminente, y ante la duda prefiriera no marcharse para no arriesgar su empleo, básicamente estamos ante una falta de formación o de instrucciones suficientes para autoprotgerse. La empresa, en principio, no debería actuar contra él, pues no ha hecho más que cumplir con su prestación, sin que pueda imputársele ningún incumplimiento culpable. Tampoco existe desobediencia punible cuando, existiendo riesgo cierto para la integridad física del trabajador, este dejase de trabajar brevemente en una máquina mientras se dirige a informarse con el delegado de prevención, aun habiéndose producido un accidente posteriormente<sup>76</sup>. Lo mismo ha de decirse de los casos en que el trabajador se retrasa en interrumpir su actividad, en un esfuerzo por no llegar a ese extremo, aunque posteriormente lo haga por ser inevitable y absolutamente necesario<sup>77</sup>.

<sup>73</sup> STS de 6 mayo de 1998 (Rº. 2318/1997).

<sup>74</sup> Previsto únicamente en el Real Decreto 1932/1998, de 11 de septiembre, de Prevención de Riesgos Laborales en el ámbito de los centros y establecimientos militares, *en función de los intereses o seguridad de la Defensa* (art. 2.1b).

<sup>75</sup> STSJ de Castilla y León, de 25 de febrero de 2015 (Rº. 3/2015).

<sup>76</sup> STSJ de Madrid, de 28 noviembre de 2000 (Rº. 3543/2000).

<sup>77</sup> Como es el caso de la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 1 de julio de 1999 (Rº. 2259/1998).

#### 4.2.3. Cuando el trabajador actúa de mala fe o con negligencia grave

Finalmente, ha de repararse en que el art. 21.4 LPRL establece que los trabajadores o sus representantes no podrán sufrir perjuicio alguno (salarial, disciplinario...) derivado de la adopción de estas medidas, a menos que hubieran obrado de mala fe o con negligencia grave. Forma parte de una garantía específica para el derecho de resistencia en caso de riesgo grave e inminente.

La mala fe (esto es, a sabiendas de que no había riesgo grave e inminente, pero utilizándolo como excusa para presuntamente conseguir otro objetivo) se puede apreciar, sobre todo, en si se ha informado o no de la existencia del riesgo al superior jerárquico o al servicio de prevención, pudiendo haberlo hecho; o en la negativa a llevar a cabo la actividad laboral por motivos irrazonables<sup>78</sup>. Por momentos, ha de averiguarse también si se trata de un abuso de su derecho de resistencia al perseguir otros fines como, por ejemplo, el causar un daño a la empresa. A veces, se disfraza de derecho de resistencia lo que, por ejemplo, no es más que una huelga encubierta; teniendo en cuenta que el derecho de resistencia garantiza el salario (art. 21.4 LPRL) y que por la huelga hay descuento salarial (art. 6.3) RDLRT). La actitud rebelde de los trabajadores sería considerada incumplimiento contractual cuando la amenaza con no volver al trabajo no fuera razonable ni proporcional al alcance del riesgo existente<sup>79</sup>. No quiere decirse con ello que los trabajadores no puedan adoptar medidas de conflicto para exigir condiciones de trabajo seguras, pero deberán hacerlo por los cauces descritos (convocando formalmente una huelga, a través de los sujetos legitimados para ello, mediando preaviso, etc.)<sup>80</sup>.

Más complicado se presenta determinar el parámetro de diligencia exigida al trabajador para entender que ha habido negligencia (esto es, cuando el trabajador debía ser conocedor de la gravedad del daño y actuó irresponsablemente suspendiendo la actividad). Habrá que atender fundamentalmente al cumplimiento del trabajador de sus obligaciones en materia preventiva, de conformidad con la formación recibida, las medidas adoptadas y las instrucciones impartidas por el empresario. Sin embargo, la LPRL no exige la mera negligencia, sino que la negligencia sea grave<sup>81</sup>; gravedad que podrá medirse en función del grado de cualificación del trabajador para actuar en esa situación, así como de la existencia de efectos dañosos a la empresa, a otros trabajadores o a terceras personas. Así, para algún autor, “aunque exista un error de apreciación, una valoración precipitada o cualquier otra negligencia simple, la interrupción y el eventual abandono del puesto de trabajo serán perfectamente lícitos”<sup>82</sup>.

En todo caso, la doctrina entiende que en la LPRL existe “una presunción de legalidad a favor de la actuación de los trabajadores y sus representantes que exige al empresario la prueba de la mala fe o la negligencia grave”<sup>83</sup>. Si se demostrasen alguna de estas dos circunstancias, el empresario sí podría descontarle el salario al trabajador por el tiempo que haya abandonado su puesto de trabajo, así como adoptar las medidas disciplinarias que procedan.

<sup>78</sup> Por ejemplo, como la STSJ de Islas Baleares, de 27 de junio de 2008 (Rº. 255/2008), en la que un piloto de una compañía aérea se niega a volar alegando, que la hoja de carga contenía un defecto grave que ponía en peligro la integridad del vuelo y, por tanto, a los pasajeros, cuando la prueba practicada en autos, empero, había demostrado la plena inocuidad del error de impresión observable en la hoja de carga, sin que ello hubiera planteado problemas en ocasiones anteriores.

<sup>79</sup> Véase el célebre caso *Alúmina Aluminio* en la STS de 30 de enero de 1989 (RJ 1989, 316).

<sup>80</sup> Por ejemplo, el caso de la STS de 25 de enero de 2011 (Rec. 72/2010), que declaró ilegal la jornada de paro en protesta por un accidente de trabajo, ocurrido el día anterior, en que falleció un trabajador, ya que no se había producido el correspondiente preaviso al empresario ni a la autoridad laboral.

<sup>81</sup> Según MONTOYA MELGAR, A., PIZÁ GRANADOS, J., y ALZAGA RUIZ, I., *Curso de Seguridad y Salud*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2009, p.266: “la lenidad de la LPRL hacia la adopción de medidas poco diligentes que pueden tener gravísimas e irreparables repercusiones sobre la empresa y su continuidad resulta criticable”

<sup>82</sup> SOLÁ MONELLS, X., *La protección de los trabajadores...*, op.cit., p.53.

<sup>83</sup> SEMPERE NAVARRO, A. [et al.], *Derecho de la seguridad y salud...*, op.cit., p.202.

### Selección bibliográfica

- ASQUERINO LAMPARERO, M.J., “El derecho de resistencia frente al poder de dirección”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* n. 8/2012.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “El poder disciplinario en la organización de la empresa”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 23, 2000.
- GARCÍA SALAS, A.I., *Directivos y mandos en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Monografías Temas Laborales, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Mergablum, 2004.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales*, Ed. Trotta, 1996.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de seguridad e higiene en el trabajo”, en *La Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/95*, (Coord. OJEDA AVILÉS, A., ALARCÓN CARACUEL, M.R. y RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.), Aranzadi, 1996.
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., *El deber de seguridad y salud en el trabajo. Un estudio sobre su naturaleza jurídica*, CES, 1999.
- IGARTUA MIRÓ, M.T., *La obligación general de seguridad*, Tirant lo Blanch, 2000.
- IÑIGO CORROZA, E., «Sobre la sentencia absolutoria de empresarios de la construcción por las lesiones de un trabajador fundamentada en la imprudencia del propio trabajador», en *Revista Doctrinal Aranzadi Social* n. 18/2003.
- LOZANO LARES, F., “Las obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales y su coercibilidad a través del poder disciplinario del empresario”, *Temas Laborales*, n. 50, 1999.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y RIVAS VALLEJO, M.P. (Directores), *Tratado de Salud Laboral. Tomo I. Aspectos jurídicos de la Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi, 2012.
- MONTOYA MELGAR, A. *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965.
- MONTOYA MELGAR, A., PIZÁ GRANADOS, J., y ALZAGA RUIZ, I., *Curso de Seguridad y Salud*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2009.
- PENDÁS DÍAZ, B., “Los cuatro deberes básicos del deber de seguridad e higiene en el trabajo”, *Actualidad Laboral*, n. 26, 1986.
- POQUET CATALÁ, R., “Obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales (y II)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 9/2012.
- SOLÁ MONELLS, X., *La protección de los trabajadores frente a situaciones de riesgo grave e inminente*, Ed. Bomarzo, 2015.

## DEBATES

# El gran pacto social que debería esperar

## The great social pact that should await

Belén Cardona Rubert \*

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

ORCID ID: 0000-0002-9260-6207

Jaime Cabeza Pereiro \*\*

*Catedrático Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*  
*Universidad de Vigo*

ORCID ID: 0000-0001-8847-3934

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6050>

En abril de 2020 publicamos un breve y esquemático artículo de opinión titulado “Para un gran pacto social” en el que expresábamos unas ideas sobre unos contenidos básicos que debería incluir ese gran pacto que germinara en el marco del diálogo social tripartito. En el inicio de 2021, cuando tan altas expectativas se depositan en la concertación entre las organizaciones sindicales, empresariales y el Gobierno, nos ha parecido oportuno desarrollar un poco más esas ideas. Hemos aceptado con gusto, por lo tanto, la invitación que se nos ha formulado desde esta revista, aunque hemos tenido que actualizar ciertas ideas a causa de la experiencia vivida en los últimos ocho meses y de los acontecimientos sucedidos desde entonces. Las reflexiones que se expresan a continuación no aspiran a conformar una propuesta completa de cambios necesarios, pero sí que son una toma de postura explícita sobre algunos de los problemas y de las insuficiencias más evidentes que, en la actualidad, afectan a nuestro mercado de trabajo.

### **1. Compromiso categórico de que la contratación temporal se reconduzca a la media de los Estados de la Unión Europea**

En nuestro marco de relaciones laborales, es muy evidente que la contratación temporal actúa como amortiguador de las crisis de empleo. Quizá haya matices entre diferentes vicisitudes de incremento del desempleo, pero la de 2020 producida por la pandemia resulta muy paradigmática. Entre el cuarto trimestre de 2019 y el tercer trimestre de 2020, de acuerdo con los datos de la EPA, el porcentaje de desempleo creció en casi dos puntos y medio –del 13,78 por 100 al 16,26 por 100–. En ese período, y correlativamente, la tasa de temporalidad se redujo en prácticamente dos puntos –del 26,10 por 100 al 24,17 por 100–. Es decir, y como podía predecirse, los contratos temporales contienen la pérdida de empleo indefinido.

En realidad, esta circunstancia no es exclusiva del sistema español, sino que se repite, con ciertas características especiales, en otros países. A veces es la contratación temporal directa y otras, la que

---

\*maría.b.cardona@uv.es

\*\*jcabeza@uvigo.es

se realiza a través de empresas de trabajo temporal. Incluso ciertas reformas que han favorecido una y otra se han diseñado precisamente para que las empresas sortearan con más flexibilidad las épocas recesivas. Lo que sucede es que este “parachoques” es mucho más amplio en España, de modo que, en realidad, no funciona como tal, sino que produce el efecto de pérdida de muchos más puestos de trabajo que en los marcos de comparación que puedan contrastarse. Es decir, cuando el empleo se contrae, se denuncian muchos más contratos de los que sería adecuado extinguir, porque la “flexibilidad de salida” resulta mucho más segura, más expeditiva e incluso más económica que la flexibilidad interna. A lo que habría que añadir que se produce una amortización de puestos de trabajo “por exceso”, acompañándola de otras medidas de reorganización de la actividad con la plantilla restante.

Consecuentemente, el problema del modelo español no está en la debilidad de las medidas de flexibilidad interna, sino en la mayor fortaleza de la “de salida”. Sin duda, aquélla debe ser adecuada y mejorada, pero sin que se desatienda el problema fundamental, que se ubica en la excesiva rotación en las personas y en los puestos de trabajo y en la desproporcionada fungibilidad de unas y de otros. A la inversa, cuando el empleo se dilata siempre lo hace a través de un incremento de los porcentajes de temporalidad, sin que hasta ahora se haya podido enderezar esta tendencia perniciosa.

Se han buscado explicaciones basadas en una especie de “singularidad” de nuestro sistema productivo, que produciría mayor temporalidad –aunque, habría que precisar, en todo caso más estacionalidad–, en particular por la cierta sobredimensión del sector servicios en relación con el industrial. La explicación podría ser plausible, o al menos serlo en parte, si no fuera porque otros países, con una estructura de la ocupación similar a la nuestra, exhiben porcentajes de temporalidad más contenidos. Las circunstancias de necesidad temporal de trabajo subordinado obviamente existen, e incluso podría admitirse que en intensidad algo superior que en el caso de otras economías más industrializadas. Pero no explican ese diferencial tan excesivo de porcentajes de contratos temporales que lastra nuestro sistema de relaciones laborales.

Pueden apuntarse otras circunstancias explicativas, asimismo insuficientes en sí mismas. Entre ellas, cabe argüir que los ciclos económicos se han acelerado, de tal forma que recién superada una crisis emerge otra. Lo cual extrema la precaución de las empresas, de modo que el empleo que generan es muy casual, a la espera de que en un futuro inmediato deban destruirlo de nuevo. Lo cual, en el fondo, más que explicativo de la realidad, solo es descriptivo de la misma: como los períodos expansivos se hacen más breves, los comportamientos de los mercados de trabajo se aceleran. De nuevo se trata de un argumento que no resiste comparaciones con el comportamiento del mercado de trabajo en otros países próximos.

Descrito el problema, lo cierto es que se han puesto en marcha medidas normativas de muy diverso tipo para combatirlo, sin que hasta ahora se haya revertido drásticamente la tendencia. En honor a la verdad, algo se ha corregido, desde la “normalidad” de los años 2005-2007 en torno a la tercera parte de la población activa hasta la de finales de 2019, de poco más del 26 por 100. Claro que esta última con una tasa de paro muy superior al 8,6 por 100 existente en 2007. Es lícito preguntarse cuál sería el porcentaje de temporalidad en un escenario en el que el desempleo descendiera hasta el 8 por 100. En apariencia, y por desgracia, habría que responder que muy próximo a los guarismos de la época previa a la crisis de 2008.

Dichas medidas correctoras son suficientemente conocidas. Por recordar algunas de las más importantes, solo con una breve mención a las mismas, baste la siguiente síntesis:

- Derogación general de los contratos de fomento del empleo, con la excepción del colectivo de personas con diversidad funcional. Ha sido decepcionante que esa supresión no hubiera producido un reajuste a la baja de la temporalidad, cuando su aparición a comienzos de los años ochenta del siglo pasado se sitúa en el germen del problema. Los efectos de tal

derogación han consistido básicamente, en un “corrimiento” hacia los contratos de obra y servicio y eventual, hoy absolutamente predominantes.

- Normas de incentivo y desincentivo, consistentes básicamente en subvenciones y bonificaciones y deducciones en las cotizaciones generales a los contratos indefinidos y penalizaciones en las cuotas de los contratos temporales, en particular de muy breve duración. Ya se ha hecho suficiente reflexión sobre lo poco eficientes que han sido las medidas de incentivo a la contratación indefinida. En cuanto a las penalizaciones por la temporalidad en cotizaciones, sin duda son medidas justificadas, necesarias y proporcionadas, pero su eficacia para contenerla ha sido prácticamente insignificante.
- Reglas de indemnizaciones por extinción de contratos temporales, que han sido normalizadas en su configuración actual a partir de la reforma de 2006. Su capacidad para contener los porcentajes de contratos temporales tampoco parece excesiva, si bien su puesta en marcha progresiva ha coincidido con la crisis de 2008. Con todo, parece razonable mantenerlas como medidas de disminución de la dualidad entre trabajo indefinido y temporal. En realidad, las mayores dudas en relación con ellas se han planteado desde la perspectiva de la cláusula 4 del Acuerdo Marco Europeo sobre el trabajo de duración determinada y del principio de igualdad, aunque han proyectado interrogantes lógicos acerca de la selección de modalidades contractuales exentas de la indemnización por fin de contrato.
- Medidas relativas al encadenamiento de contratos centradas especialmente, y omitiendo una abundante y no siempre coherente doctrina judicial, en la superación de cierto número de meses durante dos o más contratos. Estas medidas no han venido acompañadas de una necesaria e invocada necesidad de que la negociación colectiva pusiese coto a la rotación de varias personas contratadas temporalmente en el mismo puesto de trabajo. En todo caso, y sin que deba cuestionarse su mantenimiento, no han producido tampoco una apreciable incidencia en términos de descenso de los contratos temporales. Lo mismo habrá que predicar de otras próximas, relativas a la impugnación de oficio de las prestaciones de desempleo por parte del SEPE.
- Establecimiento de un término fijo a los contratos de obra o servicio. Ha sido una modificación necesaria introducida en 2010 para evitar desproporcionados abusos que se habían producido, en particular en la Administración pública y en la sucesión de empresas auxiliares en la misma actividad contratada. Aunque sin duda ha sido muy conveniente para normalizar el uso de esta modalidad contractual, no ha servido a otras funcionalidades diferentes. El reciente giro jurisprudencial producido con la STS de 29 diciembre 2020 debería ser un augurio de mejora de la situación y de descenso acusado de la temporalidad. Pero, a la espera de que, poco a poco, se consoliden sus efectos, es previsible un desplazamiento desde el contrato de obra al de acumulación de tareas, que seguramente gane en protagonismo a la vista de esa nueva jurisprudencia unificada.

Por otra parte, la norma ha confiado un buen número de asuntos regulatorios a la negociación colectiva. Es difícil formular un juicio de valor sobre la incidencia de los convenios en el régimen de los contratos temporales, pero debe reconocerse que ha producido un efecto expansivo en la utilización del contrato de obra y en el eventual. Por ejemplo, en la identificación demasiado flexible de obras y servicios con sustantividad propia, o de puestos de trabajo para ser ocupados eventualmente, o en la extensión temporal de los contratos de acumulación de tareas, entre otros asuntos. Pero también es verdad que en no pocas ocasiones ha establecido porcentajes exigentes de contratos indefinidos, o impuesto conversiones de contratos temporales en fijos. Claro que está por hacer una evaluación empírica de la efectividad de estas medidas. Simultáneamente, el papel de la negociación

colectiva ha sido más bien limitado cuando la norma la ha habilitado explícitamente para poner coto a los contratos temporales. De nuevo, la remisión del art. 15.5 a la misma para evitar la rotación de personas en el mismo puesto es un ejemplo inmejorable.

Asimismo, habría que abordar una perspectiva institucional. Desde ella, podría decirse que no ha sido decisiva, en apariencia, la aportación de las empresas de trabajo temporal. Desde su legalización en 1993 han pasado por diversas vicisitudes normativas que han producido, a la postre, un recurso a las mismas selectivo, restringido sobre todo a empresas usuarias de cierta dimensión. No parece razonable concluir que a día de hoy sean un factor expansivo de la temporalidad, aunque tampoco –pese al discurso que se mantiene desde las mismas– un instrumento de control de una temporalidad indeseable. En un plano parecido, sí que debería achacárseles un impacto nocivo a las empresas multiservicio, producido básicamente por el aprovechamiento masivo que han hecho de la doctrina judicial permisiva con el contrato de obra o servicio para atender a las contrataciones, ahora aparentemente en trance de superación, como ya ha quedado apuntado.

Mención aparte debe hacerse al sector público como espacio de desproporcionada intensidad del trabajo precario y de duración determinada. Tampoco es fácil en este contexto expresar una explicación convincente, pero sí algunas causas concurrentes, todas ellas derivadas de una defectuosa gestión de la *res publica*. La mala ordenación y planificación de las plantillas, la discrecionalidad en la contratación, las insuficientes ofertas de empleo público producidas por políticas de ajuste, la utilización de técnicas administrativas que confieren competencias impropias a las Administraciones locales, y, en general, el mantenimiento de un empleo estable estructuralmente insuficiente son características del empleo público. Por supuesto, lo mismo habría que expresar, sin apenas matizaciones, en cuanto a las relaciones estatutarias no laborales. Debe añadirse que hay una inclinación grande al desorden, que magnifica todas las tendencias descritas.

Con todo lo dicho, está comúnmente aceptado que gran parte de la temporalidad es fraudulenta. De modo que habría que preguntarse por los mecanismos de control y por los problemas sistemáticos en corregir el fraude. Sin duda, la Inspección de Trabajo ha desempeñado un papel importante, si bien sobre todo cuando a este asunto se le ha reconocido la importancia que tiene desde los estamentos políticos. En cuanto a los órganos judiciales, su actuación ha sido ambivalente a lo largo de los años, hasta el punto de que sería muy difícil expresar orientaciones muy definidas.

Así descrito el problema, no existen soluciones sencillas ni a corto plazo. Se ha abogado por una reforma legal que propicie la unificación del contrato de obra y de acumulación de tareas en uno solo, basándose en el refuerzo de la causalidad y la restricción de su uso. Se han planteado incrementos de las indemnizaciones por fin de contrato y una serie de penalizaciones por el recurso excesivo a los contratos temporales. Se ha sugerido la centralización de toda o de parte de la contratación en las empresas de trabajo temporal. Se ha postulado un incremento de las exigencias en torno a la seguridad y la salud en el trabajo. Seguramente, todas estas iniciativas serían dignas de analizarse y la mayoría de ellas resultarían útiles.

Sin embargo, la solución tiene que estar más en el contexto de los grandes pactos de política social. Tiene que trasladarse un mensaje nítido de que la situación actual es inaceptable y producirse un gran compromiso entre las partes sociales de reducción de la temporalidad en al menos diez puntos porcentuales, hasta alcanzar el promedio de los países de la UE. Las autoridades laborales estatales y autonómicas deben establecer la lucha contra la temporalidad fraudulenta como una de sus políticas más importantes e inaplazables. La negociación colectiva ha de establecer como guía fundamental de actuación en esta materia la reducción de los porcentajes de rotación de mano de obra. Y, en términos generales, debe pactarse un calendario exigente y evaluable para alcanzar dicha meta. No debería ser imposible que esta fuera la década de la llegada a la normalidad, pues el año 2030 es una referencia accesible, con un compromiso suficiente de todos los actores.

## 2. Una racionalización del empleo autónomo que confiera seguridad y evite su promoción indiscriminada

En España existe un porcentaje de trabajo autónomo en relación con la totalidad de la población activa ligeramente superior al de la UE. Pero la diferencia se acrecienta cuando se tiene en cuenta solo el segmento de quienes no emplean a otras personas, donde hay una mayor diferencia con los países de nuestro entorno. Por otra parte, las trabajadoras autónomas, que son proporcionalmente menos que los trabajadores autónomos en términos generales, predominan en el referido segmento, aunque en una pequeña parte ello se explica porque también son proporcionalmente más entre los colaboradores familiares. El asunto tiene gran importancia, porque en ese segmento la precariedad es intensa, o al menos se concentran grandes bolsas de situaciones precarias. Por supuesto que el trabajo autónomo es un macro-concepto que abarca situaciones muy diversas de mayor o menor capacidad decisoria, mayor o menor fortaleza en el mercado y mayor o menor seguridad, pero parece evidente que los perfiles más vulnerables proliferan cada vez más.

Expresado en perspectiva dinámica, es constatable un dato que a primera vista podría interpretarse como de gran estabilidad y podría resultar sorprendente: en noviembre de 2020 había prácticamente el mismo número de personas autónomas de alta que en diciembre de 2019. Según datos del Ministerio de Trabajo y Economía Social, apenas una diferencia de 1.200 a la baja. Ahora bien, este número debe ponerse en entredicho, no en sí mismo, sino como indicador fiable, porque el empleo por cuenta propia es anti-cíclico, pues tiende a incrementarse en épocas en que se pierde empleo por cuenta ajena. Sería bastante arriesgado expresar sin más que las medidas de contención han evitado que se perdiera autoempleo, porque probablemente no ha sido así. Sí que es importante destacar que solo el 20,6 de quienes están de alta en la Seguridad Social por cuenta propia cuentan con personas asalariadas a su cargo.

Por lo tanto, sería necesario valorar la conveniencia y la eficacia de las diversas medidas de apoyo al empleo autónomo y al emprendimiento. Muchas de ellas se destinan a iniciativas de poca viabilidad material, o a altas como personas autónomas de quienes, de una forma u otra, han sido empujadas al empleo por cuenta propia como única alternativa posible. Las medidas de incentivo, además, se han acompañado de una propaganda excesiva y en ocasiones no del todo real en torno a las virtudes de una actividad profesional independiente y a la capacidad de decidir y de elegir que conlleva. Hay que reconocer que esa imagen positiva no solo se proyecta aquí, o incluso en otras realidades se enfatiza más, pero en cualquier caso no se corresponde fielmente con la realidad. No es casual que en la Estrategia Europea para el Empleo el emprendimiento no ocupe el lugar destacado que se le había sido otorgado al principio, en particular en la Cumbre de Luxemburgo. Debería ser un argumento de reflexión para, al menos, evaluar los resultados de una política de fomento de esta forma de trabajar, probablemente para seguir promocionándola, pero de forma más selectiva.

Al mismo tiempo, hay que plantear un debate regulatorio sobre los límites entre el trabajo autónomo y el trabajo subordinado, que suceda en paralelo con un proceso de ajuste de doctrina judicial que se está produciendo, en particular –aunque no exclusivamente– en el contexto de la nueva economía. Parece que solo se suscita este asunto desde una perspectiva de iniciativa legislativa en torno a los *riders* y a la economía de plataforma, cuando en realidad reviste mayor complejidad. Se trata, sobre todo, de cómo se traza la línea divisoria entre subordinación y autonomía y entre trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia. No es cierto que este asunto solo le compete a la jurisprudencia. Aunque las palabras que utiliza el ET en su art. 1.1 no hayan sido objeto de reformas desde 1980, ha habido algún que otro episodio de interferencia legislativa claramente contrario a las orientaciones jurisprudenciales. Por ejemplo, el caso de los transportistas, en el que la política y la

ideología se impusieron al ordenamiento jurídico, con gran deterioro del sector. O, anteriormente, con ocasión de la Ley del contrato de agencia cuando, socapa de incorporar una Directiva de la Comunidad Económica Europea, se recondujo al ámbito del trabajo autónomo a un gran colectivo de representantes de comercio que ejercían su actividad por cuenta ajena. O, por supuesto, en 2007, cuando se generó el concepto del trabajo autónomo económicamente dependiente, sobre el que enseguida se va a expresar alguna consideración. En todos estos casos, un programa “liberal” se impuso claramente a otras consideraciones sociales.

La adjetivación como “económica” de la dependencia es, casi siempre, una falsificación, o una contemplación parcial de una relación más amplia. Detrás de la dependencia económica hay ineludiblemente subordinación jurídica, a través de un conjunto de pactos implícitos o explícitos, de colaboración y de control, que no le dejan al trabajador autónomo margen de autonomía alguno. Más bien, el trabajo autónomo económicamente dependiente no es más que una elipsis de lo que materialmente es trabajo dependiente cuya subordinación jurídica no es posible probar suficientemente. Su regulación legal permite que se admitan con naturalidad situaciones tan aparentemente contradictorias como la de trabajo autónomo en los últimos eslabones de la cadena de subcontratación, quizá también aceptada por una especie de contagio de lo que tradicionalmente se ha tolerado, con gran riesgo de la seguridad y de la salud, en el sector de la construcción.

Que en el tercer trimestre de 2020 solo exista la exigua cifra de 8168 TRADES no es sino un dato que hace referencia a las disfuncionales reglas de adquisición de esa condición. Se ha puesto reiteradamente de manifiesto la incongruencia de que exista un número de TRADES absolutamente testimonial en relación con el potencial número de personas –supuestamente– autónomas que reunirían los requisitos del art. 11 del Estatuto del Trabajo Autónomo. Sin embargo, es muy conocida la propuesta originada en círculos bien influyentes de que el mundo de los *riders* y de la economía de plataforma se convierta en el “reino de los TRADES”, con la pretensión evidente de evitarles “males mayores” a algunos grupos de intereses.

La aparición de figuras intermedias entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo ha sido una moda que ha recorrido diversos sistemas de relaciones laborales y que, por sus diferentes manifestaciones, no resulta fácil de evaluar. Pero, en términos generales, aquellos que se han mantenido fieles a un sistema binario producen a la postre mayor seguridad jurídica y menor conflictividad. Desde luego, han sido, además, mucho más eficaces a la hora de perseguir el fraude de ley. Un dato significativo que debe traerse a colación es el del correlativo descenso del número de TRADES al incremento de la actividad de la Inspección de Trabajo en la lucha contra la realidad de los falsos autónomos. Que ha habido una relación causa-efecto en esa campaña intensificada en 2019 ha sido absolutamente notorio. Puede concluirse que los TRADES solo aportan confusión al sistema español de relaciones laborales.

Las propuestas reformadoras deben centrarse, por consiguiente, en una doble operación, de eliminar por una parte el TRADE como concepto específico del trabajo autónomo y, por otra, reforzar la presunción de laboralidad. Este refuerzo podría abordarse de forma selectiva, para ciertos colectivos especialmente necesitados de la misma por las especiales dificultades probatorias que pueden concurrir –vg., trabajo de plataformas o trabajo a distancia– entre otras categorías, o a través de una reforma de la legislación laboral más estructural, que seguramente habría de hacer hincapié en la capacidad de las personas de actuar de forma independiente y con capacidad de negociación en el mercado. Esta segunda propuesta expresa la necesidad implícita de volver la mirada más hacia la ajenidad como criterio determinante. En realidad, una y otra no son incompatibles entre ellas. En todo caso, deberían ir acompañadas de un compromiso de las partes sociales sobre la evitación de conductas abusivas, como se han visto con demasiada frecuencia, por ejemplo, en el ámbito de la economía social.

### 3. Unas reglas equitativas de competencia entre empresas

Sin duda, cuando se alude a derogar la reforma laboral de 2012, se piensa antes que nada en las reglas sobre concurrencia entre los convenios de sector y los de empresa y en los mandatos sobre ultra-actividad del convenio. Dando por supuesta la vuelta atrás en cuanto a estos últimos, sobre los que, en apariencia, hay un consenso de base sobre los perniciosos efectos que ha producido para ambas partes la regla dispositiva del art. 86.3 ET en su versión actualmente vigente, el asunto más discutido se centra en el art. 84.2. Se produce una excesiva impostación de las diferencias entre la preferencia por un convenio de sector y uno de empresa que, en el imaginario teórico es, en realidad, una disputa entre la ordenación de la negociación colectiva desde el convenio estatal de sector o la disgregación de la misma en las unidades empresariales.

Habría que plantear un reto previo, relativo a las reglas sobre legitimación para negociar. Al margen de otros asuntos menores, pero también de interés –vg., la eliminación de la legitimación “corporativa” del sindicato elegido *ad hoc* para el convenio de franja– la postergación de las pequeñas empresas en cuanto al cálculo de la legitimación de las organizaciones empresariales es un asunto que tiene gran relevancia en el equilibrio de intereses de nuestro marco de negociación colectiva. Sin duda, la configuración de las unidades de negociación está lastrada por ese desplazamiento de posiciones correlativas en favor de las grandes empresas, tradicional hace años en nuestra legislación laboral y acentuado con la reforma de 2011. Consecuentemente, una primera e importante preocupación debería ser una reforma que, a este respecto, resultase más equitativa con la pequeña empresa y permitiese una mayor influencia suya en la estructura negocial y en el contenido de los convenios. En efecto, mucho se ha reflexionado sobre la adaptación de la normativa laboral a este segmento de entidades productivas, pero casi siempre desde la perspectiva de una normativa legal menos protectora de las personas trabajadoras específicamente concebida para ellas. Pero no parece oportuno, ni justificado, ni proporcionado abordar una tarea de ese tipo sin antes emprender una reforma de la negociación colectiva más equitativa y favorable para ellas.

Este asunto, relativo a los criterios de medición de la legitimación, de la constitución de la comisión negociadora y de adopción de acuerdos –que si considerando el número de empresas afiliadas, el número de personas ocupadas, o ambos criterios– está realmente entrelazado con el de la preferencia por un convenio u otro. Las reglas vigentes promueven, como se ha dicho reiteradamente, una disgregación de los ámbitos en favor del convenio de empresa, al menos en cuanto a ciertos contenidos especialmente importantes. Contextualizando su impacto, y sin dejar de reconocer que la realidad es algo más compleja, puede decirse que se ha acogido al art. 84.2 un tipo de empresa caracterizado por tener cierta dimensión y por perseguir una cierta posición competitiva mediante unas condiciones de trabajo más laxas o menos favorables para la parte social. O, por expresar la idea en otros términos, podría decirse que las mismas empresas favorecidas por las reglas de legitimación de los art. 87 y 88 lo son también por la del art. 84.2. Es evidente que aquéllas sin suficiente entidad como para negociar y disponer de un convenio colectivo de ámbito empresarial son las grandes postergadas. Las mismas sobre las que tanto se protesta en el lenguaje político sobre la necesidad de protegerlas. Las mismas para las cuales no es transitable el procedimiento de descuelgue del art. 82.3 ET.

Desde la perspectiva sindical, se ha perseguido con excesiva intensidad, al menos desde el sindicalismo confederal más representativo de nivel estatal, una ordenación de la negociación colectiva conformada a partir del convenio estatal que, a la postre, y vistas las diferentes experiencias sectoriales, debe calificarse como demasiado centralista y poco adaptada a las realidades territoriales. El elenco de materias sobre las que se ha reservado preferencia aplicativa al convenio estatal de sector ha sido, indudablemente, expansivo de más, en detrimento de los ámbitos intermedios de la negociación colectiva. Quizá esta inclinación ha tenido algo de reactiva a la vista de la reforma de 2012,

pero ya se apreciaba con anterioridad, a su vez como réplica a los “excesos” de la reforma de 1994 y con base en la disciplina interna de las estructuras descentralizadas de esas mismas confederaciones sindicales estatales. Pero no es conveniente, en términos de equidad y de desarrollo económico de ciertos ámbitos territoriales periféricos.

Lo que se postula aquí, en consecuencia, es cierto retorno a los ámbitos sectoriales intermedios. El asunto de los marcos autonómicos de relaciones laborales, tan aplaudido como denostado, y ahora tan ficticiamente amparado por el art. 84.3 ET, no ha sido sino una simplificación de un concepto de más entidad: la conveniencia de apuntalar unidades de negociación en las que confronten sus intereses sindicatos dotados de representatividad con organizaciones empresariales realmente representativas de las empresas radicadas en los territorios. Quizá la fórmula de la reforma de 1994 no haya sido adecuada y seguramente sea necesario combinar capacidad ordenancista de la negociación colectiva en favor de las partes sociales con protagonismo suficiente de los referidos ámbitos intermedios. A tal efecto, quizá pudiera pensarse en adaptar conceptos ya existentes, por ejemplo, planteando descuelgues en ámbitos funcionales supraempresariales y territoriales descentralizados de las reglas de un convenio estatal de sector. O en exceptuar ciertos contenidos de la prioridad aplicativa del convenio determinado por los instrumentos del art. 83.2 ET, al modo de como lo hace el art. 84.2, pero no en favor de convenios de empresa, sino provinciales o autonómicos de sector. Las fórmulas jurídicas son lo de menos, lo importante es producir un marco legal más equitativo con las empresas y que, al mismo tiempo, produzca una suficiente garantía de representatividad sindical en las mesas de negociación.

\*\*\*

Mención aparte merece el problema de las condiciones de trabajo en las empresas auxiliares, un asunto muy relacionado con el anterior. Al respecto, ha habido iniciativas de reforma legal del art. 42 ET suficientemente conocidas y centradas en una idea más o menos difusa de equiparación retributiva y de otras condiciones laborales entre empresas principales y contratistas o subcontratistas. Parece evidente que esas iniciativas, así planteadas, tienen unos efectos bastante inconvenientes, al menos en términos de aplicación general y sin realizar distinciones en atención al sector de que se trate o a las características de la empresa principal, así como del convenio colectivo aplicable en ésta.

En realidad, el problema acuciante se sitúa en el más reducido contexto de las empresas multiservicios. Aquellas cuya relación con el convenio colectivo aplicable ha sido particularmente problemática, ya sea por aplicación de un convenio colectivo de sector y la selección de cuál, ya por la aplicación de un convenio de empresa negociado al amparo del art. 84.2 ET. Incluso se han planteado alternativas desde los convenios de sector para evitar una competencia más o menos perniciosa provocada por la no aplicación de los mismos. Por otra parte, se ha puesto de manifiesto con reiteración la proximidad del servicio que ofrecen con el de las empresas de trabajo temporal, como se pone de relieve, además, por su relación más o menos problemática con el tópico de la cesión ilegal del art. 43 ET. Sobre ellas sí que se hace necesario legislar, para evitar ciertas prácticas de devaluación de las condiciones de trabajo más o menos frecuentes. Sin duda, la normativa sobre las empresas de trabajo temporal puede servir de modelo, máxime teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha interpretado en términos relativamente expansivos el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/104/CE. Incluso una contemplación de la realidad de estas entidades, que muchas veces se asocian con empresas de trabajo temporal que conforman el mismo grupo corporativo, aconseja cierta aproximación normativa, que podría partir de puestas a disposición colectivas de personas trabajadoras con cierta estructura organizativa entre ellas. Es decir, se trataría de puestas a disposición especiales, en las que probablemente sería adecuado matizar algo la aplicación del principio de igualdad mediante la negociación colectiva sectorial –entendién-

dose por tal la que se produciría en el ámbito de las propias empresas multiservicios— con arreglo al art. 5.3 de dicha Directiva. Con este equilibrio de intereses, se garantizaría sólidamente la igualdad entre las condiciones de trabajo de la empresa cliente y de la empresa auxiliar, pero con un margen de adaptabilidad suficiente conferido al convenio de sector que evitaría rigideces excesivas.

Con esta pequeña reforma no se abordaría un problema de solución más compleja, como es el de las condiciones de trabajo en las empresas auxiliares y las responsabilidades que debieran recaer sobre las empresas principales. Pero seguramente las respuestas al mismo hay que abordarlas descomponiendo la cuestión en asuntos más particulares, porque el tópico de la descentralización productiva reviste una complejidad muy extensa. Que nuestro marco organizativo y de relaciones laborales recurre a distintas modalidades de subcontratación con mayor intensidad que otros sistemas en los que la empresa principal conserva generalmente las diferentes fases del proceso productivo es evidente. Sin embargo, la respuesta a esta realidad no es sencilla y ni siquiera ha de venir fundamentalmente desde el ámbito jurídico laboral.

#### 4. Una evolución justa de las rentas salariales

Sobre la materia retributiva, hay dos debates prácticamente entrelazados: de una parte, la congelación del SMI, o al menos el aplazamiento de su subida. De otra, la renovación del Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva. Como van a tratarse en el marco del diálogo social de forma simultánea, la interferencia entre ambos es inevitable. La situación que se ha producido con la crisis derivada de la pandemia se puede describir en términos de ralentización en la renovación de los convenios colectivos y de rebaja de los incrementos salariales allá donde se ha llegado a acuerdo entre las partes. Indudablemente, las consecuencias de la COVID-19 en términos de impacto económico son inmensas y la moderación salarial aparece como una respuesta obligada. Ahora bien, debe contextualizarse la situación para otorgar un significado concreto al significante “moderación”.

Realmente, la polémica en torno a la congelación o subida del SMI en un 0’9 por 100 tiene más de juego de poder que de otra cosa, a la vista de los limitados efectos de ese magro incremento. Aislada del contexto político, es difícil de entender ese incremento en el empleo público y en las pensiones comparado con la negativa en cuanto al propio SMI. Que se alcance el 60 por 100 del salario medio a final de la legislatura, como objetivo de cumplimiento de la Carta Social Europea, parece bastante accesible. La exigencia se cumpliría automáticamente incrementándolo hoy en día hasta los 1025 euros en 14 pagas. En proyección razonable, se cumpliría para finales de 2023 con un incremento anual del 3,5 por 100, incluso con una congelación para 2021. Ahora bien, no debe olvidarse que la retribución media española es un 22 por 100 inferior al promedio de los países de la UE.

Los salarios medios en nuestro país son comparativamente reducidos por varios motivos. Las diferencias entre unos sectores y otros ofrecen una explicación parcial, pero insuficiente. Tampoco la estructura productiva interna justifica la diferencia. Parte del problema debe encontrarse en una época de estancamiento retributivo que puede identificarse aproximadamente con el quinquenio entre 2011 y 2016 causado por varios motivos, no solo desde luego por las consecuencias de la reforma laboral de 2012. No se trató únicamente de que los salarios se congelaran, sino que además crecieron las diferencias entre unos sectores y otros, casi siempre en perjuicio del sector servicios en relación con el industrial. Hubo, además, en ese mismo período un fenómeno mucho más acusado, que consistió en una reducción de la participación de los salarios en la renta nacional. Lo cual tiene mayor interés porque en nuestra realidad dicho sector servicios no está precisamente infra-representado, y debe considerarse que en él la referida participación se ha incrementado, tanto en España como en cualquier país desarrollado.

A partir de este haz de consideraciones, no da la impresión de que deba abrirse un nuevo período de estancamiento retributivo, que produciría desde luego muchas consecuencias indeseadas, casi tantas como un incremento inmoderado de los salarios. La evolución del SMI en línea con los compromisos internacionales asumidos es un imperativo categórico. En cuanto a los salarios superiores, no parece conveniente que se produzca un proceso masivo de absorción de salarios negociados colectivamente, sino que éstos deberían crecer en un porcentaje similar, al menos en aquellos sectores en los que, comparativamente, menos hayan subido en la última década. Habiendo sido un porcentaje homogéneo el recomendado en los sucesivos AENC, es llamativo contrastar su impacto real en los distintos sectores. Esta afectación dispar debería considerarse en una evaluación rigurosa de los efectos producidos por los sucesivos acuerdos interconfederales.

Hay convenios colectivos con tablas salariales muy aplanadas en las que puestos de trabajo que requieren un determinado nivel de cualificación se retribuyen con salarios apenas superiores al mínimo interprofesional. La productividad en estos contextos queda muy lastrada por una progresiva desvalorización del trabajo. Es muy necesario evaluar los sectores en los que se producen tales disfunciones, que casi siempre coinciden con aquellos en los que el estancamiento ha sido más acusado a lo largo de las últimas revisiones salariales. Proponer en ellos una excesiva moderación salarial, lejos de ser aconsejable, resultaría totalmente contraproducente a los efectos de una recuperación económica.

En suma, la tarea del AINC no es sencilla, pues sí que hay sectores en donde la moderación salarial sería más aceptable. Pero precisamente coinciden con ámbitos en los que las dinámicas de crecimiento han sido más sostenidas en el tiempo, aunque siempre en una tendencia no muy acusada, como ha sido característica de nuestra negociación colectiva desde ya hace bastantes lustros. Habrá un tiempo de salida de la crisis en el que debería producirse un crecimiento más intenso, que nos aproxime a nuestros vecinos europeos.

Por otra parte, no se ha planteado últimamente desde las organizaciones representativas de los empresarios, o al menos no se ha hecho de forma muy ostentosa, una demanda de rebaja de las cotizaciones. Ciertamente, en España son comparativamente elevadas, al menos por lo que respecta a las que les corresponden a las empresas, aunque solo en términos porcentuales. Ya algo se ha dicho sobre la dinámica evolutiva de los salarios en términos comparativos con Europa. Por otra parte, en el contexto del Pacto de Toledo este tema ha quedado al margen de las más recientes conclusiones. Todo ello no obstante, es un asunto que no pude quedar ausente del debate sobre la evolución de los salarios. Indudablemente, una dinámica de los mismos en términos de moderación no puede llevar aparejado un replanteamiento de los porcentajes de las cuotas patronales. Ahora bien, tendrá que llegar el tiempo de abordar una verdadera convergencia con Europa. El tópico del salario mínimo europeo tiene que ser un escenario bastante adecuado para ello. El horizonte de 2024 puede ser conveniente para plantearse objetivos a medio plazo. Y a tales, efectos de convergencia, a esos sí, desde luego la variante de las cotizaciones debería ser un asunto de consideración.

## 5. Una revolución de las políticas activas y pasivas de empleo

Acaso sea lógico comenzar la reflexión por las políticas pasivas. La experiencia que hemos atravesado, y cuyo fin todavía no se vislumbra claramente, ha puesto en el centro del sistema de protección la prestación por desempleo, muy en particular como respuesta a las suspensiones de contratos y reducciones de jornada tramitadas como ERTES por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, aunque también a causa de las vicisitudes del trabajo fijo-discontinuo. Asimismo, se ha asistido a una utilización masiva, por primera vez, de la prestación por cese de actividad de los tra-

bajadores autónomos. El SEPE ha sido sometido a unas fuertes tensiones de respuesta a esta situación crítica y las mutuas colaboradoras han lamentado en ocasiones haber asumido el cese de actividad.

Es decir, las prestaciones ligadas a la desocupación involuntaria han sido afectadas desde una perspectiva distinta de la habitual. Tal vez esta experiencia permita plantear conclusiones nuevas que permitan abordar una reforma intensa de unas prestaciones del sistema que, tal y como hoy están legisladas, están muy necesitadas de ciertas dosis de armonización.

Comenzando por lo más obvio: la regulación del ingreso mínimo vital exige repensar y recomponer el nivel asistencial de la protección por desempleo porque se produce una superposición de prestaciones que, en la práctica, resulta redundante e ineficaz. Del mismo modo que es necesaria una remodelación de las medidas de asistencia social de las Comunidades Autónomas, se requiere también una profunda reformulación y debate acerca de la razón de ser y del funcionamiento de dicho nivel asistencial.

En segundo lugar, el nivel contributivo de la prestación debe repensarse, porque funciona a golpe de reformas de distinto tenor que no permiten percibir una identidad clara de modelo de protección. Sin duda, las normas de urgencia de 2020 han sido de respuesta a una situación excepcional, pero obligan a preguntarse si no debe hacerse un esfuerzo mayor en proteger el empleo mediante una cobertura más amplia o menos condicionada de las suspensiones del contrato y reducciones de jornada derivadas de causas empresariales. Por expresar la idea con un símil: si en 2002 se aprobó una normativa de acceso al desempleo vinculada al abaratamiento del despido y que puede calificarse como reforma pro-fraude en el sentido de que levantó cualquier posibilidad de control del mismo en las situaciones legales derivadas del despido, quizá, sin llegar a una intensidad de levantamiento del control sin duda excesiva, podría facilitarse la acreditación del desempleo en caso de suspensión del contrato o reducción de jornada con una intervención administrativa algo menor que hasta ahora. Con todo, de nuevo hay que volver a la clásica pregunta de con qué intensidad debe defenderse activamente el puesto de trabajo. La respuesta, necesariamente, tiene que ser armónica para las diferentes situaciones legales de desempleo.

La reforma de 2002 y alguna de menor entidad —en particular, la de 2013— se plantearon el conocido objetivo de la “activación de la prestación por desempleo”, basada en la idea de proteger en particular a la persona en su condición de demandante de empleo, más que de desempleada. Una especie de condicionalidad incipiente en el acceso a la prestación, centrada en el compromiso de actividad, se complementó con una serie de programas de empleo de diversa índole, que se diversificaron bastante en 2013. Por desgracia, al igual que en tantos otros asuntos, no ha trascendido que se haya realizado una evaluación profunda y realista de los mismos.

Entremedias, el debate sobre los mercados de trabajo transicionales popularizado sobre todo con el Libro Verde de 2007 no activó en nuestro sistema, como probablemente debió haberlo hecho, una iniciativa reformadora de la normativa sobre desempleo. Seguramente algunas transiciones de las que se propusieron, máxime teniendo en cuenta la referencia del modelo danés, deberían tener como soporte la prestación por desempleo, y afectar en particular a la identificación de unas nuevas situaciones legales no necesariamente ligadas a la involuntariedad en el cese o suspensión de la relación laboral.

Otro asunto importante se refiere a la intensidad de la protección. Cuando se ha planteado, nuevamente en el corto plazo, el debate en torno a la suficiencia del porcentaje del 50 por 100 de la base reguladora a partir del 181 día de prestación, y cuando se han manipulado por sucesivas reformas las reglas sobre cálculo de la cuantía y duración de la cobertura, es necesaria una reflexión sobre la intensidad adecuada de la protección, atenta desde luego a sus efectos en la vuelta a la actividad por parte de la persona desempleada, pero sin merma de su profesionalidad. Se trata de la conocida dialéctica entre los modelos de *work first* y de *employability*, pero sin que deba olvidarse

que la prestación por desempleo es, antes que nada y por encima de otras consideraciones, una parte central de nuestra Seguridad Social.

Y un defecto de nuestro modelo especialmente disfuncional se refiere al profundo divorcio, tanto en la concepción de la prestación como en su gestión, entre el desempleo y el cese de actividad. Que este último se gestione a través de las mutuas colaboradoras y no a través del SEPE no tiene motivo de fondo alguno que lo justifique, al menos desde una contemplación armónica del sistema de Seguridad Social y de las políticas de empleo. Cuando se concibió el cese de actividad, en 2010, se hizo a imagen de la prestación por desempleo. En el fondo, el riesgo social que afrontan ambas prestaciones es el mismo y la contingencia muy similar. Que se agrande la grieta entre ambas debería evitarse y corregirse. Desde luego, el SEPE es el lugar natural para el reconocimiento y organización de ambas.

Si de verdad se lanza en serio la iniciativa del seguro europeo de desempleo se producirá un contexto muy adecuado para una redefinición del modelo interno, una vez que dicha iniciativa parece mucho más que una simple medida de coordinación al servicio de la libre circulación de trabajadores. El instrumento SURE, de mitigación de los riesgos de desempleo, constituye una experiencia de mutualización del riesgo, cuyo funcionamiento puede, desde luego, condicionar el futuro.

Más perentorio es, si cabe, un rearme de las políticas activas de empleo. Se hace precisa una renovación intensa de la gobernanza del empleo. No se trata tanto de una reformulación de la arquitectura institucional, pero sí de una distinta relación entre los distintos actores y de una mejor coordinación entre ellos. Los problemas competenciales entre el Estado y las CCAA han producido, a la postre, unas políticas activas bastante poco innovadoras y adaptadas a las necesidades actuales, quizá porque ha habido cierto retraimiento a la hora de plantear iniciativas novedosas. Las Administraciones locales no han sido incorporadas materialmente como agentes fundamentales del Sistema Nacional de Empleo. Las partes sociales tampoco han conseguido que el Consejo General desempeñe un papel más constructivo que el de la Conferencia Sectorial. Desde luego, es criticable y contraproducente la separación que se ha producido en departamentos ministeriales entre las políticas activas y pasivas de empleo por un lado y las de formación para el empleo por el otro, separación de la que nada bueno debe esperarse.

Al texto refundido de la Ley de Empleo le falta cierta sustantividad en el enfoque. Es una norma más de organización, procedimiento y planificación que una ley que plantee contenidos concretos. Lo cual podría ser razonable, en un campo en el que las competencias estatales y las autonómicas se solapan, si la legislación autonómica ocupara este espacio, cosa que no ha sucedido. Solo cuando alude a la Estrategia Española de Activación para el Empleo articula unos ejes de actuación, los cuales por cierto deberían ser objeto de revisión y actualización. Por expresar un aspecto muy insuficientemente considerado, el reto de la empleabilidad de las personas debería ser más y mejor abordado, con referencia a recursos y sistemas para preservarla y mejorarla. Haría bien una futura reforma del texto refundido en proponer medidas de actuación que pudieran ser desarrolladas o incluso sustituidas a través de normativa autonómica, para producir cierta adaptación a los territorios de las políticas activas de empleo. Asimismo, una tarea pendiente consiste en reformar desde sus cimientos el sistema de Garantía Juvenil, para abordar uno de los mayores retos que tiene que enfrentar nuestro país, como es el de la integración laboral de las personas jóvenes. Que, afortunadamente, se hayan mejorado los datos tan lamentables al respecto de los años 2013-2014 no quita que deban afinarse los programas, los objetivos y los contenidos del empleo y la empleabilidad juvenil.

En particular, la formación para el empleo es uno de los grandes retos. La mejora de la empleabilidad y de las cualificaciones profesionales de la población activa requieren de una revisión de muchas de las medidas puestas en marcha en los últimos años. Más que en el marco normativo diseñado año 2015, el debate debe centrarse en las prioridades formativas, en los contenidos, en

los colectivos destinatarios y en la provisión de la suficiente cualificación profesional a las personas, con anticipación de los déficits de empleabilidad. Como en otros tantos temas, las divergencias sobre cómo deben gestionarse los fondos finalistas de formación para el empleo han postergado otros asuntos que deberían ser prioritarios. Se trata, en resumen, de un asunto sobre el que debería retornarse al marco del diálogo social bipartito y tripartito.

Otro reto pendiente tiene que referirse a los recursos destinados a las políticas activas de empleo. Sobre él, la Comisión Europea viene insistiendo hace años en la necesidad de fortalecer los servicios públicos de empleo, aunque con poca respuesta. Si la pandemia ha dejado al descubierto la muy deficiente plantilla del SEPE, otro tanto habría que expresar del personal dependiente de las CCAA y dedicado a las políticas activas de empleo. La iniciativa privada, con o sin ánimo de lucro, no ha suplicado suficientemente estos déficits, con el añadido de que la colaboración entre ambos entramados, el público y el privado, es manifiestamente mejorable. Sin duda, la época de recuperación que tiene que venir requiere unos servicios públicos adecuados y suficientes, de los que es necesario dotarse, así como de una adecuada colaboración entre éstos y las agencias privadas de empleo, incluyendo en estas las empresas de trabajo temporal.

A partir de estas ideas generales debería venir la letra pequeña, esto es, las iniciativas concretas. Para que sean eficientes, se requiere atención individualizada de las personas demandantes de empleo, itinerarios personalizados, seguimiento y evaluación particular. La experiencia de las políticas de empleo está cuajada de buenas prácticas y de medidas interesantes que podrían desarrollarse. Por consiguiente, al margen de los problemas de diseño y ejecución de iniciativas de empleo y empleabilidad, los retos se deben dirigir a generar unas estructuras suficientes, capaces de atender y guiar a las personas en sus itinerarios profesionales y en su proceso de integración y de mejora en el mercado de trabajo.

## 6. Síntesis

Este elenco inacabado de tópicos para un diálogo social pone de relieve que hay diversas prioridades. Las que están en la agenda pública más actual son algunas de ellas, pero quizá otras merecieran destacarse más. Se apela a la necesidad de derogar total o parcialmente la reforma de 2012, de elaborar un nuevo Estatuto de los Trabajadores, de actualizar la legislación laboral, o de introducir modificaciones parciales de mejora del mercado de trabajo. Donde hay cierta unanimidad es que el método del diálogo social resulta el más adecuado. Los productos que se hayan de obtener serán diferentes según el marco de juego y los objetivos que se tracen. En todo caso, los temas que se han aludido en este breve comentario configuran, indudablemente, el núcleo de los que deberían debatirse entre las partes sociales y el poder público.

Creemos que las propuestas que se han planteado en estas páginas no deberían generar una disconformidad frontal de las partes sociales, aunque, obviamente, quepan otras alternativas igualmente razonables. Se trata de asuntos sobre los que no es imposible llegar a un amplio acuerdo, o al menos no tanto como en otros en los que las posiciones parecen más difíciles de aproximar. Si se alcanzara, nuestro marco normativo estaría más a la altura de las exigencias de los tiempos actuales en términos de adecuada competitividad de nuestras empresas, pero también de suficiencia de derechos laborales y promoción de la igualdad.

# El caldo de cultivo para un pacto social. Algunos datos para reformar el mercado de trabajo en España

## The breeding ground for a social pact. Some data to reform the labor market in Spain

Daniel Pérez del Prado

*Profesor Titular Ac. De Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0001-7106-6769

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6051>

### I. Introducción. El punto de arranque: reflexionar y actuar.

Decía Keynes que la dificultad no reside en el desarrollo de nuevas ideas, sino en escapar de las viejas. La magnitud tanto del drama social que atravesamos, por la concurrencia de dos crisis económicas prácticamente seguidas, además de la sanitaria; como de la transformación económica y social que la digitalización implica, no solamente hace que esta reflexión esté más de actualidad que nunca, sino que nos exige ir incluso más allá. Necesitamos efectivamente escapar de las viejas ideas para alcanzar nuevas más brillantes e innovadoras, pero, sobre todo, necesitamos también poderlas poner en práctica cuanto antes.

En este sentido debemos dar la bienvenida a todo intento, no solamente de generar debate, sino especialmente de propiciar nuevas líneas de actuación y de reforma. En estas mismas páginas, los profesores Cabeza y Cardona han dedicado un artículo a desarrollar algunas ideas que ya habían esbozado previamente acerca de cómo debiera reformarse el conjunto del Derecho social, pues sus reflexiones van más allá del Derecho del Trabajo para alcanzar también al de la Seguridad Social y al Derecho del Empleo.

Su punto de partida es que, con la conformación del nuevo Gobierno y el profundo proceso de digitalización y de los efectos que de ella se derivan, se abre un nuevo campo de acción que debiera conducirnos a alcanzar un nuevo pacto social. Dicho de otra forma, los procesos que sufrimos son tan profundos y la necesidad de cambio tan urgente, que las medidas que se necesitan serían de la suficiente magnitud como para que debieran ser acordadas por consenso, no solamente de los agentes sociales, sino del conjunto de la sociedad. Este en este contexto, la llegada de la pandemia y de la crisis económica que la acompaña no habrían hecho más que agudizar tanto la necesidad de cambio como lo perentorio de su introducción.

En el texto, de forma sencilla, concisa y razonada, se van delineando los diferentes campos de actuación que a su juicio son necesarias y que en buena medida implican visitar gran parte de los problemas tradicionales de nuestro mercado de trabajo que, a pesar de su gravedad, han terminado por enquistarse. Tal es el caso de la contratación temporal y de la dualidad que de la misma se deriva, de la estructura de la negociación colectiva o de la articulación de las políticas de empleo. Aun así,

---

<sup>1</sup>Este trabajo forma parte del proyecto de investigación “Cambio tecnológico y transformación de las fuentes laborales: Ley y convenio colectivo ante la disrupción digital” (RTI2018-094547-B-C21).

también han tenido tiempo los autores de analizar algunas otras cuestiones resurgidas al calor de los debates más recientes, como el papel que el autoempleo ha de tener en nuestro mercado de trabajo, que resucita gracias al debate en torno a la laboralidad de los *riders*; o sobre el crecimiento de los salarios que, como veremos, trasciende del efecto coyuntural que sobre los mismos tuvo la Gran Recesión.

Pero además de señalar las áreas de interés, el texto es eminentemente propositivo. Los autores no solamente hacen un esfuerzo por estudiar cuál es la concreta situación en cada una de las áreas señaladas, sino por apuntar posibles soluciones de mejora. No podía ser de otra forma dada la magnitud de los problemas a que se refieren y de los cambios que se sugieren. Como acabamos de señalar, buena parte de las ineficiencias detectadas vienen de antiguo, por lo que han sido suficientemente analizadas. Es tiempo, por tanto, de pasar a la acción, no solamente porque el debate ha alcanzado un grado de madurez suficiente, sino porque las necesidades sociales a que se refieren son perentorias.

El reto no es menor, tanto por la magnitud de los problemas, como por la necesidad de articular ya propuestas de actuación. A ello habría que añadir una dificultad más, precisamente la que nos advertía Keynes, liberarnos de nuestras viejas ideas, para formular nuevas radicalmente novedosas y eficaces.

El presente estudio pretende acompañar el mencionado artículo y complementar, no el trabajo, que no lo necesita, sino el debate que se propone suscitar. En las páginas que siguen abordaremos de forma muy sintética y desde una perspectiva eminentemente cuantitativa cada una de las áreas de reforma indicadas en él, aportando datos adicionales para el análisis y algunos otros argumentos para el debate. Para ello, a la presente introducción, le seguirán los correspondientes apartados dedicados a la contratación temporal, el empleo autónomo, la estructura de la negociación colectiva, la recuperación de los salarios y la configuración de las políticas de empleo. Finalmente, se cerrará con unas brevísimas conclusiones.

## II. A vueltas con la contratación temporal

Que la alta temporalidad es uno de los grandes problemas de nuestro mercado de trabajo está fuera de dudas. Que los esfuerzos que hemos hecho para intentar corregirla han dado escasos frutos, también.

En efecto, es cierto que hemos logrado pasar, por decirlo de una forma gráfica, de niveles excesivamente altos, cercanos al 33% (como muestra el Gráfico 2, en el período 2002-2006), a simplemente muy altos, del entorno del 26% (en el mismo gráfico, evitando el efecto coyuntural de las crisis, el lapso que iría de 2014 al primer trimestre de 2020), pero esto no ha impedido que, como refleja el Gráfico 1, sigamos a la cabeza de Europa en esta materia, prácticamente duplicando la media del conjunto de la Unión y de la eurozona, con 4,5 puntos más que el segundo, Portugal.

Estas altas y persistentes tasas de temporalidad son negativas tanto en términos de equidad como de eficiencia económica<sup>1</sup>. Por lo que respecta a lo primero, aunque la contratación temporal ha venido siendo utilizada desde los 80 como una forma de política de empleo, lo cierto es que los estudios no han conseguido demostrar que el fomento de la temporalidad genere más puestos de trabajo<sup>2</sup>. Es verdad que se observa un efecto positivo en el momento de tránsito de un sistema rígido a otro flexible, del que seguramente saldría beneficiado nuestro país en su momento<sup>3</sup>, permitiendo una salida más rápida, desde el punto de vista del empleo, de las crisis económicas; pero también que las altas tasas de rotación que produce suelen llevar aparejado una fortísima volatilidad en empleo.

<sup>1</sup> DOLADO, J. J., JIMENO, J. E., “Contratación temporal y costes de despido en España: Lecciones para el futuro desde la perspectiva del pasado”, cit., pág. 5.

<sup>2</sup> BENTOLILA, S.; SAINT-PAUL, G., “The macroeconomic impact of flexible labor contracts, with an application to Spain”, *CEMFI, DT*, N° 9106, 1991.

<sup>3</sup> *Ibid.*

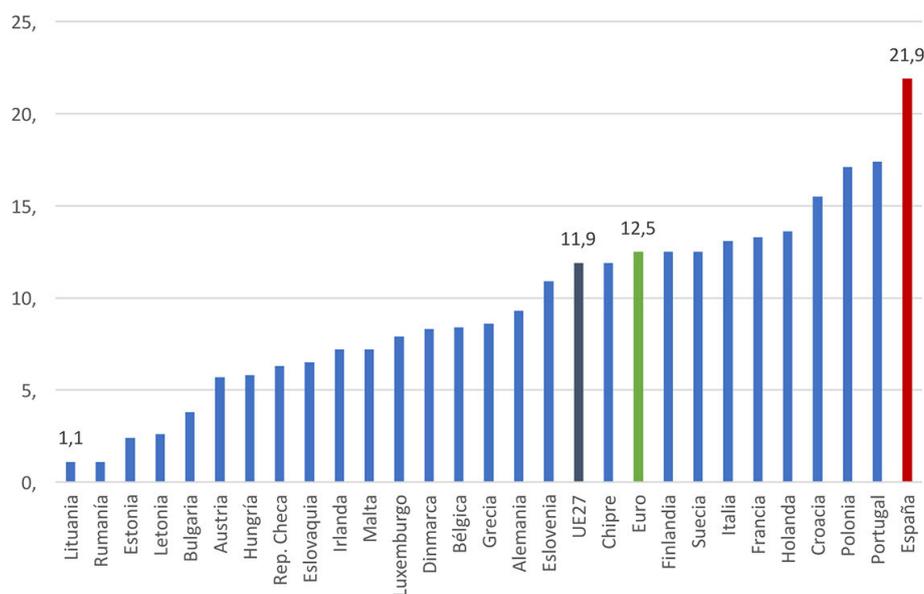


Gráfico 1. Tasa de temporalidad UE.

Fuente: elaboración propia a partir de los datos del Eurostat. 2019.

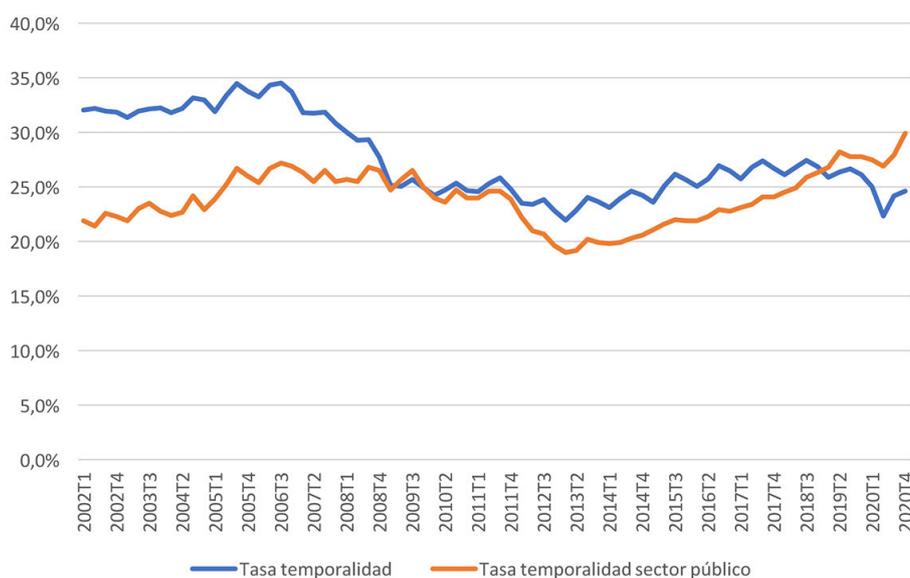


Gráfico 2. Evolución tasa de temporalidad.

Fuente: elaboración propia a partir de los datos del INE.

Por lo que hace a la equidad, la evidencia empírica demuestra que la contratación temporal lleva aparejada una remuneración más baja<sup>4</sup>, una menor inversión en capital humano específico para trabajadores con una antigüedad superior a los tres años y una mayor probabilidad de sufrir un

<sup>4</sup> DE LA RICA, S., “La penalización salarial de la temporalidad: ¿Qué efectos tiene en las decisiones familiares?”, en *Propuesta para la reactivación laboral en España*, Fedea, 2010. J. F. JIMENO; L. TOHARIA, “The effects of fixed-term employment on wages: theory and evidence from Spain”, *Investigaciones Económicas*, vol. 17, 3, 1993, Fundación SEPI, p. 489. Un resultado similar, cifrando tal diferencia en torno al 10%, se alcanza en Hernanz, V.; *El trabajo temporal y la segmentación: un estudio de las transiciones laborales*, Consejo Económico y Social, 2003, págs. 177-189.

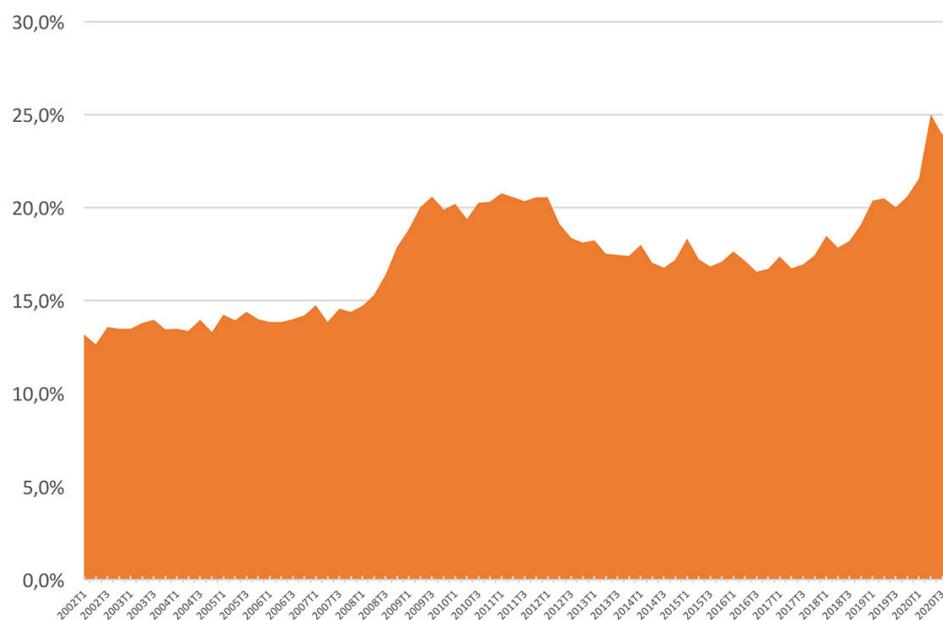


Gráfico 3. % **Asalariados temporales del sector público respecto del total de asalariados temporales.**

Fuente: elaboración propia a partir de los datos del INE.

accidente de trabajo<sup>5</sup>, si bien esto no tiene que ver tanto con el tipo de contratación como con las actividades en que se concentra la temporalidad. Además, sus efectos trascienden lo laboral. La excesiva temporalidad de nuestro mercado de trabajo estaría incidiendo en decisiones vitales de las personas trabajadoras como la de la convivencia en común o el momento de entrada en la maternidad<sup>6</sup>.

Del panorama descrito se deduce que se son necesarias acciones en todos los ámbitos posibles, el de la extinción, el de la cotización, el del control y la sanción, no solamente porque las medidas parezcan haber producido un impacto reducido, sino porque junto con las medidas que se tomaran es preciso también transmitir un mensaje claro y contundente a la sociedad en general y a nuestro tejido productivo en particular.

De ahí la importancia también que tiene la incorporación de la Administración en esa estrategia de acción. Como puede comprobarse en el Gráfico 2, la tasa de temporalidad en las administraciones públicas supera ya a la del conjunto de los asalariados en más de cinco puntos. A mediados de 2020, las CCAA fueron la Administración que más contribuyó a esta situación, con una tasa de temporalidad del 31,9%, seguida de la local, con un 17,8% y, a mayor distancia, las empresas públicas, con un 17,8%. Solo la Administración General del Estado y de la Seguridad Social mantuvieron unos niveles aceptables, del 9,5% y 9,1% respectivamente<sup>7</sup>, muy próximo a los objetivos marcados en II Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo. Por su parte, el Gráfico 3 muestra muy a las claras el terrible afecto que tuvo la crisis financiera sobre la temporalidad del sector público. El peso del sector público en el conjunto de la temporalidad pasó de representar menos del 15% a más del 20%. La recuperación no solamente no

<sup>5</sup> DURÁN, F., *Informe sobre los riesgos laborales y su prevención. La seguridad y salud en el trabajo en España*, Presidencia del Gobierno, Madrid, 2001; HERRANZ MARTÍN, V.; TOHARIA CORTÉS, L., “Do temporary contracts increase work accidents? A microeconomic comparison between Italy and Spain”, *Fedea DT*, N.º 10, 2003.

<sup>6</sup> Un análisis de los efectos de la temporalidad en todos estos ámbitos puede encontrarse en PÉREZ DEL PRADO, D., “Los efectos de la temporalidad más allá del mercado de trabajo”, en Gómez Abelleira, F. J. (ed.) *La temporalidad laboral como problema jurídico: diagnósticos y soluciones*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 61-96.

<sup>7</sup> ASEMPELO, *El monográfico del Mercado Laboral*, Asempelo, 2020, fecha de consulta 15 febrero 2021, en <https://asempelo.com/wp-content/uploads/2020/10/Bolet%C3%ADn-AML-n%C2%BA-159-October-2020-monografico.pdf>.

ha reducido esta tendencia, sino que la ha incrementado. A finales de 2020, una cuarta parte de los asalariados temporales de nuestro país trabajaban para una Administración pública.

En suma, la Administración parece haberse convertido en parte del problema. Pero su contribución a la solución no radica tanto en el ámbito cuantitativo, porque se logre reducir los alarmantes niveles de temporalidad alcanzados, como cualitativos, porque apunte en la dirección anteriormente indicada, la de transmitir que desde todos los ámbitos se ha de batallar por poner fin a los problemas derivados de la excesiva temporalidad.

### III. El aparente resurgir del empleo autónomo

Por otra parte, el debate en torno a la laboralidad de los *riders* o, en general, del trabajo en plataformas, ha propiciado que prestemos una mayor atención al trabajo por cuenta propia. Con independencia de cómo evolucione este debate, lo cierto es que lo más probable es que no haya una única solución, sino varias en función de las plataformas<sup>8</sup> e, incluso, varias para una única plataforma, simplemente porque adapte su estrategia a las resoluciones judiciales que se vayan dictando.

Aunque el peso del trabajo en plataformas es reducido en relación con el conjunto de la ocupación<sup>9</sup>, ha tenido la virtud de volver nuestra mirada hacia el trabajo autónomo. Al margen de este concreto sector, es necesario seguir avanzando en la mejora de las condiciones de trabajo y de protección social de esta forma de prestación de servicios, relativamente importante en nuestro país. Como puede comprobarse en el siguiente gráfico, en España el trabajo autónomo supone el 15% del total, apenas un 1% más que la media europea. Además, parece que la crisis económica le ha impactado en menor medida, pues solamente se ha reducido un punto porcentual en comparación con los niveles registrados antes de la Gran Recesión.

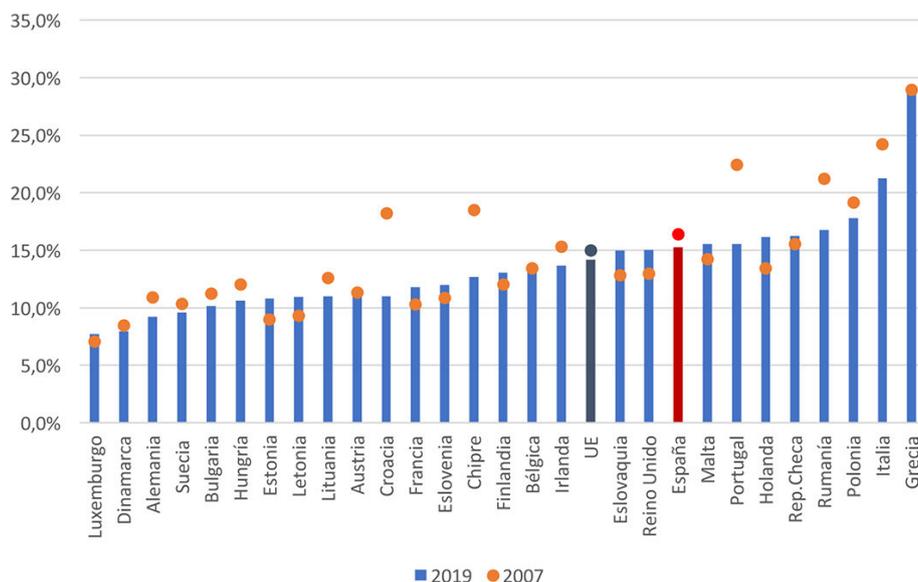


Gráfico 4. % Trabajo autónomo respecto del total.

Fuente: elaboración propia a partir de los datos del Eurostat.

<sup>8</sup> MERCADER UGUINA, J. R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

<sup>9</sup> URZÍ BRANCATI, M.C.; PESOLE, A; FERNÁNDEZ-MACÍAS, E., *New evidence on platform workers in Europe: results from the second COLLEEM survey*, European Commission, Directorate-General for Economic and Financial Affairs, Brussels, 2020.

Si vamos al detalle de esta cifra podemos observar, tal y como muestra el gráfico siguiente, que más del 60% de los autónomos son personas físicas, frente al 30% que presta servicios bajo la cobertura de algún tipo de sociedad. Destaca también en el gráfico el reducidísimo papel que tienen los TRADES, el 0,25%, mucho menos que los cálculos que se hicieron cuando se creó la figura y muy probablemente menos de los que haya en la realidad.

Sea como fuere, estos datos evidencian, por una parte, el fracaso que ha supuesto esta figura intermedia, al menos en lo que respecta a su afluencia; por otra, el enorme riesgo con el que se emprende en nuestro país, pues son una minoría los que optan por iniciar una actividad autónoma bajo la cobertura de una sociedad o colectivamente<sup>10</sup>. Este es un aspecto sumamente importante, especialmente si se tiene en cuenta que, de acuerdo con los datos de Eurostat<sup>11</sup>, en torno a la mitad de los trabajadores autónomos fracasan a los tres años de iniciar un proyecto profesional.

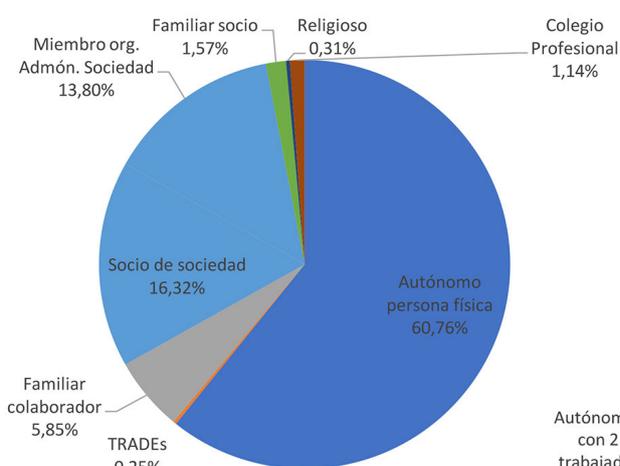
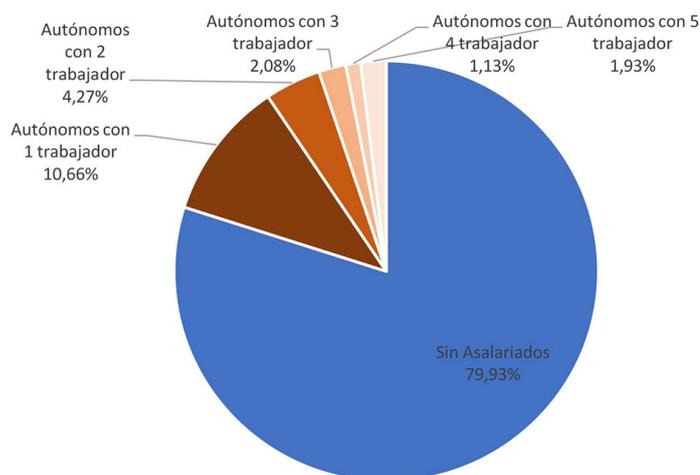


Gráfico 5. Afiliados por cuenta propia según colectivo.

Fuente: elaboración propia a partir de los datos de la Estadística de Trabajadores Autónomos Afiliados a la Seguridad Social. 2020.

Gráfico 6. Autónomos personas físicas por situación profesional.

Fuente: elaboración propia a partir de los datos de la Estadística de Trabajadores Autónomos Afiliados a la Seguridad Social. 2020.



En este sentido, los datos también contribuyen a desmitificar la imagen del emprendimiento como motor generador de empleo. Por una parte, ya hemos visto el peso relativo que tiene respecto del conjunto de la ocupación. Por otra, el Gráfico 6 evidencia que en torno al 80% de los autónomos no cuenta con personas trabajadoras a su cargo, cifra que se eleva hasta el 91% si añadimos a los que tiene a una sola persona. Dicho de otra forma, las cifras ponen de manifiesto que el emprendimiento no es ni la fórmula mágica para generar el propio empleo, ni el de terceros.

<sup>10</sup> Al margen de la fórmula societaria, lo cierto es que cuando se emprenden colectivamente se reparten los costes, la inversión y, por consiguiente, también los riesgos.

<sup>11</sup> [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Business\\_demography\\_statistics](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Business_demography_statistics)

Al margen de lo anterior, este último gráfico también pone de manifiesto el enorme margen de maniobra con que contamos para mejorar las condiciones de trabajo y de protección social de este colectivo. En efecto, el Parlamento Europeo ha mostrado que los autónomos sin asalariados tienen un mayor riesgo de precariedad en comparación con aquellos con asalariados<sup>12</sup>. Por su parte, la Comisión también está trabajando en una iniciativa para mejorar las condiciones laborales de las personas que prestan servicios a través de plataformas, como se anunció en el Programa de trabajo de la Comisión para 2021. En el marco de estas actuaciones, ha lanzado una consulta pública<sup>13</sup> para sortear las limitaciones que el art. 101 TFUE, relativo a la libre competencia en el seno del mercado interior, impone a una hipotética negociación colectiva de este colectivo. Pues bien, esta excepción pivota precisamente sobre la persona trabajadora autónoma sin empleados a su cargo que, como vemos, son la inmensa mayoría.

La negociación colectiva puede ser por tanto un instrumento muy eficaz para la mejora de las condiciones de trabajo de este colectivo, superando las debilidades que hasta ahora han planteado los acuerdos de interés profesional. De cómo se aborde ese debate y, en su caso, se lleve a efecto, dependerá en buena medida su éxito<sup>14</sup>.

#### IV. ¿Una negociación colectiva pendular?

Pero la negociación colectiva en su sentido clásico reviste notables problemas, cuyo máximo exponente es el inacabado debate en torno a su estructura<sup>15</sup>. Si bien la descentralización de la negociación colectiva ha sido uno de los objetivos más importantes y comunes en la regulación del mercado laboral entre las economías occidentales<sup>16</sup>, los resultados alcanzados en la mayor parte de ellos han sido muy reducidos.

Nuestro país no es una excepción, ni en lo que hace al debate, ni en lo que respecta a sus frutos. En relación con lo primero, la reforma laboral de 2012 marca el último hito y hasta ahora el más importante en la tendencia descrita. En un contexto económico y social sumamente complicado, se hacía necesario adoptar decisiones arriesgadas y, sin lugar a dudas, que la reforma así lo hizo. «Era necesario, por tanto, avanzar y ofrecer nuevas soluciones. La Ley 3/2012 [...] es un paso decidido en esa dirección en lo que se refiere a la función de la negociación colectiva como instrumento de regulación del sistema de relaciones laborales»<sup>17</sup>.

Sin embargo, a pesar de lo novedoso y audaz de las decisiones tomadas, hoy, casi una década después, los resultados, al menos en lo que hace a los cambios en la estructura de la negociación co-

<sup>12</sup> EUROPEAN PARLIAMENT, *Precarious Employment in Europe: Patterns, Trends and Policy Strategies*, European, Brussels, 2017.

<sup>13</sup> <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12483-Collective-bargaining-agreements-for-self-employed-scope-of-application-EU-competition-rules>. Sobre las dificultades que plantea la regulación española, NIETO ROJAS, P., “Acción colectiva en las plataformas digitales. ¿sindicatos tradicionales y movimientos de base para representar idénticos intereses?”, en *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 2019 (Informes y estudios), pp. 1499-1516.

<sup>14</sup> Sobre la extensión de algunos elementos propios del trabajo de cuenta ajena al trabajo por cuenta propia, véase RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L., “Calificación jurídica de la relación que une a los prestadores de servicios con las plataformas digitales”, en *Plataformas digitales y mercado de trabajo*, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2018, pp. 57-89.

<sup>15</sup> MERCADER UGUINA, J. R., *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, Editorial Civitas : Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1994.

<sup>16</sup> OECD, *COLLECTIVE BARGAINING IN A CHANGING WORLD OF WORK*, OECD, Geneva, 2017, pp. 125-186, fecha de consulta 17 febrero 2021, en [https://www.oecd-ilibrary.org/employment/oecd-employment-outlook-2017/collective-bargaining-in-a-changing-world-of-work\\_empl\\_outlook-2017-8-en](https://www.oecd-ilibrary.org/employment/oecd-employment-outlook-2017/collective-bargaining-in-a-changing-world-of-work_empl_outlook-2017-8-en).

<sup>17</sup> MERCADER UGUINA, J. R., “La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: la reforma de la Ley 3/2012”, en García-Perrote Escartín, I., Mercader Uguina, J. R. (eds.) *La regulación del mercado laboral: un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*, Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 420.

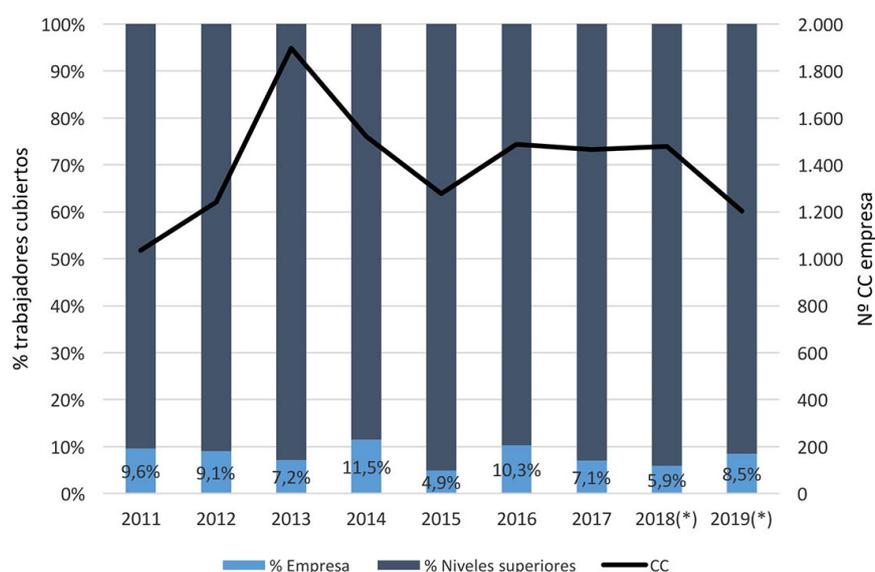


Gráfico 7. **Número de convenios de empresa y porcentaje de trabajadores cubiertos según tipo de convenio.**

Fuente: Estadísticas del Ministerio de Trabajo. \* datos provisionales.

lectiva, son escasos. El gráfico 7 muestra la evolución experimentada entre 2011 y 2019. A pesar de que se aprecia un claro efecto de las reformas de 2011 y 2012, aumentando el número de convenios de empresa, parece que terminaron fracasando en cambiar la estructura de la negociación colectiva<sup>18</sup>. Así, la situación se ha mantenido prácticamente inalterada: alrededor del 90% de los empleados están cubiertos por convenios colectivos sectoriales (especialmente los provinciales), mientras que los convenios de empresa apenas cubren el 10%.

Varios son los motivos que explican esta pertinaz resistencia al cambio por parte de nuestra negociación colectiva. El primero está relacionado con la estructura productiva y es común a otros países de nuestro entorno. A pesar de las diferencias, todos los países comparten que sus economías están formadas principalmente por pequeñas y medianas empresas. Este es un claro obstáculo para el desarrollo de una negociación descentralizada por razones tanto legales como prácticas. Por un lado, la mayoría de los ordenamientos jurídicos no incluyen la representación de los empleados para todo tipo de empresas. Por otro, incluso cuando hay representantes, es posible que la empresa no tenga una cultura de negociación o, simplemente, que no le compense asumir los costes que de la misma se derivan cuando cuentan con un marco regulatorio a nivel sectorial que le cubre.

En segundo lugar, el contexto político y económico también tiene una clara influencia. La mayoría de las reformas adoptadas durante la crisis financiera fueron impuestas por los gobiernos de manera unilateral (y, en algunos casos, por las instituciones europeas o internacionales). Esto puede afectar la efectividad de las reformas en sí mismas, teniendo en cuenta que quienes están principalmente llamados a implementarlas no estuvieron involucrados en su creación. Además, a pesar de que la crisis puede funcionar como palanca de cambio, presionando para adoptar medidas que nunca se hubieran considerado en su ausencia, también es cierto que produce dificultades para aplicarlas o, simplemente, para introducir cambios en un contexto de arenas movedizas.

La última razón es el comportamiento estratégico de los interlocutores sociales. La resistencia a descentralizar la negociación colectiva se ha atribuido tradicionalmente a los sindicatos porque significa una clara reducción de su poder de negociación. Sin embargo, las empresas también pue-

<sup>18</sup> MUÑOZ RUIZ, A. B.; PÉREZ DEL PRADO, D., "Negociación colectiva de empresa: ¿hacia la recuperación económica o aún en crisis?", *Revista de información laboral*, 10, 2014.

den ser reacias a este tipo de cambios debido a varias razones: la descentralización de la negociación colectiva reduce la influencia de las asociaciones de empleadores en sus asociados y los incentivos para asociarse; esto también puede debilitar su posición ante el Gobierno y los sindicatos; y, finalmente puede afectar la competitividad dentro del mismo mercado, ya que elimina el mismo marco regulatorio para un sector o actividad específicos. Como consecuencia, los interlocutores sociales pueden desarrollar un comportamiento estratégico para evitar la implementación práctica de la descentralización, reduciendo o, incluso, obstaculizando su efectividad.

Sea como fuere, lo cierto es que tras décadas de intentos fallidos parece que el debate empieza a apartarse de cuál ha de ser la estructura para centrarse en el modo en que se ha de articular. Los informes más recientes de la OCDE señalan que «mientras muchos países de la OCDE han dado pasos hacia la descentralización en las últimas dos décadas, los estudios muestran que los mejores resultados en términos de empleo, productividad y salarios parecen alcanzarse cuando los convenios sectoriales establecen amplias condiciones marco, pero dejan disposiciones detalladas a nivel de empresa. Sin embargo, otras formas de descentralización que simplemente reemplazan sectorial con nivel de empresa la negociación, sin coordinación dentro y entre sectores, tiende a asociarse con resultados algo más pobres» (p 135). A lo que se añade «los resultados muestran que los sistemas coordinados de negociación colectiva están asociados con un mayor empleo, menor desempleo, una mejor integración de los grupos vulnerables y menos desigualdad salarial que los sistemas descentralizados. Esto destaca el papel de la coordinación salarial como herramienta para garantizar que los acuerdos se establecen teniendo en cuenta sus efectos macroeconómicos sin socavar la competitividad del país, así como la contabilidad de la situación del ciclo económico»<sup>19</sup>.

Por consiguiente, lo importante no es si la estructura está más o menos centralizada o descentralizada, sino si se encuentra coordinada. En esto parece que tienen ventaja los sistemas en los que predomina el convenio sectorial, dada su capacidad de control “desde arriba”, sin que con ello se excluya la existencia de modelos descentralizados bien coordinados. En suma, partiendo del modelo de negociación colectiva existente en cada país, los esfuerzos han de centrarse en lograr el mayor grado de coordinación posible.

¿Y qué hemos de entender por tal? «La coordinación se refiere al grado de qué jugadores menores siguen deliberadamente lo que deciden los grandes. La coordinación puede ocurrir entre unidades de negociación a diferentes niveles (por ejemplo, cuando los convenios a nivel sectorial o empresarial siguen las pautas fijadas por organizaciones de nivel superior o por un pacto social) o entre unidades al mismo nivel (por ejemplo, cuando algunos sectores o empresas siguen los estándares establecidos en otro sector / empresa). Muchos estudios han encontrado en diferentes prácticas de coordinación un factor principal detrás de la evolución de los salarios y flexibilidad macro, es decir, la capacidad de la economía para adaptarse a los shocks macroeconómicos»<sup>20</sup>.

¿Y qué hemos hecho en nuestro país en los últimos años? Pues exactamente todo lo contrario, al intentar descentralizar la negociación colectiva hemos reducido el grado de coordinación del conjunto del sistema, tal y como muestra la siguiente tabla. Como puede comprobarse, España pasó de ser un país predominantemente centralizado y coordinado a predominantemente centralizado y débilmente coordinado. En un primer momento, esto se debió a la falta de acuerdo para la negociación colectiva en 2009, pero luego esta situación se ha mantenido a pesar de la firma de acuerdos en 2010, 2012 y 2015, lo que evidenciaría el efecto permanente de las reformas.

<sup>19</sup> OECD, *Negotiating our way up: collective bargaining in a changing world of work.*, 2019, p. 135. En general, sobre este asunto, léase el capítulo 3 de este informe. Traducción propia.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 61. Traducción propia.

Tabla 1. **Taxonomía de la negociación colectiva.**

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Bélgica	PCC															
Francia	PCW															
Italia	PCW															
Portugal	PCW															
España	PCW	PCW	PCC	PCW												

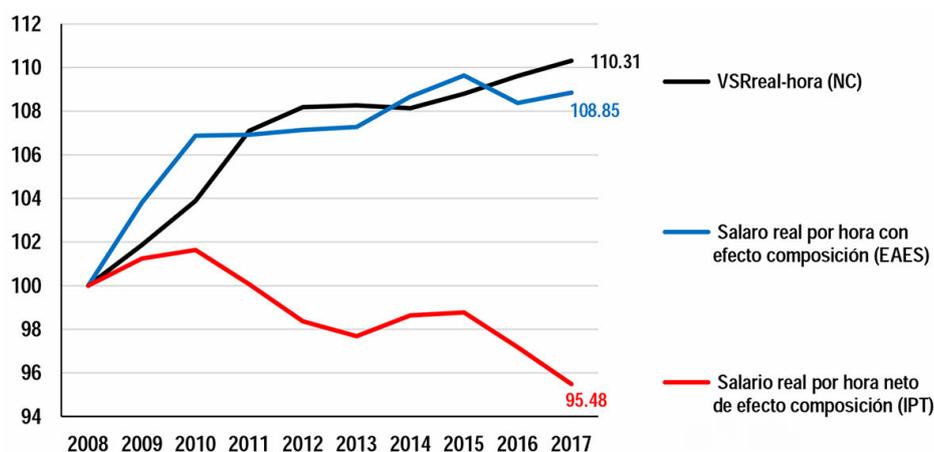
Fuente: OCDE, 2019. Leyenda: PCW. *Predominantly Centralised and Weakly co-ordinated*; PCC. *Predominantly Centralised and Co-ordinated*.

De ahí la importancia de prestar atención a este otro elemento de la coordinación entre niveles, incluso más si cabe que a la estructura. En este sentido, la revisión de la última reforma laboral que, a juzgar por los datos, parece necesaria, debiera pivotar precisamente en asegurar un sistema bien coordinado.

## V. La recuperación de los salarios

Otra de las áreas que, sin lugar a dudas, ha de ser objeto de atención son los salarios. A pesar de que a primera vista lo que pudiera pensarse es que la actuación en este campo debiera estar dirigida a compensar los efectos de la Gran Recesión, lo cierto es que las tendencias de política salarial vienen de largo, la trasciende, lo que exige actuaciones de carácter estructural.

En efecto, no debiera permitirse que el árbol de la crisis no nos deje ver el bosque de la comprensión salarial<sup>21</sup>. No hay lugar a dudas de que el salario ha jugado un papel central en la política económica seguida durante la segunda parte de la Gran Recesión, la llamada Crisis del euro, como mecanismo de devaluación interna. Como se ha señalado y muestra el siguiente gráfico, si los salarios se hubieran acompasado a la productividad, deberían haber acumulado un crecimiento del 10,31% y el 8,85% respectivamente. Sin embargo, la realidad es que el coste real del trabajo ha ex-

Gráfico 8. **Evolución de los costes laborales.**

Fuente: Gómez Rufián, 2019.

<sup>21</sup> Mejor que el más adecuado, aunque con naturaleza más eufemística, de “moderación salarial”.

perimentado una caída, en esos términos acumulados, del -4,52%. «En otras palabras, las empresas españolas, frente al discurso tradicionalmente dominante, y sobre el que luego se realizarán ciertas reflexiones, desembolsan en términos reales, casi diez años después de iniciarse la recesión, alrededor de cinco puntos menos en costes reales por el factor trabajo que poseen»<sup>22</sup>.

Esto ha producido un efecto claro en el poder adquisitivo y bienestar social de buena parte de la población. En el mejor de los casos, empleando el incremento salarial medio pactado en los convenios colectivos en España, la ganancia de poder adquisitivo se habría situado entre la congelación y el 1% para el período 2008-2014. Sin embargo, estudios como el anteriormente reseñado y del que se ha obtenido también el siguiente gráfico, muestran que la situación podría ser incluso peor, arrojando una caída acumulada del poder adquisitivo del -10,83%, aunque aquí la franja temporal es algo más larga y llega hasta 2017.

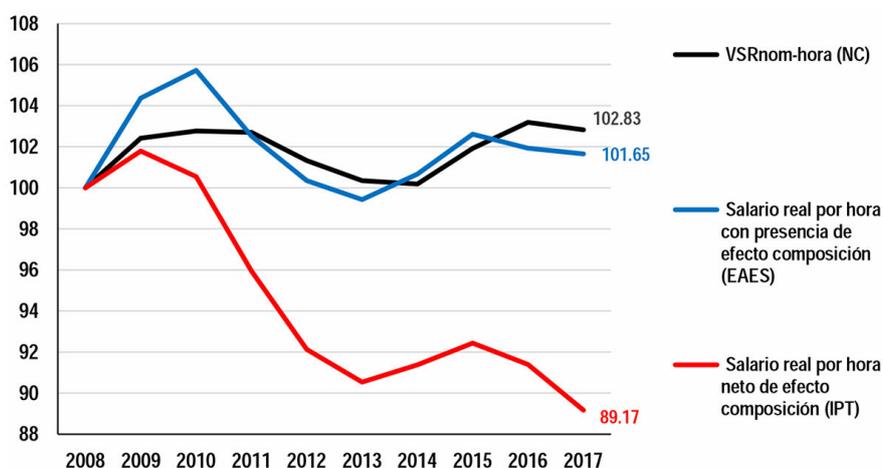


Gráfico 9. Evolución del poder adquisitivo.

Fuente: Gómez Rufián, 2019.

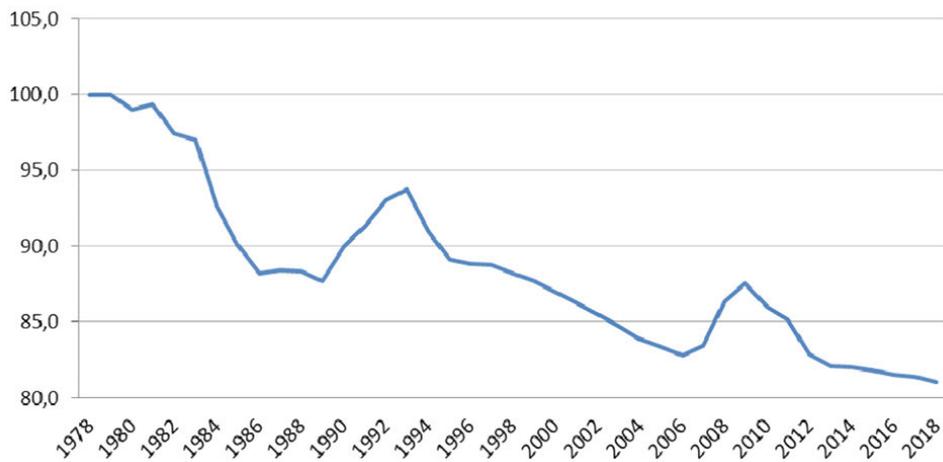
Sin embargo, al margen del efecto de la Gran Recesión, los datos nos permiten ver que la compresión salarial no es una cuestión de la crisis o de las crisis, sino que reviste naturaleza estructural. Como se ha señalado «el descenso de la participación de las rentas del trabajo en la renta nacional desde al menos los años 80 constituye una tendencia global de carácter estructural ampliamente contrastada, y no solo en las economías desarrolladas. Esto significa que en las últimas décadas el salario real medio ha crecido sistemáticamente por debajo de la productividad, mostrando ambas variables una tendencia al desacoplamiento macroeconómico a largo plazo»<sup>23</sup>.

El Gráfico 10 evidencia bien a las claras esta tendencia estructural de los mercados de trabajo en general y del nuestro en particular. En él se muestra la participación de las rentas del trabajo en el conjunto del PIB, tomando como referencia el que había en 1978. Pues bien, en tres décadas, tal contribución se habría reducido en prácticamente un 20% en nuestro país, lo que como es lógico no solamente tiene efectos sobre las personas trabajadoras, sino sobre el conjunto de la economía dada su incidencia sobre la equidad y, de esta, sobre la eficiencia<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> GÓMEZ RUFÍAN, L., “Evolución de la dinámica salarial en el periodo 2008-2017 según el Índice de Precios del Trabajo: salarios nominales y reales, derivas salariales y correlación el salario - ciclo económico”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 11, 2019, Aranzadi Thomson Reuters.

<sup>23</sup> VIZÁN RODRÍGUEZ, C., *La caída del peso económico de las rentas del trabajo*, Fundación Alternativas, 2018, p. 2, fecha de consulta 15 febrero 2021, en <https://www.fundacionalternativas.org/laboratorio/documentos/zoom-economico/la-caida-del-peso-economico-de-las-rentas-del-trabajo>.

<sup>24</sup> PIKETTY, T., *Capital e ideología*, Deusto, Barcelona, 2019.

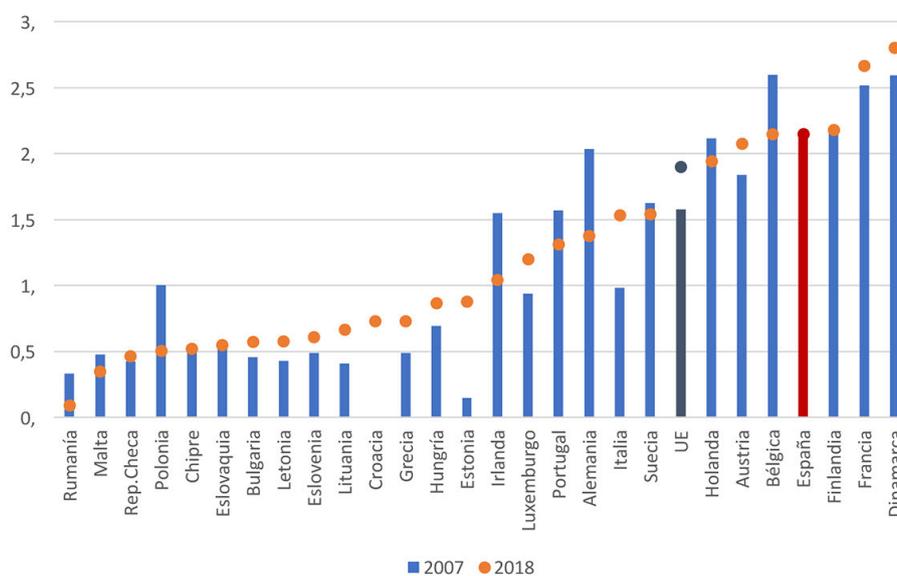
Gráfico 10. **Participación ajustada de las rentas del trabajo.**

Fuente: Vizán Rodríguez, 2018. Remuneración por asalariado/ PIB a precios de mercado por ocupado. Índice: 1978/100.

## VI. Políticas de empleo para un nuevo Estado del Bienestar

Finalmente, la reforma del mercado de trabajo ha de tener muy en cuenta las políticas de empleo como mecanismo que propicia que funcione más eficientemente. A este respecto, debe tenerse presente que este tipo de políticas no crean por sí mismas empleo. Lo que genera empleo es la demanda agregada, el funcionamiento general de la economía. Sin embargo, este tipo de políticas pueden resultar muy beneficiosas en lo que hace a alcanzar un objetivo paralelo y complementario, que el mercado de trabajo y, por ende, el conjunto de la economía, funcionen mejor.

Pues bien, tal y como muestra el siguiente gráfico, el nivel de gasto como porcentaje del PIB de nuestro país es relativamente bueno, pues se encuentra por encima de la media europea, incluso después del tremendo impacto que tuvo la crisis financiera sobre las finanzas públicas. Es cierto que

Gráfico 11. **Gasto en políticas de empleo como porcentaje del PIB.**

Fuente: elaboración propia a partir de Eurostat.

la situación cambia si empleamos otras variables como el gasto por persona desempleada, dadas las elevadas tasas de paro que aún padecemos, pero el punto de partida, al menos desde la perspectiva del gasto, no es del todo malo.

Si vamos al detalle, podemos observar que la mayor parte del gasto se destina a la protección por desempleo. Tradicionalmente se ha analizado este tipo de resultados como algo negativo, señalándose que lo deseable sería su traspaso hacia las políticas activas. Esto es sólo parcialmente cierto, pues parte de la consideración del fenómeno del paro como algo enteramente controlable, cuando esto no tiene que ser necesariamente así, por ejemplo, cuando los incrementos provienen de una crisis económica. El mal dato no es que se gaste mucho en desempleo, sino que el desempleo estructural sea relativamente alto. Lo que hay que corregir no es el gasto, sino aquello que impide que el paro sea menor.

Por lo demás, desde el nacimiento de los Estados del bienestar, el fenómeno del desempleo ha llevado aparejado la provisión de un determinado nivel de protección social, lo que se ha considerado tradicionalmente necesario tanto desde la perspectiva de la equidad, como de la eficiencia<sup>25</sup>. De ahí que, al margen de modificaciones, no menores, de carácter técnico, especialmente en el lado de la protección asistencial, de la compatibilidad del trabajo con la protección por desempleo y de la reordenación y coordinación con otras formas de protección social, especialmente tras el nacimiento del ingreso mínimo vital; la reforma de las mal llamadas políticas pasivas debiera dirigirse a su consideración plena como un derecho a la protección social en caso de desempleo. El modelo de Estado sancionador y persona desempleada bajo sospecha ha de ser superado para sustituirlo por otro más avanzado en el que predomine su consideración como derecho y en el que los mecanismos de control y sanción, como en cualquier otro, no sean la nota predominante.

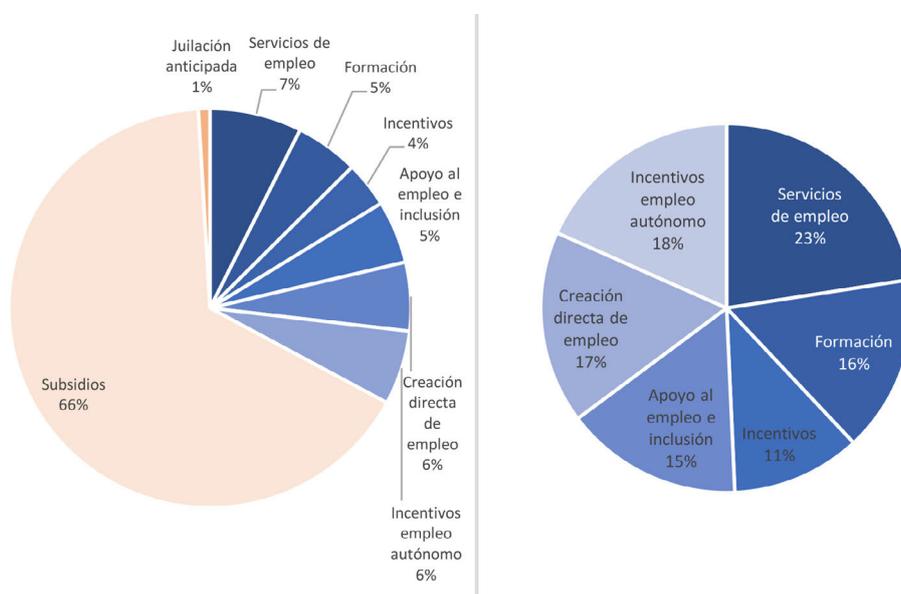


Gráfico 11. Gasto en políticas de empleo como porcentaje del PIB.

Fuente: elaboración propia a partir de Eurostat.

Lo mismo ocurre con las mal llamadas políticas activas, que según el gráfico señalado suponen un tercio del gasto total en políticas de empleo. No solamente resulta necesario reorientar el gasto hacia aquellas que ofrezcan mejores resultados, para lo cual la evaluación ha de convertirse en un

<sup>25</sup> PÉREZ DEL PRADO, D., *Prestación por desempleo: intensidad, duración y control; los efectos económicos de la protección frente al paro*, Lex Nova, Valladolid, 2014.

elemento estructural de su gestión; sino que se ha de partir de su reconsideración como un auténtico derecho de ciudadanía y, por consiguiente, como una prestación más del Estado del bienestar. Desde esta perspectiva, la clave no reside en activar a la persona desempleada, que en la mayoría de las ocasiones no va a encontrar empleo, no porque no quiera, sino porque no lo hay en atención a sus circunstancias y cualificaciones; sino en activar los servicios que se proveen, adaptándolos a las necesidades de las personas (desempleadas, pero también ocupadas), de las empresas y del conjunto de la economía.

## VII. A modo de conclusiones

A lo largo de estas páginas hemos tenido ocasión de analizar buena parte de los problemas más relevantes de nuestro mercado de trabajo, aportando datos adicionales para un debate que resulta impostergable. Buena parte los problemas destacados nos han acompañado durante décadas, el resto simplemente revisten una nueva apariencia.

Como se indica en el artículo que sirve de pretexto al presente trabajo, es tiempo para que estas reformas arranquen de un nuevo pacto social. Varios son los motivos que lo explican. En primer lugar y, como acabamos de señalar, lo enquistado de buena parte de las deficiencias e ineficiencias que arrastra nuestro mercado laboral. En segundo lugar, también es preciso tener en cuenta un componente coyuntural no menor, la enorme huella dejada por las dos crisis económicas y sociales, la pasada y la actual, sobre el conjunto de la sociedad española. En tercer lugar, junto a lo anterior, también es preciso tomar en consideración un factor de fondo o estructural innegable, como es el relativo a la transformación disruptiva que la digitalización supone. Por último, resulta evidente que las soluciones coyunturales no han arrojado los resultados esperados.

Teniendo presente todas estas variables, es tiempo de afrontar los problemas tradicionales de nuestro mercado laboral desde una perspectiva renovada y, lo que es más importante, con unos cimientos lo suficientemente robustos como para, no solamente resolverlos de una vez por todas, sino para sentar las bases de un mercado de trabajo más justo, sostenible y equitativo.

## Bibliografía

- ASEMPLEO, *El monográfico del Mercado Laboral*, Aempleo, 2020, fecha de consulta 15 febrero 2021, en <https://asempleo.com/wp-content/uploads/2020/10/Bolet%C3%ADn-AML-n%C2%BA-159-October-2020-monografico.pdf>.
- BENTOLILA, S.; SAINT-PAUL, G., “The macroeconomic impact of flexible labor contracts, with an application to Spain”, *CEMFI, DT*, n.º No. 9106, 1991.
- DE LA RICA, S., “La penalización salarial de la temporalidad: ¿Qué efectos tiene en las decisiones familiares?”, en *Propuesta para la reactivación laboral en España*, Fedea, 2010.
- DURÁN, F., *Informe sobre los riesgos laborales y su prevención. La seguridad y salud en el trabajo en España*, Presidencia del Gobierno, Madrid, 2001.
- EUROPEAN PARLIAMENT, *Precarious Employment in Europe: Patterns, Trends and Policy Strategies*, European, Brussels, 2017.
- GÓMEZ RUFÍAN, L., “Evolución de la dinámica salarial en el periodo 2008-2017 según el Índice de Precios del Trabajo: salarios nominales y reales, derivas salariales y correlación el salario - ciclo económico”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 11, 2019, Aranzadi Thomson Reuters, p. 16.
- HERRANZ MARTÍN, V.; TOHARIA CORTÉS, L., “Do temporary contracts increase work accidents? A microeconomic comparison between Italy and Spain”, *Fedea DT*, n.º No. 10, 2003.

- JIMENO, J. F.; TOHARIA, L., “The effects of fixed-term employment on wages: theory and evidence from Spain”, *Investigaciones Económicas*, vol. 17, n.o 3, 1993, Fundación SEPI, pp. 475-494.
- MERCADER UGUINA, J. R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MERCADER UGUINA, J. R., *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, Editorial Civitas : Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1994.
- MERCADER UGUINA, J. R., “La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: la reforma de la Ley 3/2012”, en García-Perrote Escartín, I., Mercader Uguina, J. R. (eds.) *La regulación del mercado laboral: un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*, Lex Nova, Valladolid, 2012.
- MUÑOZ RUIZ, A. B.; PÉREZ DEL PRADO, D., “Negociación colectiva de empresa: ¿hacia la recuperación económica o aún en crisis?”, *Revista de información laboral*, n.o 10, 2014, pp. 15-40.
- NIETO ROJAS, P., “Acción colectiva en las plataformas digitales. ¿sindicatos tradicionales y movimientos de base para representar idénticos intereses?”, en *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 2019 (Informes y estudios).
- OECD, *Collective bargaining in a changing world of work*, OECD, Geneva, 2017, pp. 125-186, fecha de consulta 17 febrero 2021, en [https://www.oecd-ilibrary.org/employment/oecd-employment-outlook-2017/collective-bargaining-in-a-changing-world-of-work\\_empl\\_outlook-2017-8-en](https://www.oecd-ilibrary.org/employment/oecd-employment-outlook-2017/collective-bargaining-in-a-changing-world-of-work_empl_outlook-2017-8-en).
- OECD, *Negotiating our way up: collective bargaining in a changing world of work.*, 2019.
- PÉREZ DEL PRADO, D., “Los efectos de la temporalidad más allá del mercado de trabajo”, en Gómez Abelleira, F. J. (ed.) *La temporalidad laboral como problema jurídico: diagnósticos y soluciones*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 61-96.
- PÉREZ DEL PRADO, D., *Prestación por desempleo: intensidad, duración y control ; los efectos económicos de la protección frente al paro*, Lex Nova, Valladolid, 2014.
- PIKETTY, T., *Capital e ideología*, Deusto, Barcelona, 2019.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L., “Calificación jurídica de la relación que une a los prestadores de servicios con las plataformas digitales”, en *Plataformas digitales y mercado de trabajo*, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2018, pp. 57-89.
- URZÍ BRANCATI, M.C; PESOLE, A; FERNÁNDEZ-MACÍAS, E., *New evidence on platform workers in Europe: results from the second COLLEEM survey*, European Commission, Directorate-General for Economic and Financial Affairs, Brussels, 2020.
- VIZÁN RODRÍGUEZ, C., *La caída del peso económico de las rentas del trabajo*, Fundación Alternativas, 2018, fecha de consulta 15 febrero 2021, en <https://www.fundacionalternativas.org/laboratorio/documentos/zoom-economico/la-caida-del-peso-economico-de-las-rentas-del-trabajo>.

## RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

# En busca de la ontología de la igualdad en lo social

## Reflexiones propósito de la obra de MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA, ‘El valor de la igualdad y el Derecho del Trabajo’

DOI: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6052>

Los humanos somos profundamente diversos. Cada uno de nosotros es distinto de los demás, no solo por las características externas que derivan de nuestra procedencia social, del medio ambiente natural en el que nos desarrollamos, sino también por nuestras características personales (edad, sexo, propensión a enfermedades, condiciones físicas y mentales). Por ello cualquier demanda de igualdad debe partir de la omnipresente diversidad humana. Sin embargo, el objetivo de la humanidad ha sido trascender esa diversidad y acercarse al mundo de la lógica matemática representada por Euclides en sus Elementos: “las cosas iguales a una misma cosa, son iguales entre sí”. Mujeres y hombres han buscado y siguen buscando materializar esta lógica en el plano social y han construido la idea jurídica de igualdad como mecanismo de reacción frente a aquellas diferencias que, nacidas de factores subjetivos y sociales indisolublemente unidas a la condición de la persona, no pueden ser soslayadas por la sola acción de la voluntad del individuo. Un ser humano debe ser igual a otro ser humano cualesquiera que sean las circunstancias que en él concurren.

Abordar intelectualmente con rigor y honrada conceptual este complejo salto es una tarea reservada a unos pocos. Muchos han sido los que han oído los cantos de sirena (como los que recibía Ulises en su viaje de vuelta a Ítaca) de este atractivo y sugerente tema y se han dejado arrastrar por él, pero muy pocos han vuelto victoriosos de esa aventura. Y ello porque para

acampar en esas tierras es necesario ir pertrechado de un enorme bagaje de reflexiones sobre lo que significa la propia idea de “ser humano”. Lo político, lo social, lo económico, lo filosófico, lo jurídico y una larga lista de espacios del pensamiento entran en juego para abordar ese “ideal popular pero misterioso” (Dworkin), “central, aunque evasivo” (Rosenfeld), difícilmente aprehensible pero permanentemente perseguido por los hombres que es la igualdad.

No sorprende por ello que una persona sabia como lo es el Profesor Álvarez de la Rosa haya querido regalarnos con una reflexión de conjunto sobre esta materia. Y es que solo él, con su profundo conocimiento al que añade una larga experiencia jurídica y una enorme capacidad de reflexión, podría ser capaz de salir airoso de una tarea de este calado. *El valor de la igualdad y el Derecho del Trabajo* es una obra imprescindible para recorrer, como él nos propone, los caminos de la igualdad y para comprender el valor de la igualdad desde lo jurídico y desde lo ético y es que, dice el autor, “la igual (desigualdad) es un concepto moral que llega al Derecho”.

Es, precisamente, esa premisa de la que parte el estudio y desde la cual se construye una reflexión de enorme calado sobre lo que cabría calificar como las concepciones sociales y políticas de la igualdad, para lo que, con gran arrojo, se asoma a hombros de gigantes: Rawls, Dworkin y Sen. Un acercamiento que no es suficiente para el autor quién en inteligente diálogo con sus lectores afirma: “me encuentro con la irresolu-

ción, con la incertidumbre y el desasosiego ante preguntas centrales en la igualdad y referidas a justicia distributiva: quién reparte y cómo reparte”. Una cuestión a la que se dedican enjundiosas páginas que concluyen con una reflexión que me parece del máximo interés: la conexión entre dignidad y solidaridad. Debo confesar que siempre me ha resultado sugerente este par conceptual y, por ello, he disfrutado particularmente de las páginas dedicadas en el libro a esta cuestión. Y es que la solidaridad es, como la igualdad, un concepto también misterioso que esconde el legado de dos siglos de reflexión sobre la relación entre lo individual y lo social. En él está envuelta toda la historia del concepto contemporáneo de “sociedad”. Una poderosa idea que, como expresa Marie-Claude Blais, busca conciliar dos demandas contradictorias e inseparables: la individual libertad y la justicia social. Y es que, como afirma el autor, la “solidaridad conduce hacia la igualdad y es un presupuesto necesario”.

Conformada la proyección político social de la igualdad, el autor se enfrenta a una de las que pudiéramos llamar obsesiones de la Constitución Española: la consagración, múltiple y de variadas formas, de la trascendencia de la igualdad en la conformación del “Estado Social y Democrático de Derecho”. La igualdad, en el sentido más amplio del término, ha sido objeto de un reconocimiento, no ya plural en sus manifestaciones, sino, sobre todo, plural en los instrumentos jurídicos que tratan de garantizarla. La igualdad proclamada constitucionalmente se concreta hasta en tres vertientes en el propio articulado constitucional, surgiendo así tres conceptos de igualdad: como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE), como principio de igualdad real o sustancial (art. 9.2 CE) y como derecho fundamental a la igualdad jurídica (art. 14 CE). Definidas las “perspectivas de la igualdad en la Constitución de 1978”, el autor inicia su viaje por lo jurídico.

Son diversas las rutas que se siguen en ese viaje que tiene como fin último proyectar las dimensiones de la igualdad en el terreno laboral. El principio de igualdad formal además de igualdad en la ley o ante la ley, es también igualdad en la

aplicación de la ley. Además de prohibir que el legislador discrimine estableciendo diferencias de trato irrazonables, prohíbe también que los jueces discriminen, resolviendo casos iguales de modo distinto. Pero los vínculos de la igualdad, como expresa el autor de esta obra, no solo alcanzan al legislador. De una u otra forma, también se proyectan sobre la autonomía de la voluntad y sobre la autonomía colectiva. Y es que, como dejó sentado el Tribunal Constitucional en su STC 36/2011, “una decisión empresarial de diferenciación (...) adoptada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad podría, aun sin ser estrictamente discriminatoria, resultar constitucionalmente reprochable en la medida en que fuera por completo irracional, arbitraria o directamente maliciosa o vejatoria”. De igual modo, el Tribunal Supremo también ha precisado que un convenio colectivo estatutario, como fuente normativa que es de las relaciones laborales, tiene que someterse al principio de igualdad de trato y no solo al principio de no discriminación por una serie de causas constitucional y legalmente enumeradas, a diferencia de los pactos individuales y las decisiones empresariales unilaterales que únicamente se encuentran sometidos al principio de no discriminación (Recientemente, entre otras muchas, en la SSTS de 8 de octubre de 2019, Rº 3366/2018, o de 22 de octubre de 2019, Rº 1288/2018, 2616/2018, 2622/2018, 3690 y 3685/2018).

Especial atención presta la monografía a la discriminación sufrida por las mujeres. La misma ha constituido (y constituye) una antigua y persistente lacra que, aunque haya adoptado las más diversas formas –desde la brutal violencia a las formas más sofisticadas que se apoyan en comportamientos falsamente protectores– y se haya proyectado (y lo siga haciendo) sobre los más diversos espacios, no ha conseguido separarse del devenir de nuestra sociedad. Simone de Beauvoir escribía en 1949 una de las obras emblemáticas de la teoría feminista, *El segundo sexo*, donde se preguntaba ¿qué significa ser mujer? Indagando en las distintas versiones que de ello han ofrecido la historia, la biología, la antropología o la psicología, respondía a la pregunta desde una construcción cultural: “No se nace

mujer: se llega a serlo”. Transformar esa concepción y hacer de la mujer un sujeto en igualdad de condiciones con el hombre exige introducir en la acción social nuevas pautas que, de forma progresiva, modulen las caducas estructuras patriarcales y den lugar a un verdadero cambio axiológico que, del mismo modo que las acciones a favor de la igualdad de raza pretenden una sociedad “ciega a las diferencias en el color”, consigan, en expresión de Kymlicka, una “sociedad ciega por lo que hace al sexo”.

Las democracias avanzadas y entre ellas, sin duda alguna, la nuestra, han dado pasos en esa dirección. Pero el camino hacia una sociedad “sexualmente neutral” es largo y está lleno de sombras, como ponen de manifiesto los lamentablemente demasiado habituales episodios de violencia doméstica, los ataques sexuales y una visión anacrónica del papel de la mujer en el trabajo. En nuestro país, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, supuso un paso importante en este camino, proclamando desde su frontispicio el deseo de alcanzar la “igualdad entre mujeres y hombres” al proclamarla como el objetivo primordial de la Ley (art. 1.1). Aunque los escenarios desde aquel momento han sido cambiantes, la acción normativa en los últimos años ha dado importantes pasos en esta dirección. Uno de esencial importancia es el avance en una idea esencial pero de difíciles perfiles cuando se proyecta sobre lo jurídico: la corresponsabilidad.

No obstante, las formas de discriminación se vienen declinando en plural de modo que, como analiza como detalle el autor, esta categoría ha expandido su ámbito de cobertura a la etnia, religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación e identidad sexual, incluso, ha potenciado su alcance a través de fórmulas como la discriminación por asociación directa que vio la luz de la mano del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Coleman (STJUE de 17 de agosto de 2008 -asunto C-303/06-) y que luego constituyó la discriminación por asociación indirecta en el caso *Chez Razpredelenie Bulgaria AD* (STJUE 26 de junio de 2015 -asunto C 83/14-).

Los retos de la igualdad son permanentes y se enfrentan al devenir humano. Aunque como dijera el Barón d’ Holbach, “sea individualmente o en masa, los hombres son los mismos en todos los tiempos y en todos los lugares”, su orteguiana circunstancia es variable. Estamos sometidos a la brutalidad del curso de la historia y de sus transformaciones. Por ello, la igualdad se modula en función del devenir social. Excelentes y muy reveladoras son en este sentido las páginas de esta obra que se contienen en el apartado: “Mujeres, conciliación laboral y acciones positivas ante un cambio de paradigma”.

Y es que, efectivamente, estamos ante un salto de paradigma en el modelo tutelar de la igualdad. Buen ejemplo de ellos es la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA), que estableció que el artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, sobre el complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema era contrario a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Y lo hizo por entender que resulta discriminatorio que se reconozca un derecho a un complemento de pensión por aportación demográfica para las mujeres (con al menos dos hijos), “mientras que los hombres que se encuentran en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento”. El pronunciamiento es impecable porque, como explica nuestro autor con ironía e inteligencia, “Desde la perspectiva de la construcción de su enunciado (reconocimiento de un complemento por maternidad a las mujeres por su aportación demográfica a la Seguridad Social), resulta evidente que el legislador eligió un supuesto normativo imposible de constatar y absurdo, porque “la aportación demográfica”, así dicho, es cuestión de la reproducción humana; o sea, cosa de dos”. No sorprende por ello que el legislador haya tenido que decir “dije donde dijo Diego” y modificar el referido régimen jurídico mediante el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la

brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, ahora sobre una base mucho más sólida. Pues, como explica su Exposición de Motivos, la “brecha de género constituye la principal insuficiencia en la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de las pensiones como reflejo de una discriminación histórica y estructural de las mujeres en el mercado de trabajo por la asunción del rol de cuidadoras de los hijos e hijas. En este sentido, se constata que la maternidad afecta decisivamente a la trayectoria laboral de la mujer en su etapa en activo y es esta una, si no la más importante, causa de esa brecha: cuanto mayor es el número de hijos, menor es el número de años cotizados, menor es la proporción de contratos a tiempo completo o equivalente, y menor es, en última instancia, la pensión reconocida”.

Pero los retos no acaban aquí y el Profesor Álvarez de la Rosa es consciente de ello y por eso muestra una confianza firme en que “el Derecho del Trabajo será, desde luego, elemento fundamental para la necesaria convergencia de los derechos civiles y políticos con los económicos y sociales”. La lucha por la igualdad no acaba nunca y ahora está llamada a enfrentarse con los retos del cambio tecnológico: la “discriminación algorítmica”. Entendiendo por esta la que se produce cuando un individuo o colectivo recibe un tratamiento arbitrario como consecuencia de la toma de decisiones automatizadas, la misma está obteniendo, por el momento, respuestas desde nuestras actuales técnicas conceptuales pero que requerirían probablemente también de nuevas herramientas jurídicas de análisis. La discriminación algorítmica en el acceso al empleo comienza a ser una realidad. Pero la discriminación algorítmica aparece también en el desarrollo de la propia actividad laboral. La delegación del

empresario de buena parte de sus decisiones en los algoritmos resulta especialmente trascendente en las nuevas formas de trabajo. Buen ejemplo es la reciente sentencia del Tribunale Ordinario di Bologna que, en una reciente sentencia de 31 de diciembre de 2020 (N. R.G. 2949/2019) ha declarado discriminatorio el algoritmo Frank utilizado por Deliveroo en su plataforma online para clasificar o definir el “ranking reputacional” de los riders.

Concluyo. En la confrontación que realiza Toynbee sobre las maneras de concebir o de pensar un libro de situarse frente a él, rabínica o hebreaica o helenística, siempre me he manifestado a favor de la segunda. En ella el libro es un instrumento auxiliar del propio discurso. Es algo que nos suscita palabras o ideas y que, problemáticamente, nos permite que seamos nosotros mismos quienes lleguemos a conquistar un resultado intelectual. El libro que tiene el lector en sus manos pertenece, por su concepción y por lo que sugiere, sin duda, al pensar helénico. La presente obra busca, honesta y sinceramente, plantear un paisaje de problemas y construir una arquitectura posible de soluciones, probablemente porque la ciencia jurídica se construye sobre conceptos y categorías institucionales históricamente condicionadas a las que no son útiles ni dogmatismos ni falsos artificios. El Profesor Álvarez de la Rosa es consciente de ello y por eso sale brillante vencedor de la batalla intelectual que libra en esta obra de obligatoria lectura.

JESÚS R. MERCADER UGUINA  
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la  
Seguridad Social de la Universidad Carlos III  
de Madrid  
ORCID ID: 0000-0001-6301-6788  
jesus.mercader@uc3m.es

# 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)