Revista Crítica de Relaciones de Trabajo

Laborum

3er Trimestre 2023 nº 8

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial

- Algoritmos e inteligencia artificial. Implicaciones jurídico-laborales: Un enfoque desde la perspectiva de los derechos
  José Luis Monereo Pérez, Susana Rodríguez Escanciano, Guillermo Rodríguez Iniesta

Estudios Doctrinales

- La teoría de la empresa moderna: la aportación de Thorstein Veblen
  José Luis Monereo Pérez
- Determinación del convenio colectivo aplicable a las empresas contratistas y subcontratistas. El nuevo art. 42.6 del Estatuto de los Trabajadores
  Azucena Escudero Prieto
- La transformación de las relaciones laborales en el marco de la Industria 4.0.: representantes comerciales ¿Cambios en la naturaleza de su vínculo contractual?
  Sheila López Vico

Estudios de Doctrina Judicial

- Régimen de disfrute de permisos retribuidos: nuevo pronunciamiento sobre el cómputo de días. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Social) de 7 de junio de 2023 (Rec. núm. 280/2021)
  Francisca Fernández Prol
- Sobre las horas de presencia de los conductores de ambulancia -Comentario a la STS 7 junio 2023-
  Mª Elisa Cuadros Garrido

Derecho comparado y Derecho Extranjero

- La orden ejecutiva del presidente Biden número 14025, de 26 de abril de 2021, sobre sindicalización y empoderamiento de los trabajadores
  Jesús Martínez Girón

Economía, Sociología e Historia de las Relaciones de Trabajo y del Estado Social

- Informe preliminar con perspectiva interseccional sobre sesgos de género en la Inteligencia Artificial
  Instituto de las Mujeres
- Prácticas preventivas para fomentar la desconexión digital en la enseñanza universitaria
  Carolina Serrano Falcón, Rosa Moya Amador, María del Carmen García Garnica y Antonio Muñoz Ropa

Crónica Legislativa, Doctrina judicial y Noticias bibliográficas

- Crónica legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas
  María Nieves Moreno Vida

Crónica Administrativa en materia de Relaciones de Trabajo

- Crónica Administrativa en materia de Relaciones de Trabajo
  José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta

Laborum EDICIONES

Revista Crítica de Relaciones de Trabajo

Laborum

3er Trimestre 2023 nº 8

© Ediciones Laborum, S.L.

Avda. Gutiérrez Mellado, nº 9
Planta 3ª - Oficina 21
30.008 - Murcia

Telf.: 968 88 21 81
Fax.: 968 88 70 40
Web: www.laborum.es
email: laborum@laborum.es

Depósito Legal: MU 1268-2021
Publicación Digital: ISSN 2792-7970

Contacto Revista:

www.laborum.es/revreltra
facebook.com/RevRelTra
@revreltra
revreltra@laborum.es
www.linkedin.com/showcase/revreltra/

Esta obra está bajo una licencia creative commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0). Usted es libre de copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato, pero debe de reconocer la autoría de manera adecuada. Usted no puede hacer uso del material con propósitos comerciales. Si mezcla, transforma o crea a partir del material, no podrá distribuir el material modificado. Más información en: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es_ES

REVISTA INCLUIDA EN LA CLASIFICACIÓN BIBLIOGRÁFICA DE LAS SIGUIENTES BASES DE DATOS Y ORGANISMOS:

Dialnet · MIAR · latindex catálogo · DRJI Directory of Research Journal Indexing · crue Universidades Españolas Red de Bibliotecas REBIUN · DULCINEA

DIRECCIÓN:
José Luis Monereo Pérez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

SUBDIRECCIÓN:
Guillermo Rodríguez Iniesta, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*
Susana Rodríguez Escanciano, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*

COORDINACIÓN:
Sheila López Vico, *Contratada predoctoral FPU en el Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

CONSEJO DE REDACCIÓN:
José Luis Monereo Pérez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*
Guillermo Rodríguez Iniesta, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*
Susana Rodríguez Escanciano, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
Sara Guindo Morales, *Profesora Contratada Doctora. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Juan José Fernández Domínguez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
José Luján Alcaraz, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*
María Nieves Moreno Vida, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
María Arántzazu Vicente Palacio, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón*

CONSEJO ASESOR:
Carlos Luis Alfonso Mellado, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia.*
María Lourdes Arastey Sahún, *Jueza del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*
Francisco Javier Arrieta Idiakez, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Deusto*
Alberto Arufe Varela, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*
María Amparo Ballester, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Fabio Tulio Barroso, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Pernambuco. Brasil*
Antonio Pedro Baylos Grau, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Castilla-La Mancha*
Stefano Bellomo, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Perugia. Italia*
Carlos Bravo Fernández, *Secretario Confederal de Seguridad Social y Previsión Social Complementaria de CCOO. Profesor Asociado de Derecho Social e Internacional Privado. Universidad Carlos III de Madrid*
Ferran Camas Roda, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Girona*
Kristina Campbell, *Catedrática de Derecho. Universidad de Columbia. Estados Unidos*
María Dolores Carrascosa Bermejo, *Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pontificia de Comillas*
María Emilia Casas Bahamonde, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Expresidenta del Tribunal Constitucional*
Faustino Cavas Martínez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*
Diana del Pilar Colorado Acevedo, *Profesora Titular. Universidad Nacional de Colombia. Magistrada Auxiliar de la Corte Suprema de Justica-Sala de Casación Laboral*
Jesús Cruz Villalón, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Ángel Luis De Val Tena, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*
María Teresa Díaz Aznarte, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Carmen Elena Domínguez Soto, *Profesora de Derecho del Trabajo. Pontificia Universidad Católica de Chile*
Maravillas Espín Sáez, *Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*
Marco Espósito, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Nápoles Parthenope. Italia*
Marta Fernández Prieto, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo*
Marina Fernández Ramírez, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Juan García Blasco, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*
Thomas Geiser, *Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de St. Gallen. Suiza*
José María Goerlich Peset, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Juan Gorelli Hernández, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva*
Isabel Granados Romera, *Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Sara Guindo Morales, *Profesora Contratada Doctora. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Mª Sonsoles Gutiérrez de la Peña, *Inspectora de Trabajo y Seguridad Social*
María Teresa Igartua Miró, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Elisa Verónica Lanas Medina, *Profesora de Derecho del Trabajo. Universidad de Cuenca. Ecuador*
Liliana Hebe Litteri, *Profesora Adjunta Regular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Argentina*
Belén del Mar López Insua, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Günther Löschnigg, *Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Graz. Austria*
Juan Pablo Maldonado Montoya, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad CEU San Pablo*
Isabel Marín Moral, *Profesora de Derecho. Universidad Francisco de Vitoria. Abogada*
Lucía Martín Rivera, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Jesús Martínez Girón, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*
Carolina Martínez Moreno, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo*
Jesús Mercader Uguina, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid*
António Monteiro Fernandes, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Nova de Lisboa. Portugal*
Francisca Moreno Romero, *Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid*
Juan Pablo Mugñolo, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Buenos Aires. Argentina*

Magdalena Nogueira Guastavino, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*
Antonio Ojeda Avilés, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Pompeyo Gabriel Ortega Lozano, *Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Manuel Carlos Palomeque López, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca*
Salvador Perán Quesada, *Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Francisco Pérez de los Cobos, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Expresidente del Tribunal Constitucional*
María del Mar Pérez Hernández, *Jefa de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Almería. Profesora Asociada. Universidad de Almería*
Joaquín Pérez Rey, *Secretario de Estado de Empleo y Economía Social*
Margarita Isabel Ramos Quintana, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna*
Pilar Rivas Vallejo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona*
Ana María Romero Burillo, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Lleida*
Tomás Sala Franco, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
María del Carmen Salcedo Beltrán, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Antonio Vicente Sempere Navarro, *Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*
Carmen Solís Prieto, *Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura*
Carla Spinelli, *Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad Aldo Moro de Bari. Italia*
Natalia Tomás Jiménez, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Adriana Topo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Padova. Italia*
Fernando Valdés Dal-Ré, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Exmagistrado del Tribunal Constitucional*
Francisco Vila Tierno, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Isabel María Villar Cañada, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO:
Francisco Alemán Páez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba*
Miguel Ángel Almendros González, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Gema Fábregas Monfort, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Carolina Gala Durán, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona*
Guillermo García González, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Internacional de La Rioja*
Manuel García Jiménez, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*
Mario Garmendia Arrigón, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de la República de Uruguay*
Javier Hierro Hierro, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura*
Sandro Mainardi, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Bolonia. Italia*
Inmaculada Marín Alonso, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Olimpia Molina Hermosilla, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*
María de los Reyes Martínez Barroso, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
Remedios Roqueta Buj, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
María Salas Porras, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*

EDITOR:
Ediciones Laborum

RESPONSABLE DE TAREAS DE INDEXACIÓN Y REDES SOCIALES:
Alejandro Muros Polo

Destinatarios

Con esta orientación y enfoque metodológico que se busca los destinatarios de esta Revista son todas las personas, instituciones y organismos -públicos y privados- en el campo del Derecho del Trabajo sin excepción, como Abogados, Graduados Sociales, Profesorado Universitario y en general todo el personal del ámbito académico científico, Responsables de dirección de personal o de "recursos humanos", asesores sindicales o empresariales, trabajadores sociales, directores y empleados públicos, y sus respectivas asociaciones u organizaciones profesionales, entre otros.

Orientación y enfoque metodológico

Es una revista teórico-práctica que reivindica un conocimiento pleno del "Derecho vivo" tal y como se verifica en la experiencia jurídica y en la praxis judicial. Por ello al tiempo de prestar atención a las normas vigentes y a las técnicas legislativas y de protección del Derecho, se contextualiza dentro del marco político, socio-económico y ético en el que se insertan.

Los contenidos incluyen:

- Editorial (E)
- Estudios Doctrinales (ED)
- Estudios de Doctrina Judicial (EDJ)
- Derecho comparado y Derecho extranjero (DCE)
- Economía, Sociología e Historia de la Relaciones de Trabajo y del Estado Social (ESHE)
- Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas (CLJB)
- Crónica Administrativa en materia de Relaciones de Trabajo (CART)

Índice

EDITORIAL 9

ALGORITMOS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL. IMPLICACIONES JURÍDICO-LABORALES: UN ENFOQUE DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS 11

José Luis Monereo Pérez
Susana Rodríguez Escanciano
Guillermo Rodríguez Iniesta

1. LOS ALGORITMOS COMO HERRAMIENTA PARA EL REFORZAMIENTO DEL EJERCICIO DEL PODER DE DIRECCIÓN 15
2. EL POSIBLE USO ABUSIVO 16
3. AVANCES NORMATIVOS: APROXIMACIÓN 19
4. LÍMITES DESDE ORDENAMIENTO DE PROTECCIÓN DE DATOS 24
5. LOS ASPECTOS COLECTIVOS DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN 28
6. LA AGENCIA ESPAÑOLA DE SUPERVISIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL 32
7. LA NECESIDAD DE INTRODUCIR MAYORES GARANTÍAS 33
8. CONCLUSIONES 36

ESTUDIOS DOCTRINALES 39

LA TEORÍA DE LA EMPRESA MODERNA: LA APORTACIÓN DE THORSTEIN VEBLEN 41

José Luis Monereo Pérez

1. INTRODUCCIÓN 41
2. TEORÍA DE LA EMPRESA 46
3. OBRAS DE THORSTEIN VEBLEN. TRADUCCIONES AL CASTELLANO 62
4. BIBLIOGRAFÍA GENERAL 63

DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE A LAS EMPRESAS CONTRATISTAS Y SUBCONTRATISTAS. EL NUEVO ART. 42.6 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES 67

Azucena Escudero Prieto

1. PLANTEAMIENTO GENERAL. CONTEXTO DE LAS CONDICIONES LABORALES DE LOS TRABAJADORES SUBCONTRATADOS 67
2. EL PREÁMBULO DEL RDL 32/2021. LOS DECLARADOS OBJETIVOS DE LA REFORMA DEL ART. 42 DEL ET 69
3. ÁMBITO DE APLICACIÓN SOBRE EL QUE SE EXTIENDEN LAS REGLAS DEL ART. 42.6 ET EN LA DETERMINACIÓN DEL CONVENIO APLICABLE A LAS EMPRESAS CONTRATISTAS Y SUBCONTRATISTAS 70
4. EL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE A LOS TRABAJADORES QUE PRESTAN TRABAJO EN CONTRATAS Y SUBCONTRATAS 72
5. CRITERIO GENERAL. APLICACIÓN DEL CONVENIO DEL SECTOR DE LA ACTIVIDAD DESARROLLADA EN LA CONTRATA 73
6. PRIMERA EXCEPCIÓN: OTRO CONVENIO SECTORIAL APLICABLE CONFORME AL TÍTULO III DEL ET 79
7. SEGUNDA EXCEPCIÓN: APLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO PROPIO CONFORME A LO DISPUESTO EN EL ART. 84 DEL ET 84
8. CONSIDERACIONES FINALES 88
9. BIBLIOGRAFÍA 89

LA TRANSFORMACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES EN EL MARCO DE LA INDUSTRIA 4.0.: REPRESENTANTES COMERCIALES ¿CAMBIOS EN LA NATURALEZA DE SU VÍNCULO CONTRACTUAL? 93
Sheila López Vico
1. PLANTEAMIENTO GENERAL 94
2. LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES: LA FIGURA DEL REPRESENTANTE COMERCIAL 96
3. LA RELACIÓN LABORAL DE LOS REPRESENTANTES COMERCIALES 97
4. ESPECIALIDADES INHERENTES A LA ACTIVIDAD DE REPRESENTANTE DE COMERCIO 103
5. LA DIGITALIZACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES Y LA PROTECCIÓN JURÍDICO LABORAL DEL REPRESENTANTE COMERCIAL 105
6. CONCLUSIONES CRÍTICAS Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA 111
7. BIBLIOGRAFÍA 112

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL 115

RÉGIMEN DE DISFRUTE DE PERMISOS RETRIBUIDOS: NUEVO PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL CÓMPUTO DE DÍAS. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SOCIAL) DE 7 DE JUNIO DE 2023 (REC. NÚM. 280/2021) 117
Francisca Fernández Prol
1. INTRODUCCIÓN: ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS EN MATERIA DE TIEMPO DE TRABAJO 117
2. UN APUNTE TEÓRICO SOBRE EL OBJETO DE ESTUDIO: LOS PERMISOS RETRIBUIDOS 118
3. PRECEDENTES JUDICIALES EN TORNO AL SOLAPAMIENTO: EN EL MARCO EUROPEO Y EN EL ÁMBITO INTERNO 120
4. DATOS CLAVE: HECHOS PROBADOS Y CUESTIONES PROCESALES 123
5. LA RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO 125
6. REFLEXIONES FINALES 127
7. BIBLIOGRAFÍA 128

SOBRE LAS HORAS DE PRESENCIA DE LOS CONDUCTORES DE AMBULANCIA -COMENTARIO A LA STS 7 JUNIO 2023- 129
Mª Elisa Cuadros Garrido
1. DELIMITACIÓN 130
2. COMENTARIO CRÍTICO 135
3. REFLEXIONES FINALES 142
4. BIBLIOGRAFÍA 142

DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO 145

LA ORDEN EJECUTIVA DEL PRESIDENTE BIDEN NÚMERO 14025, DE 26 DE ABRIL DE 2021, SOBRE SINDICALIZACIÓN Y EMPODERAMIENTO DE LOS TRABAJADORES 147
Jesús Martínez Girón
1. LA ORDEN EJECUTIVA NÚMERO 14025, EN EL CONTEXTO DE LAS FUENTES DEL DERECHO FEDERAL NORTEAMERICANO 147
2. LA ORDEN EJECUTIVA NÚMERO 14025, EN EL CONTEXTO DE LA IDEOLOGÍA LIBERAL DEL PARTIDO DEMÓCRATA 148
3. EL INFORME PREVISTO POR LA ORDEN EJECUTIVA NÚMERO 14025 149

4. LA APROBACIÓN POR EL PRESIDENTE BIDEN, EN 7 FEBRERO 2022, DEL INFORME PREVISTO POR LA ORDEN EJECUTIVA NÚMERO 14025 150
5. EL INFORME SOBRE LA PUESTA EN PRÁCTICA DE LAS RECOMENDACIONES APROBADAS POR EL PRESIDENTE BIDEN, HECHO PÚBLICO EL 17 MARZO 2023 151
6. EPÍLOGO 154
7. BIBLIOGRAFÍA CITADA 155

ECONOMÍA, SOCIOLOGÍA E HISTORIA DE LAS RELACIONES DE TRABAJO Y DEL ESTADO SOCIAL 157

INFORME PRELIMINAR CON PERSPECTIVA INTERSECCIONAL SOBRE SESGOS DE GÉNERO EN LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL 159
Instituto de las Mujeres
1. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO PROYECCIÓN CULTURAL 159
2. SECTORES DE APLICACIÓN 162
3. BREVIARIO DEL PANORAMA NORMATIVO 168
4. RECOMENDACIONES 171

PRÁCTICAS PREVENTIVAS PARA FOMENTAR LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN LA ENSEÑANZA UNIVERSITARIA 175
Carolina Serrano Falcón
Rosa Moya Amador
María del Carmen García Garnica
Antonio Muñoz Ropa
1. INTRODUCCIÓN. LA UNIVERSIDAD ANTE EL USO GENERALIZADO DE DISPOSITIVOS MÓVILES 176
2. UNA PROPUESTA INNOVADORA: "GUÍA PARA EL BUEN USO POR EL ALUMNADO UNIVERSITARIO DE SUS DISPOSTIVOS MÓVILES" 178
3. EL CONTENIDO DE LA GUÍA 181
4. CONCLUSIONES 193
5. BIBLIOGRAFÍA 193

CRÓNICA LEGISLATIVA, DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS 195

CRÓNICA LEGISLATIVA, DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS 197
María Nieves Moreno Vida
1. CRÓNICA LEGISLATIVA LABORAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS 197
2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL 220
3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS 231
4. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS 232

CRÓNICA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE RELACIONES DE TRABAJO 237

CRÓNICA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE RELACIONES DE TRABAJO 239
José Luis Monereo Pérez
Guillermo Rodríguez Iniesta
1. SEGURIDAD SOCIAL Y RELACIONES LABORALES 239
2. PROCESAL 248

Editorial

Laborum

nº 8 (3er Trimestre 2023)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Algoritmos e inteligencia artificial. Implicaciones jurídico-laborales: Un enfoque desde la perspectiva de los derechos

Algorithms and artificial intelligence. Legal-labor implications: An approach from a rights perspective

José Luis Monereo Pérez
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
Director de las Revistas de Derecho de la Seguridad Social y Crítica de las Relaciones de Trabajo, Laborum
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

Susana Rodríguez Escanciano
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León.
Subdirectora de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
https://orcid.org/0000-0001-5910-2982

Guillermo Rodríguez Iniesta
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia.
Magistrado (supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.
Subdirector de las Revistas de Derecho de la Seguridad Social y Crítica de las Relaciones de Trabajo, Laborum
https://orcid.org/0000-0001-5054-8822

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. «Algoritmos e inteligencia artificial. Implicaciones jurídico-laborales: Un enfoque desde la perspectiva de los derechos». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 8 (2023): 11-37.

"Toda época que llega a asumir conciencia de sí misma y conquista esa conciencia a través de una real profundización, no como inmediata y superficial conciencia, advierte que se haya en crisis e identifica su propia transitoriedad con su calificación en crisis. Para cada época, encontrarse y sentirse en crisis significa encontrarse en la historia, o mejor aún en el tiempo, o sea, ligada a un término escuetamente humano"

Flavio López De Oñate[1]

Resulta un hecho evidente la progresiva y vertiginosa incorporación de la lógica algorítmica en la empresa de todo tamaño y condición, cambiando de forma sustancial los modos y modelos de trabajo. No tan evidente resulta, en cambio, que la mentada aplicación de aquellas herramientas automatizadas esté siendo llevada a cabo con el debido respeto a bienes y valores jurídicamente relevantes y consagrados en preceptos internacionales, constitucionales y legales[2], lo cual fuerza a los estudiosos de la ciencia jurídica a elaborar nuevos conceptos y nuevos derechos --de sucesivas generaciones[3]-- llamados a combatir cualquier peligro o abuso de nuevo cuño, por más que, como

[1] López de Oñate, F.: La certeza del Derecho, trad. S. Sentís Melendo y M.Ayerra Redin, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007, p.4.

[2] Ruíz Miguel, C.: "La tercera generación de los derechos fundamentales", Revista de Estudios Políticos, núm. 72, 1991, p. 301.

[3] Pérez Luño, A.E.: "Los derechos humanos en la sociedad tecnológica", en Losano, M.G.; Pérez Luño, A.E. y Guerrero Mateus, Mª.F.: Libertad Informática, leyes de protección de datos personales, Cuadernos y Debates, núm. 43, Madrid, CEC, 1989, p. 142.

bien es sabido, el Derecho siempre haya de transitar un paso por detrás de la realidad social que trata de normar.

La incorporación de la lógica algorítmica en la empresa impacta en las relaciones laborales tanto en su vertiente individual como en su vertiente colectiva/sindical. Incide en el ejercicio de todos los derechos y libertades fundamentales tanto en los genéricos (o inespecíficos) como los de carácter eminentemente social (derechos sociales de "desmercantilización") de la persona que trabaja[4]. Un dato a retener es que el ejercicio de los derechos fundamentales están condicionados por las circunstancias históricas del momento; nuevas tecnología, uso de la inteligencia artificial, plataformas digitales, teletrabajo, el mismo uso de las nuevas tecnología para establecer redes de empresas, en particular de las redes de subcontratación, etcétera, con la posibilidad de utilizarlas para finalidades limitadoras del ejercicio del ejercicio de los derechos fundamentales y el reforzamiento de los poderes privados (y públicos). Ello determinaría una neutralización del que ha sido denominado "constitucionalismo de derecho privado social", que suponía garantizar la efectividad de los derechos fundamentales en el seno de las relaciones laborales y en especial dentro de las organizaciones productivas, que por su estructuración en el modelo económico actual tienden a ser típicas estructuras de dominación de las personas[5]. En unas relaciones laborales que por definición son relaciones de poder, no es de extrañar que se localice el conflicto entre el capital y trabajo como fuerzas productivas. Y en este sentido el Derecho del Trabajo ha de cumplir su función. Desde el punto de vista de la política del Derecho se ha tratado de institucionalizar y procedimentalizar los conflictos del trabajo exteriorizados a través de distintos cauces jurídicos e institucionales; todos ellos encaminados, de algún modo, a resolver (o prevenir) la conflictividad vinculada al mundo del trabajo. Esas institucionalización y procedimientalización comporta su reconducción a un orden preconstituido o por constituir "ex novo" dentro de la vías previstas por el mismo ordenamiento jurídico. En general, y no sólo para el ordenamiento laboral, el Derecho es una gran maquinaria jurídico-institucional predispuesta para resolver conflictos social y políticamente relevantes para un determinado orden social de convivencia. De ahí que donde no hay conflicto no hay Derecho, porque sencillamente se hace innecesario.

Pero para ello el Derecho ha de ser autorreflexivo, flexible y dinámica, porque sólo así será capaz de responder y modular una realidad social siempre cambiante. En este sentido se percibe cómo el ordenamiento jurídico en general y en particular el ordenamiento jurídico-laboral, actúa con un cierto retraso en esa respuesta autorreflexiva. Este el caso del tratamiento jurídico del impacto de las nuevas tecnologías digitales y muy especialmente el de la Inteligencia Artificial y Bigdata. Los mismos instrumentos constitucionales y de valor fundamental están atrasados y sería importante

[4] Un estudio completo sobre el impacto de las nuevas tecnologías, en su conjunto, en el ejercicio de los derechos laborales fundamentales, puede hallarse en Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F., Esposito, M, Pérán Quesada, S. (DIRS): Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI, Granada, Comares, 2021, 1152 pp. En esta obra se aporta también una visión comparada del tratamiento de esta problemática y su tratamiento en la negociación colectiva, la cual, evidentemente, tiene mucho que decir por su proximidad e inmediación con la realidad de las relaciones laborales.

[5] Para el sentido jurídico de esa dimensión constitucional que comporta el constitucionalismo de derecho privado social (o, de manera más simplificado y acaso más apropiada, de constitucionalismo de derecho social en las relaciones laborales), que es de máxima actualidad en una sociedad de la vigilancia y de iniciativas de política del Derecho que suponen el cuestionamiento del ejercicio efectivo de los derechos y libertades fundamentales de las personas que trabajan, véase Monereo Pérez, J.L.:" Constitucionalismo de Derecho privado "social" y "constitución del trabajo" frente al liberalismo iusprivatista tradicional. A propósito de la teoría jurídica de Georges Ripert", en Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum, núm.1, 2021, pp.197–264. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/525; Monereo Pérez, J.L.: "Ciudadanía, empresa y Constitución Social del Trabajo: por un constitucionalismo de Derecho Social", en Rivista di studi y documentazione su 'll integrazione europea Iceonline 1, 2022, pp. 1-48. https://www.lceonline.eu/wp-content/uploads/2022/04/Ia.01-Saggi-Monereo-Perez.pdf

renovar el catálogo de los derechos fundamentales garantizando los derechos a la protección de datos y derechos digitales[6].

El impacto real que los vertiginosos avances en el ámbito de la Inteligencia Artificial y Bigdata incorporados a los sistemas productivos, están teniendo ya en los derechos fundamentales de las personas trabajadoras a la protección de sus datos personales y a su intimidad. Por ello mismo, es necesario elaborar una lectura integradora de estos avances en el ámbito de las relaciones laborales, que sea necesariamente respetuosa con los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, lo que supone desterrar aquella que responda a la búsqueda incontrolada y sin atención a principios y valores del incremento de la competitividad y beneficio empresarial[7].

Y es que el "capitalismo de la vigilancia" incrementa la penetración de los poderes del mercado sobre las personas: los poderes de los empresarios que utilizan las tecnología como instrumentos de dominio y no sólo como posibles –necesarios- instrumentos al servicios de la innovación, la productividad y la calidad del empleo. Se ha podido señalar, al respecto, que el capitalismo de la vigilancia supone una ruptura respecto de la anterior trayectoria histórica del capitalismo de mercado en tres sentidos fundamentales: a) enfatiza en su derecho a la libertad absoluta y al conocimiento sin trabas de los datos y vida de las personas; b) abandona las tradicionales reciprocidades orgánicas con las personas. c) el fantasma de la vida en la colmena delata un proyecto social colectivista de mercado sustentado por una inferencia radical y por su expresión material en el "Gran Otro". Ello supone que no se está ante una fase más del capitalismo, sino ante un cambio de paradigma de organización de la sociedad del mercado y de la organización de las empresas y de los sistemas de relaciones laborales[8]. El riesgo es que se anteponga las nuevas tecnologías digitales invasivas en la lógica del mercado (que es la lógica también de los algorismos tal y como son utilizados) anteponiendo la racionalidad del mercado a las bases de la democracia dentro y fuera de las organizaciones productivas. La lucha competitiva entre "capitalistas de la vigilancia" puede conducir a una búsqueda compulsiva de la totalidad (en la información y en el conocimiento de las personas al servicio de modelos predictivos y conductuales) al margen de los derechos y valores fundamentales que deben presidir un sistema democrático de relaciones laborales. En una lógica dominio y acumulación del poder en continuo aumento. Es poder de vigilancia y control instrumental puede facilitar la expropiación práctica de los derechos fundamentales a través de una nueva arquitectura global de modificación conductual prefigurada predictivamente a través de la utilización de los datos y las fórmulas algorítmicas. Este uso perverso de la inteligencia artificial expresa el potencial *lado oscuro* de la presente "4º-5ª Revolución industrial" basada en utilización de las tecnología digitales como palancas de poder en las relaciones laborales.

La inteligencia artificial, como sistema tecnológico digital puede definirse como "sistema software (y posiblemente también hardware), diseñados por humanos que, dado un objetivo

[6] Esa propuesta ha sido realizado respecto a la renovación de la Carta Social Europea Revisada de 1996, ratificada por nuestro País, en Monereo Pérez, J. L. (2022). "La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como 'Constitución Social' de la Europa amplia", en Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum, núm. 4, 2022, pp. 215–326. Recuperado a partir de ttps://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/622.

[7] Molina Hermosilla, O.: ". Inteligencia artificial, Bigdata y Derecho a la protección de datos de las personas trabajadoras. Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social (REJLSS), núm.6, 2023, pp. 89–117. https://doi.org/10.24310/rejlss.vi6.16225. Asimismo, Molina Hermosilla, O.: "Hacia una visión integradora de la transformación digital de los entornos laborales y los derechos fundamentales a la intimidad y protección de datos de las personas trabajadores", en Proyecto docente e investigador, presentado para el concurso público de acceso al Cuerpo Docente de Catedráticos/as de Universidad, Jaén, Universidad de Jaén, 13 de julio de 2023, pp. 492-598; Gómez Salado, M.A.: La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: Desafíos tecnológicos del siglo XXI, Cizur Menor (Navarra), Thompson-Aranzadi, 2021.

[8] Puede consultarse, Zuboff, S.: La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder (2019), Barcelona, Paidós, 2020, espec., pp. 657 y ss.

complejo, actúan en el entorno físico o digital, percibiendo el entorno a través de la adquisición de datos, interpretándolos y procesando la información derivada de estos datos, para decir la(s) mejore(s) acción(es) a realizar para alcanzar el objetivo perseguidos". Es de señalar que en contraposición con la concepción estrictamente economicista que han presidido los enfoques de la llamada "Cuarta Revolución", se ha plantado otra concepción más humanista de la "Industria 5.0", que hace referencia a un entendimiento más integrador entre las innovaciones que han emergido en el ámbito de la digitalización (señaladamente a través de las áreas de la Inteligencia Artificial y Bigdata) y los valores de humanización y orientación social que han de informar su diseño e implantación. Se apunta hacia una posible corrección de la lógica economicista estricta para focalizarla desde el punto de vista de las personas y atendiendo al criterio de sostenibilidad[9]. En esa dirección, se sitúa el Parlamento Europeo, Consejo y Comisión Europea, en su "Declaración conjunta sobre los Principios y Derechos Digitales en la Década Digital" (2023, C23/01). En este enfoque transversal de los derechos fundamentales es relevante, para un plena efectividad, utilizar en la planificación del uso y del impacto de las nuevas tecnologías digitales no sólo el principio de prevención, sino también –adicionalmente- el principio de "precaución"; y ambos bajo el prisma del principio de responsabilidad[10]. Lo cual resulta relevante para poder calificar, a determinados efectos, algunos tipos de Inteligencia Artificial de elevado peligro o de alto riesgo para las personas, las organizaciones, el medio ambiente o el orden geopolítico a distintos nivel. Resulta significativo que la primera normativa europea proyectada sobre inteligencia artificial adviertan sobre los distintos niveles de peligro y una vez establecidos implicarán una mayor o menor regulación o un modelo de regulación diversificado[11].

---

[9] COMISIÓN EUROPEA: Configurar el futuro digital de Europa, Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, COM (2020) 67 final, 19 de febrero 2020, p. 2. Véase Molina Hermosilla, O.: "Hacia una visión integradora de la transformación digital de los entornos laborales y los derechos fundamentales a la intimidad y protección de datos de las personas trabajadores", en Proyecto docente e investigador, presentado para el concurso público de acceso al Cuerpo Docente de Catedráticos/as de Universidad, Jaén, Universidad de Jaén, 13 de julio de 2023, pp. 492 y ss.

[10] Para la construcción del "principio de responsabilidad", véanse las obras de referencia de Jonas, H.: El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica, introducción y trad. de Andrés Sánchez Pascual, Editorial Herder, Barcelona, 1995; Jonas, H.: El principio vida. Hacia una biología filosófica, Trotta, Madrid, 2000.

[11] Informe sobre la "Ley sobre inteligencia artificial" (Artificial intelligence act).
https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/698792/EPRS_BRI(2021)698792_EN.pdf
https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20230601STO93804/ley-de-ia-de-la-ue-primera-normativa-sobre-inteligencia-artificial
La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE de 13 de julio), contiene la primera regulación positiva del uso de la inteligencia artificial por las administraciones públicas y las empresas en España. En efecto, conforme al art. 23 ("Inteligencia Artificial y mecanismos de toma de decisión automatizados"). "1. En el marco de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, de la Carta de Derechos Digitales y de las iniciativas europeas en torno a la Inteligencia Artificial, las administraciones públicas favorecerán la puesta en marcha de mecanismos para que los algoritmos involucrados en la toma de decisiones que se utilicen en las administraciones públicas tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, siempre que sea factible técnicamente. En estos mecanismos se incluirán su diseño y datos de entrenamiento, y abordarán su potencial impacto discriminatorio. Para lograr este fin, se promoverá la realización de evaluaciones de impacto que determinen el posible sesgo discriminatorio. 2. Las administraciones públicas, en el marco de sus competencias en el ámbito de los algoritmos involucrados en procesos de toma de decisiones, priorizarán la transparencia en el diseño y la implementación y la capacidad de interpretación de las decisiones adoptadas por los mismos. 3. Las administraciones públicas y las empresas promoverán el uso de una Inteligencia Artificial ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales, siguiendo especialmente las recomendaciones de la Unión Europea en este sentido. 4. Se promoverá un sello de calidad de los algoritmos.". La Exposición de Motivos subraya que se trata de una ley de garantías que no pretende tanto reconocer nuevos derechos como garantizar los que ya existen. En este sentido, desarrolla el artículo 14 CE. No de una Ley más de derechos sociales sino, sobre todo, de Derecho antidiscriminatorio específico, que viene a dar cobertura a las discriminaciones que existen y a las que están por venir, ya que los desafíos de la igualdad cambian con la sociedad y, en consecuencia, también deberán hacerlo en el futuro las respuestas debidas.

1. LOS ALGORITMOS COMO HERRAMIENTA PARA EL REFORZAMIENTO DEL EJERCICIO DEL PODER DE DIRECCIÓN

Conocido es de todos que la innovación tecnológica, origen de la denominada quinta revolución industrial, encuentra pilar y exponente fundamental en la extensa e intensa utilización de las potencialidades que para la productividad empresarial conlleva la inteligencia artificial[12], construida a partir de modelos matemáticos nutridos desde el manejo de un enorme volumen de datos con capacidad para generar conocimiento propio y tomar decisiones por sí mismos, mediante los denominados aprendizaje automático (*machine learning*) y aprendizaje profundo (*deep learning*)[13].

El *big data* (referido a la recopilación, análisis y acumulación constante de grandes cantidades de datos procedentes de diferentes fuentes y objeto de un tratamiento automatizado)[14] y los algoritmos (entendidos como operaciones matemáticas que permiten dar solución a un problema) son los dos elementos esenciales de las novedades tecnológicas actuales que se engloban bajo el rótulo de la inteligencia artificial, definida como "un conjunto de tecnologías dedicadas a replicar en máquinas procesos cognitivos parecidos a los humanos para permitirles aprender y adaptarse por sí mismas a un entorno concreto"[15].

En el mundo de la empresa, los algoritmos desempeñan un papel importante, no solo en la identificación de patrones útiles en conjuntos de datos, sino también a la hora de tomar decisiones que dependen de dichos patrones sin límite de extensión y sin sufrir demoras[16]. Permiten extraer información privilegiada sobre mercados, clientes, marketing, ventas, desarrollo de productos u operaciones de servicios, como atención al cliente y soporte administrativo o modelado de riesgos, al tiempo que facilitan extraer también parámetros significativos de comportamiento de los trabajadores[17]. De ahí que *las empresas recurran cada vez más a la inteligencia artificial en la gestión de personas*[18], hasta el punto de que el 40 por 100 de los departamentos de recursos humanos utilizan aplicaciones mejoradas precisamente mediante inteligencia artificial apostando además por un aumento de la inversión *ad futurum* en este tipo de adelantos[19].

---

[12] Mercader Uguina, J.R.: El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica, Valencia, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 23 y ss.

[13] Goñi Sein, J.L.: "Innovaciones tecnológicas, inteligencia artificial y derechos humanos en el trabajo", Documentación Laboral, núm. 117, 2019, vol. II, p. 60.

[14] Mecanismo amparado bajo la fórmula de las 3 V: volumen, variedad y velocidad. Sevillano Pérez, F.: "Big data", Revista Economía Industrial, núm. 395, 2015, p. 77.

[15] Sánchez-Urán Azaña, Y. y Grau Ruiz, M.A.: "El impacto de la robótica, en especial la robótica inclusiva, en el trabajo: aspectos jurídico-laborales y fiscales", Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, núm. 50, 2019 (BIB 2019/7000); Álvarez Cuesta, H.: El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: desafíos y propuestas, Cizur Menor (Navarra), Thompson-Aranzadi, 2020.

[16] Asquerino Lamparero, M.J.: "Algoritmos, procesos de selección y reputación digital: una mirada antidiscriminatoria", Documentación Laboral, núm. 126, vol. II, p. 122.

[17] Edición 2023 de la encuesta global de McKinsey sobre el estado de la Inteligencia Artificial (IA) "The state of AI in 2023: Generative AI's breakout year", citada por Fernández, C.B.: "Las empresas utilizan cada vez más inteligencia artificial generativa, incluso ignorando incluso los riesgos que plantea su uso", Diario La Ley, 15 de septiembre de 2023.

[18] Según datos del Instituto Nacional de Estadística, el sector donde está más presente, como no podía ser de otra manera, es en el de las TIC (27,33%), seguido del de la información y las telecomunicaciones (26,65%), mientras que, como contrapunto, encontramos el sector de la construcción (3,77%). Rodríguez Martín-Retortillo, R.: "Deber de transparencia y límites de la inteligencia artificial en las relaciones laborales", Trabajo y Derecho, núm. 102, 2023.

[19] Terradillos Ormaetxea, E.: "los poderes de dirección y de control de la empresa y el Derecho a la protección de datos", Documentación Laboral, núm. 126, vol. II, 2022, p. 83.

Buena muestra de esta tendencia puede encontrarse en los procesos de selección de personas trabajadoras donde las empresas llevan a cabo el reclutamiento sin intervención humana o con una intervención mínima mediante sistemas automatizados. Son los softwares especializados los que realizan el primer filtro de personal parametrizando una serie de palabras clave relacionadas con la empresa o el puesto vacante e, incluso, en muchos casos llevan a cabo la secuencia completa determinando la identidad de la persona recomendada. Algo parecido ocurre también en la evaluación y control de los trabajadores, pues es un programa quien toma las decisiones de organización de la empresa en función de los resultados obtenidos por dicho soporte. El algoritmo impone, además, el ritmo de trabajo y no solo mide automáticamente la velocidad y la eficiencia de cada trabajador individual, sino que decide premios o castigos e incluso si el trabajador debe o no continuar en la empresa[20].

A la luz de tales reflexiones, cabe afirmar sin peligro de errar que el uso generalizado de algoritmos e inteligencia artificial en la toma de decisiones empresariales abarca todos los momentos y aspectos de la relación laboral, desde la incorporación de efectivos hasta la extinción del vínculo, pasando por la supervisión de las actividades de los empleados a través de evaluaciones cuantitativas y cualitativas, sin olvidar tampoco su virtualidad en los aspectos de gestión ordinaria como, en una lista no exhaustiva, determinación de la jornada, horario, vacaciones, descansos, tareas a realizar, retribuciones, ascensos, modificaciones sustanciales, etc. Como con acierto se ha dicho, los algoritmos permiten pasar de realizar un uso defensivo de la tecnología por parte del empresario destinado a comprobar que los trabajadores cumplen con sus obligaciones a desempeñar un uso directivo, pues seleccionan candidatos, organizan los horarios, planifican tareas, determinan cuántos trabajadores son necesarios en cada momento, calculan el ritmo de trabajo óptimo, dan instrucciones, evalúan el desempeño y recompensan o disciplinan a los trabajadores.

Como es fácil advertir, estas herramientas, con un ingente potencial para tratar datos y desarrollar inferencias y correlaciones, conllevan aparejadas enormes posibilidades de progreso en la competitividad y rentabilidad empresarial, pero a la vez retos importantes para los derechos fundamentales de las personas trabajadoras y para la igualdad y no discriminación a los que es necesario hacer frente[21].

2. EL POSIBLE USO ABUSIVO

El poder de dirección de la empresa se ve sobredimensionado gracias a la *eliminación del factor humano* y el análisis masivo de datos facilitados por la inteligencia artificial[22]. El efecto más relevante de esta disrupción en el ámbito de las relaciones laborales consiste en haber abierto un nuevo escenario conflictivo, en el que las partes siguen siendo los litigantes de siempre, trabajador y empresario, pero la controversia ya no suscita un problema bilateral de legalidad, de contractualidad o de colisión entre dos categorías de derechos constitucionales (derechos fundamentales versus libertad de empresa), sino que interfiere en la escena un tercero (el algoritmo) que convierte en trilateral el panorama descrito, pues no hace sino reforzar la superior posición contractual y precontractual del titular de la organización empresarial al permitirle un ejercicio más rápido y mejor fundado en

[20] Goñi Sein, J.L.: "Innovaciones tecnológicas, inteligencia artificial y derechos humanos en el trabajo", Documentación Laboral, núm. 117, 2019, vol. II, p. 61.

[21] Álvarez Cuesta, H.: "El consentimiento individual y su alcance en la inteligencia artificial aplicada al ámbito laboral", Documentación Laboral, núm. 16, vol. II, 2022, p. 52.

[22] Todolí Signes, A.: Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación, Pamplona, Aranzadi, 2023, p. 101.

términos de eficiencia económica de su poder decisional, consiguiendo implantar un sistema de exigencia máxima a cada uno de los empleados[23].

En esta tesitura, se achaca al algoritmo la producción de resultados incompatible con determinados valores o principios, pues la búsqueda de la eficiencia productiva no siempre tiene en cuenta la proporcionalidad o la razonabilidad. Aunque los ingenieros de software pretendan definir parámetros de análisis de minería de datos desde estándares objetivos, lo cierto es que los valores humanos están incrustados en cada paso en su diseño, por lo que el establecimiento de sistemas automatizados de decisión y el tratamiento de los datos que les sirven de base pueden encontrarse sesgados en su origen[24]. La desconfianza hacia la inteligencia artificial puede derivar, así, de un diseño intencionadamente lesivo o por los sesgos discriminatorios derivados del tipo de información utilizada. Desde tales premisas, el uso de la inteligencia artificial en el ámbito de las relaciones laborales provoca problemas de impacto muy inquietante, porque, si bien en teoría los modelos matemáticos debieran conducir a la equidad en dichas relaciones, en realidad no ocurre así. Ya solo por el hecho de trabajar con probabilidades y no con certezas, no es descartable que se produzcan errores, pero, si además se trabaja con claros prejuicios sobre las características del candidato o trabajador, o se utilizan datos no inclusivos, las probabilidades de sesgo o discriminación son inevitables. Existe, así, el riesgo de que los sistemas de inteligencia artificial reflejen, incluso de forma involuntaria, los sesgos de sus programadores humanos, ya que, si se parte exclusivamente de la idea la productividad y el rendimiento laboral del programador, es probable que se favorezca a los más capaces o inteligentes, descartando o penalizando a candidatos o trabajadores con discapacidad o con características que difieren de las expectativas de los programadores. En este sentido, el algoritmo no sólo puede afectar a las oportunidades de empleo, de promoción laboral o de estabilidad en el empleo si se utilizan criterios sesgados, sino que puede socavar la dignidad de la persona, porque el autómata toma el sitio del empleador a generando resultados contrarios a la honorabilidad y estabilidad en el empleo del trabajador, sin que éste pueda participar en el proceso de toma de decisión, ni impugnar tal decisión[25].

Además, los recelos se vinculan también con la dignidad de las personas trabajadoras, en conexión implícita con la salud mental, pues los procedimientos automatizados suelen considerarse fríos o inhumanos[26]. El objetivo último de conseguir la conveniente adaptación de cada asalariado a su puesto de trabajo y, a la postre, una óptima planificación empresarial a medio y largo plazo capaz de incrementar los márgenes de beneficio provoca consecuencias negativas sobre valores y bienes esenciales de las personas trabajadores[27], máxime cuando estos modelos digitalizados y automatizados priorizan a los trabajadores mejor calificados a través de la aplicación de precisas métricas despersonalizadas que permiten, como ya consta, adoptar decisiones automatizadas relativas

---

[23] Todolí Signes, A.: "Prevención de riesgos laborales ante la inteligencia artificial y la reputación digital de las personas trabajadoras", en De la economía digital a la sociedad del e-work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva, Molina Navarrete, C. y Vallecillo Gámez, M.R., Dirs., Pamplona, Aranzadi, 2021, p. 361.

[24] Mercader Uguina, J.R.: "Discriminación algorítmica en el trabajo y derecho fundamental a la transparencia: ¿debemos (podemos) regular los algoritmos?", El Foro de Labos, 15/10/2021, https://www.elforodelabos.es/2021/02/discriminacion-algoritmica-en-el-trabajo-y-derecho-fundamental-a-la-transparencia-debemos-podemos-regular-los-algoritmos/

[25] Goñi Sein, J.L.: "Innovaciones tecnológicas, inteligencia artificial y derechos humanos en el trabajo", Documentación Laboral, núm. 117, 2019, vol. II, p. 70.

[26] Rodríguez Cardo, I.A.: "Gestión laboral algorítmica y poder de dirección: ¿hacia una participación de los trabajadores más intensa?", Revista Jurídica de Asturias, núm. 45, 2022, p. 160.

[27] Rodríguez Escanciano, S.: Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes, Pamplona, Aranzadi, 2019, pp. 23 y ss. De interés, Ávila Rodríguez, M.C.: "Derecho a la protección de datos de carácter personal (Artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Granada, Comares, 2012, pp. 157 y ss.

a selección o contratación, distribución de tareas, configuración de horarios, fijación de salarios, promociones o, incluso, despidos[28] sin tener en cuenta determinados factores personales como puede ser el fallecimiento o enfermedad de un familiar, un proceso de divorcio, etc. y sin posibilidad de defensa[29].

El Grupo de Trabajo del art. 29[30], actual Comité Europeo de Protección de Datos, ya subrayó las amenazas de estas fórmulas señalando que: "la elaboración de perfiles y las decisiones automatizadas pueden plantear riesgos importantes para los derechos y libertades de las personas que requieren unas garantías adecuadas. Estos procesos pueden ser opacos. (…) La elaboración de perfiles puede perpetuar los estereotipos existentes y la segregación social. Asimismo, puede encasillar a una persona en una categoría específica y limitarla a las preferencias que se le sugieren (…) En algunos casos, la elaboración de perfiles puede llevar a (…) una discriminación injustificada".

Ahora bien, una vez advertidas las tensiones y preocupaciones críticas que las tecnologías digitales basadas en la inteligencia artificial plantean para los derechos de los trabajadores, no hay que soslayar que el imparable y no siempre previsible cambio tecnológico catalizado desde la inteligencia artificial debe superar la ingenuidad de oponerse sin más al proceso para apostar por una transición justa y equitativa, marcada por la utilidad de un buen gobierno de los adelantos técnicos en el marco empresarial capaz de encontrar un equilibrio entre la lógica económica y la atribución de derechos sociales de ciudadanía a la persona trabajadora a través del diseño de un estatuto jurídico verdaderamente protector. La propia Comisión Europea parece lanzar un mensaje optimista sobre la posibilidad real de una revolución industrial 4.0 (o, mejor, revolución industrial o tecnológica 5.0, "por su carácter híbrido de personas y máquinas"[31]), gobernada por la gestión algorítmica y las decisiones de la inteligencia artificial, bajo el paradigma del trabajo decente o de la dignidad y bienestar de la persona trabajadora[32].

El problema es que, pese a que ha habido avances normativos importantes, todavía a día de hoy no se han incluido mecanismos legales efectivos tendentes a limitar un posible uso abusivo de la inteligencia artificial dentro de un modelo de competitividad empresarial basado en la calidad del trabajo en la línea marcada por las iniciativas institucionales de la OIT[33].

---

[28] Ginés I Fabrellas, A.: "Sesgos discriminatorios en la automatización de decisiones en el ámbito laboral: evidencia práctica", en Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención, Rivas Vallejo, P., Dir., Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 295.

[29] Todolí Signes, A.: "Prevención de riesgos laborales ante la inteligencia artificial y la reputación digital de las personas trabajadoras", en De la economía digital a la sociedad del e-work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva, Molina Navarrete, C. y Vallecillo Gámez, M.R., Dirs., Pamplona, Aranzadi, 2021, p. 362.

[30] https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/wp251rev01-es.pdf

[31] Molina Navarrete, C.: "Economía de datos, mercados digitales de empleo y gestión analítica de personas: retos para la transición a una sociedad del e-trabajo decente", Revista Trabajo y Seguridad Social (Cetro de Estudios Financieros), núm. 459, 2021, p. 7. Según la propia Unión Europea, esta noción de industria va más allá de la Industria 4.0, ofreciendo una visión de la industria que no solamente cuenta con objetivos como la eficiencia y la productividad, sino que incide en la contribución de la industria a la sociedad y ubica a las personas trabajadoras en el centro de la producción, aludiendo a la necesidad de hacer uso de la tecnología también para coadyuvar a la prosperidad de todos los agentes de la sociedad. Álvarez de la Rosa, M.: "El Derecho del Trabajo en el principio de libertad de empresa", Trabajo y Derecho, núm. 57, 2019, pp. 12 y ss.

[32] Para la un estudio detenido sobre la posición de la OIT que vinculada el principio de la dignidad humana como eje del trabajo decente y del conjunto de los derechos fundamentales de la personas que trabaja, véase MONEReo Pérez, J.L.: La dignidad del trabajador: dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales, Murcia, Laborum, 2019; Ibid., "La dignidad de los trabajadores: la dignidad como principio fundante y como derecho fundamental", en Nueva revista española de derecho del trabajo, núm. 233, 2021, pp. 51 y ss.

[33] OIT: Declaración del Centenario de la OIT para el futuro del trabajo, adoptada en la 108ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en 2019.

3. AVANCES NORMATIVOS: APROXIMACIÓN

En los últimos años se han intensificado los esfuerzos por establecer algunas reglas en el funcionamiento de la lógica algorítmica tanto a nivel internacional como interno, a saber:

3.1. Contexto internacional y europeo. Especial referencia a la propuesta de Reglamento

Como hitos más importantes, cabe señalar los siguientes:

1.-La Comisión Mundial de la OIT en el documento titulado "Trabajar para un futuro más prometedor", elaborado con motivo del centenario de la OIT, que se conmemoró en el año 2019, aboga por un "enfoque de la inteligencia artificial 'bajo control humano' que garantice que las decisiones finales que afectan al trabajo sean tomadas por seres humanos y no por algoritmos".

2.-El Consejo Europeo, en abril de 2022, aprobó la Ley de Gobernanza de Datos, que permitirá a las empresas "acceder a los datos a un coste más bajo y con menos barreras de entrada al mercado". El objeto de este documento "es generar confianza en el intercambio de datos al hacerlo más seguro, fácil y en línea con la legislación sobre protección de datos. Esto se logrará a través de diferentes técnicas, como la anonimización de datos, la puesta en común de datos y acuerdos jurídicamente vinculantes firmados por los reutilizadores de datos". Contando con tal precedente, el Consejo Europeo ha presentado un borrador de Convenio Internacional sobre Inteligencia Artificial, en el que se establecen un conjunto de principios, normas y derechos destinados a garantizar que el diseño, el desarrollo y la puesta en servicio de sistemas de inteligencia artificial sean plenamente compatibles con el respeto de los derechos humanos, el funcionamiento de la democracia y la del Estado de Derecho, entre los cuales se recogen los principios de igualdad y lucha contra la discriminación, privacidad y protección de datos personales, rendición de cuentas y responsabilidad, transparencia y supervisión, seguridad, innovación segura y consulta pública". Tampoco cabe olvidar, como precedente, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre los impactos de la inteligencia artificial sobre los derechos humanos de 8 de abril de 2020, donde se insta a los Estados miembros a adoptar un enfoque de precaución y exigir el rechazo de determinados sistemas cuando su despliegue conlleve un alto riesgo de daños irreversibles o cuando, debido a su opacidad, el control y la supervisión humanos se vuelvan impracticables[34].

3.- En tramitación se encuentra actualmente la Propuesta de Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, adoptada por la Comisión el 21 de abril de 2021[35], que abarca varias actuaciones: desde la prohibición absoluta de las aplicaciones de inteligencia artificial que generen riesgos inaceptables; la obligatoria evaluación de conformidad para las aplicaciones de alto riesgo; y, finalmente, unas obligaciones de transparencia para las aplicaciones de riesgo limitado. En este sentido, de conformidad con su art. 9 y la remisión al Anexo III, se consideran de alto riesgo "los sistemas de inteligencia artificial que se utilizan en el empleo, la gestión de los trabajadores y el acceso al autoempleo, sobre todo para la contratación y la selección de personal; para la toma de decisiones relativas a la promoción y la rescisión de contratos; y para la asignación de tareas y el seguimiento o la evaluación de personas en relaciones contractuales de índole laboral, dado que pueden afectar de un modo considerable a las futuras perspectivas laborales y los medios de subsistencia de dichas personas". Las razones para efectuar tal encuadramiento son los riesgos que presentan para la igualdad y no discriminación, la intimidad y la protección de datos de las

[34] Muñoz Ruíz, A.B.: "La inteligencia artificial y el uso de algoritmos para dirigir el trabajo: la deshumanización del trabajador", El Foro de Labos, 18/09/2020, https://www.elforodelabos.es/2020/09/la-inteligencia-artificial-y-el-uso-de-algoritmos-para-dirigir-el-trabajo-la-deshumanizacion-del-trabajador/

[35] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206

personas trabajadoras: "dichos sistemas pueden perpetuar patrones históricos de discriminación, por ejemplo contra las mujeres, ciertos grupos de edad, personas con discapacidad o personas de orígenes raciales o étnicos concretos o con una orientación sexual determinada, durante todo el proceso de contratación y en la evaluación, la promoción o la retención de personas en relaciones contractuales de índole laboral. Los sistemas de inteligencia artificial empleados para controlar el rendimiento y el comportamiento de estas personas también pueden afectar a sus derechos a la protección de los datos personales y a la privacidad"[36]. Cualquier sistema cuyo propósito sea la priorización o selección de entre los trabajadores ya sea para el acceso al empleo, a la formación profesional, a la promoción profesional, a la evaluación del desempeño profesional o la extinción de la relación laboral deberá someterse al sistema de garantías de la regulación comunitaria. Así, una vez calificado un sistema de aplicación al ámbito laboral como de alto riesgo, fabricante y usuario han de cumplir una serie de obligaciones, entre las que ocupa un lugar destacado el principio de transparencia y explicabilidad, no en vano el art. 13.1 exige que los sistemas de inteligencia artificial considerados de alto riesgo se diseñen y desarrollen de un modo que garantice que funcionan con un nivel de transparencia suficiente para que los usuarios interpreten y utilicen correctamente su información de salida. Por ello, estos sistemas han de ir acompañados de las instrucciones de uso correspondientes en un formato digital o de otro tipo adecuado, las cuales incluirán "información concisa, completa, correcta y clara que sea pertinente, accesible y comprensible por los usuarios" (art. 13.2)[37].

El proyectado Reglamento pretende afrontar, en resumen, la opacidad, la complejidad, el sesgo, cierto grado de imprevisibilidad y un comportamiento parcialmente incómodo de ciertos sistemas de inteligencia artificial para garantizar su compatibilidad con los derechos fundamentales, sin que ello implique en ningún caso obstaculizar el desarrollo tecnológico ni aumentar de manera desproporcionada el coste de introducir soluciones de inteligencia artificial en el mercado[38].

Esta propuesta de Reglamento ha venido precedida de sendos documentos: El *Libro Blanco de inteligencia artificial* publicado el 19 de febrero de 2020 basado en la configuración de la inteligencia artificial al servicio de las personas y como fuerza positiva para la sociedad[39] y la Guía de Directrices

[36] Álvarez Cuesta, H.: "Inteligencia artificial: derecho de la UE y derecho comparado: la propuesta de una Ley sobre IA", en Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención, Rivas Vallejo, P., Dir., Pamplona, Aranzadi, 2022, pp. 379 y ss.

[37] En concreto, en una lista abierta, la información mínima a proporcionar debe incluir:" a) la identidad y los datos de contacto del proveedor y, en su caso, de su representante autorizado; b) las características, capacidades y limitaciones del funcionamiento y, en particular, su finalidad prevista; el nivel de precisión, solidez y ciberseguridad, con respecto al cual se haya probado y validado el sistema de inteligencia artificial de alto riesgo y qué puede esperarse de este, así como las circunstancias conocidas o previsibles que podrían afectar al nivel de precisión, solidez y ciberseguridad esperado; cualquier circunstancia conocida o previsible, asociada a la utilización del sistema de inteligencia artificial de alto riesgo conforme a su finalidad prevista o a un uso indebido razonablemente previsible, que pueda dar lugar a riesgos para la salud y la seguridad o los derechos fundamentales; su funcionamiento en relación con las personas o grupos de personas en relación con los que se pretende utilizar el sistema; cuando proceda, especificaciones relativas a los datos de entrada o cualquier otra información pertinente en relación con los conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba usados, teniendo en cuenta la finalidad prevista del sistema de inteligencia artificial; c) los cambios en el sistema de inteligencia artificial de alto riesgo y su funcionamiento predeterminado por el proveedor en el momento de efectuar la evaluación de conformidad inicial, en su caso; d) las medidas de vigilancia humana, incluidas las medidas técnicas establecidas para facilitar la interpretación de la información de salida de los sistemas de inteligencia artificial por parte de los usuarios; e) la vida útil prevista del sistema de inteligencia artificial de alto riesgo, así como las medidas de mantenimiento y cuidado necesarias para garantizar el correcto funcionamiento de dicho sistema, también en lo que respecta a la actualización del software" (art. 13.3). Álvarez Cuesta, H.: "El consentimiento individual y su alcance en la inteligencia artificial aplicada al ámbito laboral", Documentación Laboral, núm. 126, Vol. 2, 2022, p. 66.

[38] Cardona Rubert, M.B.: "Contenido y elementos principales del derecho a la protección de datos", Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social, núm. 148, 2021, pp. 97-112.

[39] COM(2020) 65 final. Pero es fundamental también que todos los operadores jurídicos contribuyan a la efectividad de los derechos fundamentales, y señaladamente la labor de los jueces y magistrados. Paradigmáticamente, puede

éticas para una inteligencia artificial fiable bajo los principios de respeto a la autonomía humana, prevención del daño, equidad y explicabilidad, unidos a los de supervisión humana, solidez y seguridad técnica, privacidad y gobernanza de datos, transparencia, diversidad, equidad y no discriminación, bienestar ambiental y social y responsabilidad[40].

4.-Además de la importancia de esta futura norma, en el plano más específicamente laboral, tampoco cabe olvidar la Propuesta de Directiva relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales, que incorpora reglas sobre "gestión algorítmica", con una apuesta decidida por la transparencia a través de un derecho de información, medidas de "supervisión humana de los sistemas automatizados" (art. 7) y una "revisión humana de decisiones importantes" (art. 8)[41].

5.- Asimismo, tampoco procede silenciar algunas iniciativas europeas de interés sobre la materia de momento de "soft law", pudiendo aludir a:

A) La Carta Europea de Inteligencia Artificial en los sistemas judiciales, que parte del necesario respeto a cuatro principios básicos[42]: 1) a los derechos humanos y no discriminación, para cuya garantía es preciso adoptar esta óptica desde la fase de concepción hasta la de aplicación, de forma que los resultados garanticen los derechos de la CEDH y el Convenio número 108 sobre protección de datos personales del Consejo de Europa; 2) a la seguridad y calidad, garantizando la integridad de los datos en todas las etapas del procesamiento; 3) a la transparencia de las metodologías y técnicas utilizadas en el procesamiento de las decisiones judiciales; 4) al control del usuario, traducido en el derecho a ser informado en un lenguaje claro y comprensible de la naturaleza vinculante o no vinculante de las soluciones propuestas, las diferentes opciones y la posibilidad de acceso a un tribunal.

B) El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano"[43]--, que ha recordado "la necesidad de consultar e informar a los trabajadores y sus representantes a la hora de introducir sistemas de inteligencia artificial que pudieran provocar cambios en la organización del trabajo, la vigilancia y su control, así como en los sistemas de evaluación y contratación de los trabajadores".

C) La Resolución del Parlamento Europeo de 3 de mayo de 2022, sobre la inteligencia artificial en la era digital[44], que recoge una hoja de ruta de la inteligencia artificial para la Unión Europea, con aprobación de varias propuestas para el desarrollo de la inteligencia artificial a largo plazo. Y ello, sobre la base de lo expuesto en un Informe final de la Comisión especial sobre Inteligencia Artificial

---

consultarse Monereo Pérez, J.L.: "Prueba de videovigilancia, tutela de los derechos fundamentales y justificación del despido disciplinario: límites y requisitos de razonabilidad jurídica", en Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 4, 2022. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2022-00000001819 . Asimismo, Rodríguez Escanciano, S.: "La videovigilancia de seguridad como prueba de ilícitos laborales ante la sospecha de comportamiento irregular", en Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 10, 2022.

[40] La inteligencia artificial fiable tiene tres componentes: 1) debe ser lícita y cumplir todas las leyes y reglamentos aplicables; 2) ha de ser ética, de modo que se garantice el respeto de los principios y valores éticos, y 3) debe ser robusta tanto desde el punto de vista técnico como social, a fin de asegurar que los sistemas de inteligencia artificial, incluso si las intenciones son buenas, no provoquen daños accidentales. https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1

[41] COM (2021) 762 fina

[42] Olarte Encabo, S.: "Algoritmos retributivos y no discriminación salarial de las mujeres", en Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención, Rivas Vallejo, P., Dir., Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 246.

[43] COM (2019) 168 final.

[44] 2020/2266 (INI).

en la Era Digital (AIDA), que pretende conseguir una posición común a largo plazo que garantice los valores y objetivos principales de la Unión Europea sobre la inteligencia artificial, al tiempo que dé continuidad a los esfuerzos legislativos de la Unión Europea en este marco con el fin último de que la inteligencia artificial aporte enormes beneficios a todos los ámbitos de la Unión Europea, desde la transición ecológica y la salud hasta la industria, la gestión pública, la agricultura y –por lo que aquí interesa-- el mercado de trabajo[45].

D) La Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas[46], que considera que, dentro de los límites de lo técnicamente posible, los desarrolladores, los desplegadores y los usuarios deben garantizar que la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas se despliegan y utilizan respetando plenamente los requisitos de transparencia y permitiendo la auditoría y trazabilidad. Además, las medidas de transparencia deben ir acompañadas, siempre que sea técnicamente posible, de explicaciones claras y comprensibles sobre los datos utilizados y el algoritmo, así como sobre su finalidad, sus resultados y sus riesgos potenciales[47].

E) El Programa Europeo Digital (2021-2027), que insiste en la necesidad de garantizar la transparencia en la toma de decisiones de algoritmos, apostando por la implantación de auditorías como técnica de monitoreo de los procesamientos algoritmos para tutelar su ajuste al ordenamiento jurídico y garantizar el respeto de un marco ético, además de informar, formar y sensibilizar a la ciudadanía[48].

F) La Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales, que parte de la promoción de la transformación digital centrada en las personas, el fomento de las capacidades digitales, el diseño de los productos digitales bajo el paradigma de la sostenibilidad ambiental, la privacidad y la protección de datos, así como la implantación de unas condiciones de trabajo justas y equitativas, saludables y seguras, contando con una protección adecuada en el entorno digital y en el puesto de trabajo físico con independencia de la modalidad o la duración del empleo.

G) La Brújula Digital 2030[49], que pretende aplicar políticas digitales que capaciten a las personas y las empresas para aprovechar un futuro digital centrado en el ser humano, sostenible y más próspero, apostando por la dotación de infraestructuras y la transformación digital de las empresas y los servicios públicos.

H) Todo este recorrido ha desembocado en la Propuesta de Directiva de Responsabilidad por Inteligencia Artificial, de 28 de octubre de 2022, de la que destacan la materia de la prueba para acreditar y reparar los daños generados por sistemas de inteligencia artificial calificados de alto riesgo; o la presunción de relación de causalidad en caso de culpa —debido a la dificultad de la prueba por los demandantes—, la cual tiene carácter *iuris tantum* porque es refutable por el demandado[50].

---

[45] García Quiñones, J.C.: "Inteligencia artificial y relaciones laborales: entre la significación creciente de los algoritmos y el desmentido de su neutralidad aparente", Temas Laborales, núm. 167, 2021, p. 114.

[46] 2020/2012/INL.

[47] Álvarez Cuesta, H.: "Inteligencia artificial: derecho de la UE y derecho comparado: la propuesta de una Ley sobre IA", en Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención, Rivas Vallejo, P., Dir., Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 394.

[48] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2018 (COM 2018 0434).

[49] COM (2021) 118 final

[50] Rodríguez Martín-Retortillo, R.: "Deber de transparencia y límites de la inteligencia artificial en las relaciones laborales", Trabajo y Derecho, núm. 102, 2023.

I) En fin, es significativo que el Acuerdo Marco de los Interlocutores Sociales europeos sobre Digitalización (2020)[51], contemple la posibilidad de introducción de la inteligencia artificial al mundo laboral dentro del poder de dirección empresarial sin perjuicio del derecho a la transparencia y el derecho del trabajador de solicitar la intervención humana y de impugnar la decisión.

3.2. Marco de Política jurídica y Derecho interno

Varios son, de un lado, los textos programáticos existentes en España sobre la materia, pudiendo mencionar sin ánimo exhaustivo:

1.-La Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial[52], que constituye uno de los ejes de la Estrategia España Digital 2026[53]. Su objetivo general es proporcionar un marco de referencia para el desarrollo de la inteligencia artificial con la finalidad de mejorar el tejido productivo español impulsando su competitividad, en el entendimiento de que esa inteligencia artificial debe ser inclusiva, sostenible y centrada en la ciudadanía. Contempla entre sus objetivos "el establecimiento de marcos regulatorios que delimiten y guíen el diseño de la inteligencia artificial para que las aplicaciones resultantes respeten los derechos de la ciudadanía".

2.- La Carta de Derechos Digitales[54], adoptada por el Gobierno en junio de 2021 en el marco de la citada Estrategia, recoge un conjunto de principios que deben inspirar la aprobación de los proyectos normativos y el desarrollo de las políticas públicas, con la finalidad de garantizar los derechos individuales y colectivos a los que también se refiere la citada Carta en el contexto de la nueva realidad digital. En concreto, en el ámbito laboral, reconoce los siguientes derechos a las personas trabajadoras "de acuerdo con la normativa vigente": 1º) "La protección de sus derechos a la intimidad personal y familiar, el honor, la propia imagen, la protección de datos y el secreto de las comunicaciones (…) en el caso de "la utilización de herramientas de monitoreo, analítica y procesos de toma de decisión en materia de recursos humanos y relaciones laborales, y en particular, la analítica de redes sociales. En caso de uso de tales dispositivos o herramientas se debe informar a la representación legal de las personas trabajadoras sobre los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo y el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles". 2º) "La garantía de sus derechos frente al uso por la entidad empleadora de procedimientos de analítica de datos, inteligencia artificial y, en particular, los derechos previstos en la legislación respecto del empleo de decisiones automatizadas en los procesos de selección de personal".

3.- El Programa Nacional de Algoritmos Verdes[55], acordado en octubre de 2021, en el marco de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, aplicando la inteligencia artificial en clave de sostenibilidad.

De otro lado, por lo que se refiere a la regulación heterónoma laboral propiamente dicha, cabe señalar que este sector del ordenamiento jurídico ha prestado escasa atención a la gestión algorítmica y, cuando lo ha hecho, se ha limitado a indicar que la utilización de estas tecnologías es un indicio de dependencia, de inclusión del trabajador en el círculo rector de dirección y organización empresarial

[51] https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/dl/N122/05%20El%20acuerdo%20marco%20europeo%20sobre%20digitalizaci%C3%B3n%20(Goerlich%20Peset).pdf
[52] https://portal.mineco.gob.es/es-es/ministerio/areas-prioritarias/Paginas/inteligencia-artificial.aspx
[53] http://espanadigital.gob.es/home
[54] https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf
[55] https://portal.mineco.gob.es/RecursosNoticia/mineco/prensa/noticias/2022/20221213_plan_algoritmos_verdes.pdf

en el trabajo en plataformas (Ley 12/2021)[56], a reconocer al comité de empresa el derecho a ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles (art. 64 ET)[57] o a alertar sobre el potencial discriminatorio de la inteligencia artificial apuntando algunas ideas sobre mecanismos para la prevención de la discriminación (minimización de sesgos, transparencia de los algoritmos, evaluaciones de impacto) y su control (rendición de cuentas), tanto en su diseño como en su entrenamiento (art. 23 Ley 15/2022)[58].

En fin, el V Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva de 2023 exige que el despliegue de sistemas de inteligencia artificial en las empresas deberá seguir el principio de control humano respecto a la inteligencia artificial y ser seguro y transparente. Mostrando la necesidad de que la negociación colectiva entre efectivamente en la implantación, regulación y control del uso de las nuevas tecnología digitales en las organizaciones productiva. En este sentido puede aprovecharse la flexibilidad del instrumento negocial no sólo para introducir formas de flexibilidad interna y de gestión en los procesos de tomas de decisiones, sino también como cauce adecuado para asegurar el pleno ejercicio de los derechos y libertades fundamentales en los lugares de trabajo y la correspondiente limitación de los poderes privados que se han visto reforzados con las posibilidad predictivas de comportamientos y la vigilancia y control que permiten las nuevas tecnologías[59].

4. LÍMITES DESDE ORDENAMIENTO DE PROTECCIÓN DE DATOS

El uso de algoritmos digitales en el mercado del trabajo implica de una manera u otra el manejo y procesamiento por parte de las empresas de datos masivos de las personas trabajadoras. Esta tecnología de última generación permite recopilar una inmensidad de datos y procesos de forma rápida y sencilla, tomando decisiones de manera automatizada sobre tal soporte (*people analytics*), posibilitando almacenar y tratar una cantidad enorme de información relativa a la persona del trabajador entremezclada con el quehacer laboral[60]. Desde la premisa de que el acopio de datos es la antesala de la propia parametrización de cualquier sistema inteligente, no cabe olvidar el elevado coste que conlleva en términos de debilitamiento de los derechos fundamentales (genéricos y específicamente laborales) de las personas trabajadoras. La información más inocente puede servir de proxy para revelar aspectos verdaderamente sensibles. Así, existe evidencia de que el código o dirección postal es una variable reveladora del origen racial de las personas y de su capacidad económica. Igualmente, la distancia entre el domicilio y el trabajo permite deducir la renta de una persona teniendo en cuenta los astronómicos precios de la vivienda en determinados espacios de muchas ciudades[61]. Es más, si

[56] Este indicio fue decisivo para que la Ley 12/2021 (que se ha dado en llamar "ley rider") introdujera una presunción específica de laboralidad para el trabajo en plataformas Rodríguez Cardo, I.A.: "Decisiones automatizadas y discriminación algorítmica en la relación laboral: ¿hacia un Derecho del Trabajo de dos velocidades?", Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 253, 2022.

[57] Mercader Uguina, J.R.: "Discriminación algorítmica en el trabajo y derecho fundamental a la transparencia: ¿debemos (podemos) regular los algoritmos?", El Foro de Labos, 15/10/2021, https://www.elforodelabos.es/2021/02/discriminacion-algoritmica-en-el-trabajo-y-derecho-fundamental-a-la-transparencia-debemos-podemos-regular-los-algoritmos

[58] Vicente Palacio, A.: "La inteligencia artificial en la Ley integrar para la igualdad y no discriminación", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 64, 2023.

[59] Monereo Pérez, J.L.: "El futuro de la negociación colectiva. Las transformaciones estructurales", en Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F., Esposito, M, Perán Quesada, S. (Dirs.): Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI, Granada, Comares, 2021, pp. 185 y ss.

[60] Álvarez Cuesta, H.: El futuro del trabajo vs. el trabajo del futuro, Madrid, Colex, 2017, p. 16.

[61] Ginés I Fabrellas, A.: "La gestión algorítmica del trabajo: nuevos retos jurídicos, tecnológicos y éticos", en Digitalización, recuperación y reformas laborales. XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho

se combinan diferentes datos, aparentemente inocuos, los hallazgos conseguidos pueden aportar una semblanza integral sobre el devenir vital de la persona trabajadora. E incluso, en un listado meramente ejemplificativo, también son frecuentes los sistemas automatizados de detección de emociones (psicogenia), que permiten anticipar conductas, predecir el estado anímico y emocional o detectar rasgos psicológicos o enfermedades.

Por tanto, cobra especial relevancia la necesidad de proteger el interés legítimo de estas personas de controlar sus datos personales insertos en los sistemas de comunicación empresariales porque sólo así van a poder evitar una afectación negativa a sus intereses profesionales. A tal fin, resulta del máximo interés que el responsable del tratamiento, *in casu*, el empresario, lleve a cabo un acopio de datos respetuoso, aplicando las medidas técnicas adecuadas para cumplir con la normativa de protección de datos en todos los momentos de la relación laboral (acceso, desarrollo y extinción)[62].

En concreto, dentro del sistema jurídico de protección de datos, el art. 22 RPD se refiere a las "decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles", imponiendo ciertas exigencias y cautelas.

4.1. Prohibición del tratamiento automatizado sin intervención humana: excepciones

En su apartado primero, el art. 22 RPD indica que "todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado cuando pueda producir efectos jurídicos sobre su persona", como pudiera ser, en paradigmático ejemplo, decisiones que denieguen a una persona una oportunidad laboral o la coloquen en gran desventaja[63].

Es más, en una primera aproximación, se podría entender que este es el caso de aquellas decisiones automatizadas relacionadas con la selección de personal, la evaluación de rendimiento, la valoración de competencias, etc., porque todas ellas tienen un efecto jurídico claro sobre las aspiraciones laborales de la persona trabajadora, ya sea sobre la celebración de un contrato de trabajo, ya sea sobre la modificación de las condiciones laborales, incluida la extinción del vínculo. Otra cuestión es dilucidar el nivel de intervención humana pertinente para revertir la prohibición, surgiendo dos interpretaciones posibles: de una parte, admitir cualquier grado por trivial que fuera; de otra —más correcta--, rechazar cualquier intervención humana que se limite a aplicar la decisión adoptada por el algoritmo sin ningún tipo de influencia no solo en el resultado final sino en los estadios de trámite excluyentes de la posibilidad de seguir participando en un determinado proceso[64].

Ahora bien, aun cuando el art. 22.1 RPD prohíbe, como regla general, las decisiones automatizadas sin intervención humana cuando "produzcan efectos jurídicos" o "afecten de forma similar y significativa al interesado", lo cierto es que seguidamente el art. 22.2 RPD, en su apartado a), permite las decisiones automatizadas "cuando el tratamiento sea necesario para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento". Este redactado supone un primer obstáculo, pues quedarían excluidas tanto la selección de personal cuanto el desarrollo de

---

del Trabajo y de la Seguridad Social, Alicante, 26 y 27 de mayo de 2022, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, p. 303.

[62] Rivas Vallejo, P.: "La gestión analítica de personas en la era digital: su impacto sobre los derechos fundamentales", en De la economía digital a la sociedad del e-work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva, Molina Navarrete, C. y Vallecillo Gámez, M.R., Dirs., Pamplona, Aranzadi, 2021, p. 263.

[63] Mercader Uguina, J.R.: Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022, p. 191.

[64] Todolí Signes, A.: Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación, Pamplona, Aranzadi, 2023, p. 77.

la relación laboral[65]. No obstante, es necesario acotar la expresión "necesario", en el bien entendido sentido de que el Grupo de Trabajo del art. 29 ha considerado que para entender que la toma de una decisión automatizada es necesaria, el responsable deberá demostrar que es la forma más apropiada para alcanzar el objetivo final, es decir, que no hay maneras menos intrusivas para alcanzar el resultado final, de manera que la intervención humana es imposible dado el elevadísimo número de datos procesados[66]. Nótese, asimismo, que el art. 28 Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDyGDD) admite los perfiles elaborados "para el análisis o la predicción de aspectos referidos a su rendimiento en el trabajo".

Es más, el apartado c) del art. 22.2 RPD, añade otra excepción, en referencia al "consentimiento explícito del interesado", que desactiva la prohibición anterior. Dadas las facilidades con las que contaría el empresario a la hora de obtener el *placet* del trabajador atendiendo a la posición débil de este último en el marco del contrato de trabajo, la Agencia Española de Protección de Datos ha aclarado que el consentimiento sólo se considera válido cuando: 1) la persona trabajadora pueda realmente elegir, sin que haya riesgo de engaño, intimidación, coerción o consecuencias negativas importantes si no se presta; 2) pueda ser retirado por parte de su titular, de ahí que deba incluirse una cláusula expresa en la declaración que se efectúe, en la que la retirada del consentimiento conlleve ninguna desventaja para quienes lo retiren; 3) se ofrezca la posibilidad de no ser otorgado, dando a conocer posibles alternativas[67].

Con todo, de la confluencia de ambas acotaciones de excepción a la regla general a las que se refiere el RPD, no cabe deducir sin más la nulidad de una decisión automatizada sin intervención humana, incluida la elaboración de perfiles, si se ha producido en el ámbito de una relación de trabajo o si ha sido consentida, a no ser que se trate de una opción totalmente descartada, de conformidad con el art. 9.1 LOPDyGDD, esto es, cuando el tratamiento con inteligencia artificial vaya referido a datos relativos origen racial, étnico, opinión política, confesión religiosa o filosófica, afiliación sindical, datos genéticos, biométricos, de salud, la vida sexual o la orientación sexual de una persona física[68].

4.2. El principio de transparencia

El art. 22 RPD recuerda también que si se toman decisiones automatizadas fundadas únicamente en el tratamiento de datos (sin participación humana), el responsable ha de informar al afectado sobre el razonamiento que subyace, aportando detalles sobre la lógica y explicando la importancia y consecuencias del proceso de almacenamiento, con el fin de que este último pueda formular alegaciones e impugnar una decisión final marcada por un sesgo o desviación de carácter discriminatorio[69]. Este derecho, según interpretación del Grupo de Trabajo del art. 29, implica la facultad de obtener información clara y simple (suficientemente comprensible) sobre el funcionamiento del proceso de elaboración de perfiles o adopción de decisiones de forma automatizada capaz de permitir formular impugnaciones. En concreto, el interesado tiene derecho a recibir información sobre el procesamiento automatizado en tres extremos: 1) qué aspecto va a ser objeto de una decisión

[65] Rivas Vallejo, P.: La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo y su impacto discriminatorio, Pamplona, Aranzadi, 2020, p. 337.

[66] Todolí Signes, A.: Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación, Pamplona, Aranzadi, 2023, p. 80.

[67] Agencia Española de Protección de Datos: Expediente núm. PS/00050/2021.

[68] Olarte Encabo, S.: "La aplicación de inteligencia artificial a los procesos de selección de personal y ofertas de empleo: impacto sobre el derecho a la no discriminación, Documentación Laboral, núm. 119, 2020, Vol., 1, p. 89.

[69] González Ruíz, F.J.: "Inteligencia artificial: implicaciones en materia de protección de datos", Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 950, 2019, p. 2.

total o parcialmente automatizada; 2) la lógica del algoritmo, es decir, los parámetros evaluados y su ponderación; 3) las consecuencias del proceso para la persona afectada[70].

Además, el responsable ha de dar noticia al afectado sobre: 1) las categorías de datos que se han utilizado o se utilizarán en la elaboración de perfiles o el proceso de toma de decisiones; 2) por qué tales categorías se consideran pertinentes; 3) cómo se elaboran los perfiles utilizados en el proceso de decisiones automatizadas, incluidas las estadísticas manejadas en el análisis; 4) por qué un determinado perfil es pertinente para el proceso de decisiones automatizadas; y 5) cómo se emplea para una decisión relativa a una concreta persona.

Siguiendo las indicaciones de la Agencia Española de Protección de Datos[71], debe facilitarse aquella información que permita entender el comportamiento del tratamiento, y aunque su contenido dependerá del tipo de inteligencia artificial empleada, parece necesario incorporar las siguientes referencias: 1) El detalle de los datos empleados para la toma de decisión, más allá de la categoría y, en particular, información sobre los plazos de uso de los datos (su antigüedad). 2) La importancia relativa que cada uno de ellos tiene en la toma de decisión. 3) La calidad de los datos de entrenamiento y el tipo de patrones utilizados. 4) Los perfilados realizados y sus implicaciones; 5) Los valores de precisión o error según la métrica más adecuada para medir la bondad de la inferencia; 6) La existencia o no de supervisión humana cualificada; 7) La referencia a auditorías, especialmente sobre las posibles desviaciones de los resultados de las interferencias, así como la certificación o certificaciones realizadas sobre el sistema de la inteligencia artificial; en concreto, en el caso de sistemas adaptativos o evolutivos, la última auditoría realizada; 8) En el supuesto de que el sistema de inteligencia artificial contenga información sobre terceros identificados, la prohibición de tratar esa información sin legitimación y de las consecuencias de realizarlo.

4.3. La práctica de auditorías

Además de la exigencia de una información significativa sobre la lógica aplicada, en línea con la existencia de un "derecho a la transparencia algorítmica", el art. 22 RPD recoge también la obligación de efectuar auditorías algorítmicas a cargo de los responsables del tratamiento, garantizando la evaluación periódica de los conjuntos de datos, del mismo modo que corresponde también a esos mismos responsables del tratamiento la introducción de procedimientos y medidas adecuados para evitar errores, imprecisiones o discriminaciones.

La referencia a las auditorías se reitera en varios preceptos del RPD, como el art. 28, cuando incluye dentro de las obligaciones del encargado del tratamiento, en el número 3. h), la de poner a disposición del responsable "... toda la información necesaria para demostrar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente artículo, así como para permitir y contribuir a la realización de auditorías, incluidas inspecciones, por parte del responsable o de otro auditor autorizado por dicho responsable"; el art. 39, cuando, entre las "funciones del delegado de protección de datos", señala, en su número 1. b), la de "supervisar el cumplimiento de lo dispuesto en el presente Reglamento, de otras disposiciones de protección de datos de la Unión o de los Estados miembros y de las políticas del responsable o del encargado del tratamiento en materia de protección de datos personales, incluida la asignación de responsabilidades, la concienciación y formación del personal que participa en las operaciones de tratamiento, y las auditorías correspondientes"; el art. 47, dedicado a las "Normas corporativas vinculantes", cuando dispone en su número 2 la inclusión imperativa entre dichas

[70] Todolí Signes, A.: Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación, Pamplona, Aranzadi, 2023, p. 82.

[71] Agencia Española de Protección de Datos: Adecuación al Reglamento de Protección de Datos de tratamientos que incorporan inteligencia artificial, Madrid, AEPD, 2020, p. 34.

normas, como mínimo, de "los mecanismos establecidos dentro del grupo empresarial o de la unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta para garantizar la verificación del cumplimiento de las normas corporativas vinculantes. Dichos mecanismos incluirán auditorías de protección de datos y métodos para garantizar acciones correctivas para proteger los derechos del interesado. Los resultados de dicha verificación deberían comunicarse a la persona o entidad a que se refiere la letra h) y al consejo de administración de la empresa que controla un grupo empresarial, o de la unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta, y ponerse a disposición de la autoridad de control competente que lo solicite" [art. 47.2.j)]; y el art. 58, que regula en su número 1 los poderes de investigación que corresponden a cada autoridad de control, entre los que se incluye "llevar a cabo investigaciones en forma de auditorías de protección de datos" [artículo 58.1.b)][72].

Por su parte, la Directiva 2019/1152, de 20 de junio, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, reconoce el derecho de los trabajadores a ser informados por escrito al comienzo del empleo sobre sus derechos y obligaciones de la relación laboral incluso en período de prueba, pero no se refiere de forma expresa a los sistemas de inteligencia artificial[73]. Algo distinto sucede en el Anteproyecto de Ley español destinado a la transposición de dicha Directiva[74], pues introduce, si bien de forma ambigua e inconclusa, un nuevo art. 8 bis en el ET para señalar la obligación empresarial de "informar a las personas trabajadoras de la utilización de sistemas automatizados de toma de decisiones… A tal efecto, la empresa deberá proporcionar a la persona trabajadora, cuando proceda, la información adicional acerca de dichos sistemas que se disponga reglamentariamente. Esta información deberá trasladarse de forma transparente, en un formato estructurado y de uso común".

5. LOS ASPECTOS COLECTIVOS DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN

Como ya consta, la utilización de inteligencia artificial basada en un aprendizaje automático sin supervisión o control humano en la toma de decisiones, en lugar de corregir el posible efecto discriminatorio y perjudicial para los derechos fundamentales, lo incrementa, a la vez que dificulta la identificación del elemento que lo desencadena[75], máxime cuando en el RPD no existe una protección categórica que garantice los derechos de las personas sujetas a decisiones basadas en algoritmos, ni siquiera a oponerse a que le sea aplicable un algoritmo, pues el marco de la protección de datos anteriormente esbozado limita su alcance al derecho a la información o explicación frente a la elaboración de perfiles[76].

Este derecho, reseñado en el mencionado art. 22 RPD, no implica la posibilidad de acceder al algoritmo (concreta fórmula matemática), sino solamente el conocimiento sobre las variables o métricas utilizadas para la elaboración de perfiles o toma de decisiones automatizadas, su ponderación en la ecuación final y las consecuencias laborales que pueden derivarse para la persona[77], pero debería

[72] García Quiñones, J.C.: "Inteligencia artificial y relaciones laborales: entre la significación creciente de los algoritmos y el desmentido de su neutralidad aparente", Temas Laborales, núm. 167, 2023, p. 96.

[73] Terradillos Ormaetxea, E.: "Los poderes de dirección y de control de la empresa y el derecho a la protección de datos", Documentación Laboral, núm. 126, Vol. 2, 2022, p. 72.

[74] https://expinterweb.mites.gob.es/participa/listado/download/b1cdbf75-f3cc-4528-a44b-2a4517537752

[75] Olarte Encabo, S.: "Algoritmos retributivos y no discriminación salarial de las mujeres", Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención, Rivas Vallejo, P., Dir., Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 341.

[76] Rivas Vallejo, P.: La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo y su impacto discriminatorio, Pamplona, Aranzadi, 2020, p. 108.

[77] Ginnes I Fabrellas, A.: "Sesgos discriminatorios en la automatización de decisiones en el ámbito laboral: evidencias de la práctica", en Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención, Rivas Vallejo, P., Dir., Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 319.

incluir también el conocimiento de los datos agregados y los perfiles elaborados[78]. En definitiva, aunque debería de facilitar una comprensión íntegra, certera y clara de cómo funciona el algoritmo y su impacto en las condiciones de trabajo, el legislador se ha quedado corto en el esbozo de este enunciado.

De ahí el interés de que, junto a la información individual que se deduce del art. 22 RPD y que es directa aplicación en el sistema normativo interno, la normativa vigente incluya un segundo plano colectivo regulado por el art. 64 ET. Así, el art. 64.4 d) ET recoge un principio de información colectiva, confiriendo a la representación legal de la plantilla el 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 afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles".

Intentando revertir la opacidad aparejada a los algoritmos, la información ha de permitir entender *cómo funciona el algoritmo y su impacto en las condiciones de* trabajo"[79]. La razón última de esta facultad es que los representantes puedan asegurarse de que la tecnología se utiliza de forma precisa, racional, no discriminatoria, proporcionada, legal y ética y a su vez sean capaces de transmitir dicha información a los trabajadores[80]. La Guía informativa del Ministerio de Trabajo sobre esta regulación entiende que dichos términos deben interpretarse como la obligación de la empresa de proporcionar información referente a, de un lado, las variables y los parámetros, entendidos como la importancia relativa de cada variable en el algoritmo; y, de otro, las reglas e instrucciones, referentes a las pautas de programación que conducen a la toma de la decisión. El propósito de esta Guía y la herramienta que la acompaña es reunir en un único documento las obligaciones y derechos existentes en materia de información algorítmica en el ordenamiento jurídico-laboral español. Esto es, de un lado, señalar las obligaciones de la empresa respecto a la información que debe facilitar a la representación legal de la plantilla y a las propias personas trabajadoras. Y, de otro lado, indicar qué información puede solicitar la representación legal de la plantilla y las propias personas trabajadoras de acuerdo con la normativa vigente.

Es cierto que las personas que componen los órganos de representación están sometidas al deber de sigilo, que habrá de ser reforzado para evitar filtraciones y quiebras de seguridad que pudieran comprometer la competitividad de la empresa o traerle aparejadas responsabilidades si no fuera la propietaria del algoritmo por haber adquirido a un tercero licencia para su uso[81]. No menos verdad resulta que expresamente se excluyen del deber de información los secretos industriales *ex* art. 65.4 ET, si bien no con carácter absoluto, pues el art. 2 Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales, aclara que la información constitutiva de un secreto industrial se considera lícita, entre otros supuestos, cuando se trate del derecho de los trabajadores a ser informados o consultados conforme al derecho comunitario (e interno, lógicamente). Ahora bien, pese a esta matización, el suministro del algoritmo completo o del código software subyacente es una solución poco probable dado el cuantioso valor económico de tales instrumentos.

---

[78] Álvarez Cuesta, H.: "La inteligencia artificial, el big data y los algoritmos: un paso más para ampliar la facultad de los representantes de los trabajadores", en Seminario internacional sobre nuevos lugares, distintos tiempos y modos diversos de trabajar: innovación tecnológica y cambios en el ordenamiento social, Fernández Domínguez, J.J. y Fernández Fernández, R., Dirs., Pamplona, Aranzadi, 2021, p. 383.

[79] VV.AA.: Información algorítmica en el ámbito laboral. Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral, Madrid, Ministerio de Trabajo, 2022, p. 11.

[80] Álvarez Cuesta, H.: "El impacto de la tecnología en las relaciones laborales: retos presentes y desafíos futuros", Revista Justicia y Trabajo, núm. 2, 2023, p. 45.

[81] Fernández Fernández, R.: Selección de trabajadores y algoritmos: desafíos ante las nuevas formas de reclutamiento, Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 91.

De todas formas la reflexión anterior deviene estéril, pues el precepto estatutario aludido en su tenor legal no va tan lejos. Solo exige que se informe de los "parámetros, reglas e instrucciones", es decir, de las métricas o variables utilizadas en el proceso de decisión[82], si bien sería incongruente con este ámbito objetivo ocultar para qué va a ser utilizado el algoritmo, la cantidad y el tipo de datos que está procesando y las consecuencias que puede provocar o ha provocado[83]. Estos son, por ende, los márgenes con los que juega la transparencia en el art. 64 ET[84]. Como obstáculo adicional, hay que tener en cuenta que no solo es necesario que las personas representantes de los trabajadores tengan conocimientos tecnológicos suficientes para entender el funcionamiento del sistema, sino que los propios directivos de las empresas han de contar con tales habilidades, pues normalmente se utilizan algoritmos programados y entrenados por terceras empresas, lo cual, por una parte, puede implicar un riesgo de elusión de la responsabilidad empresarial, y, por otra, puede conllevar un mal uso o un desconocimiento de sus impactos nocivos.

Señalar, igualmente, que tampoco exige dicho precepto que el informe sea previo a la introducción del sistema de gestión algorítmica con repercusión laboral, ni simultáneo al cambio o inmediato, ni se dice que deba abrirse un trámite de audiencia, ni de consulta-negociación (que abre un verdadero proceso de negociación con obligación de negociar bajo el principio de la buena fe), que sería la fórmula más pertinente si se atiende a lo previsto en el art. 64.5 f) ET, que reconoce el derecho de los representantes de los trabajadores a emitir informe (conforma de "consulta-informe") con carácter previo a la ejecución empresarial de la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimientos de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo.

Esta falta de garantía legal expresa de un derecho de información previa a la adopción de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificia es merecedora de crítica porque los representantes de los trabajadores se encontrarán de ordinario ante hechos ya consumados, pudiendo actuar tanto sólo "ex posterior", salvo la posible mejora del derecho de información a través de la negociación colectiva (lo cual, es obvio, sería aconsejable). Por el contrario, debería haberse establecido expresamente en el ET un derecho de información y consulta-negociación previa, de manera que en lugar de establecer una "información-control débil" –como se ha reconocido- se estaría ante un *"control reforzado*" (con el reconocimiento del derecho de información y consulta previa), que no alcanzaría al derecho de veto.

---

[82] Olarte Encabo, S.: "Algoritmos retributivos y no discriminación salarial de las mujeres", Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención, Rivas Vallejo, P., Dir., Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 252.

[83] Todolí Signes, A.: "Cambios normativos en la digitalización del trabajo. Comentario a la Ley Rider y los derechos de información sobre los algoritmos", Iuslabor, núm. 2, 2021, p. 50.

[84] Recuérdese que conforme al art. 64. 4 ET: "El comité de empresa, con la periodicidad que proceda en cada caso, tendrá derecho a: […] d) Ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan 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 trata de un derecho de información instrumental a efectos de poder influir en las decisiones que se adopten (información para implicación) y desde luego al propio tiempo de un derecho que permite un conocimiento fidedigno a efectos de controlar el impacto de tales parámetros, reglas e instrucciones que el soporte de los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial (información para el control). No se olvide tampoco que los delegados sindicales cuando no forman parte del Comité de Empresa tienen derecho a acceder a la misma información y documentación que ponga a su disposición el empleador (calificables en su conjunto como derechos de comunicación). Cfr. Art.10 3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical: "Los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, tendrán […] los siguientes derechos a salvo de lo que se pudiera establecer por convenio colectivo: 1.º Tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa, estando obligados los delegados sindicales a guardar sigilo profesional en aquellas materias en las que legalmente proceda". Estamos entonces ante un derecho sindical de información en sentido estricto y para uso y fines sindicales.

Con todo, el art. 64 ET no prohíbe la utilización de algoritmos como herramientas de gestión laboral, ni tampoco proscribe las decisiones automatizadas en este ámbito, ni exige la intervención humana en ningún momento del proceso. El propósito es más moderado. No es garantizar la protección del trabajador *a posteriori*, sino *a priori*, pero no mediante un trámite de audiencia previo a cada decisión, sino a través de una información más general. El legislador parte de la premisa de que las decisiones algorítmicas basadas en parámetros, reglas o instrucciones netamente objetivas sin sesgos de género, raza, nacionalidad, edad, etcétera y transparentes no provocarán en sí vulneración de derechos ni requerirán posteriormente medidas de corrección. Dicho en otros términos, el art. 64.4.d) ET toma como punto de arranque que el conocimiento de esos parámetros, reglas e instrucciones permitirá anticipar las respuestas del algoritmo y atajar disfunciones, porque el resultado discriminatorio sería provocado por la opacidad del algoritmo, es decir, porque entre esos parámetros, reglas o instrucciones se encuentra alguno que conduce a tal resultado. El derecho a la información permitiría detectarlo y eliminarlo incluso antes de que la gestión algorítmica se introdujera en la empresa[85].

En todo caso, la Guía para la aplicación práctica del art. 64 ET promociona la posibilidad de establecer, *vía convenio colectivo*, la obligación de negociar con los órganos de representación de los trabajadores el diseño y la puesta en marcha de algoritmos en la empresa, considerando este deber incluido en el marco de los procedimientos de consulta previstos en distintos pasajes de la norma estatutaria (despidos colectivos, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo o expedientes de regulación temporal de empleo). Es más, la obligación de negociar el algoritmo eventualmente utilizado para la determinación de las personas afectadas señala la obligación de las empresas de realizar una evaluación de impacto en aplicación de lo dispuesto en el art. 35 RPD y considera necesario llevar a cabo una auditoría algorítmica en aplicación de lo dispuesto en el art. 14 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales[86]. Ahora bien, son excepcionales hasta el momento los convenios colectivos sensibilizados con esta materia[87].

La redacción legal del art. 64 ET ha perdido también la oportunidad de introducir la obligación empresarial de contar con un registro algorítmico donde se incorporarían todas aquellas soluciones informáticas autónomas que tuvieran una afectación sobre la organización del trabajo, susceptible de consulta por las personas trabajadoras y sus representantes[88]. En este punto, cabe abrir un breve paréntesis para aclarar que, al menos dentro de las Administraciones Públicas, sí existiría el mencionado registro de cumplir lo contemplado en la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, donde se prevé la existencia de un "registro de sistemas automatizados en la Administración Pública que documente los sistemas automatizados ya existentes y futuros. Una de las tareas llevadas a cabo

[85] Rodríguez Cardo, I.A.: "Decisiones automatizadas y discriminación algorítmica en la relación laboral: ¿hacia un Derecho del Trabajo de dos velocidades?", Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 253, 2022.

[86] Gómez Gordillo, R.: "El poder de dirección y los algoritmos", Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Homenaje al profesor Santiago González Ortega, Barcelón Cobedo, S.; Carrero Domínguez, C. y De Soto Rioja, S., Coords., Monografías de Temas Laborales, núm. 64, 2023, p. 237.

[87] Cabe citar, a título ejemplificativo, el art. 80.5 XXIV CC del sector de la banca, en virtud del cual: "Las nuevas herramientas basadas en algoritmos pueden aportar valor hacia una gestión más eficiente de las empresas, ofreciendo mejoras en sus sistemas de gestión. Sin embargo, el desarrollo creciente de la aportación de la tecnología requiere de una implantación cuidadosa cuando se aplica en el ámbito de las personas. Por ello, las personas trabajadoras tienen derecho a no ser objeto de decisiones basadas única y exclusivamente en variables automatizadas, salvo en aquellos supuestos previstos por la Ley, así como derecho a la no discriminación en relación con las decisiones y procesos, cuando ambos estén basados únicamente en algoritmos, pudiendo solicitar, en estos supuestos, el concurso e intervención de las personas designadas a tal efecto por la empresa, en caso de discrepancia. Las empresas informarán a la representación legal de los trabajadores sobre el uso de la analítica de datos o los sistemas de inteligencia artificial cuando los procesos de toma de decisiones en materia de recursos humanos y relaciones laborales se basen exclusivamente en modelos digitales sin intervención humana. Dicha información, como mínimo, abarcará los datos que nutren los algoritmos, la lógica de funcionamiento y la evaluación de los resultados".

[88] Alvarez Cuesta, H.: "El impacto de la tecnología en las relaciones laborales: retos presentes y desafíos futuros", Revista Justicia y Trabajo, núm. 2, 2023, p. 45.

será la evaluación ética y legal de dichos sistemas cuyos objetivos serán reforzar la legitimidad y confianza en los sistemas automatizados de la Administración Pública"[89].

Por su parte, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales[90] detalla el contenido del deber de informar sobre el uso de sistemas automatizados de toma o apoyo de decisiones que afectan significativamente a las condiciones de trabajo, haciendo referencia a los siguientes extremos: 1) que tales sistemas estén en uso o en proceso de introducción; 2) las categorías de decisiones adoptadas o apoyadas por esos sistemas; 3) los principales parámetros que tienen en cuenta y la importancia relativa de dichos parámetros en la toma de decisiones automatizadas, incluida la forma en la que los datos personales o el comportamiento del trabajador influyen en las decisiones; 4) los motivos de las decisiones de restringir, suspender o cancelar la cuenta del trabajador, de denegar la remuneración por el trabajo realizado o de cualquier decisión sobre la situación contractual del trabajador o que tenga efectos similares[91].

6. LA AGENCIA ESPAÑOLA DE SUPERVISIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

El ordenamiento español ha procedido a la creación de una autoridad pública u organismo público de vigilancia del correcto uso de los algoritmos para asegurar que el comportamiento de las aplicaciones es correcto y es legal, quedando incontrovertida la fiabilidad del algoritmo[92]. Esta variable ha sido ya materializada mediante la figura de la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial, encargada del control de los algoritmos, que ha visto la luz con la disposición adicional 7ª Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, siguiendo la pauta previamente marcada por la disposición adicional centésima trigésima Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022.

De conformidad con lo previsto en el artículo 91 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, se autoriza su creación como organismo público con personalidad jurídica pública, patrimonio propio, plena capacidad de obrar y potestades administrativa, inspectora y sancionadora que se le atribuyan en aplicación de la normativa nacional y europea en relación con el uso seguro y confiable de los sistemas de inteligencia artificial (disposición adicional séptima. uno). En relación con los fines que deben guiar la actuación de la Agencia, se alude, por su orden, a: "a) La concienciación, divulgación y promoción de la formación, y del desarrollo y uso responsable, sostenible y confiable de la inteligencia artificial; b) La definición de mecanismos de asesoramiento y atención a la sociedad y a otros actores relacionados con el desarrollo y uso de la inteligencia artificial; c) La colaboración y coordinación con otras autoridades, nacionales y supranacionales, de supervisión de inteligencia artificial; d) El fomento de entornos reales de prueba de los sistemas de inteligencia artificial, para reforzar la protección de los usuarios; e) La supervisión de la puesta en marcha, uso o comercialización de sistemas que incluyan inteligencia artificial y, especialmente, aquellos que puedan suponer riesgos significativos para la salud, seguridad y los derechos fundamentales" (disposición adicional séptima. dos)[93].

---

[89] https://portal.mineco.gob.es/es-es/ministerio/areas-prioritarias/Paginas/inteligencia-artificial.aspx

[90] COM/2021/762 final.

[91] Fernández García, A.: "Inteligencia artificial y discriminación en el trabajo", en La mujer ante los retos del trabajo 4.0, Romero Burillo, A.M., Dir., Pamplona, Aranzadi, 2023, p. 97.

[92] Rivas Vallejo, P.: "La gestión analítica de personas en la era digital: su impacto sobre los derechos fundamentales", en De la economía digital a la sociedad del e-work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva, Molina Navarrete, C. y Vallecillo Gámez, M.R., Dirs., Pamplona, Aranzadi, 2021, p. 278.

[93] García Quiñones, J.C.: "Inteligencia artificial y relaciones laborales: entre la significación creciente de los algoritmos y el desmentido de su neutralidad aparente", Temas Laborales, núm. 167, 2023, p. 87.

El desarrollo de su régimen jurídico se ha llevado a cabo mediante Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, cuyo art. 4 determina como tareas esenciales: "la supervisión, el asesoramiento, la concienciación y la formación dirigidas a entidades de derecho público y privado para la adecuada implementación de toda la normativa nacional y europea en torno al adecuado uso y desarrollo de los sistemas de inteligencia artificial, más concretamente, de los algoritmos". Asimismo, desempeñará "la función de inspección, comprobación, sanción y demás que le atribuya la normativa europea que le resulte de aplicación y, en especial, en materia de inteligencia artificial. Todo ello sin menoscabo de las competencias y funciones que en este ámbito vienen ejerciendo el Ministerio de Sanidad y la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, en el ámbito de los medicamentos, productos sanitarios y evaluación de nuevas tecnologías para inclusión en la Cartera de Servicios del Sistema Nacional de Salud, así como el Ministerio de Trabajo y Economía Social y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en su función de vigilancia del cumplimiento de las normas del orden social y exigencia de responsabilidades, en el ámbito de las relaciones laborales".

Además, se ocupará de "la minimización de los riesgos que puede suponer el uso de esta nueva tecnología, el adecuado desarrollo y potenciación de los sistemas de inteligencia artificial, (de manera que) en el ámbito de la competencia estatal, ejercerá las funciones de autoridad responsable de la supervisión, y en su caso sanción, de los sistemas de inteligencia artificial con el objeto de eliminar o reducir los riesgos para la integridad, la intimidad, la igualdad de trato y la no discriminación, en particular entre mujeres y hombres, y demás derechos fundamentales que pueden verse afectados por el mal uso de los sistemas".

7. LA NECESIDAD DE INTRODUCIR MAYORES GARANTÍAS

A pesar de estos avances normativos, la falta de información y transparencia de los algoritmos continúa siendo un reto jurídico que debe abordarse, pues, por una parte, el RPD se refiere a decisiones íntegramente automatizadas, excluyendo aquellas en las que también hay intervención humana (para las cuales este derecho a la información no se ha reconocido) y, por otra, el art. 64.4 ET alude a los "parámetros y métricas" utilizadas por el algoritmo pero no a los efectos que dicho instrumento genera al no ir acompañado de la información estadística sobre el impacto del uso de dicha tecnología inteligente[94]. El estudio del Consejo de Europa, titulado *On the human rights dimensions of automated data processing techniques (in particular algorithms) and posible regulatory implications* de 2017, profundizó en la dimensión de los derechos humanos respecto del tratamiento y del uso de algoritmos, concretamente los derivadas de la elaboración de rankings y la ordenación de criterios de preferencia sobre trabajadores con efectos que pueden comprometer las oportunidades de su carrera profesional y que suponen retos adicionales en la protección de los derechos fundamentales que exigen la introducción de criterios éticos y criterios de transparencia y auditoría, así como el derecho a la información en el uso de algoritmos[95].

Bajo tales premisas, una ordenación completa de las decisiones empresariales automatizadas deviene clave no sólo para evitar las prácticas invasivas en lo personal sino para cercenar los posibles efectos sesgados capaces de conllevar, además, resultados discriminatorios y lesivos sobre otros derechos fundamentales[96]. La participación del legislador laboral y la acción del ejecutivo no deben

[94] Ginnes I Fabrellas, A.: "Sesgos discriminatorios en la automatización de decisiones en el ámbito laboral: evidencias de la práctica", en Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención, Rivas Vallejo, P., Dir., Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 321.

[95] Rivas Vallejo, P.: "La gestión analítica de personas en la era digital: su impacto sobre los derechos fundamentales", en De la economía digital a la sociedad del e-work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva, Molina Navarrete, C. y Vallecillo Gámez, M.R., Dirs., Pamplona, Aranzadi, 2021, p. 272.

[96] Cruz Villalón, J.: "El impacto de la digitalización sobre los derechos fundamentales laborales", en Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital, Pamplona, Aranzadi, 2020, p. 60.

demorarse por más tiempo, pues pueden servir para promocionar cauces de entendimiento aceptables para todas las partes, mientras que la abstención hace presagiar un largo ciclo de conflictos[97]. Es imprescindible, a la postre, introducir fórmulas jurídicas para garantizar los siguientes extremos:

1.- Mayor transparencia de los sistemas de inteligencia artificial tanto individual como colectiva, garantizando información a los trabajadores y a sus representantes sobre la existencia de decisiones automatizadas, los datos recolectados, las variables utilizadas y sus efectos[98]. El Grupo de Trabajo del art. 29 recomienda ofrecer información sobre[99]: 1) las categorías de datos que se han utilizado o se utilizarán en la elaboración de perfiles o el proceso de toma de decisiones; 2) por qué estas categorías se consideran pertinentes; 3) cómo se elaboran los perfiles utilizados en el proceso de decisiones automatizadas, incluidas las estadísticas utilizadas en el análisis; 4) por qué este perfil es pertinente para el proceso de decisiones automatizadas; y 5) cómo se utiliza para una decisión relativa al interesado.

2.- Incorporar la intervención humana (*human-in-command*)[100] en las decisiones de empleabilidad, de acceso y mantenimiento del empleo, tal y como señalan el Comité Económico y Social Europeo[101] y la Comisión Europea[102], en el bien entendido sentido de que esta participación humana no puede ser un mero gesto simbólico sino que debe alcanzar el grado de significativa sin que tampoco pueda quedar en exclusiva en manos del proveedor o en manos del empresario (cliente). Además, debe llevarse a cabo por parte de una persona autorizada y competente para modificar la decisión[103]. En todo caso, debe evitarse "el diseño de sistemas con la orientación `palanca del hombre muerto' y dar siempre la opción a que un operador humano pueda ignorar o modular el algoritmo en un momento dado"[104].

En todo caso, las persona encargada de intervenir en el sistema deberá estar habilitada para[105]: a) entender por completo las capacidades y limitaciones del dispositivo y controlar debidamente su

[97] Gómez Gordillo, R.: "El poder de dirección y los algoritmos", Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Homenaje al profesor Santiago González Ortega, Barcelón Cobedo, S.; Carrero Domínguez, C. y De Soto Rioja, S., Coords., Monografías de Temas Laborales, núm. 64, 2023, p. 233.

[98] Ginnes I Fabrellas, A.: "Sesgos discriminatorios en la automatización de decisiones en el ámbito laboral: evidencias de la práctica", en Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención, Rivas Vallejo, P., Dir., Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 325.

[99] Kahale Carrillo, D.T.: "Los algoritmos en las relaciones laborales", Relaciones laborales e industria digital: redes sociales, prevención de riesgos laborales, desconexión y trabajo a distancia en Europa, Fernández Collados, M.B., Dir., Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 53. En una perspectiva más general, Pérez de los Cobos Orihuel, F., y Thibault Aranda, X. (Dirs.): El trabajo a distancia, Madrid, La Ley, 2021.

[100] Comisión Europea: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano", 8 de abril de 2019.

[101] Comité Económico y Social Europeo: Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad (INT/806/2016), que recomienda encarecidamente que "la Ley de Inteligencia Artificial contemple que determinadas decisiones sigan correspondiendo a las personas, especialmente en ámbitos donde estas decisiones tengan un elemento moral e implicaciones jurídicas o repercusión social, como en los ámbitos judicial y policial, los servicios sociales, la sanidad, la vivienda, los servicios financieros, las relaciones laborales y la enseñanza".

[102] Comisión Europea: Generar Confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, al Comité Económico y social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas, 8 de abril de 2019 [COM (2019) 168 final].

[103] Agencia Española de Protección de Datos: La protección de datos en las relaciones laborales, Madrid, AEPD, 2021, p. 24.

[104] Agencia Española de Protección de Datos: Adecuación al RPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción, Madrid, AEPD, 2020, p. 22.

[105] Mercader Uguina, J.R.: Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, p. 190.

funcionamiento, de modo que puedan detectar indicios de anomalías, problemas de funcionamiento y comportamientos inesperados para poner solución lo antes posible; b) revertir la posible tendencia a confiar en exceso en la información de salida generada por el sistema de inteligencia artificial (”riesgo de automatización”); c) interpretar correctamente la información de salida, teniendo en cuenta las herramientas y los medios disponibles; d) decidir, en cualquier situación concreta, no utilizar el sistema o desestimar, invalidar o neutralizar la información de salida generada; e) interrumpir el funcionamiento del sistema mediante un proceso de fácil implementación.

3.- Realizar evaluaciones de impacto algorítmico en la fase piloto en aras a la detección precoz de posibles sesgos, fallos, errores y riesgos para los principios éticos y para los derechos de las personas trabajadoras (incluida su salud laboral) posibilitando la adopción de medidas correctoras a través de herramientas de medición precisas que prevengan resultados nocivos “desde el diseño y por defecto”[106]. Dichas evaluaciones deben realizar una comparación entre el rendimiento obtenido por un operador humano cualificado frente a los resultados arrojados por el modelo automatizado. Adicionalmente, las evaluaciones de impacto deberán de ser públicas y transparentes y entregarse a los representantes legales de los trabajadores y a la autoridad competente a efectos de su registro.

4.- Introducir evaluaciones permanentes de sus posibles variaciones con el fin de que el algoritmo no acabe “automodificando” su programación, dada la evolución constante y el propio aprendizaje del algoritmo[107]. Los algoritmos deberían estar programados para evaluarse a sí mismos a través de las denominadas “pruebas de caja negra” (black box testing) en aras a demostrar que cumplen con ciertos principios, de manera que el contenido de esa auditoría debería fijarse en analizar aspectos fundamentales, como son, el cumplimiento legal y ético, la aceptabilidad y la gestión adecuada de los datos[108]. Como con acierto ha señalado la Agencia Española de Protección de Datos, la evaluación debe desarrollarse durante todo el ciclo de vida desde la legitimidad ética de los tratamientos hasta los efectos de estos y su impacto colateral[109].

5.- Diseñar eficientes auditorías, bien administrativas o a cargo de entidades certificadoras, que se ocupen de valorar los resultados o efectos de la automatización de las decisiones, contando con la participación activa (y no meramente pasiva) de la representación del personal, que deben ser formados e informados, al igual que los propios empleados, sobre los fundamentos, variables, parámetros y reglas que utiliza el algoritmo para entender las implicaciones del sistema y estar protegidos (estos últimos) frente a eventuales represalias, contando además con mecanismos de impugnación interna de las decisiones ante una persona de contacto con capacidad para debatir y aclarar los hechos, circunstancias y motivos que hayan llevado a la decisión automatizada[110].

En fin, tales auditorías acreditarían que “las decisiones son independientes de cualquier sesgo de entrada… y que los resultados finales son veraces, justos, precisos, sin omisiones y respetuosos con los derechos y libertades de las personas trabajadoras…, (siendo conveniente) que el Estado dote a las Inspecciones de Trabajo de los recursos necesarios para poder ejecutar tales auditorías creando

---

[106] Fernández Fernández, R.: Selección de trabajadores y algoritmos: desafíos ante las nuevas formas de reclutamiento, Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 79.

[107] Todolí Signes, A.: “Riesgos laborales derivados del uso de algoritmos: impacto de género”, en Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención, Rivas Vallejo, P., Dir., Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 344.

[108] VV.AA.: Guía de auditoría algorítmica, Barcelona, Éticas Research and Consulting S.L, 2021, p. 6.

[109] Agencia Española de Protección de Datos: Adecuación al RPD de tratamientos que incorporarán inteligencia artificial. Una introducción, Madrid, AEPD, 2020, p. 7.

[110] Álvarez Cuesta, H.: “Inteligencia artificial: derecho de la UE y derecho comparado: la propuesta de una Ley sobre IA”, en Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención, Rivas Vallejo, P., Dir., Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 399.

unidades especializadas a tal efecto que tendrán la potestad legal de comprobar la idoneidad del desempeño de cualquier algoritmo aplicable en las relaciones laborales"[111]. Como no podía ser de otra manera, el fin de la auditoría será identificar o anticipar errores y amenazas (reales o potenciales), estableciendo cauces de solución[112].

8. CONCLUSIONES

Ambas tecnologías (inteligencia artificial y algoritmos) resultan ser ciertamente novedosas, habiéndose incorporado al mundo del trabajo de manera irreversible, generando progresos para la productividad empresarial, pero, a su ve, nuevos escenarios inquietantes en el Derecho Laboral y, más concretamente, en lo que se refiere a la protección jurídica de las personas trabajadoras[113]. Es más, la aparente neutralidad, objetividad y asepsia de los mecanismos automatizados de decisión empresarial juega sin duda en contra de la tutela de los derechos afectados, por cuanto la técnica del aprendizaje profundo en la que consisten estas sofisticadas herramientas, a partir de los datos de alimentación por parte de algoritmos que autoaprenden de ellos e infieren conclusiones, utilizadas para asesorar pareceres, impide establecer una clara conexión entre tales datos de alimentación (macrodatos) y las conclusiones a las que llega el modelo matemático[114]. Y ello porque cualquier forma de inteligencia artificial en el mundo laboral requiere de dos acciones separadas: en primer lugar, es necesario obtener los datos de las personas trabajadoras para "alimentar" las fórmulas matemáticas y, en un segundo momento, utilizar la inteligencia artificial en el caso concreto. La perversidad de este funcionamiento es, precisamente, la dificultad de conocer dónde se encuentra el sesgo de la decisión y detectar el fallo a fin de impugnar la decisión empresarial, de ahí la necesidad de completar la escasa normativa existente sobre la materia procediendo a introducir las cautelas de transparencia y evaluación oportunas.

No cabe sino compartir que los problemas y desafíos a encarar no surgen de la implementación de tecnologías inteligentes, sino de su "inadecuado" uso en la dinámica de las decisiones empresariales[115], unido al surgimiento de espacios de ausencia de ordenación legal o de ordenación a la baja de los mecanismos de protección de los derechos de los trabajadores o bien a la falta de sensibilidad ante la preterición. El Derecho del Trabajo no puede permanecer impasible, al menos si aspira a cumplir su finalidad de proporcionar equilibrio entre las legítimas aspiraciones empresariales y los derechos de los trabajadores, y por ello se reclaman con insistencia avances en lo que se ha dado en llamar "gobernanza algorítmica", amén de la necesidad de elaborar reglas específicas de actuación y cauces de responsabilidad para responder de los daños causados por estas tecnologías[116].

Por tales razones, es necesaria una cierta intervención normativa para reconducir los márgenes de maniobra que puedan resultar invasivos o elusivos de medidas tuitivas, contando con el complemento ineludible de la negociación colectiva como elemento vertebrador primordial, no en vano los interlocutores sociales están en disposición de "establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con la salvaguarda de derechos de las personas trabajadoras en los

[111] UGT: Las decisiones algorítmicas en las relaciones laborales, Madrid, UGT, 2021, pp. 6-7.

[112] Mercader Uguina, J.R.: Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, p. 188.

[113] Aragüez Valenzuela, L.: "El papel de los representantes de los trabajadores y la negociación colectiva ante la toma automatizada de decisiones empresariales mediante algoritmos digitales", Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, vol. 11, núm. 1, 2023, p. 129.

[114] Rivas Vallejo, P.: "Sesgos de género en el uso de inteligencia artificial para la gestión de las relaciones laborales: análisis desde el derecho antidiscriminatorio", e-Revista Internacional de Protección Social, vol. II, núm. 1, 2022, p. 61.

[115] González Cobaleda, E.: "Nuevas tecnologías, tiempo de trabajo y prevención de riesgos psicosociales", en Anuario internacional sobre prevención de riesgos psicosociales y calidad de vida en el trabajo, Madrid, UGT, 2016, p 267.

[116] Rodríguez Cardo, I.A.: "Decisiones automatizadas y discriminación algorítmica en la relación laboral: ¿hacia un Derecho del Trabajo de dos velocidades?", Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 253, 2022.

procesos de transformación digital automatizada y en la determinación de las consecuencias laborales que la misma pude implicar"[117], esbozando también acciones positivas para mitigar el factor exclusión asociado a la tecnología inteligente[118].

En fin, si queremos una tecnología de trabajo decente y bajo control humano, como pretende la OIT, debemos asegurarnos de que los sistemas algorítmicos tienen un impacto justo en la vida de las personas y que están en línea con los valores de la democracia, el estado de derecho y los derechos fundamentales[119].

[117] Gobierno de España: Carta de Derechos Digitales, 2021, p. 23.

[118] Vila Tierno, F.: "El impacto de la transformación digital en el ámbito laboral: una especial atención a los colectivos vulnerables", El empleo de los colectivos vulnerables en el marco de la transformación tecnológica: una aproximación jurídico-social, Gómez Salado, M.A. y Ruíz Santamaría, J.L., Dir., Granada, Comares, 2022, p. 24.

[119] Goñi Sein, J.L.: "Innovaciones tecnológicas, inteligencia artificial y derechos humanos en el trabajo", Documentación Laboral, núm. 117, vol. II, 2019, p. 69.

Estudios Doctrinales

Laborum

nº 8 (3er Trimestre 2023)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

La teoría de la empresa moderna: la aportación de Thorstein Veblen

The modern theory of the firm: the contribution of Thorstein Veblen

José Luis Monereo Pérez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
Director de las Revistas de Derecho de la Seguridad Social y Crítica de las Relaciones de Trabajo, Laborum
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L. «La teoría de la empresa moderna: la aportación de Thorstein Veblen». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 8 (2023): 41-66.

Resumen

Veblen intervino con el grupo heterogéneo de intelectuales críticos en la revuelta contra el formalismo imperante (la revuelta contra el formalismo operado en todos los campos del saber, incluido el Derecho). Pero, además, planteó la realidad de polarización creciente de la sociedad norteamericana que propiciaban las políticas liberales de principios del siglo veinte. Esa polarización regía en el sistema de clases en general, pero también en el mundo de la empresa y de las relaciones laborales: entre los que llamaba "capitanes de industria" (empresarios/hombre de negocios) y la "subyacente población" (los trabajadores; aunque también el conjunto de las clases populares).

Palabras clave

Homo oeconomicus, Teoría "institucional" de la empresa, sociedad opulenta, gestión de la empresa como técnica de "ingeniería", clase ociosa, teoría del sindicalismo, negociación colectiva.

Abstract

Veblen intervened with the heterogeneous group of critical intellectuals in the revolt against the prevailing formalism (the revolt against formalism operating in all fields of knowledge, including Law). But, in addition, it raised the reality of the growing polarization of American society that the liberal policies of the early twentieth century fostered. This polarization prevailed in the class system in general, but also in the world of business and labor relations: between what he called "captains of industry" (entrepreneurs/businessmen) and the "underlying population" (the workers; but also, the popular classes as a whole).

Keywords

Homo oeconomicus, "Institutional" theory of the firm, affluent society, management of the firm as an "engineering" technique, idle class, theory of trade unionism, collective bargaining.

"Siempre se pondrá en tela de juicio la magnitud de la influencia de Veblen. La suya es, sin discusión, la verdadera personalidad original del pensamiento económico americano"

John Kenneth Galbraith[1]

1. INTRODUCCIÓN

Desde finales del siglo XIX, la sociología Norteamericana ha tenido un gran desarrollo. Han existido dos corrientes de la sociología americana, la conservativa o conservadora de Summer a Parsons y la radical de Veblen a Mills, especialmente en lo relativo al conocimiento de la propia sociedad en sus principios y en sus diversos elementos[2]. En su libro *Teoría de la clase ociosa* (subtitulada, *Un*

[1] Galbraith, J.K.: La sociedad opulenta (1958), Barcelona, Planeta-Agostini, 1992, p.71.
[2] Dahrendorf, R.: Sociedad y sociología, Madrid, Tecnos, 1966, pp.17 y 23.

Fecha Recepción: 15/09/2023 - Fecha Revisión: 19/09/2023 - Fecha Aceptación: 19/09/2023
Págs. 41-66

estudio económico sobre la evolución de las instituciones)[3], aparecido en 1899, analiza la dicotomía fundamental, desde su punto de vista, entre los productivos y los improductivos, entre el instinto de laboriosidad y el innecesario e insoportable despilfarro del ocio ostentoso. El lujo social de la clase ociosa es el resultado coherente del régimen de la propiedad privada y de su dominio de las fuentes de riqueza. Son los capitanes de industria los que consiguen al mismo tiempo, en virtud de su propiedad, el ocio y el poder. El Gobierno estatal acaba por encarnar la defensa de los intereses de los negocios (*Teoría de la empresa de negocios*)[4]. Veblen se muestra crítico respecto al "hombre de negocios" de la modernidad, pero encuentra positiva la función del "ingeniero" o experto técnico que trabaja productivamente.

Veblen es uno de los grandes pensadores críticos incómodos para el sistema establecido de la sociedad norteamericana[5]. La confianza en una transformación radical la ponía en un "soviet practicable de técnicos" -*The Engineers and Price System*[6]. Hay que tener en cuenta que la derivación de la teoría clasista a la de las élites, e incluso a la de camarilla conspiradora en la sociedad norteamericana, que asoma en Lundberg, encuentra una proyección final en otro gran crítico en esta dirección, C. Wright Mills, admirador de Veblen, discípulo de Lynd y lector asiduo de Lundberg. En su obra *Power Elite* trató de demostrar Mills en 1956 que la sociedad norteamericana contemporánea presenta una extraordinaria concentración de poder político y económico[7].

Hay que tener en cuenta que desde una perspectiva histórica, Veblen fue casi el único pensador importante que negó al capitalismo su legitimidad histórica[8] y como supuesto productor de progreso. Su análisis no pretendió convertirse en pura legitimación de las instituciones y del sistema de poderes existentes. Veblen es un clásico que sigue mirando de modo desafiante al capitalismo y a su lógica

[3] Veblen, T.H.: Teoría de la clase ociosa (1899), trad. de Vicente Herrero, México, FCE, 1963; Veblen, T.H.: Teoría de la clase ociosa (1899), trad. Vicente Herrero, Barcelona, Ediciones Orbis, 1987.

[4] Veblen, T.H.: Teoría de la empresa de negocios, traducción Carlos Alberto Trípoli, revisión técnica y estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2009.

[5] Un estudio completo sobre su pensamiento, su teoría de la empresa y la crítica de la sociedad contemporánea, en Monereo Pérez, J.L.: La teoría crítica social de Thortein Veblen. Sociedad opulenta y empresa de negocios, Granada, Comares, 2010.

[6] New York, Viking Press, 1921.

[7] Dahrendorf, R.: Sociedad y sociología, Madrid, Ed. Tecnos, 1966, pp.63-65. La calificación que hace Dahrendorf de Veblen como "marxista tecnocrático" es manifiestamente excesiva e impropia, porque Veblen no era marxista, aunque estaba muy influido por el marxismo. Todo lo más, se podría hablar de una especie de "socialismo tecnocrático". Una exposición más detenida del pensamiento de Wright Mills, aunque con algunos planteamientos discutibles, puede hallarse en el capítulo 17, pp. 201 y sigs. Aunque desde una perspectiva más económica es interesante tomar en consideración la función incierta del poder público en los Estados Unidos. Véase, al respecto, Shonfield, A.: El capitalismo moderno. El cambio de equilibrio de los poderes público y privado, México, FCE, 1967, espec., cap. XIII, pp.338 y sigs.

[8] Hay que tener en cuenta la deriva del socialismo democrático hacia una estrategia reformista, una vía pacífica y gradual de implantación del socialismo. Ello supuso una deriva transaccional distinta a la postulada por Veblen, el cual no veía otra solución que la del "soviet de ingenieros" en sustitución de los empresarios, especialmente del capital financiero. Esa estrategia conllevó un elevado grado de integración crítica de los socialistas occidentales en la estructuras instituciones del capitalismo avanzado. Fenómeno especialmente consumado a partir de la segunda postguerra mundial. La consecuencia fue el desarrollo de un modelo de capitalismo del bienestar, que ponía límites a la soberanía del mercado. Véase al respecto, Monereo Pérez, J.L.: Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral, Madrid, Consejo Económico y Social, 1996; Monereo Pérez, J.L.: Fundamentos doctrinales del derecho social en España, Madrid, Trotta, 1999; y la obra clásica de Menger, A.: El Estado democrático del trabajo. El derecho el producto íntegro del trabajo, edición y estudio preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Ed.Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004; y en una perspectiva de conjunto, véase Birnbaum, N.: Después del progreso. Reformismo social estadounidense y socialismo europeo en el siglo XX, Barcelona, Tusquets Editores, 2003. Para la identificación de los rasgos institucionales característicos del orden económico que gradualmente ha emergido en el capitalismo de la postguerra, véase Shonfield, A.: El capitalismo moderno. El cambio de equilibrio de los poderes público y privado, México, FCE, 1967, donde se concluye que más allá de la diferente intensidad de la intervención institucional se aprecia una tendencia hacia la elaboración de políticas activas de gobierno activo.

depredadora; es un clásico, al mismo tiempo, porque su lectura continúa siendo fuente de inspiración y de comprensión explicativa para el presente. Sus obras principales sobre sociología económica y sociología del ocio son obras luminosas que influyeron en toda las elaboraciones posteriores y lo siguen haciendo con una intensidad que no ha decrecido en lo sustancial. De ahí la fuerza de su teoría crítica evolucionista, aunque no exenta de grandes contradicciones en el discurso interno. Negó, en efecto, que el capitalismo tuviera una fuerza "progresista" que pudiera entenderse productiva y racional, independientemente de sus aspectos negativos. Consideró que en gran medida el comportamiento capitalista era irracional y esencialmente hedonista; un fenómeno casi atávico que no reflejaría tanto la fría prudencia del hombre burgués como los hábitos residuales -las pervivencias- de las sociedades primitivas (elemento de barbarie)[9]. En el sistema del capitalismo fallaban no sólo sus instituciones fundamentales (propiedad, empresa de negocios, mercado, etc.), sino también la concepción antropológica imperante del *homo oeconomicus*[10], vinculado al origen y desarrollo del capitalismo. En cierta medida, Veblen sería el precursor de la antropología económica como disciplina[11]. En efecto, sus críticas a la filosofía económica tradicional se centraban especialmente en que la teoría económica no estaba en condiciones de poder explicar correctamente, por sí misma, la dinámica de la economía y la conducta de los agentes implicados. Es así que la teoría económica ortodoxa debería ser desplazada por una nueva teoría más comprensiva de los fenómenos económicos y sociales, una teoría basada en los datos de la etnología y de la antropología[12].

Veblen había destacado que la economía no podía ser separada de las manifestaciones culturales de una sociedad. La misma tecnología está inevitablemente imbricada con el estado de cultura; ella misma no se limita a ser un elemento material, es igualmente un proceso social. Un proceso complejo que combina medios materiales y personas, conocimiento e instrumentos de trabajo en un nexo organizado. Veblen puso de manifiesto que la economía no tenía una existencia separada del entramado social, pues, como dirá después Polanyi, está incrustada en otras instituciones sociales[13]. No se puede desconocer *las condiciones institucionales de la actividad económica.* Precisamente los

[9] Diggins, J.P.: El bardo del salvajismo.Thorstein Veblen y la teoría social moderna, México, FCE, 1983, p.11. Este autor considera a Veblen como el "perturbador de la paz intelectual" en Norteamérica, pues rompe con el orden divergente preexistente, ya que su obras principales pueden entenderse como intentos de desarrollar una explicación alternativa u opcional de las tres teorías reinantes en su época: la escuela neoclásica de economía, la filosofía marxista de la historia y la interpretación weberiana del capitalismo y la ética protestante (pp.35-36).

[10] Sen, A.: Sobre ética y economía, Madrid, Alianza editorial, 2007. En la teoría clásica institucionalista, aparte del propio Veblen, véase Polanyi, K.: La Gran Transformación. Crítica del liberalismo económico (1944), Madrid, Ed. La Piqueta, 1989.

[11] Una perspectiva actualizada sobre los contornos de esta disciplina y las nuevas tendencias actuales, pero también las connotaciones implícitas del discurso y lenguaje de Veblen, puede encontrarse en Narotzky, S.: Antropología económica. Nuevas tendencias, Barcelona, Editorial Melusina, 2004; y también en una perspectiva crítica sobre los principios de una antropología económica, en Bourdieu, P.: Las estructuras sociales de la economía (2000), Barcelona, Editorial Anagrama, 2003, pp. 235 y sigs., donde, por cierto, destaca que el capital cultural, el capital técnico y el capital comercial existen a la vez en forma objetivada (instalaciones, instrumentos, etcétera) y en forma incorporada (competencia, oficio, etcétera). Cabe vislumbrar una anticipación de esta distinción entre los dos estados del capital, objetivado e incorporado, en Veblen, que objeta a la teoría ortodoxa del capital su sobrevaloración de los activos tangibles en menoscabo de los activos intangibles (Veblen, T.: The Instinct of Workmanship, Nuevas York, Augustus Kelly, 1964). Véase también Bourdieu, P.: Capital cultural, escuela y espacio social, Buenos Aires, Siglo Veintiuno editores Argentina, 2003.

[12] Diggins, J.P.: El bardo del salvajismo.Thorstein Veblen y la teoría social moderna, cit., pp.11-12.

[13] Polanyi, K.: La Gran Transformación. Crítica del liberalismo económico, Madrid, La Piqueta, 1989. Más allá de las diferencias entre ambos pensadores interesa anotar que "las instituciones son las reglas del juego en una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Por consiguiente, estructuran incentivos en el intercambio humano, sea político, social o económico. El cambio institucional conforma el modo en que las sociedades evolucionan a lo largo del tiempo, por lo cual es la clave para entender el cambio histórico. Es innegable que las instituciones afectan el desempeño de la economía". Por otra parte, "la función de las instituciones en la sociedad es reducir la incertidumbre estableciendo una estructura estable (pero no necesariamente eficiente) de la interacción humana. Pero la estabilidad de las instituciones de ningún modo

economistas de la escuela institucional norteamericana han realzado la trascendencia del componente institucional y jurídico en la conformación de las relaciones económicas[14]. Adolfo Weber -que no era marxista- pudo considerar que "el orden jurídico no es sino la forma externa del desarrollo de la economía", y que dicho "oren jurídico es producto cultural de la más elevada significación"[15].

Veblen se interrogó sobre los presupuestos del capitalismo y sus disfuncionalidades. Su análisis fue omnicomprensivo, pues, su crítica -influida por Marx, aunque sobre la base de una recepción crítica de su pensamiento- comprende la economía institucional, la sociología, la antropología y la psicología; disciplinas en auge a finales del siglo XIX y comienzos del veinte. A través de estas disciplinas y metodologías pretendió la comprensión integral del capitalismo moderno y su lógica subyacente. El contexto en que se produce la reflexión crítica de Veblen es el de la crisis de la república liberal -del viejo orden liberal individualista y del llamado "capitalismo liberal", cuya invención occidental remite a la búsqueda racionalizada y sistemática del beneficio a través del cálculo de probabilidades en un mercado abierto[16]-. Existía una conciencia crítica de la necesidad de una reforma o revolución del sistema establecido. La tensión planteada en el seno de la república por la existencia de una sociedad fragmentada se cristalizó en la época de Veblen en dos movimientos políticos, *el progresismo y el socialismo*[17].A través de la mediación de estos movimientos se expresaban tres grandes corrientes intelectuales que impulsaban el proceso de cambio social: el idealismo liberal, el humanitarismo cristiano, y la ingeniería científica y social. El idealismo liberal -que condujo al "liberalismo social"- se expresó políticamente durante el movimiento progresista[18] y pudo poner a prueba varias de sus propuestas transformadoras durante los gobiernos de Roosevelt y de Woodrow Wilson[19]; ambos

contradice el hecho de que estén en cambio permanente". Cfr. North, D.C.: Instituciones, cambio institucional y desempeño económico (1990), México, FCE, 2006, pp.13 y 16.

[14] Véase Commons, J.R.: Legal Foundations of Capitalism, Nueva York, The MacMillan Co.,1924; Commons, J.R. y asociados.: Industrial Government, Nuevas York, The Macmillan Co., 1921; Berle, A.A. y Means, G.C.: The Modern Corporation and Private Property, Nueva York, The MacMillan Co., 1933.

[15] Véase, Weber, A.: Introducción al estudio de la economía política, (1928-1931), T. I, trad. José Álvarez de Cienfuegos y Cobos, Barcelona, Bosch, 1935, Cap. XII, pp.177 y sigs.

[16] Véase Weber, M.: La ética protestante y el "espíritu" del capitalismo, Madrid, Alianza, 2002, passim.

[17] Véase Birnbaum, N.: Después del progreso. Reformismo social estadounidense y socialismo europeo en el siglo XX, Barcelona, Tusquets Editores, 2003; Menand, L.: El club de los metafísicos. Historia de las ideas en América, Barcelona, Ediciones Destino, 2002; Hughes, H.S.: Conciencia y sociedad. La reorientación del pensamiento social europeo 1890-1930, Madrid, Aguilar, 1972; y en una perspectiva más general, Burrow, J.W.: La crisis de la razón. El pensamiento europeo 1848-1914, Barcelona, Editorial Crítica, 2001. El clima de crisis y de injusticia económico-social había dado lugar corrientes de pensamiento tan importantes como las de H. George. Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: "Reforma Social y Ética en Economía Política": La Teoría de Gustav Schmoller", en Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, núm. 93 (2008), pp.11 a 76; Monereo Pérez, J.L.: Economía política de la desigualdad: progreso y miseria en Henry George, estudio preliminar a la obra de George, H.: Progreso y Miseria, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho) 2008, pp. IX a XLIII. Monereo Pérez, J. L.: "Reforma social y ética en Economía Política: la teoría de Gustav Schmoller", en Temas Laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social, núm. 93 (2008).

[18] Véase, al respecto, Hofstader, R.: The Progressive Movement, 1916-1970, Englewood Cliffs, Nueva Jersey, Prentice Hall, 1963.

[19] Significativamente fue uno de los autores predilectos de nuestro Adolfo Posada, de ideario liberal-social. Posada escribió una pequeña monografía sobre él y teoría del Estado, Posada, A.: Woodrow Wilson y su obra Estado, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1921. Por esa época emergía también el ambicioso proyecto de reformulación del liberalismo clásico en liberalismo social llevado a cabo principalmente por Leonard Trelawney Hobhouse. Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: "Los fundamentos del "liberalismo social" y sus límites: Leonard Trelawney Hobhouse", en Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo, núm. 136 (2007), pp.711 a 761, y del propio Hobhouse, L.T.: Liberalismo, edición y estudio preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Ed.Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007. Sobre los presupuestos políticos e ideológico-jurídicos del liberalismo y el republicanismo social, véase, ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: La reforma social en España. Adolfo Posada, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., pp.133 y sigs. y 231 y sigs.; Monereo Pérez, J. L.: "Teoría socio-jurídica del estado constitucional y sindicalismo de integración: la concepción de Adolfo Posada". En Lex Social: Revista De Derechos Sociales, 12(1), (2022), pp. 347–435. https://

pretendían limitar el poder de las clases ricas y llevar a cabo un control público de la economía y la realización de una política social. En este ambiente crítico, el pensamiento reformista y radical basado en la ciencia y la ingeniería social[20], el método de análisis empírico, permitiría a Veblen llevar a cabo un estudio basado en la concepción de una ciencia crítica de la sociedad. Veblen defendió también esta síntesis del conocimiento empírico y el progreso social. Era un intelectual crítico, pero Veblen se mostraba escéptico respecto al éxito del reformismo para superar las contradicciones internas del capitalismo avanzado. Él no admitió la visión del progreso de la Ilustración: el triunfo de la revolución y el declive no está predeterminado, dependerá de factores complejos y de la decisión para adoptar medidas transformadores radicales de las instituciones existentes. Adviértase, por el contrario, la posición reformista de Dewey dentro de su liberalismo social: Dewey reclama un control social de las fuerzas económicas como instrumento para el desarrollo individual libre, llevando así a soltar energía humana en busca de valores más elevados[21]. Nótese que en su obra *Liberalismo y Acción Social,* John Dewey redefine las ideas liberales como instrumentos de intervención en la realidad social, como medios articulados sobre la lógica transformacional del pragmatismo. Su pensamiento se inserta dentro la corriente del liberalismo social encaminada a revisar los postulados del liberalismo individualista[22]. Para Dewey el Estado debe intervenir en su calidad de organismo político que expresa el contrato social en base al cual se constituye la sociedad democrática. Le corresponde no sólo corregir los fallos del mercado e impulsar el proceso de modernización, sino también realizar políticas redistributivas. En realidad, Veblen -al igual que otros autores posteriores como C. Wright Mills- fue un crítico social radical. Ambos denunciarían el desplazamiento del pragmatismo crítico al pragmatismo legitimador del *statu quo,* del orden establecido, sin realizar grandes reformas cualitativas. Para Wright Mills el pragmatismo americano en la época posbélica estaba en crisis[23]. Una de cuyas expresiones era la incorporación y asimilación política del pragmatismo americano al liberalismo empresarial*,* junto a la pérdida de aspiraciones democráticas creativas en el ámbito de la economía motivado por una búsqueda de producción rentable para los capitalistas y un consumo ostentoso por parte de la burguesía y, ante todo, en el declive de la inteligencia crítica y la auténtica individualidad en la cultura americana. Ello se reflejó en su Tesis sobre la "Sociología y pragmatismo: la educación universitaria en América". Pensaba Mills que la historia del pragmatismo no se podía disociar de la historia de

doi.org/10.46661/lexsocial.6330. Nuestro otro gran liberal social "fundacional" fue, sin duda, Francisco Giner de los Ríos. Sobre su pensamiento liberal social –republicano social-, véase ampliamente, Monereo Pérez, J. L.: El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos, Barcelona, Ed. Atelier, 2023; Monereo Pérez, J. L.:"El reformismo socio-liberal de Giner de los Ríos; organicismo y corporativismo social", en Civitas. Revista española de derecho del trabajo, núm. 142 (2009), pp.279-338; Ibid., "La reforma educativa como proyecto político-jurídico de transformación democrática: legado y actualidad del institucionalismo de Giner de los Ríos", Ábaco. Revista de Cultura y Ciencias Sociales (Número Monográfico. Enseñanza humanista y regeneración social. El legado de Giner de los Ríos y la Institución Libre de Enseñanza), núm, 4. 90, 2016, pp. 14–36. JSTOR, https://www.jstor.org/stable/26561960. Accessed 1 Oct. 2022

[20] Véase Veblen, TH.: "El lugar de la ciencia en la civilización moderna" (1906), y "La evolución del punto de vista científico" (1908), en Fundamentos de economía evolutiva. Ensayos escogidos, Bogotá (Colombia), Universidad Externado de Colombia, 2005, pp.181 y sigs., y 161 y sigs., respectivamente. En este último ensayo Veblen asume los postulados de la ciencia postdarwinista, distante de los planteamientos del darwinismo o spencerismo social.

[21] West, C.: La evasión Americana de la filosofía. Una genealogía del pragmatismo, Madrid, UCM. Editorial Complutense, 2008, p.168.

[22] Dewey, J.: Liberalismo y acción social y otros ensayos, trad., de José Miguel Cloquell, Valencia, Deis. Alfons El Magnànim, 1996, especialmente, pp.47 y sigs. La obra Liberalismo y acción social (1935), puede considerarse como un auténtico manifiesto del "nuevo liberalismo social" en Norteamérica. Por cierto, Veblen aceptó en gran medida la idea de naturaleza activa del hombre de John Dewey. Véase Dewey, J.: Naturaleza humana y conducta (1922). Introducción a la psicología social, México, FCE, 1964. La exigencia de la intervención del Estado –como manifestación de la necesaria subordinación coactiva de las voluntades individuales a la voluntad común- y la ley de la creciente intervención de la actividad del Estado, fue afirmada por Ad. Wagner y Adolfo Weber. Véase Weber, A.: Introducción al estudio de la economía política, (1928-1931), T. I, trad. José Álvarez de Cienfuegos y Cobos, Barcelona, Bosch, 1935, pp.174 a 177.

[23] Sobre el pragmatismo americano véase y de especial interés al objeto de la presente investigación, Joas, H.: El pragmatismo y la teoría de la sociedad, Madrid, CIS. Centro de Estudios Constitucionales, 1998, pp.109 y sigs.

la profesión académica en América, ni tampoco de la aparición de una inteligencia progresista que dependía y criticaba a los industrialistas y financieros capitalistas que intentan crear un mundo a su imagen profesional y moral[24]. Ni Veblen ni Mills eran optimistas respecto a la idea de progreso social -que no equiparaban a evolución social- y ambos destacaban las tensiones derivadas del retraso en la adaptación cultural a los cambios del entorno económico y las tendencias -persistentes y en aumento- hacia el despilfarro de recursos en el marco del sistema económico vigente.

A pesar de sus diferencias teóricas con los marxistas, tradujo con entusiasmo, para los lectores norteamericanos, el emocionado discurso de Ferdinand Lasalle, "*Die Wissenschaft und die Arbeiter"* ("*La ciencia y el trabajador*")[25]. En cierta medida Veblen estaba próximo a la pretensión de autores como Otto Neurath[26] y John Dewey de unificar la ciencia como acción social[27]. Veblen confiaba en el poder liberador de la ciencia moderna, que permitía una explicación genética de los fenómenos objeto de investigación. La ciencia tendría la virtualidad de emancipar al hombre de la superstición, el mito, el saber tradicional, el mito, la magia y todas las fuerzas animistas de la autoridad y la tradición heredada. La ciencia estudia con pretensiones de objetividad lo antes considerado sagrado y revelado, y se sirve, igualmente, del escepticismo proyectado a todas las instituciones existentes, destruye ideas y valores falsos procediendo a explicar sus verdaderos orígenes. Veblen asumió la modernidad, entre otras cosas, con la finalidad de atacar los cimientos impenetrables de la autoridad y del despotismo, es decir, las bases de legitimidad del poder explícito e implícito[28]. La ciencia, según Veblen, no debe ser un instrumento de dominio y control social; ha de ser un instrumento al servicio de una organización racional de la sociedad moderna.

2. TEORÍA DE LA EMPRESA

2.1. Planteamiento general

Como ya ocurriera con su otra gran obra *Teoría de la Clase Ociosa,* es el propio Veblen el que tiene que advertir desde el mismo "Prefacio" que la *Teoría de la Empresa de Negocios* se situaba en una perspectiva que sobrepasaba la metodología aislacionista tradicional, pues atiende también al campo sociológico y a las consecuencias de esta moderna fuerza sobre el desarrollo cultural. Entiende que los aspectos culturales considerados influyen de manera especialmente íntima sobre la situación económica y empresarial[29]. Como Veblen, Weber habría subrayado los aspectos culturales del capitalismo dentro del proceso de racionalización del mundo occidental[30], pero Veblen

[24] El magistral análisis crítico sobre el pragmatismo americano lo realiza Mills en Mills, C. Wright.: Sociología y Pragmatismo, con una introducción de Irving Louis Horowitz, Buenos Aires, Eds. Siglo Veinte, 1968. Incidentalmente destaca la intensa influencia de Charles Piere en el joven Thorstein Veblen, y la influencia mutua de Veblen y Dewey (Ibid.,p.485). Cfr. West, C.: La evasión americana de la filosofía, Madrid, UCM. Editorial Complutense, 2008, p.199. Mills fue un heredero de la tradición pragmática americana, pues toda su obra está inspirada por Thomas, Dewey y Veblen. Véase Picó, J.: Los años dorados de la sociología (1945-1975), Madrid, Alianza Editorial, 2003, pp. 396 y sigs.

[25] Sobre la disidencia científica y la aportación metodológica de Veblen, véase, Vinokur, A.: Thorstein Veblen et la tradition dissidente dans la pensée économique américaine, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969, Primera Parte, pp.35 y sigs.

[26] Véase Neurath, O.: Fundamentos de las ciencias sociales, Granada, Ed.Comares (Colección Crítica del Derecho), edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, 2006. Esta edición incluye el ensayo "Sociología en fisicalismo y ciencia unificada" (Ibid.,pp.75 y sigs.).

[27] véase en general, Esteban, J.M.: "La unificación de la ciencia como acción social: Otto Neurath y John Dewey", en ÉNDOXA: Series Filosóficas, UNED, Madrid, núm. 17 (2003), pp.227 y sigs.

[28] Véase Diggins, J.P.: El bardo del salvajismo, cit.,p.55.

[29] Veblen, T.H.: Teoría de la empresa de negocios, traducción Carlos Alberto Trípoli, revisión técnica y estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez, Granada, Ed.Comares, 2009, "Prefacio".

[30] Weber, M.: La ética protestante y el espíritu del capitalismo, Barcelona, Ed. Península, 1979; Weber, M.: Sociología del Derecho, edición y estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez, Granada, Ed.Comares (Colección Crítica

era todavía más crítico respecto a la figura de la "empresa de negocios" y al "capitán de industria". Veblen piensa que el capitalismo moderno presenta un carácter depredador que no ha podido ser contenido: se impone el ánimo de lucro y la codicia del capitán de industria y en el creciente dominio del capitalismo financiero. Por otra parte, Veblen -a diferencia de Karl Marx y de Max Weber- aunque aprecia una discontinuidad histórica del viejo orden respecto al nuevo burgués entiende que también existen *continuidades* significativas. La pervivencia de lo antiguo se refiere a aspectos bárbaros y depredadores que se (re)encarnan la "empresa de negocios" y en los "capitanes de industria". En este sentido cuestiona la idea de "progreso" aplicada al régimen del capitalismo avanzado, donde impera el despilfarro y el dispendio de potencial productivo: la industria -vinculada a las artes industriales, al trabajo y la tecnología- ha sido desplazada por puro negocio -la propiedad ausente, inactiva e improductiva y el interés pecuniario como preferente frente a la eficiencia del sistema productiva-[31]. Veblen aceptaba los principios de la teoría evolucionista del post-darwinismo[32], pero

del Derecho), 2001. Al respecto, véase, ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: Modernidad y Capitalismo. Max Weber y los dilemas de la Teoría Política y Jurídica, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, pp.15 y sigs., 169 y sigs., y 261 y sigs.

[31] Para la visión del progreso en el capitalismo liberal burgués, véase Monereo Pérez, J.L.: "La teoría del progreso en Herbert Spencer", estudio preliminar a Spencer, H.: Instituciones industriales, Granada, Ed.Comares (Colección Crítica del Derecho), 2009.

[32] Veblen, T.H.: Teoría de la clase ociosa (1899), trad. Vicente Herrero, Barcelona, Ediciones Orbis, 1987, capítulo VIII, pp.180 y sigs. Veblen configuraba su teoría como una teoría evolucionista, y lo hace de modo contundente a modo de una auténtica declaración de principios: "La vida del hombre en sociedad, al igual que la vida de las demás especies animales, es una lucha por la existencia y, por ende, un proceso de adaptación selectiva. La evolución de la estructura social ha sido un proceso de selección natural de instituciones. El proceso que se ha hecho y se está haciendo en las instituciones humanas y en el carácter humano puede atribuirse, en términos generales, a una selección natural de los hábitos mentales más convenientes y a un proceso de adaptación forzosa de los individuos a un medio que ha cambiado progresivamente con el desarrollo de la comunidad y con las cambiantes instituciones bajo las que han vivido los hombres. Las instituciones no son sólo resultado de un proceso de selección y adaptación que modela los tipos predominantes o más difundidos de actitud y aptitudes espirituales; son a la vez métodos especiales de vida y de relaciones humanas y, por tanto, a su vez factores eficaces de selección. De tal modo que las instituciones variables contribuyen, por su parte, a una ulterior selección de individuos dotados del temperamento más adecuado y a una ulterior adaptación de los temperamentos y hábitos individuales al medio ambiente por la formación de instituciones nuevas… En conjunto, este sujeto humano es más o menos variable; de modo principal, sin duda, por obra de una regla de conservación selectiva de variaciones favorables. La selección de variaciones favorables es, acaso en gran medida, una conservación selectiva de tipos étnicos" (pp.180-181). Las instituciones han de cambiar y desarrollarse continuamente: "Las instituciones –señala Veblen- tienen que cambiar al variar las circunstancias, ya que por naturaleza son un método habitual de responder a los estímulos ofrecidos por esas circunstancias cambiantes. El desarrollo de esas instituciones es el desarrollo de la sociedad". Y prosigue (Concepto de institución), indicando que "Las instituciones son, en sustancia, hábitos mentales predominantes con respecto a relaciones y funciones particulares del individuo y de la comunidad; y el esquema general de la vida, que está compuesto por el conjunto de instituciones en vigor en un momento o en un punto determinado del desarrollo de cualquier sociedad, puede caracterizarse, en términos generales, desde el punto de vista psicológico, como una actitud de espíritu o teoría de la vida predominante. Por lo que se refiere a sus características genéricas, esa actitud espiritual o teoría de la vida es reductible, en último análisis, a términos de un tipo predominante de carácter" (p.182).
En este orden de ideas se puede decir que "El avance, sobre todo considerado desde el punto de vista de la teoría económica, consiste en un acercamiento progresivo a un ajuste aproximadamente exacto «de las relaciones internas a las externas»; pero ese ajuste no llega nunca a establecerse de modo definitivo, ya que «las relaciones externas» están sujetas a un cambio constante, como consecuencia del cambio progresivo que se produce en «las relaciones internas». En cualquier caso, un reajuste de los hábitos mentales de los hombres para conformarse a las exigencias de una situación modificada sólo se produce de modo tardío y a regañadientes, y sólo bajo la coacción ejercida por una situación que ha hecho insostenibles las opiniones establecidas. El reajuste de las instituciones y las opiniones habituales a un medio modificado se hace como respuesta a una presión exterior; es una respuesta a un estímulo…" . Ciertamente, "La clase ociosa OPULENTA se halla en tal situación protegida con respecto a las fuerzas económicas que favorecen el cambio y el reajuste…" (p.185). En su opinión, "La clase ociosa es la clase conservadora… La función de la clase ociosa en la evolución social consiste en RETRASAR el movimiento y en conservar lo anticuado. Esta proposición no es, en modo alguno, nueva; ha sido durante mucho tiempo uno de los lugares comunes de la opinión de la gente. La convicción predominante de que la clase rica es, por naturaleza, conservadora ha tenido

encontraba a los "capitanes de industria" como más propios de un darwinismo social que el propio Veblen no profesaba, lo rechazaba abiertamente. Veblen, como en el fondo Marx, otorga un papel central en la evolución social al ámbito de la producción mediada por el cambio tecnológico. De nuevo también se manifiestan las diferencias específicas, toda vez que Marx tiene a ver una secuencia histórica que propiciará la instauración de una sociedad socialista, mientras que Veblen entiende que aunque el socialismo sería una solución adecuado para la sociedad moderna no hay un sentido de la historia, sino un proceso de evolución incierto y abierto, sin posibilidad de adivinanza, pues el futuro está abierto. No existe un fin en la historia, afirmación que encaja bastante bien dentro de la teoría evolucionista de Darwin. Tampoco hay ninguna garantía de que la evolución humana vaya en el "sentido" positivo hacia la mejora. La realidad social es conflictiva; y el conflicto difícilmente podrá ser eludido en sus distintas y renovadas formas de expresión. Las instituciones están presididas por el cambio incesante. De ahí su *historicidad* de todo orden económico y social bajo los condicionamientos materiales (señaladamente la tecnología o estado de las artes industriales) y de la acción humana y de las instituciones condicionadas, a su vez, por el orden material (recuérdese que según Veblen las instituciones evolucionan con cierto retraso respecto a las condiciones materiales o el desarrollo de las artes industriales; su teoría del cambio social está influencia directamente por un materialismo de inspiración marxista y darwinista[33]). En este sentido era más "realista" (o incluso pesimista) que el mismo Marx, pues éste vislumbraba un futuro en el que desaparecerían los conflictos de clases, los conflictos de intereses, y sería innecesaria la organización estatal y las formas de Derecho coactivo (Por ello se ha podido incluso hablar de una cierta dimensión "anarquista" de su teoría en esa visión utópica última de una sociedad sin clases, sin conflicto, sin Estado y sin Derecho coactivo). Precisamente Veblen había criticado esa dimensión utópica del marxismo y entrevió su crisis con la reconfiguración de estas premisas por las corrientes "revisionistas" del socialismo democrático y de la socialdemocracia. La historicidad se proyecta también al hombre y su naturaleza cambiante. El

aceptación general, sin necesidad de mucha ayuda por parte de ninguna concepción teórica acerca del lugar y relación de esa clase en el desarrollo cultural. Cuando se da una explicación de ese conservadurismo de clase… La oposición de la clase ociosa a los cambios en el esquema cultural (aparte de mantener su posición de interés) es instintiva y no se basta primordialmente en un cálculo interesado de las ventajas materiales" (pp.188 a 190, y 197). Y concluye unificando criterios: "La institución de una clase ociosa favorece -por la fuerza del interés de clase y el instinto de clase ,y por precepto y ejemplo prescriptivo- la perpetuación del desajuste de instituciones que hoy existe e, incluso, una reversión a un esquema que estaría aún más lejos de ser adecuado a las exigencias de la vida en la situación existente que el esquema acreditado y anticuado, transmitido por el pasado inmediato" (p.197; nótese que se está refiriendo a la coyuntura del capitalismo de su época).

Importa señalar que todas estas reflexiones de Veblen ponen de manifiesto que en la Teoría de la clase ociosa se contiene una teoría social.

[33] Se ha subrayado que su teoría del cambio social –insuficientemente fundada- está muy próxima a la concepción "de Ferri y de los otros socialistas darwinistas del momento-. Explicación materialista en la que, seguramente por obra de estas segundas raíces (las darwinistas), se concede una relevancia al desarrollo puramente técnico o demográfico superior al que aconsejarían las primeras (marxistas). Pero que, en ningún caso se reduce a un simple determinismo tecnológico, como más tarde se ha mal interpretado con excesiva frecuencia. Confusión ésta procedente de la reducción del complejo contenido de las "artes industriales" a sus aspectos técnicos, cuando es indudable que Veblen asigna a este concepto un significado mucho más amplio, y más cercano, en todo caso, al concepto de "modo de producción" de Marx, como acertadamente puso ya de manifiesto atrás Abram L.Harris. De forma que, a nuestro entender, el determinismo presente en la obra de Marx es más el propio de cualquier interpretación materialista que el de otro estrictamente tecnológico. Como también los escollos con los que dicho determinismo tropieza son aquéllos a los que frecuentemente conducen estas últimas interpretaciones". Cfr. Barañano Cid, M.: Los fundamentos de la teoría social de Thorstein Veblen: la "revuelta" contra el homo oeconomicus de la "economía recibida"", Madrid, Universidad Complutense, 2005 (Recurso Electrónico), pp.945-946. Enrico Ferri –iussocialista- era un socialista leído por Veblen. Véase Veblen, T.H.: "Recensión de Antonio Labriola, "Essai sur la conception materialiste de l' histoire", en Journal of Political Economy, junio, 1897, pp.390-391. Sobre los supuestos de esa corriente de pensamiento, puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: Fundamentos doctrinales del derecho social en España, Madrid, Ed. Trotta, 1999. Una sugerente perspectiva de conjunto sobre las distintas teorías del cambio social puede encontrarse en el esfuerzo de síntesis realizado por Sztompka, P.: Sociología del cambio social, Madrid, Alianza editorial, 1995.

hombre tiene una naturaleza cambiante en el desarrollo histórico; su naturaleza no es estática sino dinámica. La evolución en general no tiene un fin o una meta a alcanzar. Por ello, también el sistema de valores y de creencias y la concepción de los derechos (Veblen criticaría, por cierto, la visión de los derechos naturales realizadas por el liberalismo individualista, el cual serviría a los fines del *homo oeconomicus* del capitalismo. En esto hay una cierta proximidad en la crítica de Marx a los derechos humanos en la concepción del liberalismo, denunciando su carácter interesado e ideológico, tanto en sentido de servir a los fines de la clase dominante como de distorsionar u oscurecer las realidad existente) es cambiante, imponiéndose un relativismo crítico al respecto. El hombre evoluciona con el ambiente e interactúa con este. De ahí que tampoco se puede inferir una determinada naturaleza del *homo oeconomicus* con los supuestos rasgos atributivos de una naturaleza hedonista y utilitarista, como solía atribuirle la economía clásica. No hay, según Veblen, en la naturaleza del hombre una propensión necesaria inmanente hacia el hedonismo y la maximización de la utilidad. El hombre tiene para él una naturaleza histórico-cultural, y lo histórico es el mudar. Sólo así se puede comprender los cambios de "los hábitos de conducta subyacentes al comportamiento económico relativo al consumo"[34], por ejemplo. Todas las ciencias sociales (incluida la ciencia económica) tienen que ser ciencias evolutivas (mostrando la influencia imitativa de las ciencias de la naturaleza).

En su percepción de la evolución histórica Veblen encuentra una "progresiva ruptura de la armonía original", reflejada la "subsunción progresiva del arte de producir en el motivo pecuniario y la emergencia del capitalismo". En otras palabras, la absorción de la industria por los negocios. El fenómeno conecta con "el gradual distanciamiento de la laboriosidad[35] y del "arte de vender". Con la progresión del capitalismo "el arte de vender se trocará en uno de los más recurrentes enemigos del art de producir… Y con ello se da al traste con el delicado equilibrio entre el tráfago industrial, alentado por la inclinación al trabajo bien hecho, y las consideraciones de ganancia pecuniaria, ligadas al arte de vender, que había prevalecido hasta entonces. Se viene abajo, de esta forma, la armonía de intereses -que, por otra parte, no fue sino incidental- entre la artesanía y el comercio, entre las clases industriosas y propietarias, entre la prosecución de las excelencia laboral y el motivo pecuniario…"[36]. El tránsito fue propiciado por las transformaciones tecnológicas y el proceso de acumulación de los medios fundamentales de producción. Argumentación en la cual coinciden en lo principal Veblen y Marx. No obstante Marx no puede ser calificado de un determinista tecnológico -Veblen sí acentuaba más el papel de la tecnología, pero el marco más amplio de la evolución de las "artes industriales"-; Marx confiaba adicionalmente en la acción consciente de las clases laboriosas o industriosas degradadas por el sistema capitalista y por la "empresa de negocios" como institución central de dicho orden económica la condición de clases "proletarias". Veblen creía en el impulso determinante de la tecnología aplicada a los procesos productivos y en el liderazgo de los ingenieros y expertos técnicos en sustitución de la figura del empresario de negocios o capitán de industria

[34] Véase Barañano Cid, M.: Los fundamentos de la teoría social de Thorstein Veblen , cit.,pp.947 a 950.

[35] No se olvide la concepción de Veblen sobre el "instinto de laboriosidad" (es la traducción de Sánchez Vázquez de la expresión vebleniana instinct of workmanship) o "instinto de trabajo eficaz" (la de Vicente Herrero), según la cual: "Por necesidad selectiva el hombre es un agente. Es, a su propio juicio, un centro que desarrolla una actividad impulsora –actividad "teleológica"-.Es un agente que busca en cada acto la realización de algún fin concreto, objetivo e impersonal. Por el hecho de ser tal agente tiene gusto por el trabajo eficaz y disgusto por el esfuerzo fútil. Tiene un sentido del mérito de la utilidad o eficiencia y del demérito de lo fútil, el despilfarro o la incapacidad. Se puede denominar a esta actividad o propensión "instinto del trabajo eficaz" (o "instinto de laboriosidad). Cfr. Veblen, T.H.: Teoría de la clase ociosa (1899), trad. Vicente Herrero, Barcelona, Ediciones Orbis, 1987,p.26.

[36] Barañano Cid, M.: Los fundamentos de la teoría social de Thorstein Veblen: la "revuelta" contra el homo oeconomicus de la "economía recibida", Madrid, Universidad Complutense, 2005 (Recurso Electrónico), pp.577 y sigs., en particular pp.579-580. Recientemente Sennett ha recuperado algunos motivos de Veblen en su libro El artesano, Barcelona, Anagrama, 2009.

desligado del arte de producir y vinculando estrictamente al arte de vender, esto es, a las relaciones de mercado o comercio[37].

Veblen parte de la centralidad de producción y de su organización en forma de empresa en el mundo moderno. El sistema industrial es la estructura material de la civilización moderna y la empresa de negocios es la fuerza directiva que lo anima. La *era actual es la de la empresa de negocios.* Esto significa que toda la actividad industrial está basada en el principio de la inversión con fines de lucro, siendo una efectiva mayoría de las fuerzas industriales la que está organizada sobre esa base[38]. En ese contexto del dominio de la empresa de negocios encaminada al ánimo de lucro, el hombre de negocios se ha convertido en una fuerza determinante de la industria, debido a que, a través del mecanismo de inversiones y mercados, controla las plantas y procesos que, a su vez, marcan el rumbo a los demás elementos de la industria y determinan la dirección de su movimiento[39]. De ahí que debe prestarse atención al hombre de negocios dada su relevancia en la vida de la empresa y en los intercambios comerciales.

Veblen realiza un detenido análisis de la empresa de negocios y de sus rasgos dinámicos más significativos. Su punto de partida es realista: "El objeto de los negocios -afirma- es el beneficio pecuniario; su método consiste esencialmente en la compra y la venta. Su objeto y su resultado usual son la acumulación de riqueza. Los hombres que no tienen por finalidad el incremento de sus bienes no se dedican a los negocios, y en especial no lo hacen por cuenta propia"[40]. El hombre de negocios llevado por el ánimo de lucro[41] propio puede ir contra el interés del sistema industrial en sí: "Para el hombre de negocios que aspira a una ganancia diferencial provocada por los ajustes o perturbaciones intersticiales del sistema industrial no constituye un problema material el hecho de que su acción tenga un efecto inmediato estimulante o entorpecedor sobre el sistema en general. El fin es el beneficio pecuniario, y los medios, la perturbación del sistema industrial… es indiferente para él el hecho de que su tráfico afecte al sistema en forma ventajosa o perjudicial. Sus ganancias (o sus pérdidas) están relacionadas con la magnitud de las perturbaciones que se producen, más bien que con las relaciones que guardan con el bienestar de la comunidad". Es más: "*La dirección de los asuntos industriales a través de las transacciones pecuniarias ha traído como consecuencia la separación de*

[37] Véase Santini, G.: El comercio. Ensayo de economía del Derecho, Barcelona, Ariel, 1988. Santini parte de los fenómenos económicos, analizando los comportamientos típicos de los sujetos que actúan en el sector del comercio y particularmente las elecciones de los instrumentos jurídicos que realizan. Las alternativas resultantes se confrontan permanentemente entre ellas y con los límites que establecer el sistema normativo, la manera de individualizar el ámbito real del mercado, el rol desempeñado por las empresas que actúan en él, así como la eficacia de las estructuras jurídicas utilizadas. De este modo surgen los modelos de organización de los mercados reglamentados en los distintos ámbitos o sectores mercantiles.

[38] Veblen, T.H.: Teoría de la empresa de negocios, cit.,"Capítulo 1. Introducción".

[39] Veblen, T.H.: Teoría de la empresa de negocios, cit.,"Capítulo 1. Introducción".

[40] Veblen, T,H.: Teoría de la empresa de negocios, cit.,"Capítulo 3. La empresa de negocios".

[41] Veblen disentía del criterio de Sombart, según el cual el principal interés del empresario no es siempre (al menos en el caso de personalidades dirigentes representativas de este tipo) el afán de lucro; y coincide con Walther Rathenau, cuando afirma que "Yo no he conocido ningun hombre de negocios que considere la consecución de ganancias como lo más importante de su profesión, y me atrevo a afirmar que quien vive pendiente del beneficio pecuniario personal no puede ser un gran empresario". Cfr. Sombart, W.: El burgués, cit.,p.180. No obstante, llama la atención como el propio Sombart, matiza o contradice más adelante ese criterio, al observar que "la empresa capitalista, orientada como está a la obtención de beneficios, alberga en sus entrañas la tendencia a un afán de lucro desenfrenado y desconsiderad… Ahora el gigante campa por sus respetos, sin sujeción alguna, arrasando todo lo que se interpone en su camino" (p. 366). Pero también a puntos de proximidad, cuando refiriéndose a la especulación entiende que "nadie ignora que exceso de actividad en los negocios destruye el cuerpo y corrompe el alma. Todos los valores humanos son sacrificados al Moloch del trabajo, todas las aspiraciones del espíritu y del corazón, a un único interés: el del negocio" (p. 187). También cuando realza los "Fundamentos Biológicos" del espíritu capitalista", entiende que todas las manifestaciones del espíritu capitalista responden a determinadas predisposiciones psíquicas, es decir, a una constitución primigenia y heredada del organismo, merced a la cual éste pose la aptitud y la tendencia hacia determinadas funciones o la inclinación a ciertos estados (p. 205).

los intereses de aquellos hombres que toman las decisiones, de los intereses de la comunidad". Pero con innegables ecos para la coyuntura actual, señala adicionalmente que "esto se ha manifestado, en particular y en mayor grado, desde que el amplio desarrollo de la industria mecánica ha producido una compacta y extensa articulación de procesos industriales, y al mismo tiempo ha dado origen a una clase de expertos financieros cuya función consiste en el manejo estratégico de las relaciones intersticiales del sistema. En general, esta clase de hombres de negocios, en tanto carecen de otros fines estratégicos ulteriores que perseguir, tiene interés en lograr que las perturbaciones del sistema resulten frecuentes y amplias, desde que su ganancia surge precisamente de las coyunturas de esos cambios"[42]. Sin negar el papel del hombre de negocios, del capitán de industria, como organizador de vastos procesos industriales hay que señalar que Veblen tiene una visión menos positiva que la expresada en la economía neoclásica, pues para él "los hombres de negocios no crean las condiciones favorables a la concentración industrial en este campo: éstas son cuestiones del «estado de las artes industriales», y son el producto del trabajo de los hombres ocupados en cuestiones industriales, más bien que el de aquellos dedicados a asuntos comerciales. Los inventores, los ingenieros, los expertos, o cualquiera sea el nombre que se le dé a la numerosa clase que realiza el *trabajo intelectual* incluido en la moderna industria mecánica, deben preparar el camino al hombre de negocios, haciendo posible y poniendo en evidencia las economías y otras ventajas que resultarán de una futura concentración"[43].

En una perspectiva altamente crítica, observa que "en la teoría económica corriente el hombre de negocios es designado con el nombre de «director de empresas» o «empresario», y se considera que su función consiste en la coordinación de los procesos industriales que tiende a lograr economía en la producción y mayor utilidad. No puede ponerse en duda la solidez de este concepto: *tiene un gran valor sentimental y es útil en muchos aspectos*[44], pero no describe la realidad de las disfuncionalidades que su presencia crea en el sistema productivo. También crítica la propaganda y el engaño en que se han fundado muchas empresas de negocios. La propagan genera un elevado «costo» de "fabricación organizada de convicciones populares, así como su magnitud y valor pecuniario[45]".

Por otra parte, en relación al trabajo, la actuación del hombre de negocios no suele ser precisamente alentadora, según piensa Veblen: "sea de donde fuere y siempre que los fines y métodos comerciales dominen la industria moderna, la relación entre la utilidad del trabajo (con otros propósitos que la ganancia pecuniaria) y su remuneración es lejana e incierta a tal punto que no vale la pena intentar una precisa formulación de la misma… Es una consecuencia necesaria de la naturaleza del manejo de los negocios con fines comerciales. *El trabajo que, en su conjunto, resulta inútil o perjudicial para la comunidad en general, puede ser tan provecho para el hombre de negocios y para los trabajadores que emplea, como aquel que contribuye en sustancia a la subsistencia de todos. Esto parece ser particularmente cierto en las operaciones más arriesgadas de las empresas de negocios".* Con todo, "el crecimiento de las *clases de negocios parásitas,* desde el punto de vista industrial tiene, por supuesto, un límite. Un crecimiento desproporcionado de industrias parásitas, como la propaganda, en su mayor parte, y muchos de los demás esfuerzos dirigidos a lograr ventas competitivas, así como los gastos bélicos y otras industrias tendientes a producir bienes destinados a un consumo evidentemente improductivo, podría disminuir la vitalidad efectiva de la comunidad a tal punto que llegar a comprometer sus posibilidades de adelanto y aun su existencia. Los límites impuestos en este sentido por las circunstancias de la vida son, en última instancia, de carácter selectivo. Un

[42] Veblen, T.H.: Teoría de la empresa de negocios, cit., "Capítulo 3. La empresa de negocios".
[43] Veblen, T.H.: Teoría de la empresa de negocios, cit.,"Capítulo 3. La empresa de negocios", p.25.
[44] Veblen, T.H.: Teoría de la empresa de negocios, cit.,"Capítulo 3. La empresa de negocios", p.29, y abunda en la crítica a la figura del empresario en las páginas siguientes.
[45] Ibidem, pp.29 y sigs.

exceso persistente de esfuerzos parasitarios e improductivos sobre la industria productiva, producirá una decadencia[46]"

Veblen encuentra una nítida imbricación entre los "principios comerciales" y la propiedad privada, hasta tal punto es así que entiende que "la base espiritual de la empresa de negocios está constituida por la institución de la propiedad privada. Los «principios comerciales» son corolarios de la proposición principal de la propiedad; son principios de propiedad, principios pecuniarios..., las exigencias de la propiedad condicionan el desarrollo y los fines de los negocios, y la disciplina de la propiedad y su dirección inculcan nociones y principios (hábitos de pensamiento) adecuados a las exigencias del tráfico comercial". En la moderna teoría europea se sostiene que la propiedad es un "derecho natural"; Veblen crítica esa concepción y sus consecuencias. Considera que el hombre de negocios juzga los acontecimientos desde la perspectiva de la propiedad privada, y la propiedad privada se rige en términos de dinero. En ese contexto, el interés de la comunidad comercial se centraliza en los beneficios y en la suerte variable de los negociantes, más bien que en los bienes acumulados y capitalizados[47].

Entiende que la sociedad anónima no es la única modalidad de empresa comercial en el ámbito industrial, pero es la modalidad típica y característica de la organización comercial para el manejo de la industria en la sociedad contemporánea, y las peculiaridades del capital moderno pueden verificarse mejor en esta clase de sociedades. Se aprecia una distinción entre "capitalista" y "ejecutivos" o directivos: "el fenómeno económico-social que subyace en la nueva estructura de la sociedad anónima representa una evolución del capitalismo moderno, identificables en términos de "separación entre propiedad y control de la riqueza". A una y otra corresponderían dos clases sociales distintas: quien ejercita el control de la riqueza, es decir, los ejecutivos o administradores de las grandes sociedades, forma una clase social totalmente diferenciada de las de los propietarios del capital. Quien detenta la riqueza no la administra: deja que otros la administren por su cuenta; quien administra la riqueza no es propietario y no obtiene beneficio económico personal: no es, generalmente, socio ni participa, en consecuencia, en la distribución de los beneficios. La idea de la disociación entre propiedad y control de la riqueza ha encontrado los máximos teóricos en la literatura sociológica estadounidense de los años treinta (aunque con antecedentes tan importantes como el de Veblen) y, ante todo, en la obra conocida de ¡ Berle y Jeans; su último defensor en Estados Unidos, J.K. Galbraith, que se expresa en términos de poder la "tecnoestructura"[48]. La separación entre la propiedad y la función directiva (clase dirigente o gerencial especializada en la realización de función de dirección y que es contratada por los propietarios de las empresas) es reflejo de la ruptura que se produce ante todo en las grandes empresas de titularidad societaria (como derivación de la invención de la sociedad anónima) entre la titularidad patrimonial de la empresa y su dirección efectiva. Desde entonces el sistema es dualista: se impersonaliza para las empresas de titularidad societaria (donde se opera esa separación entre propiedad y dirección-control) y la pequeña -y en medido medida en la mediana- empresa en la que normalmente prevalece la unidad propiedad-dirección, es decir, el modelo patrimonial, frente a aquél modelo de tipo gerencial (reservado paradigmáticamente a las sociedades de gran tamaño, dotadas de una burocracia de dirección técnica). La dirección de la empresa disociada de las estructura de la propiedad persigue los objetivos del máximo beneficio y la productividad, pero también tiende a realizar objetivos propios y mantenimiento y ampliación de su poder en el complejo empresarial. La

[46] Veblen, T.H.: Teoría de la empresa de negocios, cit.,"Capítulo 3. La empresa de negocios", Capítulo IV. "Principios comerciales", pp.41-42

[47] Veblen, T.H.: Teoría de la empresa de negocios, cit.,"Capítulo 3. La empresa de negocios", Capítulo IV. "Principios comerciales", pp.46 y sigs.

[48] Galgano, F.: Instituciones de la economía capitalista, cit., pp.137-138.

cultura del *management* es siempre compleja[49]. Frente a la economía convencional, entiende Veblen que la separación técnica entre propiedad y control no permite justificar el capitalismo desde el punto de vista de la eficiencia económica y de la eficiencia social, pues entraña despilfarro y el dominio del interés egoísta del "hombre de negocios" fácilmente orientado hacia la especulación.

Ahora bien, esta interpretación es criticable: "la contraposición de los administradores a los accionistas es en lo principal una incorrecta contraposición antagonista. Se ha de contraponer más propiamente, por un lado, los accionistas que componen un grupo de control de la sociedad -y que son, frecuentemente, una minoría restringida no sólo numérica, sino también de capital- y, por otro, la masa innumerable de los accionistas extraños al grupo de control". En realidad, la autonomía del órgano administrativo en relación a la junta general de accionistas -legislada en los países de capitalismo más avanzados- no es una autonomía efectiva, no es traducible en términos sociológicos o económicos de separación del poder económico de la propiedad de la riqueza. *Es esencialmente una autonomía funcional; una autonomía instrumental respecto de los intereses del grupo de la junta general que están en condiciones de controlar la estructura societaria.* Es verdad que la junta general ha llegado a ser una "ceremonia trivial", pero este hecho no legitima en sí -como postula Galbraith- la conclusión de que los dirigentes son los que efectivamente tienen el poder decisorio. La dirección de la empresa -sólo formalmente atribuida al consejo de administración- está residenciada en el grupo de accionistas de control de la sociedad. En rigor a los hechos, no existe, en la esencia del fenómeno, ninguna disociación significativa entre el poder económico y la propiedad de la riqueza: *el poder está siempre, en manos de quien tiene capital, aunque minoritario, suficiente para dominar la junta general; los administradores están, siempre, al servicio del capital de mando,* aunque puede suceder que su inclinación a perseguir intereses propios los lleva a una situación de conflicto con los mismos accionistas. Un fenómeno real de disociación entre propiedad y control de la riqueza se puede presentar en casos marginales o excepcionales (es una patología o anomalía del sistema). *El fenómeno al que se asiste actualmente no es, desde luego, la decadencia de la clase capitalista, su abdicación a favor de una nueva clase de burócratas del poder económico*. Dicha clase social ha reforzado sus posiciones de poder, pues, con el abandono de la soberanía de la junta general se ha favorecido jurídicamente la tendencia autoritaria del capitalismo, su persistente intolerancia hacia las formas de democracia de la junta general, su culto a la eficiencia, a la rapidez de las decisiones, su aspiración a una libertad de acción en aumento. La iniciativa privada del empresario, su interés egoísta, no garantiza la utilidad social; la superación de los esquemas del liberalismo económico individualista obliga a establecer vías explícitas de armonización del interés egoísta con el interés público, es decir, la búsqueda privada del beneficio con la utilidad general[50]. Sólo así se puede explicar la transición de la "mano invisible" del mercado a la "mano visible" de los managers[51], de los financieros y las grandes empresas transnacionales.

Respecto al papel del Estado en la vida económica entiende Veblen que desde el advenimiento de los gobiernos constitucionales y de la representación parlamentaria, los fines comerciales han desplazado, en el arte de gobernar, a los fines dinásticos, casi en la misma medida en que se ha realizado en la práctica la transición a los métodos constitucionales. *Un gobierno constitucional es un gobierno de los negocios. Las políticas gubernamentales modernas, que tienen como principal cuidado la promoción de los intereses de los negocios, tienen un carácter «mercantil».* Su finalidad es alentar el comercio. El mercantilismo moderno, bajo el régimen constitucional, tiene al príncipe o

[49] Véase, con planteamiento más funcional que crítico, Schneider, E.V.: Sociología industrial. Relaciones sociales entre la industria y la comunidad, Madrid, Guadarrama, 1966. Más recientemente, Fernández, J.C.: El discurso del Management: tiempo y narración, Madrid, Centro de investigaciones Sociológicas, 2007.

[50] Galgano, F.: Instituciones de la economía capitalista. Sociedad anónima, Estado y clases sociales, Valencia, Fernando Torres-Editor, 1980, pp.203 y sigs.

[51] Véase Chandler, A.: The Visible Hand. The Managerial Revolution in American Business, Cambridge (Massachussets), Harvard University Press, 1977.

al gobierno como un medio para lograr su fina de ganancia comercial. Con la transición al régimen y a los métodos del príncipe a las de los hombres de negocios, y los intereses de los hombres de negocios han reemplazado los de la corona. *El gobierno representativo significa, principalmente, representación de los intereses de los negocios.* El *gobierno constitucional se ha convertido, en lo fundamental, en una dependencia de la organización de los negocios y se orienta por el parecer de los hombres de negocios*. La base sentimental sobre la que descansa la aprobación popular de un gobierno con fines comerciales puede concretarse en dos puntos: patriotismo y propiedad. Ambos términos representan hechos institucionales que provienen del pasado, que difiere en sustancia de la situación actual (pp.171-172). Para Veblen existe una relación instrumental entre los "negocios" y la dirección política de la sociedad encarnada en el Estado. Con ello Veblen, incidía en una cuestión esencial en el proceso histórico, consistente en el hecho sustancialmente político de que el liberalismo económico individualista estaba destruyendo sistemáticamente los fundamentos del liberalismo político. De este modo, la alianza frágil entre liberalismo y democracia (que intentó ser neutralizada por el pensamiento del "liberalismo social") tiende a disolverse; la libertad negativa se impone cada vez más sobre la libertad positiva de participación efectiva de los individuos en el gobierno político. Estas tensiones[52] se agravan en el contexto de la mundialización neoliberal[53], porque el liberalismo económico impulsa la desregulación selectiva de los órdenes económicos y sociales y, al mismo tiempo, la concentración y la interpenetración de los poderes económicos y la esfera político-institucional de la sociedad.

Pero esta unión de los negocios y de la política tiene una dimensión agresiva en la política exterior y potencialmente con una fuerte inclinación imperialista: "En la medida en que ésta guiado por las exigencias del comercio, el fin objetivo del esfuerzo bélico es la paz y la seguridad necesarias para un desarrollo ordenado de los negocios. Las relaciones comerciales internacionales, como bien se dice, contribuyen a la paz, en el sentido, naturalmente, de que imponen la pacificación de los bárbaros recalcitrantes y llevan a la discusión entre las naciones civilizadas para una revisión de los términos de paz. Cuando un gobierno moderno va a la guerra con propósitos comerciales, lo hace con vistas a restablecer la paz en términos más lucrativos para sus hombres de negocios" (p.177). Por otra parte, la *"búsqueda de beneficios conduce a una política nacional depredadora e imperialista.* Las grandes fortunas exigen, por un lado, una sólida estructura gubernamental para asegurar su acrecentamiento, y por el otro, notarias y amplias oportunidades para gastar las ganancias resultantes. Todo esto comporta una administración interna de índole bélica y coercitiva, y además un tipo de vida al estilo de las cortes imperiales. Pero la autenticidad y la dignidad sacramental no armonizan con la tecnología mecánica ni con la ciencia moderna ni con el tráfico comercial. En la medida en que la política agresiva y los ideales aristocráticos impulsados constantemente por la comunidad comercial se desarrollen con libertad su consecuencia lógica es una supresión de los rasgos culturales que diferencian a los tiempos modernos de lo acontecido anteriormente, incluso una declinación de la misma empresa de negocios. Veblen va más lejos en la lógica destructiva de las contradicciones que presenta el capitalismo moderno, al afirmar que el dominio absoluto de la empresa de negocios es por necesidad un dominio transitorio. Está destinada a desaparecer a la postre, ya triunfe una de las dos tendencias culturales divergentes, ya que resulta incompatible con el imperio de ninguna de ellas (pp. 234-235).

[52] Para la tensión constante entre liberalismo y democracia puede consultarse Bobbio, N.: Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, México, FCE, 1994; Bobbio, N.: Teoría general de la política, Madrid, Ed. Trotta, 2003, espec.,pp.401 y sigs. En fecha más reciente, Wood, E.M.: Democracia contra capitalismo, México, Siglo veintiuno editores, 2000.

[53] Precisamente la noción fuertemente polisémica de "globalización" tiene por efecto, si no por función, esconder detrás del ecumenismo cultural o el fatalismo economicista los efectos del imperialismo económico, y hacer aparecer una relación de fuerza transnacional como una necesidad natural. Véase, Bourdieu, P. y Wacquant, L.: "Sobre las astucias de la razón imperialista", en Wacquant, L.: El misterio del ministerio. Pierre Bourdieu y la política democrática, Barcelona, Ed. Gedisa, 2005, pp.209 y sigs.

El sistema político y el sistema económico se combinan dando lugar a formas de Estado mercado con el predominio de la lógica mercantil[54]. Hoy la defensa del empresario emprendedor en las grandes sociedades mercantiles ha perdido buena parte de su base de legitimación en razones de eficiencia, toda vez que actualmente las grandes empresas están dirigidas por personal directivo contratado al servicio de los accionistas y no por empresarios propietarios. El proceso de disociación entre la propiedad y la dirección de la empresa no ha hecho sino intensificarse en las empresas de titularidad societaria. Por lo demás, la "propiedad especulativa", la propiedad financiera, en aumento constituye un factor de inseguridad respecto a formas de propiedad más vinculadas a las actividades productivas[55]. Se tiende a confirmar la intuición de autores como Veblen y Tawney en el sentido de que la propiedad carente de función útil, legítima, representa un adversario para la propiedad legítima. La historia ha demostrado cuando la propiedad destinada a la adquisición o el poder y la propiedad destinada al servicio o a la utilidad se codean libremente en el mercado, sin restricciones, el segundo tipo de propiedad tiende a ser absorbido por el primero[56]. Se plantean un nuevo tipo relaciones entre poder público y riqueza, entre el Estado político y las grandes empresas. El dinero y la política monetaria aparecen como un nexo de unión entre la esfera de los negocios y el poder político. Ello no obstante, en la fase actual del proceso de mundialización -que se ha dado en llamar globalización económica y financiera- se está produciendo un cierto -y relativo- desplazamiento de poder decisorio desde los Estados y organizaciones políticas internacionales hacia las grandes empresas transnacionales[57]. Veblen percibió que la esfera del poder político-económico se estaba residenciando precisamente en la "empresa de negocios" (la empresa mercantil) estructurada en espacios transnacionales (empresa nómada transnacional) como cauce instrumental para la obtención de dinero y poder de influencia económico-política. Lo que se produce, en los hechos, es una simbiosis entre lo político y lo económico, trastocando la inicial pretensión de su separación en la Modernidad; por tanto lo que se está produciendo es una transformación o reconceptualización existencia de lo político que incorpora ahora lo económico en su propia lógica de racionalización funcionalista. En este proceso tiende a imponer los intereses del capital transnacional, no sólo en el plano económico sino también en el plano de las políticas públicas. Emerge así la nueva forma política de "Estado

[54] Véase Monereo Pérez, J.L.: La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009, con análisis de la constitución social europea orientada en esa dirección de hacer primar la lógica económica; Monereo Pérez, J.L.: "El constitucionalismo social europeo. Un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea", en Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 160 (2013), pp.17-62; Ibid., Los fundamentos de la democracia. La teoría político jurídica de Hans Kelsen, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, espec., pp.388 y sigs. ("La crisis del constitucionalismo democrático-social en la Unión Europea. Ilusión constitucional y "nuevas" formas de soberanía").

[55] Véase Tawney, R.H.: La sociedad adquisitiva (1921), Madrid, Alianza editorial,1972.

[56] Naredo, J.M.: "La economía en evolución: invento y configuración de la economía en los siglos XVIII y XIX y sus consecuencias", en Manuscrits, núm. 22 (2004), pp.83 a 117, en particular p.99. Esa idea de función social de la propiedad como límite del derecho fue subrayado por León Duguit. Véase, al respecto, Duguit, L.: Las transformaciones del Derecho Público y Privado, edición crítica y estudio preliminar, "Objetivismo jurídico y teoría de los derechos en León Duguit", a cargo de José Luis Monereo Pérez y José Calvo González, Granada, Ed.Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.

[57] El proceso de internacionalización había sido previsto por Marx y después, a su estela, por autores como Veblen y Weber. Para los rasgos típicos de la globalización económico-financiera y el papel del Estado en la nueva era del capitalismo, puede consultarse Chesnais, F.: La mondialisation du capital, París, Syors, 1994; Jessop, R.: The future of the capitalist State, Cambridge, Polity Press LTD, 2003; Held, D.: Un Pacto Global, Madrid, Taurus, 2005; y realzando la aportación de Marx, Palloix, C.: La internacionalización del capital, Madrid, H. Blume Ediciones, 1978. Sobre la globalización comercial y financiera, sus fundamentos y sus aporías, puede consultarse, Sapir, J.: Economistas contra la democracia. Los intereses inconfesables de los falsos expertos de la economía, Barcelona, Ediciones B, 2004, especialmente pp.92 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía, Estudio preliminar a Ripert, G.: Aspectos jurídicos del capitalismo moderno, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001, pp. XIII-CL; Monereo Pérez, J.L.: Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015.

mercado" o "Estado de competencia económica"; un Estado orientado predominantemente al apoyo del principio axial de competitividad de la economía y de las grandes organizaciones empresariales.

No obstante, el desplazamiento de poder del Estado nacional a las empresas transnacionales es relativo, porque los Estado no han abandonado aspectos fundamentales de su soberanía en materia de política económica, industrial y laboral. Por lo demás, el proceso no es totalmente irreversible como muestran ciertas medidas de recuperación que se vienen adoptando por diversos países para afrontar la coyuntura de crisis económica y empresas; que, eso sí, continúa mostrando bien nítidamente cómo el Estado actúa como Estado mercado o Estado de competencia económica, a favor de la eficiencia económica y del principio de rentabilidad de las empresas. Por lo demás, y en otro orden de ideas, es pertinente anotar que Veblen había llamado la atención sobre la tentación totalitaria, es decir, la fuerte orientación de los sistemas democráticos industriales -dominados cada vez más por las grandes empresas de negocios- hacia el autoritarismo político como derivación de ese fenómeno de las políticas de favor y de fomento hacia las empresas de negocios. En la misma medida las grandes corporaciones empresariales -y en particular las transnacionales- se muestran como empresarios depredadores (por ejemplo, con el medio ambiente, con la fijación monopolista de precios no sujetos a una competencia real; especulación financiera y especulación inmobiliaria, explotación de las personas y el medio ambiente de los países subdesarrollados, etc.). Es un modelo de empresa parasitaría, no orientada a la creación de riqueza y con responsabilidad social. En la presente coyuntura crítica, se está produciendo un replanteamiento de las políticas de desregulación dados los efectos nocivos que se han detectado de una deliberada desregulación de los mercados financieros.

En cualquier caso, Veblen adelantó ciertos aspectos nucleares de la visión institucionalista de la empresa en su calidad de institución económica. La empresa por contraposición a la teoría económica (y jurídica) tradicional (convencional) no es un simple unidad de producción (lo que supone confundir el concepto de empresa con el de planta o instalación industrial), sino una organización, un conjunto de medios basado en acuerdos internos entre los agentes implicados. La empresa es una entidad económica organizada; es decir, una entidad económica entendida como un conjunto de medios y personas organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica. La empresa moderna expresa el carácter de la sociedad capitalista, las estructuras de poder y sus modos de racionalidad. Veblen -como Marx y Weber- percibieron la empresa como una organización básica del capitalismo moderno; un organización productiva que encarnaba los criterios principales de eficacia, productividad y competitividad. En la perspectiva institucional de Veblen la empresa actúa como un agente de racionalidad económica; aspecto que después sería destacado por la nueva economía institucional (Ronal H. Coase; Oliver Williamson) en la análisis de las nuevas formas de empresa y de colaboración interempresarial. La construcción del concepto de "empresa red" se inserta en una perspectiva adaptativa del neoinstitucionalismo contemporáneo a las nuevas formas de organización de las actividades económicas[58]. Veblen había captado a la empresa como un organismo dinámico que evoluciona adaptándose y respondiendo a las exigencias del ambiente; también como una estructura de poder jerárquico sometida a criterios de racionalidad económica propia del capitalismo[59]. La empresa

[58] Castells, M.: La sociedad red. La era de la información: economía, sociedad y cultura, vol. 1, Madrid, Alianza, 1997.

[59] Aunque desde una perspectiva distinta Marglin cuestionaría después las bases del sistema social de la fábrica capitalista como una estructura de mando y de estatus como obedeciente más a una lógica de poder que de estricta racionalidad y eficiencia económica. Cfr. Marglin, S.A.: "Cómo atrapar las moscas con la miel", en VV.AA.: Rupturas de un sistema económico, Madrid, Ed. Blume, 1981, pp.223 y sigs.; ID.: "Orígenes y funciones de la parcelación de tareas. ¿Para qué sirven los patronos?", en Gorz, A. (ed.): Crítica de la división capitalista del trabajo, Barcelona, Laia, 1977, pp.45 a 96. Desde el neomarximo se ha ido más lejos prolongando el enfoque del poder en las organizaciones empresariales. Así Michael Burawoy afirma el carácter intrínsecamente político de las relaciones laborales y la mistificación ideológica que supone el ocultamiento de esa lógica del poder sociopolítico y la estrategia política que domina el proceso productivo. Véase Burawoy, M.: El consentimiento en la producción (1979), Madrid, MTSS, 1989. Touraine ha subrayado también la dimensión política de la empresa: la empresa

es una organización social productiva con una multiplicidad de facetas: económicas, sociológicas, jurídicas y culturales. En la empresa como organización tiene un lugar como un conjunto de relaciones comunicativas de cooperación y conflicto; siendo como es una organización necesariamente abierta al ambiente (agente económico), se comprenderá las relaciones que se operan son tanto internas como externas, afectando a un conjunto variado de actores interesados por sus objetivos y dinámica de funcionamiento (los *stakeholders*). En el enfoque institucionalista se vislumbró a la empresa como una organización no comprensible exclusivamente desde una perspectiva exclusivamente económica. La llamada "Escuela de Wisconsin" seguiría sus pasos con renovadas aportaciones del enfoque institucional (J.R. Commons y S. Perlman)[60]. A diferencia de Veblen estos autores se comprometieron en el proceso de reforma económico-social del capitalismo: ni eran revolucionarios, ni eran socialistas reformistas, ni tampoco eran críticos radicales del capitalismo como sistema social (como sí lo fue Veblen). Concedían un papel fundamental al sindicalismo y a la autorregulación colectiva, pero también se preocuparon -más ampliamente- en estudiar los fundamentos y las instituciones jurídicas del capitalismo moderno. La sociedad capitalista es una sociedad conflictiva y las relaciones laborales están presididas por la tensión entre conflicto y pacto, los cuales en un sistema evolucionado de relaciones laborales constituyen dos momentos de "lo social". Para ellos la empresa es institución de la sociedad: un hecho al mismo tiempo económico y social.

Veblen había aportado una concepción realista y crítica de la empresa, siendo un anticipador en muchos aspectos. Había subrayado el carácter evolutivo de la empresa y su carácter cambiante obedeciendo a exigencias endógenas y exógenas. Actualmente los modelos tradicionales de la gran empresa integrada de modo vertical están siendo progresivamente desplazados por un nuevo tipo de empresa en red y de carácter más horizontal. Ese modelo de empresa de estructura compleja -en red o en forma de grupo- sigue actuando como un actor principal en la economía de mercado. El entorno -el mercado- cambia en condiciones de imprevisibilidad e incertidumbre. El empresario corporativo busca la eficiencia y la valoriza las oportunidades de negocio de la empresa. Pasa a un segundo plano la idea de destrucción creadora identificada por Schumpeter, y en no pocos aspectos se asemeja al "hombre de negocios" individualizado críticamente por Veblen, aunque formalmente se excluya el despilfarro (que de hecho se produce) tienden a actuar para consolidar e incrementar su poder -el del *management*- en el interior de la estructura empresarial. Al mismo tiempo permanecen los tradicionales problemas que había sido subrayados por el pensamiento crítico (marxismo, institucionalismo críticos, socialismo democrático, liberalismo social, etc.) y las mismas teorías gerenciales-manageriales, que -sobre la base de la separación entre propietarios y dirección/control- realzan la capacidad discrecional de los directivos que pueden adoptar decisiones no siempre acordes con los propietarios. Pero globalmente con un discurso legitimador de una forma de capitalismo despersonalizador y sin clases. Los institucionalistas clásicos (Veblen, Commons, Perlmar, y sus seguidores) y actuales (los neoinstitucionalistas, como señaladamente Williamson, el cual, en la estela de Coase[61], define la empresa como una institución alternativa al mercado -esto es, sistema de precios e intercambios-, organizada con estructura de mando -con organización vertical u horizontalmente

"tiende a definirse, cada vez más directamente, como un sistema político de gestión de la racionalidad técnica y económica". Cfr. Touraine, A.: "Racionalidad y política en la empresa", en Bloch, F. y Perroux, F. (Coord.): La empresa y la economía, t. II, Bilbao, Ediciones Deusto, 1970, p.226.

[60] Véase Monereo Pérez, J. L.: "El Institucionalismo americano y la Escuela de Economía del Trabajo y de las Relaciones Laborales: Thorstein Bunde Veblen y la Escuela de Wisconsin", en Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social (REJLSS), núm. 5, 2022, pp. 20–49. https://doi.org/10.24310/rejlss.vi5.15043 Martín Artiles, A.: Teoría clásica de las relaciones laborales, Universitat Oberta de Catalunya (http://www.Editorialuoc.com/), (PO1/83001/00350); Martín Artiles, A.: Actores y modelos de relaciones laborales, Editorial UOC, Universitat Oberta de Catalunya (http://www.editorialuoc.com/) (PO183002/00638).

[61] Sobre la empresa como forma de organización económica, desde este punto de vista, véase Coase, R.: La naturaleza de la empresa (1937), en Putterman, L. (ed.).: La naturaleza económica de la empresa, Madrid, Alianza, 1994, pp.93 y sigs.; y en esa estela, desde la perspectiva de la empresa como organización encaminada al ahorro de coste de transacción, véase Williamson, O.E.: Las instituciones económicas del capitalismo, México, FCE, 1989.

integrada- bajo las directrices del empresario o del dirigente del empresa) destacan la función que asumen las instituciones en la actividad económica, por contraposición al modelo neoclásico que interpretan las instituciones como algo exógeno (conjunto de derechos económicos garantizados por el Estado) y sin atender suficientemente a la influencia de las reglas y su variación en la dinámica de las empresas de negocios. En este contexto institucional se tiende a ver a la empresa como una organización evolutiva -en nítida influencia de la teoría evolucionista darwiniana o lamarckiana-, a través de acciones más o menos conscientes o deliberadas. La innovación tecnológica permite articular estrategias de adaptación de los cambios exigidos por el entorno cambiante en el que se mueven las empresas[62]. Desde la perspectiva institucionalista la institucionalización remite al proceso de adaptación de la organización atendiendo a los intereses implicados y a los requerimientos del ambiente[63]. En el seno de la organización se impone una concepción sobre la realidad en que se inserta. Esa organización abierta al entorno puede estar más o menos integrada (la integración traduce una visión compartida sobre el diagnóstico y el tipo de respuestas a la realidad cambiante).

2.2. Crítica de la empresa de negocios

Para Veblen uno de los problemas más importantes de la economía política es determinar los efectos económicos de la *subordinación de la producción a las exigencias de los negocios*. Los desequilibrios globales y la evolución del sistema en su conjunto son, en el esquema vebleniano, los resultantes de esta subordinación en las firmas en crecimiento, la explicación genética del capitalismo contemporáneo debe ser buscada en la dinámica interna de la empresa.

Es significativo que en *La teoría de la empresa de negocios* la idea fundamental sea precisamente la del conflicto entre la actividad productiva y la actividad negociadora mercantil, siendo ésta contemplada como parasitaria de la primera. En esta dicotomía no se puede negar una cierta influencia del pensamiento de Marx. Los hombres de negocios defienden ante todo sus intereses creados relegando a un segundo plano el progreso de las artes industriales. Veblen no desconoce el hecho de que el sistema capitalista se ha construido sobre una base eminentemente tecnológica, pero, en su opinión, las tendencias evolutivas del capitalismo, su carácter depredador y especulativo, acabarían por cuestionar seriamente el progreso de las artes industriales.

Según Veblen, existe un conflicto inherente entre "negocios" e "industria", entre las actividades industriales y pecuniarias. Esta distinción está presente de algún modo, y con cierta intensidad, en toda su obra, ya desde "*Teoría de la clase ociosa*" y encuentra un particular desarrollo en "*Teoría de la empresa de negocios"*. Veblen entiende que los líderes actuales de los negocios están muy desvinculados de la actividad creadora de la producción y se dedican prácticamente de modo exclusivo a cuestiones financieras sin contribución directa a la producción o industria. Posteriormente, se opera un rutinización de las cuestiones financieras y su administración por las grandes organizaciones financieras (es el caso de los banqueros inversionistas). El resultado de esta evolución es que los líderes de los negocios se limitan asumir el rol de intermediarios entre la industria y las finanzas. Los negocios se orientan hacia lo pecuniario, tendiendo a desligarse de la producción de los intereses de la comunidad. Los negocios se relacionan con el arte de vender más que con el instinto de laboriosidad. Los líderes de los negocios -los "capitanes de industria"- realizan una actividad parasitaria y explotadora. La persecución de su interés exclusivo los lleva a las prácticas de

[62] Véase Arocena, R .y SUTZ, J.: Subdesarrollo e innovación, Madrid, Cambridge University Press, 2003.

[63] Véase Kaufmann, A. E.: El poder de las organizaciones, Madrid, Esic Editorial, 1993; Powell, W. y Dimayggio, P.: "Retorno a la jaula de hierro: El isomorfismo institucional y la racionalidad colectiva en los campos organizacionales", en Powell, W. y Dimaggio, P.(Comp.): El nuevo institucionalismo en el análisis organizacional, México, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, Universidad Autónoma del Estado, FCE, 1999.

monopolio[64] y a la elaboración de productos inútiles. *Su actividad es depredadora*; y su consecuencia lógica es el despilfarro. Veblen percibía la separación creciente entre la administración financiera y la industrial, entre el interés pecuniario y el tecnológico. Dicha distinción reflejaba la disociación entre el "instinto de producción" y la tendencia lucrativa. El incremento del carácter lucrativo otorga preferencia al dominio del interés financiero. Lo que aprecia Veblen es la subordinación en la lógica del modelo de capitalismo mercantil de la industria a los negocios. Su idea es que la dirección de la industria sea realizada por los técnicos y los economistas industriales[65]. Esa transferencia de poder directivo vendría facilitada, por lo demás, por la creciente separación entre la propiedad y la gestión en la corporaciones (empresas societarias o de titularidad societaria), simétrica al proceso de separación de la propiedad y del control de los activos sociales[66]. El poder discrecional se debería encomendar a un "soviet de técnicos" que reemplazaría al "soviet de financieros" actual. Aunque Veblen se defiende, a la manera de Karl Marx, de ser moralista, y bien que pretende que se preocupa de constataciones objetivas, sus obras terminan por estar impregnadas de una fuerte tendencia a incorporar aspectos morales en la dinámica de la vida económica. Muchas de sus obras constituyen una llamada a la conciencia del hombre a cumplir con sus deberes en el dominio de la producción social, es decir, a la búsqueda al acrecentamiento patrimonial efectivo de la humanidad y no a la riqueza pecuniaria[67].

Por su parte, la industria se vinculada a la aprehensión y coordinación de hechos y secuencias mecánicos y con su apreciación y utilización para los propósitos de la vida humana. Esa orientación industrial conecta directamente con los sujetos implicados en el trabajo y la actividad productiva. Se trata de las clases trabajadoras las que suelen estar implicadas en dichas actividades y las que suelen tener esa orientación "industriosa". Pero la industria -bajo condiciones capitalistas- se encuentra controlada y dirigida por los "capitanes de industria, los cuales se dedican ante todo a las actividades mercantiles. Para Veblen el interés esencial de los líderes es restringir la producción y obstaculizar el libre funcionamiento del sistema industrial con el fin de mantener altos los precios y los beneficios. Es así que el líder de los negocios es una rémora para el desarrollo eficiente de la producción[68].

Por tanto, para Veblen los líderes de los negocios ejercen un poder disfuncional sobre la vida económica y el bien común. Veblen había perdido todo esperanza en algo parecido a una levantamiento masivo contra el sistema establecido. La solución la encuentra Veblen en los "ingenieros de producción" o "soviet de técnicos" (expertos industriales, técnicos cualificados, etc.): el sistema industrial debería estar dirigido por dichos ingenieros de producción que -según él- estarían en condiciones de incrementar la eficacia de la industria[69]. La opinión de Veblen sobre la reforma

[64] Véase respecto a la tendencia monopolista la proximidad de pensamiento con Robinson, J.: La economía de la competencia imperfecta, Madrid, Ed. Aguilar, 1956, cap. XXVII.

[65] Jaffé, W.: Les théories économiques et sociales de Thorstein Veblen. Contribution á l' Histoire des Doctrines Économiques aux États-Unis, New York, Burt Franklin, 1971, Cap. IV, pp.109 y sigs.

[66] Jaffé, W.: Les théories économiques et sociales de Thorstein Veblen, cit.,Cap. V, pp.143 y sigs. Por cierto, Jaffé observa que Veblen sin ser marxista estuvo muy influenciado por el pensamiento de Marx y bajo la influencia penetrante del Darwinismo y del materialismo histórico, doctrinas en auge en la época en que le tocó vivir. Para Veblen –más adicto a la teoría de la evolución darwinista que a la teoría del desarrollo económico y la lucha de clases del marxismo- se representaba, en lo esencial, todo el sistema económico a la imagen de un organismo biológico sometido a las leyes de la evolución. En este sentido se aprecian ciertos elementos organicistas en su concepción de la sociedad humana.

[67] Jaffé, W.: Les théories économiques et sociales de Thorstein Veblen, cit.,pp.172-173.

[68] Veblen realiza la oposición existente entre el industrial, cuyo interés primario es hacer trabajar la maquina y la mano de obra para conseguir una máxima producción de mercancías y el financiero, al que sólo interesan los beneficios que la industria puede alcanzar. De ahí la consecuencias sociales de un sistema de rapiña. Véase Hobson, J.A.: Veblen (1936), trad. Adolfo Sánchez Vázquez, México, FCE, 1978, cap. V., pp.59 y sigs.

[69] Véase Harris, A.L.: La ciencia económica y la reforma social, Madrid, Ed. Tecnos, 1964, cap. IV, pp.180 y sigs. En los Estados Unidos, en realidad, la idea de sustituir la dirección de los hombres de negocios por un sistema de planificación de expertos técnicos se hizo muy popular después de la primera guerra mundial y durante la depresión de la década de 1930. La popularidad de la propuesta se debe directamente a la influencia de Thorstein Veblen. En

industrial quedó inicialmente reflejada en su Conferencia pronunciada ante el Instituto de Ciencias Sociales[70]. En ella aducía que la industria estaba siendo saboteada por los intereses comerciales con fines lucrativos. Ello suponía una deficiente gestión con el efecto de una pérdida de eficiencia industrial en la productividad y en la calidad. Esa deficiencia estaba facilitada por la "propiedad ausente", es decir, el fenómeno de la separación de la propiedad en relación a la dirección y administración de la organización empresarial. Veblen postula la desaparición del derecho de propiedad ausente, pero en su criterio ello no debería suponer una nacionalización de la industria (No se olvide que mira con cierta desconfianza al Estado de su época, pues veía la alianza histórica entre él y los intereses comerciales). Prohibida la propiedad ausente (absentista) la responsabilidad de dirigir la industria con plena eficiencia tecnológica y productiva debería corresponder al "soviet de técnicos"[71], integrado por ingenieros y expertos técnicos. Sería suficiente la autoorganización (sindical) de los ingenieros y expertos mecánicos pudiendo alcanzarse el objetivo incluso a través de una huelga general de técnicos, lo cual desactivaría el sistema industrial y produciría el efecto de una transferencia de poder de los hombres de negocios[72]. La dispersión de la propiedad y el control continúa siendo planteada como una característica de las grandes corporaciones empresariales del siglo veintiuno. Se piensa que "en las empresas de "alto valor" las reclamaciones tanto del sector laboral como del capital financiero están cada vez más subordinadas a las exigencias de aquellos que identifican, resuelven los nuevos problemas y juegan el papel de intermediarios"[73]. Por otra parte, "Las nuevas redes de organización empresarial de "alto valor", que están remplazando a las viejas estructuras piramidales centralizadas -de alto volumen-, se están extendiendo por todo el mundo. Están dejando de existir las compañías consideradas como "norteamericanas" (o alemanas, o francesas, o japonesas), y los productos terminados de origen "norteamericano" (británico, francés, japonés o alemán)". El tipo de control y propiedad centralizados es imposible de llevar a cabo en las redes empresariales de "alto valor"[74].

No obstante, como se indicó, el planteamiento puede pecar de cierta ingenuidad, porque Veblen piensa que los ingenieros son neutrales en el ejercicio de su función técnica y directiva. En todo caso, Veblen iba más allá de lo que habitualmente se piensa, porque proponía un consejo general de técnicos ("soviet de técnicos") en la industrial. Con ello se acercaba a las ideas de una del "socialismo gremial", que apostaba por una organización de base profesional de carácter descentralizado, por contraposición a un tipo de socialismo dirigista de planificación central. Es de hacer notar, con este modo de pensar Veblen se distancia de Marx, porque no otorga la fuerza y el protagonismo de la transformación a las clases trabajadores. En gran medida Veblen entiende que los trabajadores están subordinados no sólo económicamente sino también ideológica y culturalmente (es una lógica de hegemonía). También los sindicatos se ven sometidos a la lógica de los "negocios" y de las transacciones: es un "sindicalismo de negocios", cuyo instrumento fundamental es la negociación colectiva respaldada por el arma de la huelga.

---

cierta medida, se puede entender que toda la obra de Veblen pretendía proporcionar argumentos científicos en apoyo de un programa de reorganización y reequipo industrial bajo una guía de técnicos.

[70] Reimpresa bajo el título "A Policy for Reconstruction ", primero en la New Republic, 13 de abril de 1918, y después en Veblen, T.H.: Essays in Our Changing Order, Nueva York, Viking Press, 1934.

[71] Véase Veblen, T.H.: "Memorándum sobre un práctico soviet de técnicos," en Veblen, T.H.: The Engiaeers and the Price System, Nueva York, Viking Press, 1921. Es interesante la confrontación con Bujarin, N.: Economía política del rentista, Barcelona, Ed.Laia, 1974.

[72] Veblen, T.H.: The Engiaeers and the Price System, Nueva York, Viking Press, 1921, p.166. Para la crítica de Veblen al Derecho "sagrado" de propiedad, véase Barañano Cid, M.: Los fundamentos de la teoría social, cit.,pp.775 y sigs.

[73] Reich, R.B.: El trabajo de las naciones. Hacia el capitalismo del siglo XXI (1991-1992), Madrid, Javier Vergara Editor, 1993, p.113.

[74] Reich, R.B.: El trabajo de las naciones. Hacia el capitalismo del siglo XXI (1991-1992), Madrid, Javier Vergara Editor, 1993, pp.118-119. De ahí que pueda afirmar la existencia de una creciente irrelevancia de la nacionalidad empresarial (Ibid., cap. 12, pp.142 y sigs.).

Para Veblen (a diferencia de Keynes y Galbraith, que tenían una especial inclinación hacia el reforzamiento de la empresa pública y el gobierno de la economía por el Estado intervencionista) debería apostarse ante todo por empresas (privadas y públicas) gestionadas instrumentalmente de manera descentralizada y bajo la dirección técnica y estratégica (sustitutiva de la realizada por los empresarios o capitanes de industria) de los ingenieros y expertos técnicos. Postulaba una suerte de dirección de la empresa entendida como técnica de ingeniería económico-social.

Se ha subrayado -en un sentido no lejano a las críticas de Veblen y de Marx- que el capitalismo lleva a una escalada de despilfarro de recursos humanos y físicos expresada en el aumento de los gastos militares, la aceleración de la destrucción del medio ambiente, el resurgimiento de la discriminación racial y la creciente deficiencia de la educación, la sanidad y otros servicios humanos semejantes[75]. Veblen -como después, Keynes[76]- criticará el despilfarro consustancial a la economía capitalista (y no sólo del *laissez-faire*), pero iba más allá al cuestionar la eficiencia productiva de la organización capitalista de la economía. El despilfarro que propicia el capitalismo es tanto de la demanda como de la oferta. Se pone en cuestión que todo lo que genere beneficios tiene sentido, de manera que se discute es la hegemonía del principio de la rentabilidad como criterio rector de la asignación de los recursos. Interesa realzar que Veblen en concepción de la crisis económica se anticipa a la gran depresión, que en ciertos aspectos análoga a la más conocida de John Maynard Keynes: *General Theory of Employment, Interest and Money* (1936)[77].

[75] Bowles, S., Gordon, D.M. y Weisskopf, T.H.E.: La economía del despilfarro, Madrid, Alianza editorial, 1989, p.13. Título, por ciento, significativamente, muy vebleniano.

[76] Especialmente, Keynes, J.M.: "El final del laissez-faire" (1926), en Ensayos sobre intervención y liberalismo, Barcelona, Eds. Orbis, 1987, pp.63 y sigs. Un estudio de Veblen y Keynes en Riesman, D.: Thorstein Veblen (1953), Nueva York, The Seabury Press, 1975, pp.164 a 166.

[77] Aunque las dos personalidades diferían marcadamente, Keynes y Veblen podrían convenir en la naturaleza transitoria de la prosperidad y estabilidad económica, la ausencia de una demanda efectiva que apoye la sobreproducción y la consideración psicológica de las expectativas de beneficio por parte de los empresarios, presa del pánico. Pero mientras Veblen se inclinó hacia una teoría diabólica de la depresión, con villanos reales, Keynes naturalizó (objtivizó) todo el fenómeno. En el análisis de Veblen la depresión surge a raíz de un sistema de crédito inflado, en que las empresas reciben préstamos garantizados con activos intangibles sobrevaluados, se comprometen a obtener grandes ganancias futuras basándose en el supuesto de continuas rondas de prosperidad, que, si se realizan temporalmente, conducen a una capitalización mayor aún; y si tal situación no puede sostenerse, pues la innovación tecnológica reduce los precios y las empresas sólo pueden expandirse compitiendo entre sí; por lo tanto, se genera una disminución general de los beneficios y una declinación continua de los valores, hasta que todo el sistema se derrumba, no con una agitación masiva, como vislumbraba Marx, sino de un sordo golpe. El análisis de Keynes se inicia con el movimiento del ingreso y la inversión y con la relación de estos factores con el ahorro y el gasto, y luego traza la contradicción y la expansión de la tasa del flujo de dinero a través de toda la economía, desde los compradores a los productores y hasta los perceptores de ingresos. Mientras Veblen creía que las empresas conspirarían para restringir la producción, Keynes sostuvo que las empresas deciden en primer término dejar de reinvertir y expandir la producción porque el consumo de bienes específicos ha llegado a su límite, ya sea a causa de la saturación del mercado o por la disminución del poder de compra de los consumidores, o por ambas causas. Así pues, según Veblen el ciclo descendente puede ser un "sabotaje"; para Keynes, en cambio, es simplemente un estancamiento natural. Por otra parte, mientras Keynes esperaba que la inversión gubernamental llenara el hueco de la empresa privada, Veblen supuso que la salida más probable de una depresión residiría en "alguna forma de gastos dispendioso, como una demanda sostenida derivada de la guerra o del incremento de los armamentos, navales y militares. Quizá no deba sorprender que Veblen haya subestimado el papel del gasto gubernamental como medio de estímulo del flujo de ingreso y consumo para incrementar el empleo y lograr la recuperación económica general. No obstante, una prosperidad basada en el consumo masivo y la producción militar no escapaba a la imaginación de Veblen, quien podía entender la lógica de todo, aun la normalidad del despilfarro y de la guerra. Marx se habría deleitado calificando de "contradicción" nuestros actuales programas federales de economía keynesiana; Veblen se habría referido con mayor pesimismo a un "deterioro crónico". Pues ni Marx ni Veblen creían que la propiedad privada, la competencia y el sistema de beneficio tuviesen mucho que ver con el significado y el valor reales de la vida, con la potencialidad del hombre para un desarrollo plenamente humano. ¿Dónde podrán encontrarse entonces este significado y esta valor?, y ¿Cómo se distorsionó en primer lugar la capacidad de autorrealización del hombre?, ¿Por qué está enajenado el hombre?, ¿Cuál es el enigma de la alienación? Cfr. Diggins, J.P.: El bardo del salvajismo, cit.,pp.96 sigs.

Todo es la consecuencia de la comprensión del mundo de la sociedad industrial asumida por Veblen, el cual distingue dos mundos que coexisten en el mismo espacio económico, entre especulación (pecuniaria) y producción (contemplada desde una perspectiva ingenieril). El empresario, bien que asumiendo el riesgo de empresa, se ocupa ante todo de la primera actividad en sus relaciones comerciales y competitivas. Empresa es estrictamente un hombre de negocios *parásito* del sistema industrial y un obstáculo para su progreso, pues hace primar lo pecuniario sobre la producción (las connotaciones son inequívocas con el pensamiento anterior de Saint-Simon y su "sistema industrial"[78] y después con Keynes, Sraffa y Galbraith, los cuales distinguen entre producción y actividades meramente financieras y especulativas). Las actividades especulativas conducirían a una mayor inestabilidad de la economía. Los empresario son, además, una rémora para el desarrollo del progreso técnico, con el consiguiente perjuicio para la producción. Para Veblen -al contrario que la visión positiva del empresario que traza Schumpeter- el capitán de industrial (el empresario), lejos de introducir innovaciones técnicas, la retrasa. Con ello se acerca más a Marx, el cual desde una concepción materialista diferenció entre la producción de bienes y las actividades pecuniarias. No obstante, para Veblen y su teoría de la evolución en el sistema industrial no hay meta alguna a perseguir y corresponde un papel estrictamente funcional y de gestor a los técnicos e ingenieros que deben dirigir el proceso productivo en sustitución del empresario. Pretende implantar un socialismo de inspiración guildista, pero singularizado en él porque realza sus caracteres tecnocráticos dentro de una concepción despersonalizada del proceso de producción.

3. OBRAS DE THORSTEIN VEBLEN. TRADUCCIONES AL CASTELLANO

Teoría de la clase ociosa (1899), trad. Vicente Herrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1944, con varias reimpresiones. Esta misma versión fue editada por Hyspamérica Ediciones Argentina, S.A.-Ediciones Orbis, S.A., Jorge Luis Borges-Biblioteca Personal, 1987.

Teoría de la empresa de negocios (1904), trad. Carlos Alberto Trípodi, Buenos Aires, Eudeba, 1965.

Teoría de la empresa de negocios, trad. Carlos Alberto Trípodi, revisión técnica, edición y estudio preliminar, "La teoría de la empresa de negocios en Thorstein Veblen", a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2009.

"El instinto de trabajo útil y el fastidio del trabajo" (1898-1899), en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas,* núm. 86, trad. María Teresa Casado, 1999.

"El estatus bárbaro de las mujeres" (1898-1899), en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas,* núm. 86, trad. María Teresa Casado, 1999.

"La curiosidad ociosa en la sociedad" (1906), en Barnes, B., *et altri.: Estudios sobre sociología de la ciencia,* trad. Néstor A. Míguez, Madrid, Alianza Editorial, 1972.

"El lugar de la ciencia en la civilización moderna" (1906), en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas,* núm.61, trad. Margarita Barañano Cid, 1993.

"El lugar de la Universidad en la vida moderna" (1906), en *Revista Colombiana de Educación,* núm.28, trad. Enrique Hoyos Olier y Gonzalo Cataño, Bogotá, 1994.

"La economía del profesor Clark" (1908), Hunt, E.K. Y Schartz, J.G.: *Crítica de la teoría económica,* en trad. Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1977.

"La naturaleza del capital I" (1908), en *Revista de Economía Institucional,* núm.3, trad. de Alberto Supelano, Bogotá, 2000.

"La naturaleza del Capital II" (1908), en *Revista de Economía Institucional,* núm.4, trad. Alberto Supelano, Bogotá, 2001.

"Las limitaciones de la utilidad marginal" (1909), en *Cuadernos de Economía,* núm. 3 (2000), trad. Alberto Supelayo, Bogotá, 2000.

[78] Saint-Simon, H.DE.: El sistema industrial, Madrid, Eds. de la Revista de Trabajo, 1975.

"Dos memorandos sobre la naturaleza de la paz" (1917), en Loewenheim, F.L. (Comp.).: *Historiadores y diplomáticos,* trad. Manuel Ortuño, México, UTEHA, 1968.

Fundamentos de economía evolutiva.Ensayos escogidos, Prólogo Geoffrey M. Hodgson, Selección y traducción de Alberto Supelano, Bogotà, Universidad Externado de Colombia. Biblioteca de las Ideas, 2005. En esta cuidada recopilación se recogen los siguientes ensayos de Veblen:

-"Por qué la economía no es una ciencia evolutiva", 1898, pp.31 a 52.

-"Las preconcepciones de la ciencia económica (I)", 1899, pp.53 a 79.

-"Las preconcepciones de la ciencia económica (II)", 1899, pp.81 a 109.

-"Las preconcepciones de la ciencia económica (III)",1900, pp.111 a 137.

-"La economía socialista (I). Kart Marx y sus seguidores" , 1906, pp.139 a 158.

-"La economía socialista (II). El marxismo posterior",1906, pp.159 a 180.

-"El lugar de la ciencia en la civilización moderna", 1906, pp.181 a 205.

-"Sobre la naturaleza del capital (I)", 1908, pp.207 a 230.

-"Sobre la naturaleza del capital (II)", 1908, pp.231 a 259.

-"La evolución del punto de vista científico", 1908, pp.261 a 281.

-"La economía del Profesor Clark", 1908, pp.283 a 323.

-"Las limitaciones de la utilidad marginal", 1909, pp.325 a 342.

4. BIBLIOGRAFÍA GENERAL

Arocena, R .y Sutz, J.: *Subdesarrollo e innovación,* Madrid, Cambridge University Press, 2003.

Barañano Cid, M.: *Los fundamentos de la teoría social de Thorstein Veblen: la «revuelta» contra el homo oeconomicus de la "economía recibida",* Madrid, Universidad Complutense, 2005.

Berle, A.A. y Means, G.C.: *The Modern Corporation and Private Property,* Nueva York, The MacMillan Co., 1933.

Birnbaum, N.: *Después del progreso. Reformismo social estadounidense y socialismo europeo en el siglo XX,* Barcelona, Tusquets Editores, 2003.

Bobbio, N.: *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política,* México, FCE, 1994.

Bobbio, N.: *Teoría general de la política,* Madrid, Ed. Trotta, 2003.

Bourdieu, P. y Wacquant, L.: "Sobre las astucias de la razón imperialista", en Wacquant, L.: *El misterio del ministerio. Pierre Bourdieu y la política democrática,* Barcelona, Ed. Gedisa, 2005.

Bourdieu, P.: *Capital cultural, escuela y espacio social,* Buenos Aires, Siglo Veintiuno editores Argentina, 2003.

Bourdieu, P.: *Las estructuras sociales de la economía (2000),* Barcelona, Editorial Anagrama, 2003.

Bowles, S., Gordon, D.M. y Weisskopf, T.H.E.: *La economía del despilfarro,* Madrid, Alianza editorial, 1989.

Bujarin, N.: *Economía política del rentista,* Barcelona, Ed.Laia, 1974.

Burawoy, M.: *El consentimiento en la producción (1979),* Madrid, MTSS, 1989.

Burrow, J.W.: *La crisis de la razón. El pensamiento europeo 1848-1914,* Barcelona, Editorial Crítica, 2001

Castells, M.: *La sociedad red. La era de la información: economía, sociedad y cultura,* vol. 1, Madrid, Alianza, 1997.

Chandler, A.: *The Visible Hand. The Managerial Revolution in American Business,* Cambridge (Massachussets), Harvard University Press, 1977.

Chesnais, F.: *La mondialisation du capital,* París, Syors, 1994; Jessop, R.: *The future of the capitalist State,* Cambridge, Polity Press LTD, 2003.

Coase, R.: *La naturaleza de la empresa (1937),* en Putterman, L. (ed.).: *La naturaleza económica de la empresa,* Madrid, Alianza, 1994.

Commons, J.R.: *Legal Foundations of Capitalism,* Nueva York, The MacMillan Co.,1924; Commons, J.R. y asociados.: *Industrial Government,* Nuevas York, The Macmillan Co., 1921.

Dahrendorf, R.: *Sociedad y sociología,* Madrid, Ed. Tecnos, 1966.

Dewey, J.: *Liberalismo y acción social y otros ensayos,* trad., de José Miguel Cloquell, Valencia, Deis. Alfons El Magnànim, 1996.

Dewey, J.: *Naturaleza humana y conducta (1922). Introducción a la psicología social,* México, FCE, 1964.

Diggins, J.P.: *El bardo del salvajismo.Thorstein Veblen y la teoría social moderna,* México, FCE, 1983.

Duguit, L.: *Las transformaciones del Derecho Público y Privado,* edición crítica y estudio preliminar, "Objetivismo jurídico y teoría de los derechos en León Duguit", a cargo de José Luis Monereo Pérez y José Calvo González, Granada, Ed.Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.

Esteban, J.M.: "La unificación de la ciencia como acción social: Otto Neurath y John Dewey", en ÉNDOXA: Series Filosóficas, UNED, Madrid, núm. 17, 2003.

Galbraith, J.K.: *La sociedad opulenta (1958),* Barcelona, Planeta-Agostini, 1992.

Galgano, F.: *Instituciones de la economía capitalista. Sociedad anónima, Estado y clases sociales,* Valencia, Fernando Torres-Editor, 1980.

Harris, A.L.: *La ciencia económica y la reforma social,* Madrid, Ed. Tecnos, 1964.

Held, D.: *Un Pacto Global,* Madrid, Taurus, 2005.

Hobhouse, L.T.: *Liberalismo,* edición y estudio preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Ed.Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.

Hobson, J.A.: *Veblen* (1936), trad. Adolfo Sánchez Vázquez, México, FCE, 1978.

Hofstader, R.: *The Progressive Movement, 1916-1970,* Englewood Cliffs, Nueva Jersey, Prentice Hall, 1963.

Hughes, H.S.: *Conciencia y sociedad. La reorientación del pensamiento social europeo 1890-1930,* Madrid, Aguilar, 1972.

Jaffé, W.: *Les théories économiques et sociales de Thorstein Veblen. Contribution á l'Histoire des Doctrines Économiques aux États-Unis,* New York, Burt Franklin, 1971.

Joas, H.: *El pragmatismo y la teoría de la sociedad,* Madrid, CIS. Centro de Estudios Constitucionales, 1998.

Kaufmann, A. E.: *El poder de las organizaciones,* Madrid, Esic Editorial, 1993.

Keynes, J.M.: "El final del laissez-faire" (1926), en *Ensayos sobre intervención y liberalismo,* Barcelona, Eds. Orbis, 1987,

Marglin, S.A.: "Cómo atrapar las moscas con la miel", en VV.AA.: *Rupturas de un sistema económico,* Madrid, Ed. Blume, 1981.

Marglin, S.A.: "Orígenes y funciones de la parcelación de tareas. ¿Para qué sirven los patronos?", en Gorz, A. (ed.): *Crítica de la división capitalista del trabajo,* Barcelona, Laia, 1977.

Martín Artiles, A.: *Actores y modelos de relaciones laborales,* Editorial UOC, Universitat Oberta de Catalunya., 2003.

Martín Artiles, A.: *Teoría clásica de las relaciones laborales,* Universitat Oberta de Catalunya, 2003.

Menand, L.: *El club de los metafísicos. Historia de las ideas en América,* Barcelona, Ediciones Destino, 2002.

Menger, A.: *El Estado democrático del trabajo. El derecho el producto íntegro del trabajo,* edición y estudio preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Ed.Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004.

Mills, C. Wright.: *Sociología y Pragmatismo,* con una introducción de Irving Louis Horowitz, Buenos Aires, Eds. Siglo Veinte, 1968.

Monereo Pérez, J. L.: "El Institucionalismo americano y la Escuela de Economía del Trabajo y de las Relaciones Laborales: Thorstein Bunde Veblen y la Escuela de Wisconsin", en *Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 5, 2022.

Monereo Pérez, J. L.: "La reforma educativa como proyecto político-jurídico de transformación democrática: legado y actualidad del institucionalismo de Giner de los Ríos", *Ábaco. Revista de Cultura y Ciencias Sociales* (Número Monográfico. *Enseñanza humanista y regeneración social. El legado de Giner de los Ríos y la Institución Libre de Enseñanza*), núm, 4. 90, 2016.

Monereo Pérez, J. L.: "Reforma social y ética en Economía Política: la teoría de Gustav Schmoller", en *Temas Laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar socia*l, núm. 93, 2008.

Monereo Pérez, J. L.: "Teoría socio-jurídica del estado constitucional y sindicalismo de integración: la concepción de Adolfo Posada". En *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. *12*, núm.1, 2022.

Monereo Pérez, J. L.: *El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos,* Barcelona, Ed. Atelier, 2023.

Monereo Pérez, J. L.:"El reformismo socio-liberal de Giner de los Ríos; organicismo y corporativismo social", en Civitas. Revista española de derecho del trabajo, núm. 142, 2009.

Monereo Pérez, J.L.: "El constitucionalismo social europeo. Un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea", en *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 160, 2013.

Monereo Pérez, J.L.: "La teoría del progreso en Herbert Spencer", estudio preliminar a Spencer, H.: *Instituciones industriales,* Granada, Ed.Comares (Colección Crítica del Derecho), 2009.

Monereo Pérez, J.L.: "Los fundamentos del "liberalismo social" y sus límites: Leonard Trelawney Hobhouse", en *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo,* núm. 136, 2007.

Monereo Pérez, J.L.: "Reforma Social y Ética en Economía Política": La Teoría de Gustav Schmoller", en *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social,* núm. 93, 2008.

Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social, 1996.

Monereo Pérez, J.L.: *Economía política de la desigualdad: progreso y miseria en Henry George,* estudio preliminar a la obra de George, H.: *Progreso y Miseria,* Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho) 2008.

Monereo Pérez, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015.

Monereo Pérez, J.L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España,* Madrid, Trotta, 1999.

Monereo Pérez, J.L.: *La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía,* Estudio preliminar a Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno,* Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001.

Monereo Pérez, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2009.

Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

Monereo Pérez, J.L.: *La teoría crítica social de Thortein Veblen. Sociedad opulenta y empresa de negocios*, Granada, Comares, 2010.

Monereo Pérez, J.L.: *Los fundamentos de la democracia. La teoría político jurídica de Hans Kelsen,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013.

Monereo Pérez, J.L.: *Modernidad y Capitalismo. Max Weber y los dilemas de la Teoría Política y Jurídica,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013.

Naredo, J.M.: "La economía en evolución: invento y configuración de la economía en los siglos XVIII y XIX y sus consecuencias", en *Manuscrits,* núm. 22, 2004.

Narotzky, S.: *Antropología económica. Nuevas tendencias,* Barcelona, Editorial Melusina, 2004.

Neurath, O.: *Fundamentos de las ciencias sociales,* Granada, Ed.Comares (Colección Crítica del Derecho), edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, 2006.

North, D.C.: *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico (1990*), México, FCE, 2006.

Palloix, C.: *La internacionalización del capital,* Madrid, H. Blume Ediciones, 1978.

Picó, J.: *Los años dorados de la sociología (1945-1975),* Madrid, Alianza Editorial, 2003.

Polanyi, K.: *La Gran Transformación. Crítica del liberalismo económico* (1944), Madrid, Ed. La Piqueta, 1989.

Posada, A.: *Woodrow Wilson y su obra Estado,* Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1921.

Powell, W. y Dimayggio, P.: "Retorno a la jaula de hierro: El isomorfismo institucional y la racionalidad colectiva en los campos organizacionales", en Powell, W. y Dimaggio, P.(Comp.): *El nuevo institucionalismo en el análisis organizacional,* México, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, Universidad Autónoma del Estado, FCE, 1999.

Reich, R.B.: *El trabajo de las naciones. Hacia el capitalismo del siglo XXI (1991-1992),* Madrid, Javier Vergara Editor, 1993.

Riesman, D.: *Thorstein Veblen (1953),* Nueva York, The Seabury Press, 1975.

Robinson, J.: *La economía de la competencia imperfecta,* Madrid, Ed. Aguilar, 1956.

Saint-Simon, H.DE.: *El sistema industrial,* Madrid, Eds. de la Revista de Trabajo, 1975.

Santini, G.: *El comercio. Ensayo de economía del Derecho,* Barcelona, Ariel, 1988.

Sapir, J.: *Economistas contra la democracia. Los intereses inconfesables de los falsos expertos de la economía,* Barcelona, Ediciones B, 2004.

Schneider, E.V.: *Sociología industrial. Relaciones sociales entre la industria y la comunidad,* Madrid, Guadarrama, 1966. Más recientemente, Fernández, J.C.: *El discurso del Management: tiempo y narración,* Madrid, Centro de investigaciones Sociológicas, 2007.

Sen, A.: *Sobre ética y economía,* Madrid, Alianza editorial, 2007.

Shonfield, A.: *El capitalismo moderno. El cambio de equilibrio de los poderes público y privado,* México, FCE, 1967.

Sztompka, P.: *Sociología del cambio social,* Madrid, Alianza editorial, 1995.

Tawney, R.H.: *La sociedad adquisitiva (1921),* Madrid, Alianza editorial,1972.

Touraine, A.: "Racionalidad y política en la empresa", en Bloch, F. y Perroux, F. (Coord.): *La empresa y la economía,* t. II, Bilbao, Ediciones Deusto, 1970.

Vinokur, A.: *Thorstein Veblen et la tradition dissidente dans la pensée économique américaine,* París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969.

Weber, A.: *Introducción al estudio de la economía política, (1928-1931),* T. I, trad. José Álvarez de Cienfuegos y Cobos, Barcelona, Bosch, 1935.

Weber, M.: *La ética protestante y el "espíritu" del capitalismo,* Madrid, Alianza, 2002.

Weber, M.: *Sociología del Derecho,* edición y estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez, Granada, Ed.Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001.

West, C.: *La evasión americana de la filosofía*, Madrid, UCM. Editorial Complutense, 2008.

Williamson, O.E.: *Las instituciones económicas del capitalismo,* México, FCE, 1989.

Wood, E.M.: *Democracia contra capitalismo,* México, Siglo veintiuno editores, 2000.

nº 8 (3er Trimestre 2023)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Determinación del convenio colectivo aplicable a las empresas contratistas y subcontratistas. El nuevo art. 42.6 del Estatuto de los Trabajadores

Determination of the collective agreement applicable to contractors and subcontractors. The new art. 42.6 of the Workers' Statute

Azucena Escudero Prieto *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de Valladolid
https://orcid.org/0000-0001-7987-3792

Cita Sugerida: ESCUDERO PRIETO, A. «Determinación del convenio colectivo aplicable a las empresas contratistas y subcontratistas. El nuevo art. 42.6 del Estatuto de los Trabajadores». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 8 (2023): 67-91.

Resumen

El RDL 32/2021, de 28 de diciembre, expresa introducir modificaciones dirigidas a la modernización de la contratación y subcontratación de obras o servicios. En este trabajo se aborda el análisis del nuevo art. 42.6 ET, que determina que siempre habrá un convenio colectivo sectorial aplicable, que puede ser el de la actividad desarrollada en la empresa principal u otro si así lo determina la negociación colectiva sectorial, dentro de sus normas generales. Al mismo tiempo, el legislador propone que el convenio de empresa solo podrá aplicarse por la empresa contratista, cuando contenga mejores condiciones salariales que el sectorial que resulte de aplicación.

Palabras clave

Descentralización productiva, convenio colectivo, empresa contratista, contrata.

Abstract

RDL 32/2021, of December 28, expresses the introduction of modifications aimed at modernizing the contracting and subcontracting of works or services. This paper deals with the analysis of the new art. 42.6 ET, which determines that there will always be an applicable sectoral collective agreement, which may be that of the activity carried out in the main company or another if so determined by the sectoral collective bargaining, within its general rules. At the same time, the legislator proposes that the company agreement may only be applied by the contracting company, when it contains better salary conditions than the applicable sectoral one.

Keywords

Productive decentralization, collective agreement, contractor company, hires.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL. CONTEXTO DE LAS CONDICIONES LABORALES DE LOS TRABAJADORES SUBCONTRATADOS

Es ya clásico, desde los años 70 del siglo pasado que se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la regulación de la descentralización productiva[1], las dificultades que siempre ha supuesto en el ámbito jurídico laboral la aplicación del contenido regulador de la contratación y subcontratación entre empresas de obras y/o servicios. El controvertido vigente art. 42 del RDLeg. 2/2005, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

[1] Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre, por el que se establecen normas para prevenir y sancionar actividades fraudulentas en la contratación y empleo de trabajadores.

Fecha Recepción: 21/06/2023 - Fecha Revisión: 19/07/2023 - Fecha Aceptación: 20/07/2023
Págs. 67-91

-ET-[2], mantiene un contenido regulador casi inalterable desde que se incorporó la regulación de la subcontratación de obras y servicios en el Estatuto de los Trabajadores de 1980.

Frente al magnífico avance de la descentralización productiva, nos encontramos que la inmovilidad del legislador a la hora de actualizar la regulación del art. 42 del ET para adecuarlo a este modelo de suministro de mano de obra, ha sido sustituida por los planteamientos de interpretación y de modificación legislativa realizados por la doctrina y la labor de la jurisprudencia, que han ido creando un laboratorio de propuestas de reforma y de aplicación del vigente texto del art. 42 del ET regulador del trabajo en contratas y subcontratas.

Si bien es cierto, la decisión de la empresa principal de externalizar un servicio que venía prestando con personal propio forma parte del derecho de libertad de empresa reconocido por la Constitución Española, art. 38 CE, sin embargo, esto, no puede significar el traslado de responsabilidades a modo de precariedad a los trabajadores afectados y a modo de competencia a las empresas que no externalizan estas actividades.

El cambio de condiciones laborales que naturalmente se puede producir por la pertenencia a otra empresa y, en muchas ocasiones, por la aplicación de un convenio colectivo diferente al trabajador apartado de la empresa principal, como viene defendiendo la doctrina del Tribunal Supremo en cuanto al convenio colectivo aplicable a los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, que será "aquel cuyo ámbito funcional comprenda la actividad que llevan a cabo los trabajadores en el ámbito de la contrata[3], no puede dar lugar a abusos contra los derechos de los trabajadores, porque además de ser injusto socialmente podría, con la regulación jurídica apropiada, suponer una vulneración de los derechos de los trabajadores[4].

La relevancia de las desigualdades en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados se intensifica por la intensa participación de las empresas multiservicios en el negocio de las contratas. El conflicto se origina, fundamentalmente, a raíz de que el personal de limpieza de habitaciones en el ámbito de la hostelería y hotelero había quedado fuera de los convenios colectivos de hostelería y hospedaje, como consecuencia de la externalización de la actividad por los establecimientos hoteleros y de hospedaje, y se hace mediático por las protestas de las camareras de pisos, autodenominándose las Kellys. Cuando el personal de limpieza de habitaciones es contratado por las empresas de servicios y multiservicios, para ponerlo a disposición de los establecimientos hoteleros para que se ocupen de la limpieza de habitaciones, le es de aplicación el convenio colectivo del sector de limpieza y no el convenio colectivo de hostelería y hospedaje, que es el convenio colectivo que se aplica al personal de limpieza de habitaciones contratado directamente por los establecimientos hoteleros, que además considera esta actividad como un oficio singular dentro de la actividad de hostelería, remunerándolo con un valor superior al que en general se otorga en el convenio sectorial al personal de limpieza.

Este conflicto coloca en el centro del escenario social mediático la realidad de las enormes desigualdades de condiciones laborales existentes entre los trabajadores internos y externos de la descentralización productiva, provocando que el debate y la exigencia de reforma del art. 42 del ET supere el estricto ámbito doctrinal y judicial para colocarse en el centro del debate social, sindical y político[5]. En este contexto el Grupo Parlamentario socialista presenta una proposición de Ley de

[2] Nores Torres, L.E.: "La reforma del art. 42 ET en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre", Revista Labos, vol. 3, número extraordinario "La reforma Laboral de 2021", 2022, p. 74.

[3] Desde la STS de 11 de junio de 2020, rec. 9/2019

[4] Monereo Pérez, J.L.: "Identidad de las empresas multiservicios: régimen jurídico y responsabilidades", cit. p. 237.

[5] Lahera Forteza, J.: "La proposición de Ley de modificación del art. 42 ET: valoración y alternativa", en VV.AA.: Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial XXVIII Congreso de Derecho

modificación del art. 42 del ET el 8 de agosto de 2016. Ha sido necesario esperar a la aprobación del RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, para que se introduzca una reforma de la descentralización productiva en el art. 42 del ET. El RDL 32/2021, incorpora modificaciones que afectan directa e indirectamente al régimen jurídico laboral de la subcontratación de obras y servicios; directamente, a través de los cambios que se introducen en el art. 42.6 del ET en relación al convenio colectivo aplicable a las empresas contratistas y subcontratistas e; indirectamente, también se verá afectado por la reforma del art. 84.2 del ET en materia de negociación colectiva y por la reforma de los arts. 15 y 16 del ET en materia de contratación de trabajadores[6]. No abordaré en este trabajo las modificaciones introducidas por el RDL 32/2021 en el régimen de duración del contrato de trabajo de los arts. 15 y 16 del ET, ni tampoco me detendré en el análisis de la modificación del art. 84.2 del ET.

2. EL PREÁMBULO DEL RDL 32/2021. LOS DECLARADOS OBJETIVOS DE LA REFORMA DEL ART. 42 DEL ET

Centrado el punto de partida de la reforma en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, aprobado a través del Consejo ECOFIN el 13 de julio de 2021, el legislador expresa en el apartado III del Preámbulo del RD-Ley 32/2021 que el incremento en el uso de la externalización productiva como mecanismo de reducción de costes afecta negativamente a la competencia cualitativa entre las empresas e incide, también, en el incremento de la precariedad laboral. De esta situación, deriva la necesidad de abordar una reforma que impida que se utilice la externalización de servicios, a través de la subcontratación, como mecanismo de reducción de los estándares laborales de las personas que trabajan para las empresas subcontratistas. Así pues, el objetivo es conseguir una regulación precisa que garantice el equilibrio entre agilidad y flexibilidad -en trabajos especializados, asociados a un proyecto determinado- y un nivel adecuado de protección a las personas trabajadoras de las subcontratas, en relación con los trabajos que desarrollan[7].

La Exposición de Motivos del RDL 32/2021 declara las distorsiones que la regla de preferencia del convenio de empresa, establecida por la reforma laboral de 2012, ocasiona en la tutela de los trabajadores y la competencia empresarial. También, previene sobre la incidencia negativa que estas distorsiones están provocando, especialmente en ciertos grupos sociales tradicionalmente precarizados, que además coinciden con sectores, grupos o actividades desarrolladas mayoritariamente por mujeres como sucede con la profesión de camareras de pisos, que se encuentra eminentemente feminizada o la actividad de limpieza, también ampliamente feminizada. En consecuencia, el legislador destaca que concurre una razón de fondo vinculada con el principio de no discriminación. De ahí que sea necesaria una intervención legal que se lleva a cabo por medio de la introducción de un apartado 6 nuevo al art. 42 del ET, en conexión con lo establecido con carácter general para la concurrencia entre convenios del art. 84 del ET y, más ampliamente, dentro del marco jurídico general establecido para la negociación colectiva[8]. Y, finalmente, era también necesaria una intervención legislativa que permitiera neutralizar

---

del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018, Madrid, Cinca,Vol. 2, 2018, p. 48.

[6] Castro Argüelles, Mª.A.: "Subcontratación laboral: nuevas reglas y cabos sueltos en el Real Decreto-ley 32/2021", cit. pp. 45-48.

[7] Algunos autores que se han ocupado de su estudio han calificado estas propuestas de engañosas si las contrastamos con la realidad que plasma la reforma laboral del art. 42 del ET: Basterra Hernández, M.: "Primeras aproximaciones a la reforma laboral del RDL 32/2021", Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2021; de Preámbulo de la reforma laboral "frustrada", más que la "mens legislatoris" del texto finalmente aprobado, la realidad es que tras la reforma del art. 42 del ET casi nada ha cambiado, Thibault Aranda, J.: "Las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores empleados en las contratas", Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo, núm. 1, 2022, p. 119.

[8] Cruz Villalón, J.: "Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la pospandemia", cit. p. 53.

la tendencia mayoritaria en la doctrina del Tribunal Supremo de rechazar juzgar con perspectiva de género la desigualdad de condiciones de prestación de trabajo entre los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas y los trabajadores de la empresa principal[9].

Ahora bien, entre las diversas dudas que plantea la aplicación de las reglas contenidas en el apartado 6 del art. 42 del ET para lograr los objetivos definidos en la exposición de motivos del RDL 32/2021, hay una que adquiere especial trascendencia dentro de un marco jurídico diseñado para ordenar un sistema de obligaciones y responsabilidades distribuidas entre todos los empresarios que participan en el negocio jurídico de la contrata por razón de su actividad empresarial. El RDL 32/2023, no ha avanzado en determinar la asunción de responsabilidad o de ciertos deberes asumidos por la empresa principal y por las contratistas y subcontratistas derivados de la aplicación de las condiciones laborales establecidas en el convenio sectorial de aplicación a la actividad desarrollada en la contrata, que ahora contiene el art. 42.6 del ET, ni tan siquiera puede entenderse claramente que alcanzara esta responsabilidad en aquellos supuestos en los que se aplicara el mismo convenio colectivo sectorial a la empresa principal y a las empresas contratistas y subcontratistas, cuando la actividad de todas ellas sea coincidente. Con la regulación actual, surgida tras la reforma del RDL 32/2021, la asunción de responsabilidad en la aplicación del convenio colectivo conforme a las reglas contenidas en el art. 42.6 del ET solo se logrará, cuando sea asumida expresamente por los sujetos intervinientes en la contrata o, cuando dicha responsabilidad forme parte del contenido del convenio colectivo sectorial aplicable a las empresas que participen en la ejecución de la actividad externalizada. Esta última fórmula ya había sido empleada con anterioridad a la reforma del art. 42 del ET en los convenios provinciales de hostelería, que obligan a la empresa principal a introducir en la contrata la asunción del deber por la empresa contratista de aplicar a sus trabajadores el convenio sectorial de hostelería de la empresa principal, en lugar de aplicar su propio convenio. Además, estas cláusulas obligaciones habían sido aceptadas por la jurisprudencia[10].

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN SOBRE EL QUE SE EXTIENDEN LAS REGLAS DEL ART. 42.6 ET EN LA DETERMINACIÓN DEL CONVENIO APLICABLE A LAS EMPRESAS CONTRATISTAS Y SUBCONTRATISTAS

El RDL 32/2021 modifica el art. 42 del ET para introducir un nuevo apartado 6, con la finalidad de determinar el convenio colectivo aplicable a los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, durante el tiempo de prestación de servicios en la contrata.

El art. 42.6 del ET establece que "el convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a los dispuesto en el título III. No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este en los términos que resulten del art. 84".

[9] STS de 12 de febrero de 2021, rec. 197/2021, véase voto particular dictado por la magistrada Rosa María Virolés Piñol, argumentando la necesidad de atender para juzgar el caso, "claramente discriminatorio" -convenio colectivo aplicable a camareras de piso subcontratadas- la perspectiva de género, puesto que según establece el art. 4 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, LOIEMH, "ha de aplicarse la ponderación que supone examinar cuál de las soluciones posibles hace más efectivo el principio de igualdad", y la función integradora del principio de igualdad de trato contenida en este precepto es un principio informador del ordenamiento jurídico, que por aplicación del art. 1.4 del CC, debió de haber sido considerado para resolver el caso el "valor de igualdad de sexos" y aplicar el convenio colectivo de hostelería y no el de limpieza. La decisión contraria de la Sala, es "contraria al principio de igualdad efectiva… y aboca al colectivo externalizado a la precariedad de las condiciones laborales, al denominado dumping social, inadmisible en un estado social y democrático de derecho".

[10] STS de 11 de junio de 2020, rec. 7/2019.

La mayoría de la doctrina se inclina por defender que el ámbito de aplicación de esta previsión legal afecta a todas las contratas y subcontratas, no solo a aquellas que tengan la consideración de propia actividad, también a las que no alcanza esta calificación[11].

El supuesto básico de hecho descrito en el art. 42.6 del ET viene delimitado por la condición de empresario contratista o subcontratista que debe cumplir, con carácter general, el sujeto destinatario de la obligación de aplicación del convenio colectivo, tal y como se describe en este nuevo apartado 6 del art. 42 del ET. El punto de partida es la celebración de una contrata entre dos empresas[12] -comitente y contratista-. Esta figura aparece expresamente en el ámbito jurídico laboral para los supuestos de descentralización productiva, aunque la ausencia de definición y actualización de los dictados contenidos en el art. 42 del ET, llevó ya hace tiempo a la mayor parte de la doctrina a defender una visión amplia de lo que deba entenderse por contrata[13]. La contrata es una figura que comprende todos los elementos característicos de un negocio jurídico: declaración de voluntad de dos o más sujetos y acuerdo con consentimiento expreso de cada uno de ellos[14]. Pero, la contrata también contiene rasgos particulares que permite definirla como un negocio jurídico oneroso y bilateral, cuyo objeto es la ejecución de obras y servicios a cambio de un precio[15]. Es aquí, en la existencia de una relación contractual entre las empresas a través de la contrata, donde se introduce la diferenciación fundamental del apartado 6 del art. 42 del ET con los apartados 1 y 2 del art. 42 del ET, que solo serán de aplicación cuando la actividad contratada a través del negocio de la contrata se considere de propia actividad y al empresario comitente se le identifique como principal corresponsable solidario junto al contratista y, en su caso, subcontratista. Nada de esto contiene el apartado 6 del art. 42 del ET. Cuando el art. 42 del ET establece deberes adicionales a la empresa principal que celebra una contrata de propia actividad lo delimita, concreta e identifica; señalándolo e imponiendo deberes o haciendo recaer responsabilidades concretas sobre el comitente, al que se refiere como principal con respecto al contratista y subcontratista.

---

[11] Nores Torres, L.E.: "La reforma laboral del art. 42 en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre", Labos, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, núm. 3, 2022, p. 77, Merino Segovia, A.: "El sistema de negociación colectiva tras el RD-Ley 32/2021. Nuevas orientaciones en la estructura negocial, determinación del convenio colectivo aplicable y restitución de su vigencia ultraactiva". Revista del Ministerio de Trabajo y economía Social, núm. 152, 2022, p. 149; De la Puebla Pinilla, A.: "El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas", Trabajo y Derecho, núm. 88, 2022, p. 5; Cruz Villalón, J.: "Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la pospandemia", cit. pp. 53-54.

[12] La doctrina identificó el término contrata con la noción del contrato de empresa como una de las modalidades del contrato civil de arrendamiento de obra, aunque no se encontraba regulado en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia del ordenamiento jurídico italiano que lo regulaba expresamente en su Código civil, Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M.: "La regulación protectora del trabajo en contratas", Revista de Política Social, núm. 93, 1972, pp. 27-29; García Murcia, J.: "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores", Revista de Política Social, núm. 130, 1981, p. 23; Martín Valverde, A.: "Responsabilidad empresarial en caso de subcontratas de obras y servicios", VV.AA.: Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, E. (Dir.), Tomo VIII, Edersa, Madrid, 1982, pp. 22-23.

[13] Valdés Dal-Ré, F.: "Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo", Relaciones Laborales, núm. 20, 2001, p. 4; Cruz Villalón, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas, Relaciones Laborales, Tomo I, 1992, p.122; Monereo Pérez, J.L.: La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos, Ibidem, Madrid, 1984, p. 78; Rivero Lamas, J.: "La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo", VV.AA.: Descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Madrid, 2000, p. 45; Llano Sánchez, M.: Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas, La Ley, Madrid, 1999, p. 50; Nores Torres, L.E.: El trabajo en contratas. La noción de contrata de «propia actividad», Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 48-51.

[14] En el negocio jurídico a través del cual entra en juego la contrata, que no viene tasado por la norma laboral, lo importante es que "entre las dos organizaciones productivas vinculadas exista un negocio jurídico que sirva de cobertura al auxilio que para su propia actividad consigue el comitente", STS de 21 de julio de 2016, rec. 2147/2014.

[15] Llano Sánchez, M.: Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas, cit. p. 29.

Pero, más allá de atender al negocio jurídico de la contrata propio de la actividad productiva descentralizada. Para comprender el ámbito de aplicación del apartado 6 del art. 42 del ET, puede resultar útil prestar atención al contenido de la exposición de motivos del RDL 32/2021, cuando hace referencia a introducir una regulación que modernice la contratación y subcontratación de las empresas asegurando lograr, entre otros objetivos, un avance hacia la equiparación de condiciones de las personas trabajadoras subcontratadas. El objetivo identificado es conseguir que los trabajadores de la descentralización productiva logren un nivel salarial y de condiciones de trabajo equiparable a los existentes en el modelo productivo no descentralizado o, cuando menos, concertado por sectores de actividad. Tal y como se expone por el legislador, la reforma del art. 42.6 del ET está orientada a impedir que, en el ámbito de la descentralización productiva continúen debilitándose los derechos básicos reconocidos en la legislación laboral para la totalidad de las personas trabajadoras. Este propósito no se puede conseguir si el contenido regulatorio del art. 42.6 del ET se hace depender del restrictivo concepto de propia actividad y no comprendiera a todas las empresas contratistas y subcontratistas que participan en la descentralización productiva. Así pues, en coherencia con lo que se acaba de exponer, este principio de equiparación de condiciones debe guiar el razonamiento analógico en la interpretación del marco regulador en el que se inserta el aparato 6 del art. 42 del ET y, en consecuencia, defender que la ordenación jurídica del convenio colectivo aplicable a las empresas contratistas y subcontratistas[16], comprende a todas las personas trabajadoras contratadas por estas empresas cuando prestan servicios en contratas, sin ninguna excepción.

4. EL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE A LOS TRABAJADORES QUE PRESTAN TRABAJO EN CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

Veamos ahora si las modificaciones del art. 42 del ET pueden servir de cauce para lograr el propósito anunciado de modernizar las contratas y subcontratas y ofrecer solución a los problemas de desigualdad que la descentralización productiva ha venido introducido en las relaciones laborales. El art. 42.6 del ET identifica el convenio colectivo aplicable a las personas trabajadoras de las empresas contratistas y subcontratistas durante la ejecución de la contrata, imponiendo como criterio general aplicar el convenio sectorial perteneciente a la actividad desarrollada en la contrata, y tres excepciones: en primer lugar, otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el Título III; en segundo lugar, aplicar el convenio propio de la empresa contratista o subcontratista; y, en tercer lugar, excluye absolutamente la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 42.6 del ET, en los casos de contratas y subcontratas suscritas con los centros especiales de empleo regulados en el RDLeg. 1/2013, de 29 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, -disposición adicional vigesimoséptima del RD 32/2021-.

Se ha interpretado que el art. 42.6 del ET tal y como ha sido redactado no aporta nada nuevo[17], introduce una regulación específica del supuesto particular de determinación del convenio colectivo aplicable a las empresas contratistas y subcontratistas con una redacción cuya interpretación está resultando un auténtico rompecabezas[18]. Las fórmulas empleadas no siempre garantizan que, efectivamente, las personas trabajadoras de la contrata disfruten de las condiciones laborales previstas para el sector de actividad, ni mucho menos de las que resultarían aplicables de haber sido

[16] La jurisprudencia viene aceptando desde hace tiempo que la noción de empresario establecida en el art. 42 del ET, se refiere a la noción laboral del mismo, de modo que la noción de empresario abarca además de la empresa mercantil, también a personas o entidades que no tengan la condición de empresarios y que soliciten la prestación de servicios de trabajadores para realizar su actividad, SSTS de 15 de julio de 1996, rec. 5990/1096, de 3 de marzo de 1997, rec. 9194/1997.

[17] Thibault Aranda, J.: "Las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores empleados en contratas", cit. p. 127.

[18] De la Puebla Pinilla, A.: "El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas", cit. p. 5.

contratadas directamente por la empresa principal[19], además plantean numerosos problemas y dudas interpretativas[20].

También se ha interpretado que la exégesis del art. 42.6 del ET permite entender que el orden a seguir para identificar el convenio aplicable a las personas trabajadoras de las contratas y subcontratas es precisamente el orden inverso al que ofrece el precepto en su redacción[21]. La regulación del art. 42.6 del ET arranca del intento de resolver un problema "concreto" que se presenta en un espacio específico, elevando la solución a categoría general, con los problemas que este método acarrea[22].

Hay voces que argumentan que los dos párrafos del art. 42.6 del ET son complementarios y actúan en planos distintos, con el primerio se fija el criterio que permite seleccionar el convenio sectorial aplicable a las personas trabajadoras que prestan servicios en contratas y, con el segundo, se articula la relación entre los convenios colectivos de empresa y los de sector. Para la aplicación del art. 42.6 del ET, aunque la empresa contratista o subcontratista cuente con convenio propio, necesitamos saber cuál es el convenio sectorial aplicable para poder determinar si el convenio de empresa es anterior o no en el tiempo. También, tenemos que acudir al convenio de sector para ver si fija una regla distinta del prior in tempore[23].

Antes de abordar el análisis del art. 42.6 del ET, interesa destacar que la regla general de aplicación del convenio del sector de la actividad desarrollada en la contrata cierra el debate existente sobre la determinación del convenio colectivo aplicable a los trabajadores de las empresas contratistas, sobre todo, en aquellos supuestos dudosos en la determinación del convenio aplicable que se presentan, frecuentemente, en el ámbito de las empresas contratistas multiservicios[24]. Esta solución general adoptada por el legislador es además coincidente con la que venía defendiendo el Tribunal Supremo[25].

5. CRITERIO GENERAL. APLICACIÓN DEL CONVENIO DEL SECTOR DE LA ACTIVIDAD DESARROLLADA EN LA CONTRATA

El sector al que pertenezca la concreta actividad desarrollada en la contrata, tras el RD 32/2021, se erige en el núcleo legal de referencia que determina el convenio colectivo de aplicación en la empresa contratista y subcontratista. De entrada, la interpretación literal del criterio general del art. 42.6 del ET advierte de la rotunda irrelevancia que, en la aplicación del convenio sectorial de la

[19] De la puebla Pinilla, A.: "E l impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas", cit. p. 6.

[20] Castro Argüelles, Mª.A.: "Subcontratación laboral: nuevas reglas y cabos sueltos en el Real Decreto-ley 32/2021", cit. p. 66.

[21] De la Puebla Pinilla, A.: "El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas", cit. p. 6.

[22] Nores Torres, L.E.: "La reforma del art. 42 ET en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre", Labos, vol. 3, 2022, p. 79.

[23] Thibault Aranda, J.: "Las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores empleados en contratas", cit. pp. 120-121.

[24] Algún autor ha señalado que el art. 42.6 del ET se ocupa de corregir la desigualdad salarial y la discriminación que se había extendido particularmente en actividades muy feminizadas, abriendo una zona de gran incertidumbre, Goñi Sein, J.L.: "Contratas, subcontratas y convenio colectivo aplicable", Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social, núm. 13, 2022, p. 93.

[25] STS de 11 de junio de 2020, rec. 9/2019. Véase el "análisis de las sentencias que se tuvieron en cuenta en las negociaciones que condujeron al texto del RDL 32/2021", la STS 250/2020, de 12 de marzo de 2020, rec. 209/2018; la STS 438/2020, de 11 de junio de 2020, rec. 209/2018; STS 197/2021 de 12 de febrero de 2021 rec. 2839/2019 y STS 1110/2021, de 11 de noviembre de 2021 rec. 3330/2019, de García-Perrote Escartín, I.: "Subcontratación y convenio colectivo aplicable. El nuevo artículo 42.6 del Estatuto de los Trabajadores a la luz de tres previas sentencias de la sala de lo social del Tribunal Supremo", Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS), julio 2022, pp. 50-64.

actividad desarrollada en el ámbito de la contrata por la empresa contratista o subcontratista, tiene su objeto social y/o su forma jurídica.

Tal fórmula ha generado múltiples problemas interpretativos y, a pesar de que dibuja un escenario que se aleja de la propuesta de aplicar en la empresa contratista y subcontratista el mismo convenio colectivo que resulte de aplicación a la empresa principal, lo cierto es que el criterio general utilizado de aplicar el convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata, no impide que en muchas contratas pueda resultar de aplicación a la empresa contratista y subcontratista el convenio sectorial de la empresa principal. Esto sucederá, cuando el sector de la actividad desarrollada por el trabajador en la contrata se encuentre dentro del ámbito funcional del convenio sectorial de aplicación en la empresa principal; es decir, cuando ambas empresas desarrollan la misma actividad en el ámbito de la contrata: la principal, con sus propios trabajadores internos y la contratista o subcontratista, en la contrata, con los suyos. En fin, prevalecerá el convenio sectorial de la empresa principal cuando ambas empresas operen en un mismo sector productivo[26], más claro, si cabe, será de aplicación el convenio sectorial de la empresa principal cuando la actividad contratada sea de su propia actividad[27] o cuando las actividades se desarrollan en el mismo lugar y con idéntico contenido[28].

El primer inciso del art. 42.6 del ET introduce en el ámbito regulador de la descentralización productiva un nuevo patrón en la determinación del convenio sectorial aplicable a las empresas contratistas y subcontratistas. Claro que, el criterio general propuesto en esta intervención legislativa debe ser analizado tomando en consideración la exposición de motivos del RD 32/2021, la jurisprudencia que igualmente venía aplicando el Tribunal Supremo[29] y la normativa nacional e internacional sobre el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres[30], entendiendo que su contenido se proyecta hacia la equiparación de las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras subcontratadas, entre sí, y, asimismo, lograr la equiparación entre ellas y aquellas que realizan un mismo trabajo o uno de igual valor en la empresa principal, gracias a la aplicación del mismo convenio sectorial que acoja dentro de su ámbito de aplicación la común actividad que desarrollan. Por eso, se apela a que la función garantista de la norma en el nuevo art. 42 .6 del ET, no puede circunscribirse a la aplicación del convenio colectivo de sector de la actividad desarrollada por la empresa contratista o subcontratista, sino a la que resulte atendiendo a la actividad desarrollada por la empresa principal[31].

La fórmula general articulada por el art. 42.6 del ET de priorizar en la subcontratación de obras y servicios el convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata, deja claro el rechazo de la aplicación directa a las contratistas y subcontratistas del convenio colectivo propio de la principal, incluso cuando ambas empresas, principal y contratista o subcontratista, realicen actividades coincidentes dentro de un mismo sector[32]. No puede olvidarse, que la decisión legal

[26] De la Puebla Pinilla, A.: "El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas", cit. p. 9.

[27] Merino Segovia, A. y Grau Pineda, C.: "La subcontratación de obras y servicios en el RD-L 32/2021: a propósito de la realidad social y laboral de las camareras de pisos", cit. p. 39.

[28] Dueñas Herrero, L.: "Negociación colectiva + diálogo social = acuerdo de gobernanza: la reforma laboral de 2021 de la devaluación salarial a la subcontratación", NET21, núm. 8, 2022.

[29] STS de 12 de marzo de 2020, rec. 209/2018.

[30] Destacadamente el art. 4 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; el RD 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre hombres y mujeres; los arts. 8 y 10 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación; la Directiva (UE) 2023/970 de 10 de mayo de 2023 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento.

[31] Goñi Sein, J.L.: "Contratas, subcontratas y convenio colectivo aplicable", cit. p. 81.

[32] Cruz Villalón, J.: "Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la pospandemia", cit. p. 55.

de impedir absolutamente la directa aplicación del convenio de empresa, no sectorial, propio de la empresa principal, aunque puede resultar inocuo en amplios sectores que trabajan en contratas, hay que pensar que también existe un amplio número de empresas contratistas y subcontratistas que prestan servicios en importantes sectores económicos que regulan, precisamente, sus relaciones laborales mediante convenios de empresa propios. Me refiero, por ejemplo, a las empresas contratistas y subcontratistas que trabajan para las empresas de telefonía o de telecomunicaciones o para las empresas de producción y distribución de energía, sectores que tradicionalmente regulan las relaciones y condiciones laborales mediante convenios de ámbito empresarial. Con el criterio general adoptado por el art. 42.6 del ET no podrá aplicarse directamente, en estos casos, el convenio propio de la empresa principal, aunque la empresa contratista desarrolle la misma actividad. Descartada la vía de extender a las empresas contratistas y subcontratistas el convenio de la empresa principal, para que pueda aplicarse el convenio propio de la empresa principal, será necesario introducir en el propio convenio de la empresa principal ajustes adicionales que permitan la extensión del ámbito de aplicación del convenio propio de la empresa principal a los trabajadores de la empresa contratista y subcontratista, regulando expresamente el deber de incorporar como contenido mínimo en la celebración de la contrata, la obligación de la empresa contratista de cumplir durante todo el periodo de ejecución las normas y condiciones fijadas en el convenio colectivo de aplicación[33]. Constituye en este sentido un indiscutible elemento de referencia el XV Convenio colectivo sectorial de hostelería de las Islas Baleares[34].

El legislador se ha alejado de esta propuesta cuando, incluso, ya había planteado su introducción en la proposición de ley de modificación del art. 42 del ET[35], para lograr la equiparación salarial entre los trabajadores internos de la empresa principal y los trabajadores externos de las empresas contratistas y subcontratistas[36].

Por eso se ha defendido que, especialmente, en el ámbito de las empresas multiservicios la reforma del art. 42.6 del ET necesitaría avanzar un poco más, apostando por la aplicación del convenio propio de la principal. Esta propuesta se fundamenta en la aplicación de la garantía del efecto útil de la Directiva 2008/104, debido a que las empresas multiservicios suelen actuar del mismo modo que una ETT[37]. Nos hallamos sin duda ante una solución excepcional, porque es un instrumento poderoso para cerrar la puerta al uso indebido de la negociación colectiva en el ámbito de la descentralización productiva. A mi modo de ver la aplicación del convenio de la empresa principal a las empresas

[33] Como ya se viene exigiendo en el art. 35 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

[34] Merino Segovia, A. y Grau Pineda, C.: "La subcontratación de obras y servicios en el RD-L 32/2021: a propósito de la realidad social y laboral de las camareras de pisos", cit. pp. 37-38; Thibault Aranda, J.: "Las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores empleados en contratas", cit. p. 127; Molero Marañón, Mª.L.: "El impacto de género en las reformas laborales: negociación colectiva y subcontratación: Especial referencia a las camareras de pisos Kellys y a las trabajadores de limpieza", cit.

[35] Esta propuesta planteó en su momento dudas a la doctrina por entender que presentaba una enorme dificultad técnica su aplicación debido a que la negociación colectiva establece condiciones laborales de terceras empresas que no participan en la negociación, Lahera Forteza, J.: "La proposición de ley del art. 42 ET: valoración y alternativa", cit. p. 6.

[36] En la hipótesis de que se hubiera utilizado esta fórmula, en este caso de externalización productiva, donde se presentan muchas y muy variadas relaciones jurídicas que dificulta establecer paralelismos entre las relaciones de las ETT con las EU y las relaciones de las empresas principales con las contratistas y subcontratistas, para que pueda extenderse la misma solución a la hora de abordar el deterioro de las condiciones salariales y laborales de las personas que prestan servicios en contratas Lahera Forteza, J.: "La proposición de ley de modificación del art. 42 ER: valoración y alternativa", cit. pp. 8-10.

[37] Miñarro Yanini, M.: "El convenio colectivo en el trabajo externalizado: el Tribunal Supremo aplica el nuevo artículo 42.6 del estatuto de los Trabajadores. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 815/2022, de 6 de octubre", Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, núm. 471, 2022, p. 168.

multiservicios estaría justificada, cuando la actuación de la empresa contratista, tanto de servicios como multiservicios, opere en la empresa principal a través de una relación laboral materialmente triangular.

La línea mayoritaria que viene defendiendo la doctrina es que el art. 42.6 del ET ofrece soluciones a las personas trabajadoras que prestan servicios en empresas contratistas y subcontratistas cuyo objeto social es diferente al de la actividad concreta que desarrollan en la contrata; por ejemplo, como sucede con las camareras de piso externalizadas, en cuanto que es la tarea concreta realizada en cada contrata o subcontrata la que determina el convenio que le es aplicable, y no la actividad o actividades económicas con las que defina su objeto social la empresa contratista o subcontratista, que puede ser mucho más amplio e, incluso, distinto al de la actividad concreta que desarrolla en la contrata y, por supuesto, la aplicación del convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata por el trabajador subcontratado, y, todo ello, con independencia de la denominación que adopte, empresa especializada en la prestación de uno o varios servicios- y su forma jurídica -empresa individual o societaria-[38].

También hay voces que opinan que la solución ofrecida por el art. 42.6 del ET no supone ningún cambio -para las camareras de pisos- con respecto a la interpretación que el Tribunal Supremo venía haciendo con anterioridad a la reforma del art. 42.6 del ET, que consideraba aplicable a las camareras de piso externalizadas el convenio sectorial de limpieza de edificios y locales, razonando que el art. 42 del ET no exigía que a los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista les fuese de aplicación el convenio colectivo de la empresa principal, ni tan siquiera cuando realizasen obras o servicios propios de la actividad de esta empresa[39]. El art. 42 del ET, no obliga a que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista tenga las mismas condiciones salariales que las que tendrían de haber sido contratados directamente por la empresa principal[40].

Con anterioridad a la reforma del art. 42 del ET la ausencia de una solución legislativa que estableciera el convenio aplicable a las empresas contratistas y subcontratistas, especialistas o multiservicios, llevó a los distintos sujetos afectados a judicializar el conflicto y a los tribunales a ofrecer variadas soluciones, no siempre satisfactorias. El Tribunal Supremo, venía defendiendo que para determinar el convenio aplicable "cuando puede ser de aplicación más de un convenio colectivo potencialmente aplicable a la vista de los ámbitos de aplicación de los convenios alegados", lo relevante era la actividad realmente desempeñada por los trabajadores en el marco de la contrata[41].

El art. 42 ET, antes de la reforma del RDL 32/2021, no exigía la equiparación de condiciones entre los trabajadores de las empresas contratistas y los trabajadores de las empresas comitentes que desempeñan las mismas funciones y, tampoco contenía el art. 42 del ET, antes de su reforma, ninguna regla que permitiera la extensión del convenio colectivo sectorial a empresas que no forman parte de su ámbito de aplicación funcional[42]. El problema se presentaba cuando la actividad desarrollada por la empresa contratista en la contrata, se identifica con un determinado sector que no es coincidente con el sector al que pertenece la actividad desarrollada por la empresa principal, en estos casos, es más

[38] Dueñas Herrero, L.: "Negociación colectiva + diálogo social = acuerdo de gobernanza: la reforma laboral de 2021 de la devaluación salarial a la subcontratación", cit.; Merino Segovia, A. y Grau Pineda, C.: "La subcontratación de obras y servicios en el RD-L 32/2021: a propósito de la realidad social y laboral de las camareras de pisos", cit. p. 36; De la Puebla Pinilla, A.: "El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas", cit. p. 9; Molero Marañón, Mª.L.: "El impacto de género en las reformas laborales: negociación colectiva y subcontratación: Especial referencia a las camareras de pisos Kellys y a las trabajadores de limpieza", cit.

[39] STS de 12 de febrero de 2021, rec. 127/2021.

[40] Thibault Aranda, J.: "Las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores empleados en contratas", cit. p. 122.

[41] SSTS de 11 de junio de 2020, rec. 9/2019 y de 6 de octubre de 2022, rec. 35/2021.

[42] Como declara la STS de 12 de febrero de 2021, rec. 2839/2019.

complicado determinar la unidad de contratación si, además, la actividad subcontratada forma parte de la propia actividad de la empresa principal. La solución podía ser aplicar a la empresa contratista el convenio colectivo de la empresa principal, cuando la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata es coincidente con la misma o similar actividad realizada por personal interno de la empresa comitente y que se reconoce en su convenio colectivo[43]. Aunque esta solución fue rechazada claramente por el Tribunal Supremo antes de la reforma del art. 42.6 del ET[44], argumentando que las diferencias entre los ámbitos funcionales y personales del convenio de la empresa contratista y el de la empresa principal, impedían que se pudiera aplicar el convenio de la empresa principal y, que el art. 42 del ET no había intervenido en la identificación del convenio colectivo aplicable en la ordenación de la subcontratación de obras y servicios de la propia actividad de la empresa principal.

Así, hasta la introducción del art. 42.6 del ET por el RDL 32/2021, a la hora de determinar el convenio colectivo aplicable a una empresa con carácter general, era necesario dilucidar su ámbito de aplicación que, normalmente es coextenso con el de la unidad de negociación, art. 83.1 del ET: "los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden". Por tanto, lo que ha tenido que existir es un acuerdo al fijar el ámbito territorial y funcional del convenio colectivo que se esté negociando, art. 85.3 b) del ET[45].

No es desconocido que esta labor, en muchas ocasiones, puede ser conflictiva o resultar compleja debido a diversos factores que provocan dificultades para concretar el ámbito funcional. Hace tiempo que se viene defendiendo por la doctrina más solvente que el recurso a la actividad principal, en cuanto regla de solución de conflictos de determinación del convenio colectivo aplicable, puede explicarse razonablemente, sin necesidad de apelar al principio de unidad de empresa, término equívoco y nada significativo de la realidad que representa[46].

La reforma normativa del art. 42.6 del ET por el RDL 32/2021 tiene la virtud de apuntalar prácticas convencionales que han venido desarrollando estrategias a favor de la competencia leal y en aras de evitar la precarización laboral[47]. Se transforma en norma el criterio jurisprudencial, ganando en seguridad jurídica y en poner coto a los usos desleales de los convenios en el seno del trabajo externalizado, a fin de garantizar tanto una retribución decente como una recta competencia[48].

Pues bien, hay que tener en cuenta que el art. 42.6 del ET incorpora en el ámbito de la descentralización productiva un nuevo "mecanismo" de garantía enfocado a homogeneizar las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados, asentado en la aplicación "automática" del convenio sectorial al que pertenezca la actividad que el trabajador desarrolla en la contrata y, también el legislador prevé, que esto se materialice sin atender al objeto social de la empresa contratista o subcontratista ni a su forma jurídica. La finalidad legal declarada es lograr aplicar unas condiciones laborales sectoriales homogéneas a la totalidad de los trabajadores subcontratados y que sean equiparables a las reconocidas a los trabajadores que prestan las mismas actividades en

[43] Que se defendía con solvencia por algunos tribunales, STSJ de Andalucía de 6 de marzo de 2019, rec. 475/2018.

[44] SSTS de 12 de marzo de 2020, rec. 209/2018 y de 12 de febrero de 2021, rec. 2839/2019.

[45] Suarez González, F.: Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Círculo de Empresarios, Pirámide, Madrid, 1980, p. 206.

[46] Para Valdés, basta con entender esta regla como natural derivación del principio de verticalidad utilizado libremente por las partes negociadoras al trazar los ámbitos del convenio colectivo suscrito Valdés Dal-Ré, F.: "Negociación colectiva y principio de unidad de empresa", Relaciones Laborales, Tomo II, 1991, pp. 13-14.

[47] Miñarro Yanini, M.: "El convenio colectivo en el trabajo externalizado: el Tribunal Supremo aplica el nuevo artículo 42.6 del estatuto de los Trabajadores. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 815/2022, de 6 de octubre", cit. p. 168.

[48] Miñarro Yanini, M.: "El convenio colectivo en el trabajo externalizado: el Tribunal Supremo aplica el nuevo artículo 42.6 del estatuto de los Trabajadores. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 815/2022, de 6 de octubre", cit. pp. 167-168.

la empresa principal, para eliminar los problemas de desigualdad existentes en la descentralización productiva[49]. Para lograr este objetivo, el legislador insta a la aplicación automática del convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata por la persona trabajadora subcontratada, sin prestar atención, para ello, a la actividad o actividades económicas que figuren en el objeto social de la empresa contratista o subcontratista para la que presta servicios. Para seleccionar el convenio sectorial aplicable, el art. 42.6 del ET dirige el foco de atención sobre la actividad económica que realiza la empresa contratista o subcontratista en la contrata, actividad esta que vendrá identificada por las funciones que realmente desempeñe la persona trabajadora dentro de la contrata.

Con la introducción del apartado 6 en el art. 42 del ET, la cuestión jurídica en la determinación del convenio aplicable a la empresa contratista y subcontratista se centra en esclarecer la actividad real desarrollada por el trabajador en la contrata, para proceder, a continuación, a aplicar por la empresa contratista aquel convenio colectivo que contenga en su ámbito de aplicación la actividad que desarrolla el trabajador en la contrata. Puede suceder que no resulte fácil discernir cuál es esa actividad, bien, porque su denominación no es coincidente en los posibles convenios aplicables o, bien, porque no se desarrollan en la contrata todas las tareas del correspondiente grupo, categoría o nivel profesional tal y como son descritas en el convenio sectorial de la empresa principal.

Como acabamos de decir, el art. 42.6 del ET precisa el criterio general para seleccionar el convenio aplicable a las personas que trabajan en contratas y subcontratas, apuesta por el convenio de ámbito sectorial de la actividad real desarrollada en la contrata, que se encontrará normalmente dentro de su ámbito de aplicación y, ello, con independencia de la actividad de la empresa contratista, su objeto social y su forma jurídica, por lo que si la empresa contratista desarrolla actividades en diferentes contratas que den lugar a la aplicación de convenios sectoriales diferentes o es una empresa multiservicios, tendrá que aplicar tantos convenios colectivos como actividades diversas desarrollen sus trabajadores en la contrata[50].

El nuevo art. 42.6 del ET diseña el ámbito funcional y personal que determina el convenio sectorial aplicable a los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas. El ámbito funcional de aplicación se delimita por la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata y el ámbito personal se circunscribe a los trabajadores que prestan servicios en la contrata desarrollada por las empresas contratistas y subcontratistas, sin que sea necesario que la actividad de la empresa contratista sea coincidente con el objeto de la contrata que determina el ámbito funcional de aplicación del convenio colectivo sectorial aplicable. En el art. 42.6 del ET el objeto social de la empresa contratista y subcontratista se independiza absolutamente del ámbito funcional del convenio sectorial aplicable a la actividad desarrollada en la contrata. Ahora, tras la reforma del RD 32/2021, el referente para esclarecer el ámbito funcional del convenio aplicable en la empresa contratista y subcontratista es la actividad productiva real ejercida por el trabajador en la contrata, para después determinar el convenio que debe regular las relaciones laborales de las personas que prestan dicha actividad en la contrata.

El Tribunal Supremo ya se ha pronunciado sobre la afectación del art. 42.6 del ET -lo ha hecho obiter dicta porque el art. 42.6 del ET no es de aplicación al caso que juzga por razones temporales-[51]. El Tribunal afirma mantener la misma doctrina que venía defendiendo con anterioridad a la reforma

[49] Goñi Sein, J.L.: "Contratas, subcontratas y convenio colectivo aplicable, cit. p. 81.

[50] Aunque inicialmente el Tribunal Supremo justificó que el convenio colectivo sectorial aplicable a los trabajadores de las empresas multiservicios era el de la actividad preponderante, STS de 17 de marzo de 2015, rec. 1464/2014, más adelante defendió que el convenio aplicable a las empresas multiservicios es el del sector correspondiente a la real y verdadera actividad ejecutada a la empresa cliente por los trabajadores en la prestación de servicios, STS de 11 de junio de 2020, rec. 9/2019.

[51] STS 11 de junio 2020, rec. 9/2019 y 6 de octubre 2022, rec. 815/2022, en esta última sentencia, aunque no es de aplicación al caso el art. 42.6 del ET, el Tribunal menciona que el criterio del actual art. 42.6 del ET coincide con

del art. 42 del ET por el RDL 32/2021. El Tribunal justifica esta decisión en que la actividad que desarrollaban los trabajadores en la contrata se encontraba definida dentro del convenio de referencia y, en que no se afecta a la competencia en el mercado de trabajo, porque se establece una misma regulación unitaria a todos los trabajadores que realizan el mismo trabajo, con independencia de la configuración jurídica del sujeto empleador. Eso sí, hay que precisar que el objeto de la controversia que resuelve esta sentencia no presenta mayores complejidades en la determinación del convenio aplicable, más allá de seleccionar aquel que corresponde a la actividad desarrollada por el trabajador en la contrata, aplicando la posición jurisprudencial previa. Así, el Tribunal Supremo declara que, si se aplicara en este caso que resuelve el art. 42.6 del ET, la resolución sería la misma, indicando, de este modo, que el legislador ha recogido esta doctrina. Aunque es importante observar que la doctrina que proclama defender el Tribunal supremo es la contenida en la STS de 11 de junio de 2020, rec. 9/2019. No obstante, precisamente, como venimos defendiendo, la reforma del art. 42.6 del ET pone en duda el mantenimiento de la misma posición jurisprudencial en algunas resoluciones con interpretaciones más restrictivas que, probablemente, necesitarán una revisión para adaptarse a la letra del vigente art. 42.6 del ET, como sucede con la STS de 12 de febrero de 2021, rec. 2839/2019[52].

Mayor interés cobra la STSJ de Galicia de 14 de abril de 2023[53], que para resolver el conflicto planteado sí debe aplicar ya el vigente art. 42.6 del ET. El Tribunal defiende sin equívoco que el convenio aplicable a la empresa contratista es el convenio del sector de la actividad desarrollada por la empresa contratista, con independencia de su objeto social o forma jurídica. Expresamente, el Tribunal, discrepando de la argumentación del juzgador de instancia, declara que es irrelevante el objeto social de la empresa contratista recurrente, que el debate no puede situarse en si la empresa contratista se dedica "a la actividad de ingeniería y estudios técnicos que elabore proyectos o a otro tipo de actividad", lo decisivo es la concreta actividad que desarrolla la empresa contratista en la contrata para establecer el convenio de aplicación a la relación laboral sobre la que se proyecta a través de esta persona trabajadora. De modo que el presupuesto del que se sirve el Tribunal para determinar el convenio aplicable al trabajador por las empresas contratistas -el conflicto es la subrogación del trabajador por la nueva empresa adjudicataria de la contrata- es el análisis de la actividad desarrollada por este trabajador en la contrata para, a continuación, decidir el convenio que es de aplicación. En fin, el Tribunal atendiendo a la realidad material de la actividad ejecutada por la empresa contratista en la contrata, mediante los cometidos reales desempeñados por el trabajador en la contrata, procede a continuación a seleccionar el convenio sectorial que incluye en su ámbito de aplicación la precisa actividad realizada por el trabajador en la contrata.

6. PRIMERA EXCEPCIÓN: OTRO CONVENIO SECTORIAL APLICABLE CONFORME AL TÍTULO III DEL ET

El criterio general de aplicar a las empresas contratistas y subcontratistas el convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata, cede cuando exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el Título III del ET. Tal y como se ha planteado esta excepción, se ha activado un interesante debate doctrinal acerca de su significado[54].

---

el criterio de la STS de 11 de junio de 2020 de "la actividad que lleven a cabo los trabajadores en el marco de la contrata".

[52] Véase el acertado comentario crítico a esta sentencia de Beltrán de Heredia Ruiz, I.: https://ignasibeltran.com/2021/03/05/convenio-colectivo-aplicable-a-empresa-contratistamultiservicio-que-carece-de-uno-propio-sts-12-02-21/ , fecha de entrada 5 de marzo de 2021.

[53] STSJ de Galicia de 14 de abril de 2023, rec. 831/2023.

[54] Esta excepción se ha ido calificando por la doctrina de "misteriosa referencia", abierta a distintas posibilidades de interpretación, De la Puebla Pinilla, A.: "El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas", cit. p. 10. De "enigmática", Thibault Aranda, J.: "Las condiciones de trabajo aplicables a los

La polémica levantada por la aparición de esta salvedad ha llevado a la doctrina a proponer distintas alternativas que permitan encajar en la regla legal cual pudiera ser ese "otro" convenio al que se refiere el legislador en el primer párrafo del art. 42.6 del ET. Así, se entiende que esta salvedad comprende a las empresas contratistas y subcontratistas especializadas que, tradicionalmente, vienen participando en la actividad de la subcontratación de obras y servicios a través de convenios colectivos propios desvinculados funcionalmente del preciso sector de la actividad desarrollada en la contrata[55].

En algún caso se ha llegado a interpretar que con la introducción de esta excepción, el legislador trata de promover la negociación de un convenio colectivo de ámbito sectorial para empresas multiservicios, que es donde se han detectado los mayores problemas de desigualdad salarial y de condiciones laborales de trabajadores propios y de empresas contratistas y subcontratistas[56]. Desde la perspectiva más general, teniendo en cuenta que la negociación de un convenio colectivo sectorial de empresas multiservicios no precisa una regulación singular en el art. 42.6 del ET, tampoco está claro que sea esta la finalidad del legislador al introducir esta excepción, habida cuenta que el criterio general empleado por el legislador para dignificar las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras subcontratadas es la aplicación del convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata, esta solución se alejaría de la propuesta legislativa de lograr un salario y unas condiciones laborales concertadas por sector de actividad. La negociación del convenio sectorial de empresas multiservicios, tampoco resolvería globalmente el problema de desigualdad salarial y de condiciones laborales que se pretende atajar, incluso, puede suponer un retroceso en el avance de la igualdad entre trabajadores subcontratados y trabajadores propios de la empresa principal. En el contexto de la descentralización productiva, esta alternativa puede que terminara implantando un nuevo instrumento de desigualdad de condiciones laborales entre trabajadores que prestan los mismos servicios subcontratados, en función del convenio que les resulte de aplicación, el convenio sectorial de las empresas multiservicios o el convenio colectivo del sector específico de la actividad desarrollada en la contrata, dependiendo de si la empresa contratista es una multiservicios o una empresa especializada en la prestación de un servicio.

Bien es cierto que, esta salvedad, puede servir de oportunidad para que los sujetos legitimados para la negociación colectiva, siguiendo las normas de general aplicación, especialmente los arts. 83.1 y 2, 84 y 85.3 b) del ET[57], negocien convenios de ámbito sectorial en aquellas actividades externalizadas que no han logrado negociar sus propios convenios sectoriales y tampoco les resulta

trabajadores empleados en las contratas", cit. p. 125. De "oscura" Martín Valverde, A y García Murcia, J.: Derecho del Trabajo. Trigésima primera edición, Tecnos, Madrid, 2022, p. 418.

[55] Como sucede en el sector de las contratas ferroviarias que se rigen por un convenio colectivo propio de aplicación a las empresas que presten servicios para ADIF en régimen de contratación o subcontratación, De la Puebla Pinilla, A.: "El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas", cit. p. 10.

[56] Nores Torres, L.E.: "La reforma del art. 42 ET en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre", cit. p. 80; Lahera Forteza, J.: La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 55; Sala Franco, T.: La reforma laboral: la contratación temporal y la negociación colectiva, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 87; De la Puebla Pinilla, A.: "El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas", cit., p. 10.

[57] La previsión del art. 42.6 del ET, "avanza hacia una interpretación sistemática del art. 42.6 ET y otros preceptos del Título III ET, señaladamente los arts. 83.2 y 84 ET, da paso a variedad de situaciones jurídicas, con cambios de trascendencia en los procesos de negociación colectiva y en los contenidos de los convenios colectivos sectoriales y de empresa", Merino Segovia, A. y Grau Pineda, C.: "La subcontratación de obras y servicios en el RD-L 32/2021: a propósito de la realidad social y laboral de las camareras de pisos", cit. p. 35. Lo que resalta de esta excepción es que en primer lugar ha de tratarse de "otro" –no el del sector de la actividad desarrollada en la contrata- convenio "sectorial" -no de empresa-. Y, en segundo lugar, que ese otro convenio sectorial ha de resultar aplicable conforme a los dispuesto en el Título III, lo que cabe entender remite especialmente a los arts. 83.1 y 2, 84 y 85.3 b) del ET, García-Perrote Escartín, I. y López Balaguer, M.: Contratas de obras y servicios. Contratación a través de ETT. Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 66-67.

de aplicación el convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata porque esta actividad se regula por convenios propios de empresa.

Cuestión diferente se presenta si atendemos a la realidad de las condiciones laborales y de la negociación colectiva existente en el ámbito de las empresas contratistas y multiservicios en el momento de aprobación del RDL 32/2021 y la modificación del art. 42 del ET. Se había venido construyendo desde hace muchos años un modelo de precarización consentida, incentivada por la regulación jurídica de la descentralización productiva, fundamentalmente, del art. 42 y 43 del ET y una planificada desregulación legislativa en aspectos esenciales, que derivó en la implantación de un modelo de relaciones laborales marcado por la presencia de enormes desigualdades entre salarios y condiciones laborales de los trabajadores propios de la empresa descentralizada y los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas -en el sector de hostelería que se puede entender aquí reflejado-[58], la salvedad del primer párrafo del art. 42.6 del ET -ese "otro" convenio-, se está refiriendo a aquellos convenios sectoriales que habían pactado extender su aplicación a las empresas contratistas actuantes en el sector, cuando no les resulte de aplicación el convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata porque no existe, e, incluso, implantaban el deber para las empresas del sector de introducir la obligación de equiparación salarial en las subcontrataciones que realizaran, estableciendo también, en ocasiones, responsabilidad solidaria o subsidiaria para la empresa principal[59].

También, se ha defendido que ante la posibilidad de que el convenio sectorial aplicable a la empresa principal identifique las funciones desempeñadas por las personas trabajadoras de la contrata, en este caso, la actividad que se desarrolla en la contrata queda incluida en el ámbito sectorial de dicha actividad y en el de otro convenio sectorial, incluido el aplicable a la empresa principal, cuando se trata de actividades que la empresa principal podría desarrollar con su propia plantilla[60], como sucede en la actividad de las camareras de pisos, que el convenio sectorial aplicable a la empresa principal delimita la actividad desarrollada en la contrata, definiendo la singularidad de sus funciones para distinguirlas de las desarrolladas con carácter general por el personal de limpieza al que le resulta de aplicación el convenio sectorial de limpieza en lugar del convenio sectorial de hostelería[61]. Identificar el convenio colectivo aplicable a la empresa contratista en función de la actividad que desarrolle en la contrata nos llevará en muchos supuestos a aplicar el convenio del sector de actividad de la empresa principal, en lugar de aplicar el convenio sectorial de la empresa contratista, porque resulte que la actividad desarrollada por las personas que trabajan en la contrata, presten una actividad que reúne especialidades y singularidades que se encuentran contenidas en el convenio sectorial de aplicación en la empresa principal pero no se encuentran, sin embargo, definidas en el convenio sectorial de

[58] Ampliamente Monereo Perez, J.L.: "Identidad de las empresas multiservicios: régimen jurídico y responsabilidades", cit. pp. 238 y ss.

[59] De la Puebla Pinilla, A.: "El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas", cit., p. 10; Merino Segovia, A. y Grau Pineda, C.: "La subcontratación de obras y servicios en el RD-L 32/2021: a propósito de la realidad social y laboral de las camareras de pisos", cit. pp. 37-38; Molero Marañón, Mª.L.: "El impacto de género en las reformas laborales: negociación colectiva y subcontratación: Especial referencia a las camareras de pisos Kellys y a las trabajadores de limpieza", cit.; Lousada Arochena, J.F.: "Convenio colectivo aplicable a empresas multiservicios: análisis de un caso judicial y su contraste con la reforma laboral", Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 10, 2022, p. 4.

[60] De la Puebla Pinilla, A.: "El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas", cit. p. 10.

[61] Esta fórmula legal conduce a la aplicación a las Kellys de los convenios sectoriales de hostelería coordinados en el V Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería, Merino Segovia A. y Grau Pineda C.: "La subcontratación de obras y servicios en el RD-L 32/2021: A propósito de la realidad social y laboral de las camareras de pisos", cit. p. 41; De la Puebla Pinilla, A.: "El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas", cit. p. 11; Molero Marañón, Mª.L.: "El impacto de género en las reformas laborales: negociación colectiva y subcontratación: Especial referencia a las camareras de pisos Kellys y a las trabajadores de limpieza", cit.

aplicación a la empresa contratista[62]. Se trata de aplicar el convenio colectivo que mejor se adapte a las tareas que desarrollan los trabajadores en la contrata[63].

Aunque bien mirada, esta doctrina no es incompatible con aquella que relaciona la salvedad del art. 42.6 del ET con la aplicación de las reglas de articulación de la negociación colectiva establecidas en el art. 83 del ET, pero también de las normas de concurrencia entre convenios colectivos sectoriales establecidas en el art. 84 del ET[64]. El legislador estaría ordenando la concurrencia del convenio colectivo sectorial de aplicación en las empresas contratistas y subcontratistas, entendiendo bien que la regla de la salvedad del art. 42.6 del ET no se refiere a la selección del convenio colectivo aplicable entre varios posibles que resuelve el primer apartado -la selección en este caso es el convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata-, en realidad estaríamos ante una cuestión de estructura negocial[65].

Precisamente, por ser una salvedad, debe tratarse de una auténtica excepción a la regla general de aplicación del convenio sectorial de la actividad realizada en la contrata, que solo puede presentarse cuando se produzca una identidad funcional, territorial, subjetiva y objetiva entre los convenios colectivos concurrentes aplicables[66]. Por eso, esta salvedad será de aplicación cuando exista una concurrencia entre el convenio colectivo sectorial de la actividad desarrollada en la contrata y, en su caso, "otro" convenio sectorial que pueda ser de aplicación al mismo supuesto de hecho. La salvedad lo que excluye, en todo caso, es la aplicación concurrente de un convenio sectorial que no contenga la identificación funcional necesaria para ser de aplicación a la actividad desarrollada en la contrata[67]. Esta propuesta es la que también vienen confirmando los primeros pronunciamientos judiciales que ya aplican el art. 42.6 del ET, como ya hemos tenido oportunidad de analizar en el apartado anterior la STSJ de Galicia de 14 de abril de 2023, rec. 831/2023, que tras realizar un análisis cabal del ámbito funcional, personal, territorial y temporal aplica el convenio colectivo provincial de siderometal de Orense por tratarse del convenio colectivo sectorial que comprende en su ámbito funcional, personal y territorial la actividad que lleva a cabo el trabajador en el marco de la contrata.

Asimismo, la aplicación de la regla "otro" convenio sectorial conforme al Título III del ET, debe ser analizada dentro de la regulación general del art. 42.6 del ET a la hora de determinar el convenio aplicable a las empresas contratistas y subcontratistas, pues en la nueva redacción del apartado 6 del art. 42 del ET el criterio seleccionado de aplicar el sectorial de la actividad desarrollada en la contrata, se sitúa por el legislador desplegado también dentro del marco jurídico de la negociación colectiva y de los convenios colectivos contenido en el Título III del ET. Por tanto, será necesario aplicar dichas reglas en toda su dimensión jurídica[68], cuando existiendo al menos dos convenios colectivos

[62] De la Puebla Pinilla, A.: "El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas", cit. p. 11; Merino Segovia, A. y Grau Pineda, C.: "La subcontratación de obras y servicios en el RD-L 32/2021: A propósito de la realidad social y laboral de las camareras de pisos", cit. p. 40.

[63] Mercader Uguina, J.R.: "La arquitectura de la negociación colectiva en la reforma laboral de 2021" en VV.AA.: La reforma laboral de 2021. Un estudio del RDL 32/2021, Goerlich Peset, J.M., Mercader Uguina, J.R. y De la Puebla Pinilla, A. (Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 249.

[64] Merino Segovia, A. y Grau Pineda, C.: "La subcontratación de obras y servicios en el RD-L 32/2021: a propósito de la realidad social y laboral de las camareras de pisos", cit. p. 40.

[65] Merino Segovia, A. y Grau Pineda, C.: "La subcontratación de obras y servicios en el RD-L 32/2021: a propósito de la realidad social y laboral de las camareras de pisos", cit. p. 40.

[66] Merino Segovia, A. y Grau Pineda, C.: "La subcontratación de obras y servicios en el RD-L 32/2021: a propósito de la realidad social y laboral de las camareras de pisos", cit. p. 40.

[67] Como pudiera suceder, tratándose de las camareras de piso externalizadas de plantearse este tipo de interrelaciones, entre un convenio sectorial de hostelería y un convenio sectorial de limpieza de oficinas y locales, véase Merino Segovia, A y Grau Pineda, C.: "La subcontratación de obras y servicios en el RD-L 32/2021: a propósito de la realidad social y laboral de las camareras de pisos", cit. p. 40.

[68] Merino Segovia, A. y Grau Pineda, C.: "La subcontratación de obras y servicios en el RD-L 32/2021: a propósito de la realidad social y laboral de las camareras de pisos", cit. p. 40; para García-Perrote Escartín, I. y López

sectoriales aplicables, uno de la actividad desarrollada en la contrata y otro diferente, su aplicación a los trabajadores subcontratados resulte conflictiva[69]. En consecuencia, partiendo de que el nuevo art. 42.6 del ET se inserta en un marco general de regulación jurídica de la negociación colectiva, será necesario acudir a las reglas del Título III del ET cuando el convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata se encuentre ante una situación de articulación de la negociación colectiva del art. 83 del ET o de concurrencia del art. 84 del ET. Es fácil comprender que, ante esta situación, la aplicación del convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata exigirá un segundo nivel de selección del convenio aplicable atendiendo a las reglas del Título III del ET[70].

No obstante todo lo anterior, cabe considerar el hecho de que el nuevo art. 42.6 del ET se inserta en un marco general de regulación jurídica que ha sufrido cambios en materia de negociación colectiva por el RDL 32/2021, que alteran sustancialmente el equilibrio de posiciones en el desarrollo futuro de los procesos negociales y refuerzan el papel del convenio sectorial en la regulación del salario[71]. En este contexto es dónde debemos situar el nuevo art. 42.6 del ET, que no se limita a imponer el criterio para determinar el convenio sectorial aplicable a las empresas contratistas y subcontratistas, ya que al remitirse al Título III del ET priorizando en el marco de la descentralización productiva, con esta salvedad, la aplicación de la negociación colectiva que se desarrolle dentro de estos nuevos parámetros reformados por el RDL 32/2021, creo que el legislador va más allá, señalando un nuevo cauce para la representación y negociación sectorial de los trabajadores en la descentralización productiva, que puede dar lugar, y entiendo que esto es lo deseable, a la firma de convenios y pactos sectoriales singulares concertados sectorialmente en función de la actividad real desarrollada en la contrata, negociados conforme a las reglas que configuran el régimen legal de la negociación colectiva de eficacia general del Título III del ET.

La experiencia en la práctica mostrará que, tal y como se ha redactado finalmente, la salvedad del Título III no puede superponerse al criterio general previsto en el primer inciso del art. 42.6 del ET. Por eso, partiendo del criterio general impuesto en el art. 42.6 del ET, de aplicar a las empresas contratistas y subcontratistas el convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata, el legislador evidencia que se propone superar los profundos problemas de desigualdad existentes entre los trabajadores externos y externos de la descentralización productiva -provocados, sobre todo, por la aplicación de un marco general de regulación jurídica que ha resultado especialmente lesiva en este ámbito- introduciendo medidas correctoras para extender el régimen salarial de la negociación colectiva sectorial en el marco de la descentralización productiva -eliminado la preferencia aplicativa del convenio de empresa-. Y, dentro de este marco, para evitar la casuística y conflictividad que pueda presentar, en la práctica, aplicar el convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata que, salvo algunos convenios sectoriales provinciales de hostelería, es una regla escasamente extendida en la negociación colectiva, el legislador traslada a la negociación colectiva sectorial e intersectorial la responsabilidad de introducir en el ámbito de la descentralización productiva, aplicando las reglas del

---

Balaguer, M.: Contratas de obras y servicios. Contratación a través de ETT, cit. p. 67, cabe entender que remite especialmente a los arts. 83.1 y 2, 84 y 85.3 b) ET.

[69] Ese "otro" está haciendo referencia a la aplicación de un convenio colectivo de otro sector diferente al sector de la actividad desarrollada en la contrata, aclarando que serán particularmente relevantes los ámbitos personal, funcional y territorial ex art. 85.3 b) ET de ese otro convenio sectorial aplicable y muy especialmente habrá que atender al sistema de clasificación profesional previsto en dicho convenio sectorial y a las funciones y tareas incluidas en cada grupo profesional o categoría, véase García-Perrote Escartín, I. y López Balaguer, M.: Contratas de obras y servicios. Contratación a través de ETT, cit. pp. 66-67.

[70] Para que estemos ante un verdadero supuesto de concurrencia, es necesario que se produzca una coincidencia parcial entre convenios: debe haber una coincidencia temporal de manera que ambos convenios se superpongan en un momento determinado y es necesario una segunda coincidencia parcial en cuanto al ámbito de aplicación objetivo, subjetivo y territorial de los convenios colectivos Martin Valverde, A.: "Artículo 84. Concurrencia", VV.AA.: Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores, Tomo XII, Vol. II, Madrid, EDERSA, 1995, p. 7.

[71] Cruz Villalón, J.: "Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la pospandemia", cit. pp. 47-49.

Título III del ET, convenios y pactos colectivos que atendiendo a la singular actividad desarrollada en la contrata logren reducir las profundas diferencias laborales existentes entre trabajadores internos y externos de la descentralización productiva. El nuevo art. 42.6 del ET no solo está transformando la dinámica del convenio aplicable a las personas trabajadoras que prestan servicios en contratas, sino que también, con esta expresa salvedad prevista en el primer párrafo del propio art. 42.6 del ET, está abriendo la posibilidad a que conforme a las reglas contenidas en el Título III del ET, se configure una singular negociación y aplicación de convenios y acuerdos sectoriales de actividad dentro del ámbito de la descentralización productiva.

7. SEGUNDA EXCEPCIÓN: APLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO PROPIO CONFORME A LO DISPUESTO EN EL ART. 84 DEL ET

La segunda excepción al criterio general de aplicar a la empresa contratista y subcontratista el convenio de la actividad desarrollada en la contrata introducida por el art. 42.6 del ET, debe analizarse en el marco de la reforma de la preferencia aplicativa del convenio de empresa frente al convenio sectorial del art. 84.2 del ET operada por el RDL 32/2021 y la disposición derogatoria sexta del RDL 32/2021[72].

La reforma laboral realizada en el año 2012 perpetró una importante modificación del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico laboral. La redacción dada al art. 84 del ET por el art. 14 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, incrementó en gran medida la relevancia y primacía del convenio aprobado en el marco de una empresa frente a los que regulan su sector o actividad fuese cual fuese su ámbito de aplicación en las materias que se establecían. Como declaró en su momento la SAN n.º 95/2012, de 10 de septiembre de 2012, la reforma laboral otorga «prioridad aplicativa» a los convenios de empresa frente a los sectoriales, si bien tiene efectos a partir de su entrada en vigor, es decir, el 12 de febrero de 2012.

La reforma del art. 84.2 del ET por el RDL 32/2021, se limita a eliminar del listado de materias a las que reconoce prioridad aplicativa al convenio de empresa, cuando concurra con el convenio sectorial, la que se refiere a "la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa". El RDL 32/2021 elimina la salarial de las materias de aplicación prioritaria previstas en el art. 84.2 del ET, con la finalidad de recuperar el tradicional protagonismo del convenio sectorial en la negociación colectiva[73] y otorgar un nuevo espacio de competencia reguladora a los convenios sectoriales que tenían vedada hasta esta reforma del art. 84.2 del ET[74]. De este modo, la negociación colectiva en materia salarial retorna a las reglas de articulación y concurrencia de convenios colectivos existente con anterioridad a la reforma laboral de 2012[75]. Ahora, tras la reforma del RDL 32/2021 la negociación colectiva recupera parte de su configuración más clásica, otorgando peso específico a la negociación colectiva sectorial[76], con la finalidad de que a través del convenio sectorial se garantice el incremento salarial de los trabajadores subcontratados[77].

[72] Merino Segovia, A. y Grau Pineda, C.: "La subcontratación de obras y servicios en el RDL 32/2021: a propósito de la realidad social y laboral de las camareras de pisos", cit. p. 42.

[73] Dueñas Herrero, L.: "Negociación colectiva + diálogo social = acuerdo de gobernanza: la reforma laboral de 2021 de la devaluación salarial a la subcontratación", cit.

[74] Mercader Uguina, J.R.: "La arquitectura de la negociación colectiva en la Reforma Laboral de 2021", cit. p. 275.

[75] Merino Segovia, A. y Grau Pineda, C.: "La subcontratación de obras y servicios en el RDL 32/2021: a propósito de la realidad social y laboral de las camareras de pisos", cit. p. 42.

[76] Ramos Quintana, M.I.: "Salarios y negociación colectiva sectorial. El impacto de la reforma laboral de 2021, NET21, núm. 8, 2022.

[77] Dueñas Herrero, L.: "Negociación colectiva + diálogo social = acuerdo de gobernanza: la reforma laboral de 2021 de la devaluación salarial a la subcontratación", cit.

Una vez que la reforma del art. 84.2 del ET entre plenamente en vigor por aplicación de la disposición transitoria sexta del RDL 32/2021, el convenio sectorial actuará en materia salarial como un mínimo indisponible para los convenios de empresa que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación[78]. La reforma del art. 84.2 del ET revierte la prevalencia en materia salarial. Teniendo en cuenta que la prioridad aplicativa que se otorgó a los convenios de empresa frente a los sectoriales comenzó a tener efectos a partir de la entrada en vigor del RDL 3/2012, es decir, el 12 de febrero de 2012[79]. El punto de partida para comprender el alcance de la reforma del art. 84.2 del ET y sus efectos sobre la aplicación del art. 42.6 del ET se sitúa en el análisis de las pautas introducidas por el legislador en la disposición transitoria sexta del RDL 32/2021.

El primer apartado de la disposición transitoria sexta del RDL 32/2021, prevé expresamente que la modificación operada al art. 84.2 del ET resulta también de aplicación a los convenios de empresa suscritos con anterioridad al RDL 32/2021 cuando pierdan su vigencia y, en todo caso, se aplicará la reforma del art. 84.2 del ET a todos los convenios colectivos que no hayan perdido su vigencia expresa, suscritos y presentados a registro o publicados con anterioridad a la reforma del art. 84.2 del ET en el plazo máximo de un año, desde la entrada en vigor del RDL 32/2021; es decir, a partir del día 31 de diciembre de 2022, ningún convenio de empresa tendrá prioridad aplicativa en materia salarial frente al convenio sectorial[80].

El legislador ha eliminado la concurrencia peyorativa en materia salarial del convenio de empresa cuando tiene el mismo ámbito de aplicación que el sectorial de la actividad desarrollada en la contrata por aplicación del art. 42.6 del ET, de modo que debe aplicarse prioritariamente el convenio de empresa hasta el 31 de diciembre de 2022, pero a partir de esa fecha se deberá aplicar en materia salarial el convenio sectorial de aplicación en base a las reglas establecidas en el art. 42.6 del ET, debido a que así se encuentra previsto en la disposición transitoria sexta en relación con la modificación del art. 84.2 del ET. Esta es la interpretación que también vienen haciendo ya los tribunales[81].

La concurrencia entre convenio de empresa y convenio sectorial tras la reforma del art. 84 del ET por el RDL 32/2021, ha abierto un amplio debate en la doctrina en cuanto al alcance que comprende la supresión de la prioridad en materia salarial del convenio de empresa, y si esta supresión significa que tras la reforma en materia salarial la prioridad aplicativa es siempre del convenio sectorial o, por el contrario, se sigue aplicando la regla prior in tempore; puesto que, el segundo párrafo del art. 42.6 del ET se remite al art. 84 del ET en su totalidad[82].

---

[78] De la Puebla Pinilla, A.: "El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas", cit. p. 7.

[79] La SAN de 10 de septiembre de 2012, rec. 132/2012 manifestó que todos los convenios colectivos vigentes quedaban vinculados por el marco expresamente indisponible fijado en el art. 84.2 del ET, y no sólo los suscritos tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2012, el 12 de febrero de 2012. Sin embargo, esa vinculación únicamente ha de operar hacia el futuro, es decir, a partir de la existencia de la citada norma con rango legal, no pudiendo entenderse que su aplicación deba tener efectos retroactivos.

[80] Álvarez Cuesta, H.: "Un intento más para aclarar la concurrencia de convenios colectivos: La reforma de la prioridad del convenio de empresa", Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, vol. 27, 2022, p. 86.

[81] La STSJ Aragón de 23 de enero de 2023, rec. 1006/2022, en un despido realizado el 22 de junio de 2022, respecto al convenio aplicable para determinar el salario regulador de las consecuencias económicas del despido en una empresa con convenio colectivo propio desde el 13 de enero de 2017, defiende que la modificación del art. 84 del ET supone la aplicación prioritaria del salario fijado en el convenio del sector. No obstante, aplica el salario del vigente convenio de empresa debido a que la prioridad aplicativa del convenio sectorial se produce a partir del 31 de diciembre de 2022 y el despido es anterior a esta fecha, acogiendo, así, obiter dicta que debe aplicarse el convenio sectorial a partir del transcurso del periodo transitorio establecido por el legislador, el 31 de diciembre de 2022.

[82] Ampliamente Cruz Villalón, J.: "Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la pospandemia", cit., pp. 48 y ss; De la Puebla Pinilla, A.: "El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas", cit., p. 8.

Incluso se ha llegado a defender que el convenio sectorial es aplicable a la empresa contratista con anterioridad a la aprobación del RDL 32/2021[83], argumentando que si la reforma del art. 42.6 del ET viene a ratificar el criterio jurisprudencial descrito en la STS de 11 de junio de 2020, rec. 9/2019, entonces, la regla que contiene debe aplicarse también con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 32/202[84].

También, a pesar de la reforma del art. 84.2 del ET, se sigue defendiendo por la doctrina que en aquellas situaciones de concurrencia del convenio de empresa y del sectorial, siempre que el convenio de empresa se encuentre vigente no ultraactivo[85] y sea anterior en el tiempo al sectorial, tendrá prioridad en su aplicación el convenio de empresa frente al sectorial, pues hay que atender en primer lugar a la regla prior in tempore del art. 84.1 del ET[86]. Si el convenio de empresa se encuentra vigente y su aprobación es anterior al sectorial concurrente, se aplica el convenio de empresa, aunque establezca condiciones por debajo del sector[87].

Ahora bien, el legislador además de romper con la dinámica de devaluación salarial que había provocado la aplicación de la regla prioritaria del art. 84.2 del ET, eliminando esta posibilidad para volver a las reglas de la concurrencia existentes con anterioridad a la reforma laboral de 2012[88], también proyecta la supresión de toda reducción de condiciones salariales negociadas en el convenio colectivo de empresas en comparación con el sectorial de aplicación, al incorporar en el apartado tercero de la disposición transitoria sexta del RDL 32/2021 que todos los convenios de empresa que no hayan perdido su vigencia durante el período transitorio establecido en el apartado primero de la disposición final sexta, deben adaptarse a las modificaciones del art. 84.2 del ET, eliminando, en su caso, la devaluación salarial negociada en el convenio de empresa, incluso impone y, así parece desprenderse de su redacción, que también deberá adaptarse el convenio de empresa vigente aunque sea anterior en el tiempo al convenio sectorial aplicable a la empresa.

La prioridad del convenio de empresa negociada con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 32/2021 se mantendrá por expreso deseo del legislador, cuando el convenio de empresa contenga condiciones salariales superiores al concurrente sectorial, entonces se aplica la regla contenida

[83] SJS nº 1 de Cartagena de 16 de noviembre de 2022, rec. 532/2022.

[84] La empresa contratista no aplica ningún convenio colectivo a sus trabajadores. En el acto del juicio la empresa contratista demandada reconoce que en virtud del art. 42.6 del ET la actividad que desarrollan los trabajadores en el ámbito del contrato con el Ayuntamiento está incluida en el ámbito funcional de aplicación del III Convenio Colectivo Marco Estatal de Ocio Educativo y Animación Sociocultural con efectos desde el día 1 de enero de 2022, fecha de entrada en vigor del RDL 32/2021 que introdujo el nuevo apartado 6 al art. 42 del ET. Destaca, particularmente, en esta sentencia la inadmisión de esta propuesta de limitación de efectos de la aplicación del Convenio colectivo marco estatal aplicable a los trabajadores subcontratados pretendida por la empresa contratista debido a que el art. 42.6 ET viene a ratificar el criterio jurisprudencial descrito en la STS 11 de junio 2020 (rec. 9/2019), por lo que la regla que contiene debe aplicarse también con anterioridad a la entrada en vigor del RDLey 32/2021.

[85] Esta regla no puede aplicarse al convenio de empresa que se encuentre en ultraactividad; siendo así si estuviera en fase de ultraactividad el convenio de empresa, se aplicaría el convenio sectorial, aunque sea posterior en el tiempo, debido a que la regla de prohibición de concurrencia no se extiende a la fase de ultraactividad, STS de 5 de octubre de 2021, rec. 958/2021.

[86] Sala Franco, T.: La reforma laboral: la contratación temporal y la negociación colectiva, cit. p. 82; Lahera Forteza, J.: La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021, cit. p. 38; Thibault Aranda, J.: "Las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores empleados en las contratas", cit. p. 129-130.

[87] Thibault Aranda, J.: "Las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores empleados en las contratas", cit. p. 129.

[88] La reforma del RDL 32/2021 contiene todos los elementos necesarios para revertir la tendencia de la devaluación salarial, además de recuperar parte de su configuración clásica al apostar de nuevo por la negociación colectiva de ámbito sectorial Ramos Quintana, M.L.: "Salarios y negociación colectiva sectorial: el impacto de la reforma laboral de 2021, cit.

en el apartado segundo de la disposición transitoria sexta del RDL 32/2021, las modificaciones operadas en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores no podrán tener como consecuencia la compensación, absorción o desaparición de cualesquiera derechos o condiciones más beneficiosas que vinieran disfrutando las personas trabajadoras, permaneciendo vigente la preferencia aplicativa del convenio empresarial sobre el concurrente sectorial[89], cuando globalmente la cuantía de la masa salarial del convenio de empresa sea superior a la contenida en el sectorial de referencia, entonces habrá de aplicarse el salario pactado en el convenio de empresa en su totalidad, para evitar utilizar la técnica del espigueo por complementos salariales[90]. En fin, cabe entender que el convenio de empresa que resulte más favorable al sectorial en materia salarial, aunque ya no resulta de aplicación preferente, el legislador mantiene su aplicación como norma más favorable, en su dimensión de pacto extraestatutario[91].

En todo caso, las modificaciones del art. 84 del ET que no lleven a aplicar unas condiciones más beneficiosas por los convenios de empresa vigentes con anterioridad a la fecha de aprobación del RDL 32/2022, para evitar que mantengan dentro de su contenido una regulación obsoleta, deben necesariamente adaptarse en el plazo de seis meses a la nueva regla de la prioridad aplicativa del salario negociado por el convenio sectorial aplicable. No se está concediendo un periodo de *vacatio legis* al art. 84.2 del ET reformado, que ha entrado en vigor el 31 de diciembre de 2021, y se aplica a todos los convenios de empresa firmados con posterioridad a esta fecha[92]. La adaptación del convenio de empresa del segundo apartado de la disposición transitoria sexta, es una exigencia legal dirigida a los sujetos negociadores de los convenios de empresa firmados con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 32/2021 y que continúen vigentes con posterioridad al 30 de junio de 2023[93]. También se ha señalado que la adaptación a la nueva regulación del art. 84.2 del ET se puede hacer por los sujetos legitimados en el propio convenio postergado, pero también en cualquier ámbito de negociación apropiado que resulte de aplicación ex art. 84.1 del ET, ya sea por prioridad temporal o por mandato de un acuerdo o convenio regulado al amparo del art. 83.2 del ET[94].

Sin embargo, el legislador en la apuesta por priorizar la aplicación del salario sectorial no resuelve lo que sucederá cuando el convenio de empresa, una vez que se haya adaptado en materia salarial al sectorial, y estando vigente, entra en concurrencia con el convenio sectorial que sea negociado con posterioridad en el tiempo, cuando este mejore de nuevo el salario. A partir de este momento, se aplicarán las reglas vigentes de concurrencia del art. 84 del ET, salvo que los acuerdos y convenios a los que se refiere el art. 83.2 del ET introduzcan unas reglas regulatorias diferentes a las ordinarias del art. 84.1 del ET[95] y se reserven la regulación en materia salarial, cercenando así la

[89] Álvarez Cuesta, H.: "Un intento más para aclarar la concurrencia de convenios colectivos: La reforma de la prioridad del convenio de empresa", cit. p. 86.

[90] Lahera Forteza, J.: La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021, cit. p. 44. Precisamente, la utilización de esta técnica venía aceptándose por los tribunales con anterioridad a la reforma del art. 84.2 del ET para su aplicación restringida estrictamente a las materias objeto de descuelgue, de manera que en aquellos supuestos en los que estando vigentes simultáneamente los dos convenios; el de empresa y el sectorial, la prioridad aplicativa del convenio de empresa frente al sectorial se determina siguiendo la técnica del espigueo, aplicando el convenio de empresa en las materias enumeradas en el art. 84.2 del ET y el sectorial en el resto, STS de 1 de abril de 2016, rec. 147/2015.

[91] Cabeza Pereiro, J.: "Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias", NET21, núm. 8, 2022.

[92] Cabeza Pereiro, J.: "Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias", cit.

[93] Álvarez Cuesta, H.: "Un intento más para aclarar la concurrencia de convenios colectivos: La reforma de la prioridad del convenio de empresa", cit. p. 86.

[94] Cabeza Pereiro, J.: "Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias", cit.

[95] Merino Segovia, A. y Grau Pineda, C.: "La subcontratación de obras y servicios en el RDL 32/2021: a propósito de la realidad social y laboral de las camareras de pisos", cit. p. 44; De la Puebla Pinilla, A.: "Convenio colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de las contratas y subcontratas", VV.AA: La reforma laboral de 2021, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 148; Cruz Villalón, J.: "Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la pospandemia", cit. pp. 48.

posibilidad de que los convenios de las empresas del sector correspondiente modifiquen a la baja las cuantías fijadas por el convenio sectorial[96].

En fin, una vez que concluya el periodo transitorio de la disposición transitoria sexta, veremos la situación en la que quedarán los convenios de las empresas contratistas, sobre todo las empresas multiservicios, que amparados en la reforma de 2012 rebajaron la cuantía salarial. En estos supuestos, especialmente en ciertos sectores, jugarán un papel importante los convenios y acuerdos colectivos que al establecer la estructura de la negociación colectiva sectorial, regulen reglas de concurrencia entre convenios de distinto ámbito[97]. El progresivo juego de los arts. 42.6 y 84.2 del ET y la esperable estructuración realizada por los acuerdos interprofesionales son herramientas poderosas para impedir la competencia salarial a la baja en las contratas[98]. Al fin y al cabo, la primera piedra en esta dirección se lanza con la disposición derogatoria sexta del RDL 32/2021, expulsando del ámbito de la descentralización productiva todos los convenios de empresa con descuelgues salariales que habían negociado las empresas contratistas, especialistas o multiservicios, apartándose del convenio sectorial, amparadas en las facilidades que les otorgaba el anterior sistema legal ex art. 84.2 a) del ET para convertir el convenio de empresa en una herramienta al servicio de la devaluación salarial y de condiciones laborales.

8. CONSIDERACIONES FINALES

Atendiendo a la ubicación del art. 42 del ET dentro de la regulación jurídica de la descentralización productiva, una vez abierta la vía principal de aplicar a las empresas contratistas y subcontratistas el convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata en el primer inciso del apartado 6 del art. 42 del ET. El legislador traslada expresamente al art. 42.6 del ET la aplicación de las reglas generales ordenadoras de la negociación colectiva laboral contenidas en el Título III del ET, lo que supone admitir que dentro de los espacios concedidos por el art. 83 del ET, sea la negociación colectiva quien se ocupe de reestructurar la negociación colectiva sectorial en la descentralización productiva, con la finalidad de resolver los problemas de desigualdad laboral existentes en este ámbito y, en lo esencial, atender desde su propio marco jurídico ordenador las dificultades que presenta, en la práctica para muchas actividades, concretar el ámbito funcional concerniente a la actividad desarrollada en la contrata, bien sea porque se trate de actividades novedosas no recogidas en los convenios colectivos, o porque existan distintos ámbitos funcionales para los mismos sectores en distintas unidades territoriales, o no exista una definición adecuada del ámbito funcional, o una ausencia de especificidad en la descripción del ámbito funcional, o no hay listados cerrados de actividades, o no exista regulación convencional de algún sector de actividad.

El art 42.6 del ET aceptando como criterio básico para ordenar la negociación colectiva en el ámbito de la descentralización productiva, la actividad desarrollada en la contrata, admite que dentro de los espacios concedidos por el art. 83 del ET se pueda construir un estatuto jurídico protector del trabajo para las personas trabajadoras de las empresas contratistas y subcontratistas, lo que parece obligar a un mayor fortalecimiento del sector estatal frente a los ámbitos funcionales provinciales y empresariales, si el objetivo es evitar la competencia desleal y la necesaria mejora de los salarios y condiciones laborales de las personas trabajadoras de las empresas contratistas y subcontratistas.

[96] De la Puebla Pinilla, A.: "El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas", cit. p. 8.

[97] Merino Segovia, A. y Grau Pineda, C.: "La subcontratación de obras y servicios en el RD-L 32/2021: a propósito de la realidad social y laboral de las camareras de pisos", cit. p. 46.

[98] Álvarez Cuesta, H.: "Un intento más para aclarar la concurrencia de convenios colectivos: La reforma de la prioridad del convenio de empresa", cit. p. 91.

En suma, la nueva regulación del art. 42.6 del ET se pone al servicio de la negociación colectiva sectorial y/o intersectorial. El legislador ha renunciado a intervenir en la descentralización productiva introduciendo en el ordenamiento jurídico un cambio legislativo que afrontara de manera integral, coherente y garantista las profundas desigualdades existentes entre salarios y condiciones laborales de las personas trabajadoras de la empresa principal y las personas trabajadoras de las empresas contratistas y subcontratistas. El legislador con el nuevo art. 42.6 del ET parece asumir que estas diferencias laborales serán resueltas a través de la actuación de la negociación colectiva, el reto no es menor. Veremos qué sucede después de la adaptación impuesta en la disposición transitoria sexta del RDL 32/2021, cómo se va estructurando la negociación colectiva en la descentralización productiva para hacer prevalecer la aplicación a las personas trabajadoras subcontratadas del convenio sectorial, en razón a la actividad real desarrollada en la contrata y la necesaria concertación de salarios y condiciones laborales en el marco de la descentralización productiva, con la finalidad de garantizar un nivel adecuado de protección de las personas trabajadoras de las empresas contratistas y subcontratistas en relación con los trabajos que desarrollan en la contrata.

Lo cierto es que para cumplir esta finalidad y materializar la mejora de los salarios y de las condiciones laborales de las personas trabajadoras de las empresas contratistas y subcontratistas que se propone la reforma del art. 42.6 del ET, el legislador debiera haber tenido en cuenta que con la regulación vigente no se encuentra garantizada la tutela colectiva de los intereses de los trabajadores que prestan servicios en pequeñas empresas contratistas y subcontratistas. La protección prevista en el art. 42.7 del ET no está diseñada para la defensa de los intereses colectivos de las personas trabajadoras subcontratadas, pues no facilita el despliegue de la actividad sindical en muchas empresas contratistas y subcontratistas que son microempresas, que además disponen de una plantilla de personas trabajadoras dispersa en distintos lugares y centros de trabajo. No existe, en positivo, en el marco del art. 42 del ET una fórmula similar a la prevista en el art. 17 de la LETT que supliera el difícil encaje de las relaciones colectivas en las empresas contratistas en la regulación jurídica actual.

9. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Cuesta, H.: "Un intento más para aclarar la concurrencia de convenios colectivos: La reforma de la prioridad del convenio de empresa", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 27, 2022.

Basterra Hernández, M.: "Primeras aproximaciones a la reforma laboral del RDL 32/2021", *Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2021.

Cabeza Pereiro, J.: "Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias", *NET21,* núm. 8, 2022.

Castro Argüelles, Mª.A.: "Subcontratación laboral: nuevas reglas y cabos sueltos en el Real Decreto-ley 32/2021", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, núm. 4, 2022.

Cruz Villalón, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1992.

Cruz Villalón, J.: "Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la pospandemia", *Temas Laborales*, núm. 161, 2022.

De la Puebla Pinilla, A.: "Convenio colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de las contratas y subcontratas", VV.AA: *La reforma laboral de 2021,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

De la Puebla Pinilla, A.: "El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas", *Trabajo y Derecho*, núm. 88, 2022.

Dueñas Herrero, L.: "Negociación colectiva + diálogo social = acuerdo de gobernanza: la reforma laboral de 2021 de la devaluación salarial a la subcontratación", NET21, núm. 8, 2022.

García Murcia, J.: "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores", *Revista de Política Social,* núm. 130, 1981.

García-Perrote Escartín, I. y López Balaguer, M.: *Contratas de obras y servicios. Contratación a través de ETT*. Aranzadi, Pamplona, 2023.

García-Perrote Escartín, I.: "La reforma del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, *IUSLabor,* núm. 1, 2019.

García-Perrote Escartín, I.: "Subcontratación y convenio colectivo aplicable. El nuevo artículo 42.6 del Estatuto de los Trabajadores a la luz de tres previas sentencias de la sala de lo social del Tribunal Supremo", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, 2022.

Goñi Sein, J.L.: "Contratas, subcontratas y convenio colectivo aplicable", *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, núm. 13, 2022.

Lahera Forteza, J.: *"*La proposición de Ley de modificación del art. 42 ET: valoración y alternativa*"*, en VV.AA.: *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018*, Madrid, Cinca, Vol. 2, 2018.

Lahera Forteza, J.: *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Llano Sánchez, M.: *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, La Ley, Madrid, 1999.

Lousada Arochena, J.F.: "Convenio colectivo aplicable a empresas multiservicios: análisis de un caso judicial y su contraste con la reforma laboral", Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 10, 2022.

Martín Valverde, A y García Murcia, J.: *Derecho del Trabajo*. Trigésima primera edición, Tecnos, Madrid, 2022.

Martin Valverde, A.: *"Artículo 84. Concurrencia",* VV.AA.: *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores,* Tomo XII, Vol. II, Madrid, EDERSA, 1995.

Martín Valverde, A.: "*Responsabilidad empresarial en caso de subcontratas de obras y servicios*", VV.AA.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, E. (Dir.), Tomo VIII, Edersa, Madrid, 1982.

Mercader Uguina, J.R.: *"La arquitectura de la negociación colectiva en la reforma laboral de 2021"* en VV.AA.: *La reforma laboral de 2021. Un estudio del RDL 32/2021*, Goerlich Peset, J.M., Mercader Uguina, J.R. y De la Puebla Pinilla, A. (Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Merino Segovia, A.: "El sistema de negociación colectiva tras el RD-Ley 32/2021. Nuevas orientaciones en la estructura negocial, determinación del convenio colectivo aplicable y restitución de su vigencia ultraactiva". *Revista del Ministerio de Trabajo y economía Social*, núm. 152, 2022.

Miñarro Yanini, M.: "El convenio colectivo en el trabajo externalizado: el Tribunal Supremo aplica el nuevo artículo 42.6 del estatuto de los Trabajadores. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 815/2022, de 6 de octubre", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 471, 2022.

Monereo Pérez, J.L.: "Identidad de las empresas multiservicios: régimen jurídico y responsabilidades", VV.AA: *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial,* XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 1, 2018.

Monereo Pérez, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*, Ibidem, Madrid, 1984.

Nores Torres, L.E.: "La reforma del art. 42 ET en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre", *Labos*, vol. 3, 2022.

Nores Torres, L.E.: "La reforma laboral del art. 42 en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre", *Labos, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 3, 2022.

Nores Torres, L.E.: *El trabajo en contratas. La noción de contrata de «propia actividad»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Ramos Quintana, M.I.: "Salarios y negociación colectiva sectorial. El impacto de la reforma laboral de 2021, *NET21*, núm. 8, 2022.

Rivero Lamas, J. (Dir.) *La negociación colectiva en el sector de empresas multiservicios,* Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección informes y estudios, núm. 73, 2006.

Rivero Lamas, J.: "La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo", VV.AA.: *Descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* MTAS, Madrid, 2000.

Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M.: "La regulación protectora del trabajo en contratas", *Revista de Política Social*, núm. 93, 1972.

Rojas Rivero, G.: "Negociación colectiva y convenio colectivo aplicable a las empresas multiservicios", en VV.AA: *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial,* XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 1, 2018.

Sala Franco, T.: *La reforma laboral: la contratación temporal y la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Suarez González, F.: *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Círculo de Empresarios, Pirámide, Madrid, 1980.

Thibault Aranda, J.: "Las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores empleados en las contratas", *Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 1, 2022.

Valdés Dal-Ré, F.: "Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo", *Relaciones Laborales*, núm. 20, 2001.

Valdés Dal-Ré, F.: "Negociación colectiva y principio de unidad de empresa", *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1991.

nº 8 (3er Trimestre 2023)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

La transformación de las relaciones laborales en el marco de la Industria 4.0.: representantes comerciales ¿Cambios en la naturaleza de su vínculo contractual?

The transformation of labour relations in the context of Industry 4.0: sales representatives: Changes in the nature of their contractual relationship?

Sheila López Vico *Personal Investigador Predoctoral en Formación (FPU)*[1]
Universidad de Granada
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Seminario José Vida Soria
Colaboradora en la Gestión de las actividades de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS).
https://orcid.org/0000-0002-2608-3436

Cita Sugerida: LÓPEZ VICO, S. «La transformación de las relaciones laborales en el marco de la Industria 4.0.: representantes comerciales ¿Cambios en la naturaleza de su vínculo contractual?». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 8 (2023): 93-114.

Resumen

El ordenamiento jurídico laboral fue configurado en nuestro país sobre la base de un modelo empresarial de carácter fordista en el que rasgos como la dependencia o la ajenidad eran fácilmente identificables. De este modo, aquellas relaciones laborales en las que surgían particularidades en el lugar de la prestación del servicio, en la mayor autonomía concedida al trabajador, etc., eran calificadas como relaciones laborales especiales y, por tanto, sometidas a una regulación laboral específica y diferenciada. Esta situación, sin embargo, adquiere una mayor complejidad en el marco económico y social actual. En las nuevas formas de trabajo fruto de la Industria 4.0., o incluso como ya se anuncia de la Industria 5.0., resulta difícil en muchas ocasiones delimitar la concurrencia de los rasgos que permiten calificar una relación de trabajo como laboral. Ello ha hecho que se planté en el debate doctrinal la necesidad de modernizar dichos presupuestos, de modo que se adapten a los rasgos del mercado laboral en el que se insertan. Por todo ello, y en el marco de dicho debate, consideramos necesario entrar a examinar cómo inciden dichos cambios en la calificación y regulación de determinadas formas de trabajo tradicionalmente calificadas como relaciones laborales especiales en nuestro país, como es específicamente el caso de la relación laboral especial de los representantes de comercio.

Palabras clave

Relación laboral especial, representantes de comercio, agentes comerciales, Industria 4.0., dependencia, ajenidad, subordinación.

Abstract

The labour law system in Spain was configured on the basis of a fordist business model in which features such as dependence or externalisation were easily identifiable. Thus, those employment relationships in which particularities arose in the place where the service was provided, in the greater autonomy granted to the worker, etc., were classified as special employment relationships and, therefore, subject to specific and differentiated employment regulations. This situation, however, has become more complex in the current economic and social framework. In the new forms of work resulting from Industry 4.0, or even, as already announced in Industry 5.0, it is often difficult to delimit the concurrence of the features that allow an employment relationship to be classified as an employment relationship. This has led to the need to modernise these assumptions in the doctrinal debate, so that they adapt to the features of the labour market in which they are inserted. For all these reasons, and within the framework of this debate, we consider it necessary to examine how these changes affect the classification and regulation of certain forms of work traditionally classified as special employment relationships in our country, as is specifically the case of the special employment relationship of sales representatives.

Keywords

Special employment relationship, sales representatives, sales agents, Industry 4.0., dependency, subordination, subordination.

[1] Ayudas para contratos predoctorales de Formación de Profesorado Universitario 2020, financiadas por el Ministerio de Universidades (FPU 2020, concesión definitiva por Orden de 6 de noviembre de 2021).

Fecha Recepción: 15/09/2023 - Fecha Revisión: 25/09/2023 - Fecha Aceptación: 25/09/2022
Págs. 93-114

"La justicia ordena, ciertamente, tratar a los iguales como iguales, y a los desiguales de modo distinto según medida de su desigualdad, pero deja abierto el problema de a quién hay que considerar como igual o desigual, y de qué manera han de tratarse. La justicia determina sólo la forma de lo jurídico. Para ganar el contenido del derecho hay que añadir un segundo pensamiento: el de su adecuación a un fin."

Gustav Radbruch[2]

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Nuestro ordenamiento jurídico se caracteriza por presentar un necesario carácter dinámico y flexible, al tener que adaptarse este continuamente a los sucesivos cambios que se producen en el marco económico, social, empresarial y político en el cual se enmarca[3]. Dentro del mismo, la normativa laboral resulta a todas luces una de las disciplinas más dinámicas y complejas en el plano de las ciencias jurídicas, como muestra del íntimo vínculo existente entre esta y el marco económico y empresarial que le rodea[4].

Pues bien, dicho marco económico y empresarial ha sufrido una disruptiva transformación desde el año 1980 en el cual se promulgó el primer Estatuto de los Trabajadores[5]. En dicho momento, predominaba un modelo de producción de carácter fordista, en el que concurrían notas particulares como son la existencia de un vínculo indefinido a tiempo completo entre empresario y trabajador, la prestación del servicio de manera presencial y bajo el directo control del empresario en el marco de grandes estructuras fabriles, etc[6]. En un modelo como el descrito se partió del establecimiento de ciertos presupuestos generales para calificar un determinado vínculo entre las partes como laboral, y concretamente, en la concurrencia de las notas de *voluntariedad, ajenidad, dependencia y retribución*[7].

No obstante, ante la rica variedad de actividades productivas y, en consecuencia, de puestos de trabajo existentes, no resulta extraño que ni tan si quiera en dicho momento fuese posible encajar *todos* los tipos de prestación de servicios en tal esquema. Así, la solución que se encontró en nuestro país consistió en la *laboralización* de ciertas «*zonas grises*», iniciándose con ello un proceso de continua ampliación del campo de aplicación legal del contrato de trabajo[8].

Concretamente dicho proceso se llevó a cabo mediante la creación de las denominadas como «*relaciones laborales de carácter especial*».

---

[2] Extraída de Monereo Pérez, J.L.: *La Filosofía de Gustav Radbruch: Una lectura jurídica y política*, Granada, Comares, 1999, p. 65

[3] Véase Monereo Pérez, J.L.: *Introducción al nuevo derecho del trabajo: una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 175.

[4] En este sentido, y citando a Hugo Sinzheimer, se recoge en Monereo Pérez, J.L.: *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo,* Granada, Universidad de Granada, 1988, al indicar que: "El Derecho del Trabajo no tiene existencia aislada. Se alimenta de la economía."

[5] Véase Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores -en adelante LET-.

[6] Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M.: "Trabajo decente y retribución del trabajo" en VV.AA.: *El trabajo decente,* Monereo Pérez, J.L., Gorelli Hernández, J. y De Val Tena, A.L. (Dirs.), Granada, Comares, 2018, p. 208.

[7] Véase art. 1.1 LET.

[8] *Vid*. Martín Valverde, A.: "Fronteras y «zonas grises» del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)", en *Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales*, núm. 38, 2002, p. 27.

La necesaria coexistencia entre las relaciones laborales «*ordinarias*» y aquellas «*especiales*» se justificó precisamente sobre la base de las "peculiaridades o alteraciones[9]" presentes en estas últimas, y que respaldaban la necesidad de dotar a las mismas de una normativa específica.

Pese a dicha loable declaración de intenciones, la realidad práctica que posteriormente se ha comprobado dista mucho de lo expuesto, y es que, tal y como señalaron los más importantes iuslaboralistas en nuestro país, la regulación de las relaciones laborales especiales en España se llevó a cabo más bien atendiendo a "las presiones políticas[10]" imperantes en dicho momento que a las "razones técnico-jurídicas[11]" que verdaderamente venían a justificar su creación y particular regulación.

A este deficiente modelo de partida cabe además añadirle los importantes cambios que desde la década de los años ochenta se han producido en nuestro país. Las tendencias propias de la tercera y cuarta revolución industrial, como son la globalización o la digitalización, han ido cobrando un protagonismo creciente en nuestro entorno, especialmente en la última década. Ello, no solo ha incidido desde un punto de vista económico en nuestro país, sino que también ha impactado de manera determinante en la propia concepción de la relación laboral[12]. Así, se ha producido la transición del anteriormente citado modelo fordista al posfordista, y con ello, a la denominada como «*modernidad líquida»* que en definitiva hace "irrumpir los valores de la eficiencia económica y de la flexibilidad[13]". Igualmente, dicha transformación se ha reflejado en nuestro marco normativo, habiéndose llevado a cabo importantes reformas destinadas a adaptar el mismo a las nuevas exigencias existentes en el mercado de trabajo. El problema sin embargo surge en la orientación de dichas reformas, habiendo primado una óptica capitalista donde se ha tendido a desplazar y reducir progresivamente las garantías y derechos de los trabajadores previstas en nuestro ordenamiento jurídico-laboral en aras de lograr un aumento de la productividad y rentabilidad empresarial[14].

En el momento en el cual se inserta este estudio, dicho proceso de transformación del mercado de trabajo y de modernización normativa no solo no ha visto agotado su protagonismo, sino que incluso ha aumentado como consecuencia tanto de los disruptivos cambios que se derivan de la transición de la Industria 4.0. a la ya denominada como 5.0[15]., como también por aquellos otros que se han derivado del impacto que la pandemia del COVID-19 ha tenido en nuestro país.

---

[9] *Cfr*. Moreno Vida, M.N.: "Relaciones laborales especiales", en *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, VV.AA.: Baylos Grau, A., Florencio Thomé, C. Y García Schwarz, R.,Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 1864.

[10] *Vid*. Ojeda Avilés, A.: "Zonas grises, relaciones laborales especiales y modalidades de contrato", en *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral,* núm. 207, 2008, p. 7.

[11] *Cfr*. Moreno Vida, M.N.: "Relaciones laborales especiales", en *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, VV.AA.: Baylos Grau, A., Florencio Thomé, C. Y García Schwarz, R. (coords.), *cit*., p. 1870.

[12] Al respecto *Cfr*. Kahale Carrillo, D.T.: "Las nuevas tecnologías en las relaciones laborales ¿Avance o retroceso?", en *Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, núm. 25, 2006.

[13] Véase en Monereo Pérez, J.L.: "El sindicalismo y el orden democrático", en *Sindicatos, trade-unions y corporaciones de Georges Renard*, Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Granada, Comares, 2014, p. XCVII.

[14] *Vid*. Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.: "Los modelos de flexibilidad empresarial y jurídico-laboral", en *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo derecho del trabajo garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, VV.AA.: Monereo Pérez, J. L., Gorelli Hernández, J. y Almendros González, M.A.(dirs.), Granada, Comares, 2022, pp. 2-3.

[15] Véase Molina Navarrete, C.: "Personas y rendimientos en la "revolución industrial 4.0" y en la «sociedad (inteligente) 5.0»: ¿hacia una «sociedad del e-trabajo» con «dos almas» (digital v. Humana)?", en VV.AA.: *De la economía digital a la sociedad del e-work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, Molina Navarrete, C. y Vallecillo Gámez, M.R. (Dirs.), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

2. LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES: LA FIGURA DEL REPRESENTANTE COMERCIAL

En nuestro país las relaciones laborales de carácter especial se recogen en el art. 2 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores -en adelante ET-, mediante el establecimiento de un listado «*numerus apertus*[16]». En concreto, tienen la consideración de relación laboral especial la del personal de alta dirección, la del servicio del hogar familiar, la de los penados en las instituciones penitenciarias, la de los deportistas profesionales, la de las personas artistas, la de los trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los centros especiales de empleo, la de los menores sometidos a la ejecución de medidas de internamiento para el cumplimiento de su responsabilidad penal, la de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, la de los abogados que prestan servicios en despachos y, finalmente, la de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquellas.

Como se ha señalado ya, estas relaciones laborales se encuentran regidas por una normativa específica y diferenciada a aquella contenida en el Estatuto de los Trabajadores.

Pues bien, de todas ellas nos centraremos en la última, esto es, la de la de las personas que intervienen en operaciones mercantiles, también denominadas en la práctica como representantes comerciales.

La elección de esta figura encuentra su justificación precisamente en el cambio de paradigma que ha supuesto en nuestro país la introducción y extensión de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación –en adelante TICS- y la incidencia que estas muestran en esta relación de trabajo.

La inclusión de la relación laboral especial de los representantes comerciales en nuestro marco jurídico se produjo, como ya se ha indicado, con la promulgación de la LET, ya que con anterioridad, y concretamente hasta el año 1962 la misma se encontraba comprendida en el marco jurídico mercantil. Cabe recordar que, en el momento histórico descrito, si bien ya empezaban a presentar una relevancia creciente las nuevas tecnologías y a producirse cambios significativos en el marco empresarial, la economía de nuestro país respondía a un modelo empresarial fordista en el que aparecían especialmente marcadas las notas de ajenidad y dependencia[17], siendo por el contrario de carácter atípico aquellos puestos en los que la prestación del servicio se llevaba a cabo fuera de dichos centros empresariales y con mayores niveles de autonomía. Precisamente por ello excluye, entre otros, el Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquellas[18] -en adelante y para abreviar Real Decreto 1438/1985-, por medio de su artículo 2.2. a) a "*los trabajadores de la Empresa que aun dedicándose a promover o concertar operaciones mercantiles para la misma lo hagan en sus locales o teniendo en*

[16] Al cerrar este artículo indicando en su letra l) que también constituirá una relación laboral especial "Cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una ley"

[17] Como señala Marín Alonso, I.: "Las zonas grises", *en Tratado de Derecho del Trabajo*, Iustel, 2002, al disponer que la noción de dependencia en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra basada en un "modelo fordista de producción que integraba al trabajador -en cuanto sujeto social y económicamente débil- en un modelo de empresa rígido y jerarquizado, caracterizado por su uniformidad en el trabajo a desarrollar y por la homogeneidad de condiciones de lugar, tiempo y modo de la prestación."

[18] Así como también lo hacía con anterioridad el Real Decreto 2033/1981, de 4 de septiembre, por el que se regula la relación laboral, de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquél al que viene a sustituir el indicado como consecuencia del incumplimiento de los plazos establecidos por la ley para su promulgación.

ellos su puesto de trabajo y sujetos al horario laboral de la Empresa." Esto es, cuando los mismos realicen su labor productiva en la empresa y bajo un horario laboral preasignado, ya que en dicho caso nos encontraremos ante una relación laboral ordinaria sujeta a la normativa contenida en el ET.

Por lo tanto, la especialidad que permitía justificar la necesidad de considerar a la actividad de los representantes comerciales como una relación especial era precisamente la deslocalización en el lugar de la prestación de sus servicios y su mayor autonomía, al no concurrir un control inmediato por parte del empresario.

Esta «*especialidad*» resultaba acorde con dicho momento histórico, ya que como decimos lo normal era la realización de la labor productiva en la fábrica y bajo las órdenes directas del empresario. Sin embargo, esta situación ha sufrido un cambio significativo en los últimos años como consecuencia de la digitalización de las relaciones laborales, y especialmente tras la pandemia, al haber generalizado esta formas de trabajo que permiten «*trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar*[19]*»* sin necesidad de tener que acudir al centro empresarial, como es el caso del trabajo a distancia y del teletrabajo[20]. De este modo, la excepción se ha convertido en la regla y cabe preguntarse sí, como consecuencia de ello, se mantienen los presupuestos que justifican la regulación de la relación de los representantes comerciales como una relación laboral especial.

3. LA RELACIÓN LABORAL DE LOS REPRESENTANTES COMERCIALES

3.1. Regulación y definición legal

Pese a todos los cambios señalados, la regulación legal de la relación laboral especial de los intermediarios mercantiles se ha mantenido prácticamente inalterada durante estos cuarenta años. En concreto, la misma se recoge principalmente en el marco del Real Decreto 1438/1985. El mismo parte en su art. 1.1 definiendo esta relación como aquella en virtud de la cual *"una persona natural, actuando bajo la denominación de representante, mediador o cualquiera otra con la que se le identifique en el ámbito laboral, se obliga con uno o más empresarios, a cambio de una retribución, a promover o concertar personalmente operaciones mercantiles por cuenta de los mismos, sin asumir el riesgo y ventura de tales operaciones. Dicha actividad principal puede o no ir acompañada de la distribución o reparto de los bienes objeto de la operación."*

Por lo tanto, sobre la base de lo dispuesto en dicho precepto[21], pueden extraerse las características que deben de concurrir para calificar una determinada actividad de intermediación mercantil como laboral:

[19] En los términos establecidos en EUROFOUND y OIT: "Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral", Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo 2019, p.57, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-santiago/documents/publication/wcms_723962.pdf.

[20] Un estudio completo al respecto puede encontrarse en Monereo Pérez, J.L. y López Vico, S.: *El teletrabajo tras la pandemia del COVID-19: Una reflexión sobre su ordenación y normalización jurídica*, Murcia, Laborum, 2022.

[21] En el mismo sentido véase FD 2º de la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, del 28 de junio de 1999, rec. 105/1999

1) Se exige que la persona que realice dichas actividades sea una «*persona natural o física», quedando* en consecuencia excluidas las personas jurídicas[22]. En el mismo sentido se exige que el trabajador preste dichos servicios de «*forma personal y directa*[23]*».*

2) En lo que respecta a las labores realizadas por el representante, este podrá no solo promover dichos contratos, sino que también puede estar facultado para concertarlos y para distribuir o no los bienes que conforman dicha operación[24].

3) La labor realizada por representante comercial puede comprender «*toda clase de operaciones mercantiles*[25]*»,* es decir, comprendan estas la venta, la adquisición o el intercambio de bienes.

4) Debe de concurrir el requisito de la «*ajenidad», esto es, la no asunción por parte del intermediario de los riesgos de dichas operaciones. Este último rasgo, si bien en un primer momento se alzó como fundamental en aras de distinguir la relación laboral de carácter especial de aquella mercantil denominada como contrato de* agencia[26], sufrió un cambio radical tras la aprobación de la normativa reguladora de estos últimos en el año 1992, pasando como consecuencia la *dependencia* a ser el factor central en dicha distinción[27].

5) Debe de darse el requisito de la dependencia, el cual ha venido la doctrina entendiendo que concurre "*si quien realiza estas funciones de mediación no puede organizar su actividad*

---

[22] *Cfr*. Lopera Castillejo, M.J.: *El contrato de trabajo especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles*, *cit*., p. 121. Ello, implica, como señala esta autora, que "no solo quedan excluidos de la calificación laboral estos supuestos de entidades jurídicas que llevan a cabo una mediación comercial, sino las mismas personas físicas que tienen una organización comercial propia, sirviéndose de medios auxiliares (materiales y personales), aunque formalmente se configure como un grupo de trabajadores, carente de personalidad jurídica."

[23] Como recogen Pérez Agulla, S. y Marín Calleja, L.M.: "Mediadores mercantiles laborales delimitación conceptual (RD 1438/1985, de 1 de agosto)", en *Actualidad laboral*, núm. 6, 2008, en relación a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, del 7 de julio de 1983, "*para que los representantes de comercio queden vinculados a la empresa por cuya cuenta intervienen por relación laboral, es requisito imprescindible el de que personalmente realicen los trabajos que constituyen la dicha intervención; a ello no obsta que puedan estar asistidos de alguna otra persona pagada a sus expensas, pero siempre que tal pluralidad de personas físicas no lleguen a constituir una persona jurídica o una organización; ya que en este segundo supuesto la relación «interpartes» pierde, inequívocamente su naturaleza laboral y adquiere la de mercantil."*

[24] Siendo esta una novedad incorporada por medio del Real Decreto 1438/1985.

[25] Cuestión en la que necesariamente debe adoptarse una postura flexible ya que los cambios en el mercado de trabajo inciden también en el tipo de objetos y bienes. Así, por ejemplo, cabe señalar como un supuesto de cambios en el marco de los productos objeto de intermediación comercial la Sentencia del TSJ del País Vasco de 25 de noviembre de 2014, en la cual, el mediador se dedicaba a la "*venta y comercialización de los servicios de conectividad de datos a internet*."

[26] Así se encuentra plasmado en un amplio número de sentencias, entre las que cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 24 de enero de 1990, la cual dispone en su fundamento de derecho segundo que "*responder del buen fin de las operaciones es la nota característica del contrato de comisión mercantil, y lo que establece la necesaria diferencia y separación entre esta figura y el representante de comercio que está vinculado a la empresa por una relación laboral, y por ende para determinar en cada caso concreto la índole mercantil o laboral del contrato correspondiente es preciso examinar y esclarecer si el interesado responde o no del buen fin de las operaciones en que interviene; siendo obvio que responde del buen fin de tales operaciones quien asume el riesgo de hacer efectivo el pago del precio de las mercancías y productos enajenados en ellas, cuando los compradores de esos productos no cumplen esta obligación."*

[27] Así puede verse, a título ejemplificativo en el fundamento de derecho segundo de la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 25 de noviembre de 2014, rec. 2080/2014 al disponer esta que "*responder o no del buen fin de la operación no constituye el elemento decisivo para excluir o incluir en el ámbito del contrato de trabajo la prestación de servicios consistente en intermediar en las operaciones mercantiles. Cierto es que si se asume el riesgo de la operación en que se media nunca habrá contrato de trabajo, pero puede no asumirse y, sin embargo, realizar esa labor en base a un vínculo contractual no laboral con el empresario, como es el contrato de agencia*."

profesional, y el tiempo dedicado a la misma conforme a sus criterios y tiene que seguir instrucciones de la empresa[28]".

Junto a este primer párrafo, y en aras de comprender que figuras incluye esta norma dentro del concepto de representante de comercio, debemos de analizar las exclusiones que se encuentran recogidas en el art. 1.2 del Real Decreto 1438/1985:

1) En primer lugar, quedan excluidos aquellos "*trabajadores de la empresa que aun dedicándose a promover o concertar operaciones mercantiles para la misma lo hagan en sus locales o teniendo en ellos su puesto de trabajo y sujetos al horario laboral de la empresa.*" Como puede apreciarse, la nota que diferencia este supuesto del anterior es el grado de autonomía que el trabajador tendrá a la hora de desempeñar sus funciones de intermediación, presumiéndose que, en el caso de que el mismo realice sus funciones desde el propio centro empresarial -teniendo para ello asignado un puesto de trabajo y sujeto a un horario determinado por la empresa-, no nos encontraremos ante la relación laboral de carácter especial del art. 2.1 f) ET, sino ante un trabajador por cuenta ajena en los términos del art. 1.1 ET, y por tanto, sujeto a la normativa laboral ordinaria[29].

   No obstante, cabe preguntarse si dichas particularidades constituyen por sí mismas un motivo sólido y suficiente en el que fundamentar la necesidad de crear una normativa laboral especial «*ad hoc*», o por el contrario, podría haberse resuelto incorporando la misma como una modalidad contractual y adaptando para ello la normativa laboral ordinaria[30]. Es más, en un modelo laboral como el actual, en el cual se aboga por altas cotas de flexibilidad, donde las TICS permiten desarrollar el trabajo desde el domicilio o surgen nuevas *zonas grises* como el trabajo en plataformas colaborativas, cabe plantearse si siguen existiendo razones que permitan mínimamente justificar la necesidad de mantener dicha relación laboral especial, más aún cuando la misma, tal y como venimos señalando, ha dado lugar a importantes problemas en lo que a su delimitación se refiere.

2) La segunda exclusión realizada por el art. 1.2 del Real Decreto 1438/1985 alude a aquellos profesionales que se "*dediquen a promover o concertar operaciones mercantiles de forma continuada por cuenta de uno o más empresarios, como titulares de una organización empresarial autónoma, entendiendo por tal aquella que cuenta con instalaciones y personal propios."* Añadiendo que *"se presumirá que no existe esta organización empresarial autónoma cuando quienes se dediquen a promover o concertar operaciones mercantiles actúen conforme a las instrucciones de su empresario con respecto a materias como horarios de trabajo, itinerario, criterios de distribución, precios o forma de realizar los pedidos y contratos."* En este supuesto, tal y como ha indicado la doctrina, nos encontraríamos ante un trabajador autónomo, sujeto

[28] Así puede extraerse del fundamento de derecho tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Mayo de 1998, rec. 4523/1997 y en pronunciamientos recientes puede encontrarse en el Auto del Tribunal supremo de 16 de Julio de 2019, rec. 2625/2018.

[29] Así lo ha recogido de manera expresa el fundamento de derecho cuarto de la STJS de las Palmas de Gran Canaria, Sala de lo Social, del 22 de octubre de 2014, rec. 996/2013, al disponer que "*lo que distingue a la relación común de la especial es que en la primera el trabajo se presta en las dependencias o instalaciones de la empresa o teniendo en ella asignado un puesto de trabajo y con sujeción al cumplimiento del horario de la propia empresa, y en la segunda, no se dan ninguna de esas dos notas, desplegando el representante de comercio su actividad de intermediación fuera del centro de trabajo en el que no dispone de lugar de trabajo, y, sin estar sujeto a la observancia del horario establecido en la empresa."*

[30] Como ya planteaba Moreno Vida, M.N.: "Relaciones laborales especiales", en *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, VV.AA.: Baylos Grau, A., Florencio Thomé, C. y García Schwarz, R. (Coords.), *cit*., p. 1871.

por tanto a la normativa reguladora de los mismos[31], ya que "*la plena autonomía organizativa excluye la relación laboral especial*[32]."

3) Finalmente, se señala en dicho precepto que también quedaran excluidas "*las personas naturales incluidas en el ámbito de la normativa específica sobre producción de seguros y corresponsales no banqueros siempre que, de acuerdo con dicha normativa, se configuren como sujetos de una relación mercantil."*

3.2. Representantes comerciales y otras figuras afines.

Tal y como puede extraerse del análisis realizado, la deficiente, ambigua y desactualizada[33] regulación objeto de análisis ha dado lugar a que en la práctica hayan existido numerosos pronunciamientos y debates doctrinales destinados a concretar quienes deben de considerarse sobre la base de dicho precepto como «*representantes de comercio*[34]».

Basta para entender esta cuestión con fijarse en cómo comienza dicho art. 1.1 del Real Decreto 1438/1985, al disponer el mismo que dicha norma resultará aplicable a aquellas relaciones en las que *"una persona natural, actuando bajo la denominación de representante, mediador o cualquiera otra con la que se le identifique en el ámbito laboral…"*. Como consecuencia de ello, no debe de extrañarnos que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nos encontremos un gran abanico de denominaciones que, aun cuando pueden dar lugar a problemas interpretativos, son utilizadas para hacer referencia a esta relación laboral especial. Así, entre otras, se han utilizado la de mediador, representante de comercio, representante mercantil, agente de ventas, vendedor representante, agente, [35]etc.

El problema que se deriva de esta cuestión no radica únicamente en que la denominación utilizada sea más o menos idónea para describir dicha relación contractual, sino que en diversas ocasiones la misma se utiliza para hacer referencia a una relación de carácter laboral mientras que en otros pronunciamientos, el mismo término, aparece haciendo referencia a una de carácter mercantil[36], con la confusión e inseguridad jurídica que de ello se deriva.

Precisamente por ello, nuestros tribunales vinieron a subrayar que no es "*el nombre que se dé al mediador lo que caracteriza de civil, mercantil o laboral la relación jurídica dimanante de la actividad mediadora, sino los servicios o funciones realizados por él, y llámese este, agente comercial, representante de comercio, comisionista, corredor o de cualquier otro modo similar*[37]".

De este modo, aun cuando son múltiples las figuras y tipos de contrato que en consecuencia podríamos entrar a analizar con detalle en este punto[38], nos centraremos en analizar las diferencias

[31] *Vid*. Ramírez Martínez, J.M., García Ortega, J. y Pérez de los Cobos Orihuel, F.: *Curso básico de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 203.

[32] Así lo recoge el fundamento de derecho segundo de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social, de 1 de Julio de 2021, rec. 3980/19 – D.

[33] *Cfr*. Ortega Prieto, E.: *Representantes de comercio y agentes comerciales*, Bilbao, Deusto, 1987, p. 22.

[34] *Vid*. Lopera Castillejo, M.J.: *El contrato de trabajo especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, p. 107.

[35] *Cfr*. Ortega Prieto, E.: *Representantes de comercio y agentes comerciales*, *cit*., pp. 50-60.

[36] *Ibidem*, p. 60.

[37] Ibidem., p. 61.

[38] En este sentido, ha evidenciado la jurisprudencia en numerosas ocasiones como "*la línea divisoria entre el contrato de trabajo y otros vínculos de naturaleza análoga, como el de ejecución de obra, el de arrendamiento de servicios, el de comisión, regulados por la legislación civil, o mercantil en su caso, no aparece nítida, ni en la doctrina científica*

existentes entre dos de las categorías que mayor conflictividad presentan en la práctica, siendo estas precisamente la del representante de comercio y la del contrato de agencia.

La diferenciación entre ambas, si bien ya resultaba suficientemente compleja, adquirió nuevos niveles de dificultad como consecuencia de la aprobación de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia -en adelante Ley 12/1992-.

Esta norma define en su art. 1 al agente comercial del modo que sigue: "*persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones*." La definición aquí recogida, y que es la que resulta aplicable desde la aprobación de dicha norma en el año 1992, se ha alzado como el centro de múltiples debates y críticas en la práctica[39], al introducir como novedad la posibilidad de que también los agentes puedan operar sin el riesgo y ventura en dichas operaciones -eso sí, salvo pacto en contrario-.

Como consecuencia de ello, si bien antes de la promulgación de dicha norma existían dos notas que nos permitían diferenciar ambas relaciones contractuales, la dependencia y la ajenidad en los riesgos, tras la misma únicamente podemos acudir a la primera de ellas[40], habiendo aumentado con ello de manera relevante el número de pronunciamientos en torno a esta cuestión.

Para determinar si en dichas operaciones de intermediación comercial concurre la nota de la dependencia, debemos partir analizando lo dispuesto en la propia norma objeto de análisis. En particular, el art. 2.1 de la Ley 12/1992, dispone -en términos similares a lo dispuesto en el Real Decreto 1438/1985- que *"no se considerarán agentes los representantes y viajantes de comercio dependientes ni, en general, las personas que se encuentren vinculadas por una relación laboral, sea común o especial, con el empresario por cuya cuenta actúan."* Especificando a dichos efectos en su párrafo segundo que *"se presumirá que existe dependencia cuando quien se dedique a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, no pueda organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios*."

No obstante, la existencia de dicha definición -que no ha estado exenta de crítica por la doctrina- no ha paliado la conflictividad presente en torno a esta cuestión en la práctica ya que, si bien parece que la misma fija un límite claro, siendo este la capacidad del intermediario de organizar su actividad así como también el tiempo a dedicar a la misma, ello carece de toda eficacia para realizar dicha distinción, al hacer alusión a dos de las características que también se encuentran presentes en la relación laboral especial del representante de comercio[41].

---

y jurisprudencial, ni en la legislación, ni siquiera en la realidad social". Véase Fundamento de derecho único de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, de 25 de octubre de 2016, rec. 2593/2016.

[39] Algunos autores han considerado que por medio de la aprobación de esta norma lo que se ha producido es una «*deslaboralización*» de relaciones que con anterioridad, al no existir dicha noción en la definición del contrato de agencia, podían englobarse dentro de la figura del representante de comercio. Al respecto *Vid*. López Gandía, J.: *Las relaciones laborales especiales*, Albacete, Bomarzo, 2008, p. 63.

[40] Como señala Marín Alonso, I.: "Las zonas grises", en *Tratado de Derecho del Trabajo*, Iustel, 2002*:* "cuando el mediador es una persona natural, actúa por sí y no asume el riesgo y ventura de la operación realizada se produce una gran proximidad entre el agente de comercio mercantil y el laboral."

[41] *Cfr*. Marín Alonso, I.: "Las zonas grises", en Tratado de Derecho del Trabajo, *cit*.

Así, son múltiples los interrogantes que surgen en la delimitación de ambas figuras: ¿Basta con que el empresario establezca una franja horaria en el que el intermediario deba de ir a rendirle cuentas, uno o varios días a la semana, para considerar que es dependiente? ¿El hecho de que se le dé una lista de posibles clientes al intermediario sin impedirle buscar otros distintos es un hecho indicativo de la dependencia? ¿Si se le da una mesa en la empresa para que el mismo la use cuando acuda a rendir cuentas pero presta sus servicios fuera del centro empresarial, nos encontramos ante un trabajador dependiente?

Ante la complejidad presente en esta materia, cobra en consecuencia un papel relevante la interpretación seguida por nuestros tribunales.

Los mismos, han venido adoptando una postura flexible en la identificación de las notas de dependencia[42]. Así, cabe señalar como en los casos en los que la propia labor de mediación es ordenada y organizada por la empresa, imponiendo limites o restricciones a la libre actuación del intermediario[43], nos encontramos ante una relación laboral y no ante una contrato de agencia de carácter mercantil, pudiéndose apreciar dicho extremo cuando, a título ejemplificativo, al intermediario "*se le señalan rutas, número de visitas a realizar*[44]*",* "horarios de trabajo, criterios de distribución, precios o forma de realizar los pedidos y contratos[45]", "*potestad para delegar sus funciones en terceros, nombrar distribuidores o subagentes y cesarlos*[46]", etc. En todo caso, vienen entendiendo nuestros tribunales que la carga de la prueba en este caso recae en el intermediario debiendo de ser este el que acredite la existencia de dichas notas de dependencia en el desempeño de sus funciones[47].

La diferenciación entre las figuras del representante de comercio y el agente comercial -o cualquier otra que sea la denominación que se le haya asignado a las mismas-, en tanto que constituyen respectivamente una relación de carácter laboral -especial- y una relación de carácter mercantil, es posiblemente una de las cuestiones que mayor relevancia presentan en esta materia. Ello se debe a que el hecho de enmarcar a un determinado intermediario comercial en una u otra categoría determinará los derechos y garantías presentes en el vínculo contractual que une al mismo con el empresario[48]. Es precisamente por ello que no puede comprenderse ni aceptarse la generalidad y parquedad presente en la redacción de los rasgos diferenciadores de ambas relaciones en el Real Decreto 1438/1985 y en la Ley 12/1992, lo cual ha obligado a los tribunales a pronunciarse en múltiples ocasiones -e incluso en términos contradictorios- sobre las notas diferenciadoras de ambos contratos.

---

[42] *Vid*. Lopera Castillejo, M.J.: *El contrato de trabajo especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles*, *cit*., p. 143.

[43] STSJ de las Palmas de Gran Canaria del 22 de octubre de 2014, *cit*.

[44] STSJ del País Vasco de 25 de noviembre de 2014, *cit*.

[45] *Cfr*. García Testal, E.: "El artículo 1.3 ET: las exclusiones del ámbito de aplicación del contrato de trabajo", en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, VV.AA.: Goerlich Peset, J.M. (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 79.

[46] Así lo recoge el fundamento de derecho tercero de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, de 17 de enero de 2022, rec. 0001517 /2021-RMR.

[47] Fundamento de derecho único de la STSJ de Galicia de 25 de octubre de 2016, *cit*.

[48] Como ha señalado Cairós Barreto, D. M.: *Contrato de mediación laboral y contrato de agencia mercantil: un estudio sobre el objeto del contrato de trabajo*, Tenerife, Universidad de la Laguna, 2000, p.210, "la plena vigencia y aplicación de estos dos regímenes jurídicos distintos a esta actividad de intermediación en operaciones mercantiles provoca problemas de inseguridad jurídica, así como situaciones favorecedoras de defraudación a la ley, pues la parte económicamente más fuerte, el empresario principal, intentará en todo momento concertar contratos sometidos a regulación mercantil, pues el coste de tales contrataciones es menor que el de las sometidas al ordenamiento laboral."

4. ESPECIALIDADES INHERENTES A LA ACTIVIDAD DE REPRESENTANTE DE COMERCIO

Delimitada de manera clara la figura del representante comercial de otras posibles afines, cabe entrar a examinar los presupuestos que, a ojos de nuestro legislador, justifican la necesidad de normar la misma como una relación laboral especial.

4.1. Requisitos contractuales de carácter formales o procedimental

El art. 2 del Real Decreto 1438/1985 establece los requisitos que deben de concurrir para que el contrato de trabajo celebrado sea válido.

En este punto concreto, nos interesa señalar los aspectos que con carácter mínimo deben de figurar en el mismo, como son la *"el tipo de operaciones mercantiles que deberá promover o concertar el trabajador con expresión de los productos o servicios a los que se refieran; las facultades atribuidas al trabajador, en especial si puede concertar o no operaciones en nombre del empresario; si el trabajador se obliga o no a trabajar en exclusiva para el empresario; la delimitación de la zona, demarcación o categoría de clientes con relación a los cuales haya de prestar sus servicios el trabajador, señalando en su caso si el empresario le otorga o no la exclusiva para ese ámbito de actuación; el tipo de retribución acordada…*"

Todos estos puntos, son determinantes tanto a la hora de distinguir esta relación laboral de carácter especial de otras figuras afines contenidas en la normativa laboral ordinaria --como es la del viajante- como también de cara a identificar las notas de dependencia que permite diferenciar al representante de comercio del agente comercial, en el cual, como hemos visto, debe de contar el intermediario con la autonomía suficiente tanto en la determinación de su horario como en la organización de su labor de intermediación.

Además, concreta la norma en dicho precepto un punto interesante, siendo este la necesidad de establecer un anexo en el cual conste "*el inventario y valor que se atribuye al muestrario o relación de productos y a los restantes instrumentos de trabajo que se faciliten por el empresario y la relación de medios que el trabajador aporte para el desarrollo de su labor."* Cuestión que posteriormente es desarrollada por el artículo 6 de dicho Real Decreto.

4.2. Tiempo efectivo de trabajo y descanso

Uno de los rasgos que caracterizan esta relación laboral es, tal y como hemos indicado, la inexistencia de un horario de trabajo predeterminado. Esta cuestión, aparece reflejada de manera expresa en el art. 4 del Real Decreto 1438/1985, estableciendo el mismo que esta relación laboral "*no implicará sujeción a jornada u horario de trabajo concreto*". No obstante, este precepto, tratando de ampliar la protección de estos trabajadores, ha introducidos matices que han sido ampliamente criticados por la doctrina al entender esta que "el afán de reconocer derechos laborales desfigura, creemos, las peculiaridades -que subsisten evidentemente pese a su absorción laboral- del mediador de comercio[49]". Así puede verse por ejemplo cuando el primer párrafo del art. 4 establece como excepción a la inexistencia de una jornada laboral definida lo dispuesto en la negociación colectiva o individual, al disponer "*sin perjuicio de las previsiones contenidas en los pactos colectivos o individuales*" o cuando en su párrafo tercero dispone que "*los trabajadores tienen derecho a los permisos pagados previstos en el artículo 37, apartado 3, del Estatuto de los Trabajadores.*" A nosotros, por el contrario, nos lleva a preguntarnos por qué si lo que realmente buscaba el legislador

[49] *Vid*. Ortega Prieto, E.: *Representantes de comercio y agentes comerciales*, *cit*., p. 101.

era otorgar a esta categoría de trabajadores las garantías previstas en la normativa laboral ordinaria, no lo incorporó como una modalidad de trabajo y no como una relación laboral especial, pudiéndose haber incluido las modificaciones necesarias a la normativa laboral sin tener que establecer una normativa «*ad hoc*» para los mismos.

4.3. Clientela

Otro punto que adquiere una especial relevancia en esta relación contractual es la clientela que, por medio de sus gestiones, el intermediario consigue para la empresa. Es por ello que el art. 5 del Real Decreto 1438/1985 recoge el derecho del representante de comercio a que *"se reconozca por su Empresa la clientela que hayan conseguido como consecuencia de su trabajo, y la que aquella asignase al inicio de su gestión."* Para lo cual también se hará constar en el anexo del contrato la relación de clientes que la empresa facilitase al representante, debiéndose de actualizar la misma anualmente, así como también al final de la relación contractual, incluyendo en dicha lista los clientes captados por el representante y la variación que ello haya producido en el volumen de las operaciones realizadas por la empresa. En particular, en el momento de finalizar la relación contractual no se deberán hacer constar todos los clientes captados por la empresa, sino solo los clientes con los que dicho representante haya cerrado operaciones en los dos años anteriores.

Como garantía, también se prohíbe que cualquiera de las partes varíe ni la zona o demarcación territorial -por ejemplo mediante su asignación a otro trabajador- ni la relación de clientes asignados en el contrato, cuyo incumplimiento dará lugar a una compensación económica así como también el derecho al trabajador a solicitar la extinción del contrato de trabajo con la indemnización del artículo 41.3 ET y en los términos del art. 11 del Real Decreto 1438/1985.

4.4. El salario

La inexistencia de una jornada laboral definida hace que surjan también ciertas particularidades en la delimitación de la retribución que le corresponde a este trabajador por la prestación de sus servicios. Así, a diferencia de lo que ocurre en buena parte de las relaciones laborales ordinarias, en las que se establece una cuantía fija en función del número de horas trabajadas, se prevé en este caso una retribución por comisión, esto es, sobre la base de *"las operaciones en que hubiesen intervenido y fuesen aceptadas por el empresario, siempre que en el contrato se haya establecido la necesidad de aprobación, o por una parte fija y otra por comisiones sobre dichas operaciones, más los incentivos y compensaciones que hubieran pactado en el contrato."* Sin perjuicio de que pueda optarse por retribuir al mismo por medio de una cantidad fija, no siendo sin embargo esto lo habitual.

4.5. Otras particularidades

Por supuesto, junto a las señaladas, contiene el Real Decreto 1438/1985 otros puntos donde la naturaleza del trabajo desempeñado por el representante requiere introducir matices respecto a la normativa laboral ordinaria. Como son, a título ejemplificativo, aquellos ligados a la extinción del contrato de trabajo por decisión unilateral del trabajador -esto es, en caso de dimisión- estableciendo el art. 10.2 que el mismo deberá de notificárselo al empresario con una antelación de tres meses, como también mediante el establecimiento de una indemnización especial por clientela distinta a la que le corresponda por despido improcedente -sobre la base del art. 11- o de establecer una cláusula de no competencia cuando concurran los requisitos concretos previstos en el art. 10.

No obstante, de manera expresa se indica en el art. 12 del Real Decreto 1438/1985 que "*son aplicables en el ámbito de esta relación laboral de carácter especial los derechos y deberes laborales*

básicos reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores" y también podemos encontrar en diversos puntos de dicha normativa remisiones expresas al contenido del ET. La cuestión que en este punto no queda resuelta es que ocurre en aquellas cuestiones no contempladas expresamente en el Real Decreto1438/1985 y en las que, por tanto, no encontramos dicha remisión. En este punto ha venido entendiendo la doctrina que, "la solución no puede encontrarse…, en la aplicación indiscriminada, o incluso unitaria, de la L.E.T., en todas las materias no reguladas en este R.D., por ser voluntad del legislador que estas relaciones, aun siendo de trabajo, no se rijan por aquella normativa laboral común[50]." Siendo la única solución posible a este problema, atendiendo a lo dispuesto actualmente en la normativa reguladora de esta relación laboral especial, suplir dichos vacíos sobre la base de lo dispuesto por la negociación colectiva[51].

5. LA DIGITALIZACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES Y LA PROTECCIÓN JURÍDICO LABORAL DEL REPRESENTANTE COMERCIAL

Nuestro modelo económico y empresarial se encuentra sujeto a continuos y relevantes cambios, habiendo transitado desde la máquina de hilar hasta el uso del big data. Este proceso de transformación se refleja en las distintas revoluciones industriales que desde el año 1770 se han sucedido en nuestro país. En concreto, cabe destacar por el papel que en la misma ocuparon las TIC[52], la tercera revolución industrial. En el marco de esta se hizo patente la necesidad de readaptar la normativa laboral a las nuevas exigencias del mercado de trabajo ante el surgimiento de formas de trabajo que rompían los esquemas del trabajo dependiente tradicionalmente concebido en nuestro sistema, como era el caso del trabajo a distancia y más concretamente del teletrabajo. Efectivamente, la extensión de internet y del uso de los ordenadores abrió un abanico de posibilidades al permitir al trabajador prestar sus servicios fuera de los centros empresariales sin que por ello desapareciese la nota de dependencia. Así, a diferencia de lo que ocurría en el caso del trabajo a domicilio o, en lo que en este caso nos interesa de los representantes comerciales, el mero hecho de que los trabajadores prestasen su servicio fuera de los centros empresariales no tenía por qué significar la ausencia de un control por parte del titular de la empresa. Es más, dichas herramientas digitales permitían incluso llevar a cabo un control mucho más exhaustivo e invasivo. Por lo tanto, no cabe duda de que la introducción de las TICS supuso un cambio sin precedentes en el ámbito laboral[53], hasta el punto de replantear la propia concepción de la labor productiva en prácticamente todos los sectores productivos[54].

Desde el comienzo de la tercera revolución industrial, y cada vez de manera más precipitada, se han sucedido continuos y relevantes avances tecnológicos que han hecho no solo que nos encontremos plenamente inmersos en el marco de la Cuarta Revolución Industrial, sino que incluso se habla ya del comienzo de la denominada como Industria 5.0.

Todos estos cambios, han transformado la forma en la cual se presta la labor productiva[55] y en consecuencia, los medios utilizados para ello. Así herramientas como el ordenador, el teléfono móvil

[50] *Cfr*. Lopera Castillejo, M.J.: *El contrato de trabajo especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles*, *cit*., p. 177.

[51] *Ibidem*, p. 179.

[52] Tal es así que la misma se bautizó como "la revolución de las TICS" o "de las computadoras". Al respecto véase Gómez Salado, M.A.: *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: desafíos tecnológicos del siglo XXI,* Navarra*,* Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 42.

[53] *Vid*. Monereo Pérez, J.L., "La renta mínima garantizada como medida estructural del sistema de seguridad social en la "sociedad del riesgo", en *Revista Lex Social,* Vol. 10, 2020, p.431.

[54] Tal y como señaló Mercader Uguina, J.R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 21, "el cambio tecnológico trasforma la forma en que producimos, consumimos, gestionamos, nacemos y morimos."

[55] Como señala Monereo Pérez, J.L., "La renta mínima garantizada como medida estructural del sistema de seguridad social en la "sociedad del riesgo", *cit*., p.432, pueden ya apreciarse "cambios sobre el empleo harto significativo: un

o las tablets se han convertido en instrumentos indispensables para el ejercicio de muchas profesiones, sustituyendo con ello el uso de los fax o llamadas telefónicas por otras vías que ofrecen una mayor agilidad en la comunicación como son los correos electrónicos o incluso las redes sociales como Whatsapp[56]-, etc.

En el marco descrito resulta patente que la normativa concebida en el año 1980, en un marco postdictatorial y de reconstrucción social, no se adapta a los modelos de trabajo propios de la tercera, cuarta y quinta revolución industrial, en los que la flexibilidad, la autonomía en el desempeño del trabajo, la deslocalización del lugar de realización de la actividad productiva o el establecimiento de jornadas flexibles, se ha convertido en una realidad. Ante dichos cambios, la normativa laboral ha ido adaptando sus preceptos a lo largo de los últimos años con el fin de garantizar una adecuada protección de los trabajadores. Sin embargo, como hemos adelantado ya, el problema con el que nos encontramos es el modo en el cual se ha llevado a cabo dicho proceso de modernización. Así, se ha apostado durante demasiado tiempo por una reforma liberalizadora y desreguladora, que no solo no ha conseguido adaptar nuestro marco regulador a las nuevas exigencias empresariales, sino que incluso ha aumentado en muchos casos la situación de desprotección a la que se encuentra expuesto el trabajador asalariado al reducir a mínimos la regulación legal y remitiendo su desarrollo a la negociación colectiva o, incluso, a la autonomía individual.

A lo largo de este estudio, hemos estudiado con detenimiento la figura del representante de comercio, como relación laboral especial, sobre la base de su normativa reguladora, la cual, tal y como hemos visto, se ha mantenido inalterada desde el año 1985. Sin embargo, como se señaló, en dicho momento nos encontrábamos con un mercado de trabajo sustancialmente distinto, donde el trabajador prestaba habitualmente sus servicios en una fábrica o centro empresarial bajo la continua vigilancia del empresario[57], siendo residual por el contrario residual el número de trabajadores que prestaban sus servicios fuera de las dependencias empresariales. Es por ello que, pese a existir como decimos ya en dicho momento las TICS, la vigilancia y control por parte del empresario podía verse atenuada, más aún si partimos del hecho de que las mismas no se encontraban tan extendidas como en la actualidad, y mucho menos en nuestro país. De modo que, en dicho momento sí concurrían particularidades suficientes en determinadas formas de prestación del servicio, como son el trabajo a distancia o el de los representantes comerciales, que justificaban la necesidad de establecer una regulación específica que viniese a regular las mismas.

No obstante, ello no significa por sí solo que la vía adecuada para ello fuese su calificación como una relación laboral especial y su sujeción a una normativa específica y diferenciada. De hecho, ambas formas de trabajo fueron en nuestro país sometidas a un tratamiento diferenciado.

Así, si bien en la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales -en adelante y para abreviar Ley 16/1976-, y concretamente en su artículo 3.1, se estableció un listado de las relaciones laborales consideradas como especiales, entre las que se incluían tanto el trabajo a domicilio, como a los representantes de comercio, dicha regulación no presentó una larga trayectoria en nuestro país. La misma, impuso mediante su disposición adicional cuarta la obligación de que en el plazo de dos años

empleo menos estandarizado; un empleo más fraccionado e inestable donde tienden a expandirse las plataformas digitales (Cabify, Uber, Airbnb o Upwork, etc., con formas de empleo difusas –zonas grises- entre la autonomía y la subordinación…, el sometimiento de la organización del trabajo y del empleo a transformaciones permanentes y no siempre previsibles, pues suelen estar presididas por la incertidumbre, con la consecuencia de un incremento de la flexibilidad laboral interna y externa; y la tendencia hacia la mercantilización y remercantilización", etc.

[56] *Vid*. Ortega Lozano, P.G.: "Problemas jurídico-prácticos derivados de la utilización de las TIC en materia laboral", en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 8, núm. 4, 2020, pp. 36-37.

[57] *Cfr*. Marín Alonso, I.: "Las zonas grises", en *Tratado de Derecho del Trabajo*, Iustel, 2002.

el Gobierno aprobara una normativa especial para cada una de las modalidades citadas en el art. 3 de la misma[58].Sin embargo, se produjo un incumplimiento de tal plazo, lo cual dio lugar a que a dichas relaciones laborales permaneciesen bajo la regulación preexistente[59].

Si analizamos la evolución normativa que desde dicho momento sufrieron ambas figuras, vemos que, lejos de lo que podría pensarse, han seguido caminos muy distintos.

Así, la regulación legal de la figura de los representantes de comercio se recogió en un primer momento por el Real Decreto 2033/1981, de 4 de septiembre, por el que se regula la relación laboral, de carácter especial, de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquellas, y posteriormente fue sustituido por el Real Decreto 1438/1985. Por el contrario, el régimen legal de los trabajadores a domicilio se recogió por medio del artículo 13 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, que bajo la denominación "*contrato de trabajo a domicilio"* configuró esta forma de trabajo no ya como una relación laboral especial -tal y como había sido plasmada en la Ley 16/1976-, sino como una relación laboral ordinaria.

Dicho cambio no se justificó sin embargo en ninguna parte de la norma, mostrando una vez más cómo el legislador ha venido configurando las relaciones laborales especiales basándose más en razones políticas que técnico-jurídicas, al haber borrado mediante dicha norma de un plumazo y sin que hubiesen concurrido cambios significativos en el marco económico y social que lo justificase, al trabajo a domicilio como relación especial.

En este punto, no podemos obviar la situación que actualmente presenta nuestro mercado empresarial, y para ello, es imposible obviar el impacto que la pandemia del COVID-19 ha tenido en la configuración del mismo[60]. En particular, de entre todos los cambios de indudable relevancia jurídico-laboral introducidos a raíz de la pandemia en nuestro marco normativo, nos interesa especialmente la expansión radical y sin precedentes que raíz del mismo tuvo el teletrabajo o trabajo a distancia, que hasta dicho momento había venido siendo utilizado únicamente de manera residual en nuestro mercado empresarial[61], pese a las múltiples bondades que tanto la doctrina como los diversos pronunciamientos nacionales y europeos asociaban al mismo, especialmente en aras de lograr la ansiada flexibilidad anteriormente ya señalada. En todo caso, a raíz de dicha pandemia, se aprobó con gran celeridad una norma específica en materia de teletrabajo, actualmente plasmada en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia -en adelante LTD-, la cual recoge de manera expresa en su exposición de motivos

[58] Resultando aplicable en el tiempo que mediase hasta la aprobación de dicha norma, sobre la base de la disposición transitoria primera de la Ley 16/1976 la normativa que, hasta dicho momento, viniese siendo aplicadas a las mismas.

[59] *Vid*. Lopera Castillejo, M.J.: *El contrato de trabajo especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles*, *cit*., p. 70.

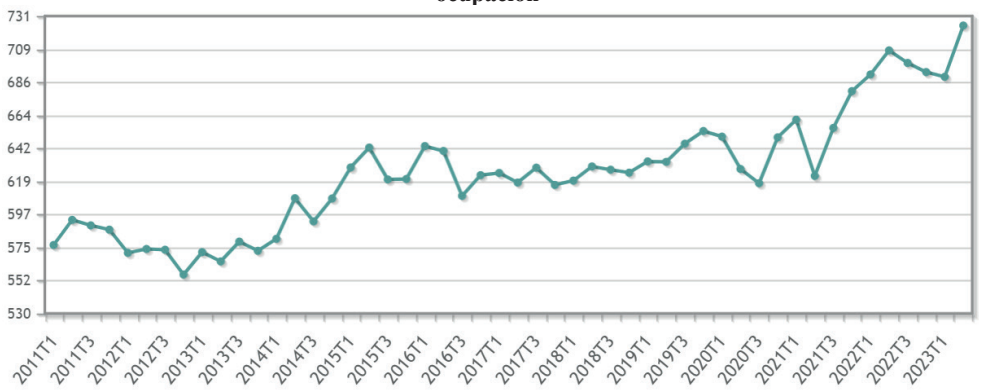
[60] Ya que, como ha señalado la doctrina, la misma constituye un «*hecho social total*», en el sentido de que el mismo "impacta y convulsa el conjunto de las relaciones y estructuras sociales, y conmociona a la totalidad de los actores (políticos, sociales y económicos), de las instituciones y de los valores de la sociedad, planteando una exigencia de recomposición de la cohesión social." Así lo recogen Monereo Pérez, J.L., Ojeda Avilés, A. y Gutiérrez Bengoechea, M.: *Reforma de las pensiones públicas y planes privados de pensiones,* Murcia, Laborum, 2021, p.31.

[61] Así, encuestas oficiales en nuestro país recogen que, mientras en años anteriores el número de personas sujetas a esta modalidad contractual prácticamente no aumentó, pasando en el año 2019 de 4,3% a 4,8% en el caso de personas que trabajaban normalmente en dicha modalidad, y de un 3,2% a un 3,5% en el caso de personas que únicamente trabajaban en dicha modalidad ocasionalmente. Dicho porcentaje creció de manera exponencial como consecuencia de la pandemia del COVID-19, pasando a casi un 50% el número de trabajadores sujetos a la misma. Así lo recogen los siguientes estudios: INE: "El teletrabajo en España y la UE antes de la COVID-19", 2020, disponible en: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INECifrsINE_C&cid=1259952649680&p=1254735116567&pagename=ProductosYServicios%2FINECifrasINE_C%2FPYSDetalleCifrasINE
INE: "Indicador de Confianza Empresarial (ICE) Módulo de Opinión sobre el Impacto de la COVID-19 Estado de alarma y segundo semestre de 2020", p. 5, disponible en: https://www.ine.es/daco/daco42/ice/ice_mod_covid_0320.pdf

como la *"virtualización de las relaciones laborales desvincula o deslocaliza a la persona trabajadora de un lugar y un tiempo concreto*".

Evidentemente todas estas cuestiones han trasladado también sus efectos al colectivo de trabajadores que en este estudio nos interesa, esto es, a los representantes comerciales. Si comprobamos las últimas encuestas y estadísticas publicadas en nuestro país, podemos apreciar un incremento significativo en el grupo de profesionales que se engloban en esta categoría:

Gráfico 1: Activos por sexo y ocupación. Valores absolutos y porcentajes respecto del total de cada ocupación



Fuente: INE[62]

Como puede apreciarse, en el estudio estadístico del número de personas activas ocupadas por sectores se recoge una categoría denominada «*representantes, agentes comerciales y afines*». Esta incluye "*agentes y representantes comerciales, organizadores de conferencias y eventos, mediadores y agentes de seguros, agentes o intermediarios en la contratación, agentes de compras, agentes y admin. de la propiedad inmobiliaria, consignatarios, portavoces y agentes de relaciones públicas, representantes de aduanas, representantes artísticos, deportivos y otros*[63]".

La amplitud de profesionales incluidos en este colectivo, sin especificar ni diferenciar, en ningún momento, si nos encontramos ante una relación laboral especial, ordinaria, mercantil o civil, hace que estos indicadores no sean representativos, ya que no sabemos si realmente dicho aumento se ha producido en el colectivo objeto de estudio. Por lo tanto, en aras de poder realmente aportar un análisis fundado sobre la realidad actual de la figura de los representantes comerciales y su peso en nuestro marco productivo frente a la digitalización cabría avanzar en esta materia, proporcionando datos concisos que muestren efectivamente y de manera diferenciada el peso de cada una de las ocupaciones incluidas en dicha categoría.

Pese a ello, lo que sí podemos analizar mediante la información obtenida son los cambios que la digitalización y la globalización han introducido en las competencias y habilidades requeridas a estos profesionales, y también en las propias tareas y herramientas que los mismos deben de utilizar para el adecuado ejercicio de sus funciones.

[62] Disponible en: https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4077#!tabs-grafico

[63] Disponible en: https://www.sepe.es/dctm/perfiles:09019ae381a3e880/UEVSRklMRVM=/REPRESENTANTES,%20AGENTES%20COMERCIALES%20Y%20AFINES.pdf

En primer lugar, cabe señalar que, el avance de las TICS ha incidido de manera radical, como no podía ser de otra forma, en este colectivo de trabajadores. Así, un somero análisis de las competencias que se le viene exigiendo a los mismos muestra como destacan entre ellas las competencias informáticas, el uso de programas informáticos de gestión de las relaciones con los clientes, el conocimiento y uso de los medios y redes sociales de comunicación, un nivel adecuado de idiomas[64] -especialmente el inglés-, etc. Ello se debe a que, en la sociedad actual, un amplio volumen de las operaciones de compraventa se llevan a cabo a través del comercio electrónico[65], habiéndose producido durante el año 2021 en torno a 284 millones de transacciones por medio de esta vía[66], y comprobado que, si bien ya antes de la pandemia esta modalidad de compra mostraba una tendencia ascendente, la misma ha sufrido un crecimiento significativo a raíz de esta[67]. En este marco, resulta indispensable un conocimiento avanzado tanto de las plataformas de e-commerce, de los medios de pago online, de las redes sociales y medios de comunicación vinculados a dichos dispositivos electrónicos, etc.

Además, en nuestro opinión, ello incide también en las habilidades y destrezas que el intermediario debe de dominar, ya que una de las desventajas del comercio electrónico es el carácter impersonal y frio del mismo, lo cual puede generar desconfianza en los compradores y dificultar la posibilidad de llegar a un acuerdo comercial.

Como puede apreciarse, los cambios señalados no son nada desdeñables, haciendo que, en consecuencia, se busque cada vez un perfil más cualificado en este sector, ocupando un papel fundamental la formación en los canales de ventas online y las TICS, así como también en otros idiomas, al haberse prácticamente borrado las líneas divisorias entre los distintos países, especialmente si nos ceñimos al marco europeo.

Sin embargo, no se ha producido cambio alguno en la normativa jurídico laboral de este colectivo de trabajadores, siendo esta la reflejada en el Real Decreto 1438/1985-. Esta norma, ideada en el marco de un modelo empresarial fordista, no contempla los aspectos que cuarenta años después han pasado a convertirse en cuestiones centrales en esta actividad profesional.

Ello nos hace plantearnos una serie de cuestiones relevantes: ¿Es necesario modificar la normativa laboral? ¿Debe de alterarse el ámbito de aplicación de la misma? ¿Pueden protegerse cuestiones centrales en el marco del trabajo en plataformas online o con TICS como son la desconexión digital o la protección de datos en este grupo profesional[68]? En definitiva, todas estas cuestiones giran

---

[64] *Vid*. Dirección General del Servicio Público de Empleo: "Representantes de comercio, en general", Madrid, Conserjería de economía, empleo y competitividad, disponible en: https://www.comunidad.madrid/sites/default/files/doc/empleo/35101037_representantes_de_comercio.pdf

[65] Habiéndose llegado incluso a afirmar que "*el peso del comercio electrónico se ha incrementado hasta rozar el 20% del gasto de los consumidores y el 10% de la facturación de las empresas españolas en 2018. Por el contrario, el comercio minorista tradicional se redujo en más de un 4%. Según este estudio…, esto demuestra la alta probabilidad de que los canales digitales sustituyan en muchos casos a los presenciales*." Disponible en: https://www.bbva.com/es/el-comercio-electronico-gana-terreno-al-tradicional-en-espana-supone-el-20-del-gasto/

[66] *Vid*. Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia: Nota de prensa, 2022, disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Notas%20de%20prensa/2022/20220408_NP_CE_III_21.pdf

[67] *Cfr*. INE: el salto del comercio electrónico, 2020, disponible en: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INECifrasINE_C&cid=1259952923622&p=1254735116567&pagename=ProductosYServicios%2FINECifrasINE_C%2FPYSDetalleCifrasINE

[68] Existen ya pronunciamientos doctrinales sobre esta cuestión, indicando los mismos por ejemplo en el caso de la desconexión digital que, al no existir una jornada laboral definida en la normativa reguladora de dicha relación laboral, así como tampoco indicación alguna a dicho derecho, el mismo "por la vía del acuerdo individual o de la negociación colectiva". *Cfr*. Fernández Orrico, F.J.: *Criterios sobre uso de dispositivos tecnológicos en el ámbito laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 403.

en torno a la que al principio de este estudio nos planteábamos, y es la siguiente ¿tiene sentido seguir regulando la relación laboral de los representantes comerciales como una relación laboral especial?

Para responder la cuestión planteada, debe de tomarse en consideración tanto la situación socioeconómica del mercado en el momento en el cual se configuró esta relación laboral de carácter especial, como la que tras los cambios introducidos por todas las tendencias señaladas, y especialmente la virtualización del mercado de trabajo, nos encontramos actualmente. Así, cabe subrayar como se ha pasado de un modelo caracterizado por la prestación del servicio en grandes fábricas o empresas, bajo las órdenes y la vigilancia directa del empresario, a un modelo en el cual prima la flexibilidad, dejando atrás dichos grandes modelos empresariales y potenciando en su lugar la descentralización y subcontratación, modelo en el que además se viene produciendo una deslocalización temporal y espacial de la prestación de los servicios, primando así aquellas formas de trabajo que, tal y como vimos anteriormente, permiten trabajar «*en cualquier momento y en cualquier lugar*».

Siendo este, a menos a grandes pinceladas, el modelo en el cual se enmarca la cuestión, cabe ahora preguntarse cuales fueron las características o rasgos de la actividad prestada por los representantes comerciales que en un primer momento justificaron configurar la misma como una relación laboral de carácter especial. El problema en este punto es que, como se indicó anteriormente, el legislador no ha aportado justificación alguna que permita delimitar de manera clara cuales son dichas características. No obstante, puede deducirse de los diversos pronunciamientos, tanto doctrinales como judiciales[69], las razones principales de dicha elección legislativa. En particular, y partiendo de la actividad realizada por los representantes comerciales, se ha aludido en la mayor parte de los pronunciamientos en esta materia a tres razones que justifican la necesidad de dotar a los mismos de un régimen «*ad hoc*» de carácter especial:

— El lugar de desempeño de los servicios, al no realizar estos trabajadores sus labores desde los centros empresariales. En nuestra opinión, esta no constituye por sí sola una nota que permita justificar la necesidad de dotar a estos trabajadores de un régimen laboral especial[70]. Ello se debe a que existen diversas profesiones que actualmente, exigen o permiten su realización fuera de los locales empresariales, y no por ello han sido reguladas como relaciones laborales especiales. Basta para ello con recordar lo señalado sobre el régimen jurídico de los teletrabajadores y su evolución desde el año 1976, o pensar en otros supuestos como son el de los trabajadores de plataformas colaborativas.

— La dependencia, al encontrarse la misma atenuada en esta relación laboral por gozar el representante de una elevada autonomía en el desempeño de sus funciones. Tampoco en este caso cabe actualmente duda alguna de que los representantes comerciales son trabajadores dependientes, ya que, tal y como hemos visto, ello es lo que precisamente permite diferenciarlos de los agentes comerciales y otras figuras mercantiles y civiles. Y además, tal y como ha señalado la doctrina, por si sola esta nota no es una "característica del contrato de trabajo puede

[69] Cuestión que, cabe indicar, está envuelta de una elevada conflictividad, no existiendo un consenso en la práctica que permita delimitar unas causas comunes que permitan realizar dicha distinción entre relaciones laborales comunes y especiales.

[70] Así lo han sostenido también otros autores, como por ejemplo Cardenal Carro, M.: "Relaciones laborales de carácter especial", en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, VV.AA.: Goerlich Peset, J.M. (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 96al disponer que "*Si bien efectivamente las relaciones laborales especiales se desarrollan en ámbitos diferentes de la gran fábrica, modelo prototípico tradicional del ordenamiento laboral, no parece que ello pueda constituir un fundamento para esta categoría conceptual. De un aspecto tan material como el lugar de desenvolvimiento de la relación laboral no se puede derivar la necesidad de una regulación diferente*: ¿se puede decir que porque el ciclista no está en una fábrica su contrato ha de ser temporal, o que por ésa razón el representante de comercio esté sometido a un régimen de extinción diferente del previsto en el ET"

servir para enfrentar relaciones laborales especiales y comunes, y es que…, la alternativa entre trabajo dependiente y autónomo es absoluta, no habiendo lugar a una tercera posibilidad sin fracturar el concepto unitario de dependencia[71].”

— Y el tiempo de trabajo, al no estar sujetos los mismos a una jornada o a un horario de trabajo determinado y previamente establecido. La última característica de las señaladas que podría permitir en el momento actualmente descrito continuar justificando la necesidad de mantener una regulación laboral especial para este colectivo de trabajadores es aquella ligada al tiempo de trabajo. No obstante, en nuestra opinión, la misma por sí sola tampoco constituye un límite insalvable para integrar a este colectivo de trabajadores en el régimen laboral ordinario[72], pudiendo dichas particularidades ser perfectamente afrontadas estableciendo las modificaciones pertinentes en nuestra normativa laboral ordinaria, como ya se ha realizado con otros colectivos de trabajadores como son los trabajadores de plataformas colaborativas o los teletrabajadores. Y ello, tomando como referencia las características de nuestro mercado laboral actual, en el cual la flexibilidad adquiere cada vez un peso más relevante y las TICS están progresivamente difuminando las líneas divisorias de la vida personal y laboral.

En un marco como el descrito, no existe, en nuestra opinión, impedimento alguno para que, con las modificaciones oportunas, este régimen sea integrado en la normativa laboral ordinaria.

Además, cabe destacar como, al establecerse en la mayor parte de los casos el salario por medio de comisiones -ligado por tanto al propio desempeño del trabajador- y no sobre la base del tiempo de trabajo, no supondrá dicha integración ningun perjuicio ni para el empresario ni para los trabajadores, viéndose además mejoradas las garantías de los representantes comerciales. Finalmente, hemos visto como el propio Real Decreto 1438/1985 remite en cuestiones esenciales como es la extinción contractual o suspensión del contrato de trabajo a lo dispuesto en el propio ET, por lo tanto, no nos encontraríamos realmente ante un cambio radical y vacío de toda lógica.

De modo que, si bien en un primer momento existían un mayor número de particularidades que, podían llegar a justificar en cierto modo la necesidad de establecer esta relación laboral especial, tras los cambios experimentados en nuestro mercado de trabajo en los últimos años como consecuencia de tendencias como son la digitalización y la globalización, no existe actualmente razones suficientes que sigan justificando dicha decisión[73].

6. CONCLUSIONES CRÍTICAS Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

Los cambios operados en nuestro mercado laboral muestran, cada vez de manera más acusada, la necesidad de operar un cambio normativo que, separándose de la tendencia reformista flexibilizadora y remercantilizadora llevada a cabo en las últimas décadas, permita afrontar los retos que tendencias como son la digitalización, la globalización, la robotización, la inteligencia artificial o el cambio medioambiental, plantean en nuestro sistema.

---

[71] *Vid*. Cardenal Carro, M.: “Relaciones laborales de carácter especial”, en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, cit., p. 93.

[72] *Cfr*. Lopera Castillejo, M.J.: *El contrato de trabajo especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles*, cit., p. 141.

[73] En términos similares lo recogió ya Ojeda Avilés, A.: “Zonas grises, relaciones laborales especiales y modalidades de contrato”, cit., p.17, al disponer que *“las nuevas tecnologías han hecho innecesario el control espacial e incluso la misma presencial del trabajador en el centro de trabajo, porque el control ya es virtual. Lo típico y lo atípico se entremezclan…, Posiblemente la relación laboral normal y las relaciones especiales estén condenadas a ceder ante unas estructuras contractuales flexibles que no precisen de tales distinciones.”*

En aras de afrontar estos y otros muchos desafíos, todos los países están llevando a cabo una estrategia de modernización de sus marcos normativos. En España el plan de ruta se ha trazado en el denominado como Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia del año 2021[74], en el que se ha expresado el compromiso de "apoyar a corto plazo la recuperación tras la crisis sanitaria, impulsar a medio plazo un proceso de transformación estructural, y llevar a largo plazo a un desarrollo más sostenible y resiliente desde el punto de vista económico-financiero, social, territorial y medioambiental."

Pese a lo cual, siguen siendo numerosos los colectivos que han quedado excluidos del mismo, como es el caso que nos ocupa. En nuestra opinión, la protección de las relaciones laborales de carácter especial, tras los cambios introducidos en nuestro mercado de trabajo como consecuencia de la expansión de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, de la globalización, de la expansión del e-commerce, y otras tendencias propias de la cuarta o quinta revolución industrial, debe alzarse, de nuevo, como centro del debate doctrinal.

Dentro de dichas relaciones laborales, una de las que mayores problemas interpretativos ha presentado desde su incorporación en nuestro régimen jurídico laboral, ha sido precisamente la de los representantes comerciales, tanto en su propia concepción -al haber ya indicado importantes iuslaboralistas en nuestro país desde un primer momento que su regulación podría haberse llevado a cabo por medio de la modificación de la normativa laboral ordinaria sin necesidad por tanto de su regulación independiente como relación laboral especial-, como también, por otro lado, en lo que a su propia delimitación se refiere, y es que la parquedad con la cual está redactado el Real Decreto 1438/1985 hace que hayan abundado los pronunciamientos judiciales destinados a diferenciar las figuras del representante comercial -como relación laboral especial- del agente comercial -como relación de carácter mercantil- o incluso de otras figuras afines sujetas a la normativa laboral ordinaria.

Por medio del análisis realizado, se ha profundizado en el origen y evolución jurídica de los representantes comerciales en nuestro país, evidenciando los principales pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales existentes en esta materia, así como también, los principales problemas que a lo largo de los últimos cuarenta años se han evidenciado en torno a esta figura. Todo ello, comparando la situación de partida del mercado laboral con la actual, permitiendo así al lector obtener una visión global en torno a la problemática existente en este colectivo de trabajadores.

Así, todo este recorrido ha permitido obtener una respuesta clara a la pregunta planteada al inicio de este estudio. El marco socio económico actual y el tratamiento dado por nuestro legislador a otras figuras que presentan similares rasgos, muestra que no existen razones de peso suficiente en la actualidad que permitan justificar con fundamentos teórico-jurídicos suficientes el mantenimiento de dicha relación laboral de carácter especial, pudiendo ser perfectamente cubiertas las especialidades presentes en esta materia por medio de la modificación de la normativa laboral ordinaria o, como se ha llevado a cabo en el caso del teletrabajo, mediante la promulgación de una norma específica para la misma, pero sin tener que calificar la misma como relación laboral especial.

7. BIBLIOGRAFÍA

Cairós Barreto, D. M.: *Contrato de mediación laboral y contrato de agencia mercantil: un estudio sobre el objeto del contrato de trabajo*, Tenerife, Universidad de la Laguna, 2000.

Cardenal Carro, M.: "Relaciones laborales de carácter especial", en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, VV.AA.: Goerlich Peset, J.M. (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

[74] Disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan_Recuperacion_%20Transformacion_%20Resiliencia.pdf

Fernández Orrico, F.J.: *Criterios sobre uso de dispositivos tecnológicos en el ámbito laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

García Testal, E.: "El artículo 1.3 ET: las exclusiones del ámbito de aplicación del contrato de trabajo", en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, VV.AA.: Goerlich Peset, J.M. (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

Gómez Salado, M.A.: *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: desafíos tecnológicos del siglo XXI,* Navarra*,* Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

Huertas Bartolomé, T.: *Mediación mercantil en el ordenamiento laboral*, Madrid, Tecnos, 1991.

Kahale Carrillo, D.T.: "Las nuevas tecnologías en las relaciones laborales ¿Avance o retroceso?", en *Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, núm. 25, 2006.

Lopera Castillejo, M.J.: *El contrato de trabajo especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990.

López Gandía, J.: *Las relaciones laborales especiales*, Albacete, Bomarzo, 2008, p. 63.

Marín Alonso, I.: "Las zonas grises", *en Tratado de Derecho del Trabajo*, Iustel, 2002.

Martín Valverde, A.: "Fronteras y «zonas grises» del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)", en *Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales*, núm. 38, 2002.

Mercader Uguina, J.R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

Molina Navarrete, C.: "Personas y rendimientos en la "revolución industrial 4.0" y en la «sociedad (inteligente) 5.0»: ¿hacia una «sociedad del e-trabajo» con «dos almas» (digital v. Humana)?", en VV.AA.: *De la economía digital a la sociedad del e-work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, Molina Navarrete, C. y Vallecillo Gámez, M.R. (Dirs.), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A.: "El debate europeo sobre flexiseguridad en el trabajo (reflexiones en torno al "Libro Verde" de la Comisión de las Comunidades Europeas)", en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 16, 2007.

Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M.: "Trabajo decente y retribución del trabajo" en VV.AA.: *El trabajo decente*, Monereo Pérez, J.L., Gorelli Hernández, J. y De Val Tena, A.L. (Dirs.), Granada, Comares, 2018.

Monereo Pérez, J.L. y López Vico, S.: *El teletrabajo tras la pandemia del COVID-19: Una reflexión sobre su ordenación y normalización jurídica*, Murcia, Laborum, 2022.

Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.: "Los modelos de flexibilidad empresarial y jurídico-laboral", en *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo derecho del trabajo garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, VV.AA.: Monereo Pérez, J. L., Gorelli Hernández, J. y Almendros González, M.A.(dirs.), Granada, Comares, 2022.

Monereo Pérez, J.L., "La renta mínima garantizada como medida estructural del sistema de seguridad social en la "sociedad del riesgo", en *Revista Lex Social,* Vol. 10, 2020.

Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.N., Vila Tierno,. F.: *Manual de derecho del trabajo,* Granada, Comares, 2022.

Monereo Pérez, J.L., Ojeda Avilés, A. y Gutiérrez Bengoechea, M.: *Reforma de las pensiones públicas y planes privados de pensiones,* Murcia, Laborum, 2021.

Monereo Pérez, J.L.: "El sindicalismo y el orden democrático", en *Sindicatos, trade-unions y corporaciones de Georges Renard*, Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Granada, Comares, 2014.

Monereo Pérez, J.L.: "La constitución social y su crisis", en *Pasajes: Revista de Pensamiento Contemporáneo*, núm. 13, 2004.

Monereo Pérez, J.L.: "Para una crítica de las soluciones iusliberales a la crisis económica en el derecho del trabajo", en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 20-21, 2009.

Monereo Pérez, J.L.: *Introducción al nuevo derecho del trabajo: una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

Monereo Pérez, J.L.: *La Filosofía de Gustav Radbruch: Una lectura jurídica y política*, Granada, Comares, 1999.

Monereo Pérez, J.L.: *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo,* Granada, Universidad de Granada, 1988.

Moreno Vida, M.N.: "Relaciones laborales especiales", en *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, VV.AA.: Baylos Grau, A., Florencio Thomé, C. y García Schwarz, R.,Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

Ojeda Avilés, A.: "Zonas grises, relaciones laborales especiales y modalidades de contrato", en *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral,* núm. 207, 2008.

Ortega Lozano, P.G.: "Problemas jurídico-prácticos derivados de la utilización de las TIC en materia laboral", en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 8, núm. 4, 2020.

Ortega Prieto, E.: *Representantes de comercio y agentes comerciales*, Bilbao, Deusto, 1987.

Pérez Agulla, S. y Marín Calleja, L.M.: "Mediadores mercantiles laborales delimitación conceptual (RD 1438/1985, de 1 de agosto)", en *Actualidad laboral*, núm. 6, 2008.

Ramírez Martínez, J.M., García Ortega, J. y Pérez de los Cobos Orihuel, F.: *Curso básico de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

Salas Porras, M.: "Representantes de comercio", en VV.AA.: *Curso de contratación laboral*, Kahale Carrillo, D.T. (Dir.), 2022.

Estudios de Doctrina Judicial

Laborum

nº 8 (3er Trimestre 2023)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Régimen de disfrute de permisos retribuidos: nuevo pronunciamiento sobre el cómputo de días. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Social) de 7 de junio de 2023 (Rec. núm. 280/2021)

Paid leave regime: new pronouncement on the calculation of days. Comment on the Judgment of the TS (Social) of June 7, 2023 (Rec. Nº. 280/2021)

Francisca Fernández Prol
Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo
https://orcid.org/0000-0003-4668-4017

Cita Sugerida: FERNÁNDEZ PROL, F. «Régimen de disfrute de permisos retribuidos: nuevo pronunciamiento sobre el cómputo de días. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Social) de 7 de junio de 2023 (Rec. núm. 280/2021)». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 8 (2023): 117-128.

Resumen

La sentencia seleccionada -del Tribunal Supremo, de 7 de junio de 2023- procede a la aplicación de la jurisprudencia del Alto Tribunal en materia de permisos retribuidos. En esta, se fija el *dies a quo* o momento inicial de disfrute de los mismos, y se identifican los días objeto de cómputo. La resolución compendia y expone de modo sumamente didáctico las reglas que, conforme a la interpretación de los Tribunales y a falta de previsión legal, deben regir el disfrute, en términos temporales, de los citados permisos, ya sean legales o convencionales.

Al hilo del comentario de esta nueva resolución del Tribunal Supremo en la materia, son objeto de análisis las sentencias clave que, desde el año 2018, han conformado la jurisprudencia hoy vigente.

Palabras clave

Permisos retribuidos; cómputo de días; *dies a quo*; inclusión de días de trabajo efectivo.

Abstract

The selected sentence, of the Supreme Court, of June 7, 2023, proceeds to the practical application of the jurisprudence in matters of paid leave. In it, the *dies a quo* or initial moment of enjoyment of the same is set, as well as the days object of the computation. The sentence synthesizes and exposes in a highly didactic way the rules that, according to the interpretation of the Courts and in the absence of legal provision, should govern the enjoyment, in temporary terms, of the paid leave (legal paid leave or provided for in collective agreements).

Within the framework of the commentary on this new Supreme Court resolution on the matter, the key judgments that, since 2018, have shaped the jurisprudence currently in force are the object of analysis.

Keywords

Paid time off; count of days; *dies a quo*; inclusion of working days.

1. INTRODUCCIÓN: ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS EN MATERIA DE TIEMPO DE TRABAJO

La delimitación del tiempo de trabajo -y, correlativamente, de descanso o atención de otras obligaciones personales, familiares o de carácter público- conforma una cuestión nuclear, con implicaciones múltiples y de calado muy notable. Así, en términos económicos -quien trabaja más, trabajo por menos-, de prevención de riesgos laborales o de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, resultando, pues, involucrados varios derechos fundamentales -señaladamente, a la integridad física o a la igualdad entre hombres y mujeres y no discriminación por razón de sexo-. La temática, por lo demás, es particularmente densa y compleja: han de manejarse tiempos de trabajo

Fecha Recepción: 28/07/2023 - Fecha Revisión: 05/09/2023 - Fecha Aceptación: 05/09/2022
Págs. 117-128

-y, consecuentemente, de descanso- diarios, semanales o anuales, así como herramientas de exención puntual de la prestación de servicios, vinculadas a la concurrencia y justificación de hechos causantes predeterminados por el legislador o la negociación colectiva. Estas últimas precisamente -permisos retribuidos o, conforme a la dicción legal (art. 37.3 ET)[1], ausencias con derecho a remuneración- conforman el objeto de la resolución seleccionada: la STS de 7 de junio de 2023 (rec. 280/2021)[2], por la que el Alto Tribunal precisa el alcance, en términos temporales, de las citadas prerrogativas legales y convencionales.

Si bien la STS de 7 de junio de 2023 no resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina -sino un recurso de casación ordinario- ostenta una singular virtud: aglutina la jurisprudencia interna en los últimos meses vertida en la materia -*ex* SSTS de 18 de octubre y 20 de diciembre de 2022 (rec. 139/2020[3] y 104/2021[4], respectivamente), así como de 25 de enero de 2023 (rec. 124/2021)[5]-, a su vez sustentada en el pronunciamiento del TJUE sobre el particular -la STJUE de 4 de junio de 2020 (FETICO y otros, C-588/18)[6]-. En dicho contexto judicial, así mismo objeto de numerosos estudios doctrinales, la resolución seleccionada presentada, pues, un notable valor didáctico.

2. UN APUNTE TEÓRICO SOBRE EL OBJETO DE ESTUDIO: LOS PERMISOS RETRIBUIDOS

Siendo el de trabajo, un contrato de tracto sucesivo, ideado, pues, para prolongarse en el tiempo, el ET contempla instrumentos dirigidos, en determinados supuestos, a facilitar a la persona trabajadora el cese temporal de la prestación de servicios. Y ello bien por concurrir circunstancias propiamente impeditivas -una enfermedad o un accidente temporalmente incapacitante-, bien por incurrir la persona trabajadora en situaciones, a menudo vinculadas a circunstancias personales o familiares o al ejercicio de derechos públicos o sindicales, cuya atención resulta incompatible con la actividad. Lo que, jurídicamente, se ha articulado vía suspensión del contrato de trabajo o figuras afines -por ejemplo, excedencias *ex* art. 46 ET-, así como mediante el recurso a los permisos retribuidos[7].

Estos últimos, que, en nuestro ordenamiento jurídico, conforman herramientas tradicionales -aún sujetas, como se verá, a frecuentes reformas modernizadoras-, se hallan sujetos a un régimen, *ex* art. 37.3 ET, en apariencia muy sencillo. Así, para la exoneración del trabajo con derecho a remuneración, es precisa, en primer término, la concurrencia de la causa habilitante, correspondiendo a continuación a la persona trabajadora preavisar y justificar el permiso. Así, hoy por hoy, tras la reforma operada por RD-ley 5/2023, son causas legales para "ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración",

[1] Precepto, como es sabido, objeto de una muy reciente reforma por RD-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

[2] ECLI:ES:TS:2023:2624.

[3] ECLI:ES:TS:2022:3826.

[4] ECLI:ES:TS:2022:4901.

[5] ECLI:ES:TS:2023:545.

[6] ECLI:EU:C:2020:420.

[7] Sobre estos, de manera exhaustiva, Sánchez Trigueros, C.: Los permisos retribuidos del trabajador (régimen jurídico de las interrupciones no periódicas, preavisadas y justificadas del contrato de trabajo), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 1999; Rodríguez Escanciano, S.: Los permisos parentales: avances y retrocesos tras las últimas reformas, Albacete, Bomarzo, 2013; Blasco Jóver, C.: Tiempo de trabajo y permisos del trabajador por motivos profesionales y sindicales, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013; Rodríguez Pastor, G. E.: Tiempo de trabajo, descansos y permisos retribuidos: actualizado a la última jurisprudencia del TJUE y del TS y a la doctrina judicial de los TSJ, Madrid, Wolters Kluwer, 2022.

durante el número de días en cada supuesto indicado, las siguientes: el matrimonio *o el registro de la pareja de hecho*; el accidente o la enfermedad graves, la hospitalización o la intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario del cónyuge, *pareja de hecho* o parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, *incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho*, así como *de cualquier otra persona distinta de las anteriores, que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio* y que requiera el cuidado efectivo de aquella; el fallecimiento del cónyuge, *pareja de hecho* o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; el traslado del domicilio habitual; el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo; el desempeño de funciones sindicales o de representación del personal; la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto y, en los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, siempre que, en todos los casos, deban tener lugar dentro de la jornada de trabajo[8]. La regulación, pues, es eminentemente parca. No precisa el método de cálculo de la retribución generada -no incluye ni excluye, expresamente, concepto alguno-, ni el plazo o forma de preaviso y justificación, ni el carácter hábil o natural de los días de permiso reconocidos. Y no prevé, así mismo, regla alguna para solventar solapamientos, parciales o totales, con otros permisos o con días de descanso, festivos o vacaciones.

Además, el art. 37.3 ET conforma, según reiterada jurisprudencia, una regla de derecho necesario relativo[9], susceptible, por consiguiente, de "mejora pero no de empeoramiento -en ambos casos desde el punto de vista de la persona trabajadora- vía convenio colectivo o contrato individual de trabajo", que, pueden, por tanto, establecer, por ejemplo, nuevas causas de permisos o la ampliación, en términos temporales, de los contemplados legalmente. Y ello añade, así mismo, notables complejidades: la articulación entre ley y convenio colectivo, en efecto, a menudo resulta difícil, señaladamente al reformarse la primera[10].

Destacados aspectos de los permisos retribuidos han sido, por tanto, objeto de intensos debates judiciales, a menudo en instancias inferiores, al dificultar el casuismo de la temática la formulación de recursos de casación para la unificación de doctrina[11]. Así en lo relativo a los conceptos retributivos a preservar al tiempo del disfrute del premiso: sobre el particular, los Tribunales protagonizaron, como se recordará, una destacada evolución, desde una interpretación omnicomprensiva del "derecho a remuneración" referido por el art. 37.3 ET a otra, en cambio, más proclive a disquisiciones, habida cuenta lo señalado por el convenio colectivo de aplicación, la naturaleza del complemento salarial

[8] Han sido destacadas en cursiva las causas habilitantes introducidas por RD-ley 5/2003.

[9] Entre otras, SSTS de 5 de marzo de 2012 (rec. 57/2011, ECLI:ES:TS:2012:1819), de 13 de febrero de 2018 (rec. 266/2016, ECLI:ES:TS:2018:745) y de 29 de septiembre de 2020 (rec. 244/2018, ECLI:ES:TS:2020:3167), señalando expresamente esta última que "la regulación que llevan a cabo los convenios colectivos no puede ser sino una mejora del régimen de descansos, fiestas y permisos que establece el art. 37.3 ET" (Fund. Jº 2º).

[10] Así, por ejemplo, al eliminarse por RD-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, el permiso legal por nacimiento de dos días. En la materia, como es sabido, según jurisprudencia ya consolidada –SSTS de 27 de enero de 2021 (rec. 188/2019, ECLI:ES:TS:2021:326), 26 de enero de 2022 (rec. 100/2020, ECLI:ES:TS:2022:367), 5 de abril de 2022 (rec. 46/2020, ECLI:ES:TS:2022:1450), 1 de junio de 2022 (rec. 88/2020, ECLI:ES:TS:2022:2450) y 25 de enero de 2023 (rec. 124/2020, ECLI:ES:TS:2023:545)-, "esta clase de mejoras convencionales del régimen anteriormente previsto para el permiso de paternidad [en el supuesto, un permiso por nacimiento de tres días naturales a disfrutar inmediatamente después del nacimiento] quedaba indisociablemente vinculada a la propia vigencia y existencia del derecho sobre el que dicha mejora versa, de tal manera que una vez desaparecido tal derecho no cabe admitir la pervivencia autónoma y separada de aquella mejora". Sobre ello, puede consultarse: Palomino Saurina, P., "Incompatibilidad entre el permiso por nacimiento de un hijo y la suspensión del contrato por nacimiento (comentario de la STS de 27 de enero de 2021, rec. 188/2019)", Diario La Ley, núm. 9817, 2022.

[11] Destacando, así mismo, dicha circunstancias, vid. Martínez Yáñez, N.: "Los permisos retribuidos tras un periodo de turbulencias judiciales", en Labos, Vol. 1, núm. 3, 2020, p. 89.

correspondiente -en el caso de vincularse este al trabajo o condiciones laborales efectivamente prestados[12]- y, más recientemente, el eventual impacto de género del permiso de que se trate -de modo que, de apreciarse disfrute preponderantemente femenino del mismo, la detracción de conceptos retributivos debe descartarse por discriminatoria (indirectamente) por razón de sexo-[13].

Y también han suscitado controversia los posibles usos a los que se destinen los días en que la persona trabajadora resulta exonerada del trabajo, en principio predeterminados por la causa alegada[14], requiriéndose, pues, cierta inmediatez entre su actualización y el momento del ejercicio del derecho y consiguiente *dies a quo* del permiso[15]. Incluso, la apreciación de la causa misma, como elemento determinante del disfrute del permiso o de su continuidad, suscita, en ocasiones, dudas: así, al actualizarse aquélla en un periodo en que no se prestan servicios.

Y es que la simultánea concurrencia o solapamiento de los permisos analizados con periodos de no trabajo -suspensiones contractuales, excedencias, descansos semanales, vacaciones, otros permisos y licencias o, en el marco de contrataciones atípicas (por ejemplo, a tiempo parcial), días en que no se prestan servicios- ha generado numerosas dudas. Y ello tanto en el caso de total simultaneidad de la interrupción previa y del permiso -quedando este del todo subsumido en la primera-, como en el supuesto de solapamiento parcial -al finalizar el cese antes del transcurso de los días de permiso-. En ambos casos, en efecto, ha de determinarse si, al tiempo de la interrupción previa, el permiso puede desplegar efectos o si estos han de posponerse al momento de finalización de aquella, articulándose, pues, sucesivamente periodos de no trabajo y permisos.

3. PRECEDENTES JUDICIALES EN TORNO AL SOLAPAMIENTO: EN EL MARCO EUROPEO Y EN EL ÁMBITO INTERNO

La cuestión fue objeto de análisis por el TJUE, que, en el marco de la ya citada sentencia de 4 de junio de 2020[16], abordó el solapamiento de permisos con vacaciones y descansos semanales, toda vez que estos últimos, como es sabido, han sido objeto de regulación por el Derecho de la UE *ex* arts. 5 y 7 de la Directiva 2003/88/CE[17]. Así, descarta el Tribunal europeo la extrapolación a la cuestión controvertida de la jurisprudencia determinante de la prohibición de concurrencia simultánea

[12] Así, a propósito del complemento de nocturnidad, vid STS de 18 de marzo de 2019 (rec. 98/2007, ECLI:ES:TS:2009:1738), así como, con anterioridad, STS de 15 de septiembre de 1995 (rec. 1997/1994, ECLI:ES:TS:1995:4560).

[13] STS de 3 de diciembre de 2019 (rec. 141/2019, ECLI:ES:TS:2019:4284).

[14] STS de 21 de septiembre de 2010 (rec. 84/2009, ECLI:ES:TS:2010:5366), aún con precisión variable en función del permiso de que se trate, más estricta en el caso de permisos "por el tiempo indispensable" para el cumplimiento de deberes inexcusables de carácter público y personal o para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, así como para la asistencia a las sesiones de información y preparación y para la realización de informes preceptivos en los casos de adopción, guarda o acogimiento –supuestos de las letras d) y f)-, y, en cambio, mucha más laxa en otros supuestos, singularmente en el caso del permiso por matrimonio o registro de pareja de hecho –letra a)-.

[15] Así mismo, también este varía en función del permiso de que se trate, admitiéndose interpretaciones flexibles en el caso de causas que perduren en el tiempo, por ejemplo, el accidente o enfermedad graves, la hospitalización o la intervención quirúrgica sin hospitalización, pudiendo solicitarse y disfrutarse el permiso transcurrido un tiempo desde el acaecimiento del hecho causante.

[16] Sobre esta, puede consultarse, entre otros, Dans Álvarez De Sotomayor, L.: "Sobre el cómputo de los días de los permisos retribuidos y su posible coincidencia con periodos de descanso o de vacaciones del trabajador (a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2020, FETICO, Asunto C-588/18), en VV.AA.: Estudios sobre la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2022, p. 275 y siguientes; Vicente Andrés, R.: "El derecho a las vacaciones anuales y los permisos retribuidos, análisis de la STJUE de 4 de junio de 2020 (C-588/18)", en Unión Europea Aranzadi, núm. 4, 2021.

[17] 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.

de vacaciones y permiso por maternidad, ambos contemplados por el Derecho de la UE[18], por resultar involucrados en este caso, en cambio, permisos retribuidos fruto del ejercicio por un Estado miembro de competencias exclusivas, no contemplados, por tanto, por la citada Directiva de tiempo de trabajo.

Con todo, el TJUE rechaza, así mismo, la doctrina sentada al hilo de la superposición de periodos vacacionales y suspensiones por incapacidad temporal[19] -así mismo, como es obvio, extramuros de la Directiva 2003/88/CE-, atendiendo, para ello, a un elemento nuclear del permiso retribuido, cuál es su efecto exonerador de la prestación de servicios, cuya concurrencia correlativamente se estima, pues, obligada. De modo que, "en la medida en que únicamente tienen por objeto permitir a los trabajadores ausentarse del trabajo para atender a ciertas necesidades u obligaciones determinadas que requieren de su asistencia personal, los permisos retribuidos (…) están indisociablemente ligados al tiempo de trabajo como tal, de modo que los trabajadores no pueden reclamarlos en períodos de descanso semanal o de vacaciones anuales retribuidas. Por lo tanto, estos permisos retribuidos no son asimilables a la baja por enfermedad"[20]. Así, pues, a juicio del TJUE, los arts. 5 y 7 de esta Directiva "no obligan a un Estado miembro cuya normativa nacional contempla el disfrute de permisos retribuidos a concederlos por el mero hecho de que alguno de los acontecimientos contemplados en esta normativa acaezca en alguno de estos períodos, (…) haciendo caso omiso de los demás requisitos de obtención y concesión establecidos por dicha normativa"[21]. Los preceptos citados, en definitiva, "deben interpretarse en el sentido de que no se aplican a una normativa nacional que no permite a los trabajadores reclamar el disfrute de los permisos retribuidos (…) cuando las necesidades y obligaciones para las que están previstos (…) se produzcan durante los períodos de descanso semanal o de vacaciones anuales retribuidas". Esto es, la cuestión es de Derecho interno, no de la UE.

En el ámbito interno, los Tribunales se han pronunciado, con frecuencia variable, sobre diferentes cuestiones. De manera más aislada, respecto de la interacción entre permisos retribuidos y suspensiones contractuales: en la materia, tempranamente, alguna resolución reconoció el derecho a posponer el disfrute de un permiso por matrimonio concurrente con una suspensión por maternidad, construcción que se aseveró difícilmente extensible a otros permisos -por ejemplo, por fallecimiento o accidente-, al contrario que el de matrimonio, más estrechamente vinculados al hecho causante de que se trate, así como a otras suspensiones -respecto de las que no quepa alegar, conforme al principio de no discriminación por razón de género, la prohibición de vinculación de efectos negativos o perjudiciales a su disfrute, en que se fundamentó, en gran media, la conclusión alcanzada-[22].

Más frecuentemente, ha sido objeto de atención el solapamiento de los permisos retribuidos con vacaciones, generando una doctrina judicial muy variada habida cuenta el casuismo propio de la temática -al atender a la tipología de permisos concurrentes o a la fecha, más o menos próxima al final del periodo vacacional, en que se actualiza la causa determinante-. Ya en 2020, con todo -sin perjuicio de algún precedente aislado-[23], el TS ha acuñado una doctrina en gran medida sustentada en la

[18] A cuyo tenor (STJCE de 18 de marzo de 2004, asunto C-342/2001, Merino Gómez, ECLI: EU:C:2004:160; STJUE de 4 de octubre de 2018, Asunto C-12/2017, Dicu, ECLI: EU:C:2018:799), como recuerda –apartado 40-, "se desprende que un permiso garantizado por el Derecho de la Unión no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado por ese mismo Derecho con distinta finalidad que el primero".

[19] SSTJUE de 20 de enero de 2009, Schultz-Hoff y otros, asuntos C-350/06 y C-520/06, ECLI: EU:C:2009:18; de 21 de junio de 2012, ANGED, asunto C-78/11, ECLI: EU:C:2012:372; y de 30 de junio de 2016, Sobczyszyn, asunto C-178/15, ECLI: EU:C:2016:502.

[20] Apartado 36 de la STJUE de 4 de junio de 2020.

[21] Apartado 38 de la STJUE de 4 de junio de 2020.

[22] En la materia, con análisis de la singular STSJ de Andalucía de 22 de febrero de 2008 (rec. 4402/2006, ECLI:ES:TSJAND:2008:12921), Martínez Yáñez, N.: "Los permisos retribuidos tras un periodo de turbulencias judiciales"…, op. cit., p. 99 y 100.

[23] SSTS de 11 de marzo de 2020 (rec. 192/2008, ECLI:ES:TS:2020:1389) y de 17 de marzo de 2020 (rec. 193/2018, ECLI:ES:TS:2020:1181), así como, previamente, STS de 13 de febrero de 2018 (rec. 266/2016,

configuración del derecho de las personas trabajadoras "a ausentarse del trabajo" en elemento nuclear de los permisos retribuidos: así, conforme a aquella, "el disfrute del permiso -entendido como derecho a ausentarse del trabajo con derecho a retribución- sólo tiene sentido cuando el hecho causante sucede en tiempo de trabajo, pues si el hecho causante sucediera en un momento diferente (bien porque el contrato estuviera suspendido o porque se estuviera disfrutando del derecho de vacaciones) no tendría sentido la `ausencia del trabajo', y mucho menos diferir el permiso para un momento posterior en el que se hubiera reanudado la prestación laboral"[24]. Así, sin perjuicio de posibles mejoras en el ámbito negocial, no cabe, conforme a dicha interpretación restrictiva, interrumpir las vacaciones para disfrutar permisos retribuidos "intercalados", ni tampoco posponer el disfrute de estos a la fecha en que se hubiese reanudado la prestación de servicios.

Otra cuestión, aún más profusamente abordada en sede judicial, es la relativa a la incidencia de periodos de no trabajo más cortos todavía, señaladamente festivos y descansos semanales. Producido el hecho causante precisamente en dichos días de no trabajo, toda vez que se no se vulnera el principio de inmediatez -al transcurrir escaso tiempo entre aquel y el inicio del permiso-, el debate versa precisamente sobre la fijación de la fecha de dicho comienzo o *dies a quo*. Caben, en efecto, dos soluciones alternativas, con impacto en la ordenación del tiempo de trabajo de las personas trabajadoras y también, para los empresarios, en términos económicos: bien el cómputo se inicia, conforme a la regla general en la materia, el mismo día en que se actualiza la causa o al día siguiente, aun cuando estos no sean de trabajo; o bien el cómputo se difiere al primer día laborable tras el hecho causante. Mientras en el primer supuesto, el permiso se subsume parcialmente en la interrupción previa, con el correlativo recorte de días de aquél. En el segundo, en cambio, el número de días de permiso se mantiene inalterado. Esta última solución, "siempre que no estemos ante una interrupción significativa del contrato de trabajo", es la retenida por el TS, que argumenta, en esencia, lo siguiente: puesto que los permisos se conceden para ausentarse del trabajo en día laborable, de producirse la causa en día no laborable, no puede iniciarse el permiso, que, por consiguiente, sólo puede materializarse -generando el correlativo *dies a quo*- el primer día laborable posterior a la actualización del factor determinante; lo que, por otro lado, permite salvaguardar la duración de los permisos en los términos señalados legalmente[25]. La negociación colectiva, a su vez, ha de preservar tal resultado -la inmunidad temporal del permiso regulado por el ET-, pues conforma derecho mínimo necesario relativo. Esto es, los convenios colectivos pueden ciertamente fijar otro *dies a quo*, pero tal posibilidad queda circunscrita a dos supuestos: bien a la regulación de permisos distintos a los previstos legalmente -al conformar, *per se*, mejoras convencionales-; bien, tratándose de regulaciones convencionales de los permisos legales, garantizando, al menos, la duración de estos.

ECLI:ES:TS:2018:745). Sobre dichas resoluciones, puede consultarse, Sánchez Trigueros, C.: "¿Puede posponerse el disfrute de los permisos por razones familiares al momento en que se debería trabajar? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 145/2018, de 13 de febrero", en Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, núm. 424, 2015, p. 135 y siguientes; García Quiñones, J. C.: "A vueltas con las cuestiones controvertidas sobre el cómputo de los permisos retribuidos (fijación del 'dies a quo' y contabilización en días laborales o naturales): silencio legal y respuesta jurisdiccional", en Derecho de las Relaciones Laborales, núm. 10, 2020, p. 1333 y siguientes; Lahera Forteza, J.: "Ejercicio y cómputo de los permisos retribuidos. Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo 229/2020 y 257/2020, de 11 y 17 de marzo", en Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, núm. 448, 2020, p. 169 y siguientes.

[24] STS de 11 de marzo de 2020 (rec. 192/2008, ECLI:ES:TS:2020:1389), Fund. J. 2º).

[25] STS de 11 de marzo de 2020 (rec. 192/2008, ECLI:ES:TS:2020:1389): "cuando el hecho causante se produce en día laborable, ese es el día inicial del permiso; sobre esto no hay discusión entre las partes; sin embargo, cuando el hecho causante sucede en un día no laborable -festivo o día establecido como no laborable en el calendario laboral- la finalidad y la propia esencia del permiso fuerzan a que tenga que iniciarse al siguiente día laborable inmediato, pues como ya reseñamos en nuestra STS de 13 de febrero de 2018, citada, por lo que se refiere al día inicial de disfrute de los permisos que aquí nos ocupan debe entenderse que como el convenio habla de "ausentarse del trabajo con derecho a retribución" el día inicial del disfrute de estos permisos no puede ser un día feriado, sino el primer día laborable que le siga a aquél en que se produjo el hecho que da derecho al permiso" (Fund. J. 3º).

En cuanto al cómputo de los días de permiso una vez fijado y generado el *dies a quo*, han de destacarse las siguientes precisiones efectuadas por el TS, de nuevo en las mencionadas resoluciones de 2020, confirmando, por cierto, el giro jurisprudencial operado en la materia por STS de 13 de febrero de 2018[26]. En primer término, el cómputo de días naturales exclusivamente cuando así lo señale el precepto legal: lo que sólo sucede en el supuesto de la letra a) del art. 37.3 ET, que expresamente refiere "quince días *naturales* en caso de matrimonio o registro de pareja de hecho"[27]. En segundo lugar, a falta de especificación, conforme a la argumentación ya glosada en materia de *dies a quo*, puesto que "el permiso sólo tiene sentido si se proyecta sobre un período de tiempo en el que existe obligación de trabajar, (…) lo normal es que los permisos se refieran a días laborables, salvo previsión normativa en contrario"[28]. A salvo en el caso del permiso por matrimonio o parejas de hecho, por tanto, los días de permiso son laborables, de modo que, si durante su transcurso quedan comprendidos días no laborables, ha de suspenderse el cómputo y reanudarse, a posteriori, el siguiente día laborable. Una solución que, siguiendo al Tribunal, debe así mismo extrapolarse a los permisos convencionales: esto es, a falta de precisión en el convenio colectivo, los días deben entenderse laborables. Y si bien los negociadores pueden indicar que los días de permiso son naturales, ello en ningún caso puede comportar un recorte respecto de los derechos de ausencia reconocidos legalmente.

Ya más recientemente, en los últimos meses de 2022 y principios de 2023, el Alto Tribunal de nuevo se ha pronunciado sobre estas mismas cuestiones, en sentencias -de 18 de octubre (rec. 139/2020)[29] y de 20 de diciembre de 2022 (rec. 104/2021)[30], así como de 25 de enero de 2023 (rec. 124/2021)[31]-, que, como se verá, sustentan en gran medida la argumentación conducente al Fallo objeto de comentario.

4. DATOS CLAVE: HECHOS PROBADOS Y CUESTIONES PROCESALES

La STS seleccionada, de 7 de junio de 2023, de la que ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Molíns García-Atance, resuelve el recurso de casación -ordinario- interpuesto contra la dictada por la AN, de 17 de junio de 2021 (procedimiento 455/2020)[32]. Esta última, a su vez, resuelve la demanda de conflicto colectivo formulada por el Sector Federal Ferroviario de la Confederación General del Trabajo (SFF-CGT) -a la que se adhirieron la Federación de Servicios a la Ciudadanía - Sector Ferroviario de Comisiones Obreras (CCOO), la Federación de Servicios Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (UGT), el Sindicato de Circulación Ferroviario (SCF) y el Sindicato Ferroviario Intersindical (SFI)- contra Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) y Administrador de Infraestructuras Ferroviarias Alta Velocidad (ADIF-Alta Velocidad).

Como bien expresa el Alto Tribunal, al resolver la excepción de inadecuación de procedimiento formulada por las partes recurridas, el conflicto colectivo planteado es jurídico, no de intereses, al versar sobre la interpretación de una norma: la Cláusula 11ª del II Convenio Colectivo de las entidades públicas empresariales Administrador de Infraestructuras Ferroviarias y Administrador de Infraestructuras Ferroviarias de Alta Velocidad[33], cuyo objeto es "clarificar el art. 259 de la Normativa

[26] Rec. 266/2016, ECLI:ES:TS:2018:745.

[27] La STS de 17 de marzo de 2020 (rec. 193/2018, ECLI:ES:TS:2020:1181), expresamente indica que tal art. 37.3.a) ET "solo significa que, en el cómputo de tales quince días, una vez iniciado su devengo, no pueden excluirse los que no sean laborables para el trabajador".

[28] De nuevo, STS de 11 de marzo de 2020 (rec. 192/2008, ECLI:ES:TS:2020:1389), Fund. J. 4º.

[29] ECLI:ES:TS:2022:3826. En el marco de dicho procedimiento, precisamente, se presentó Cuestión Prejudicial resuelta por STJUE de 4 de junio de 2020 (FETICO y otros, C-588/18, ECLI:EU:C:2020:420).

[30] ECLI:ES:TS:2022:4901.

[31] ECLI:ES:TS:2023:545.

[32] ECLI:ES:AN:2021:2748.

[33] Objeto de registro y publicación por Resolución de 4 de julio de 2019, de la Dirección General de Trabajo (BOE de 16 julio de 2019).

Laboral [de RENFE], relativo a licencias retribuidas", por el que, a su vez, se procede al desarrollo del art. 257 de esta última.

Es preciso, pues, glosar, siquiera someramente, los preceptos referidos. El citado art. 257, en primer término, enumera aquellos supuestos o circunstancias en que "el personal de Renfe tendrá derecho a licencia con sueldo" -matrimonio; fallecimiento y enfermedad grave u hospitalización del cónyuge, pareja de hecho y determinados familiares; nacimiento de hijos; presentación a exámenes conducentes a la obtención de un título profesional; cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal; así como asuntos propios sin justificar-. Y para cada una de dichas circunstancias, el art. 259 indica la correspondiente "duración de las licencias por motivos familiares"[34]. Finalmente, la Cláusula 11ª del II Convenio Colectivo de ADIF y ADIF-AV indica: "Licencias. Al objeto de clarificar el artículo 259 de la Normativa Laboral relativo a licencias retribuidas, éste se modifica en los términos y condiciones que se establecen en el presente apartado:

a) Muerte del cónyuge o pareja de hecho, y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

b) Enfermedad grave u hospitalización del cónyuge o pareja de hecho, y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Este supuesto incluye la hospitalización por parto en supuestos distintos al nacimiento de un hijo.

c) Intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario del cónyuge o pareja de hecho, y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

d) Nacimiento de hijos o adopción.

e) Nacimiento de hijos en caso de surgir complicaciones en el parto.

f) (…) En las licencias correspondientes a los apartados a), c), d) y e) en los que el hecho causante coincida al trabajador afectado con alguna de las siguientes situaciones: en día de descanso, en festivo no trabajado, o día no laborable (excepto vacaciones), el cómputo de la duración de la licencia concedida, comenzará el primer día previsto de trabajo posterior al citado hecho causante".

En instancia, la parte actora persigue la declaración del derecho de los trabajadores afectados por el conflicto a que los días de licencia retribuida regulados en los citados apartados a, b), c), d) y e)

[34] "La duración de las licencias por motivos familiares será, según los casos, la siguiente:
a) Tratándose de muerte del cónyuge o miembro de pareja de hecho, padres o hijos, la licencia será de tres días, y si el fallecimiento ocurriera fuera de la residencia del trabajador será de seis días. Si se trata de defunción de abuelos, nietos, hermanos, padres políticos, hermanos políticos, hijastros e hijos políticos, la licencia será de dos días, y de cuatro, ampliable a cinco si fuera preciso, cuando la defunción ocurra fuera de la residencia del trabajador. En ambos casos, aun puede prorrogarse la licencia por tres días más, atendidas la distancia y demás circunstancias.
b) Cuando el motivo de la licencia sea por enfermedad grave u hospitalización del cónyuge o miembro de pareja de hecho, así como de los padres, hijos, nietos, hermanos e hijos políticos, tanto propios como del cónyuge o pareja de hecho, se concederán de dos a tres días de licencia con sueldo, si el enfermo vive en la misma residencia que el trabajador, atendida la índole de la enfermedad y la protección o cuidados que éste pueda prestar. De residir el enfermo en distinta residencia que el trabajador, la licencia será de cuatro días, prorrogables hasta cuatro más, habida cuenta de los desplazamientos necesarios.
c) La licencia por nacimiento de hijo será de dos días. De surgir en el parto complicaciones, se graduará la duración como en los casos de enfermedad grave u hospitalización del cónyuge o pareja de hecho. Si el nacimiento se produjera accidentalmente fuera de la residencia del trabajador, esta licencia será de cuatro días, prorrogables hasta cuatro más, según los desplazamientos a realizar y demás circunstancias (…)".

de la Cláusula 11ª del II Convenio Colectivo de ADIF y ADIF-AV "sean todos días de trabajo efectivo laborables (…), esto es, excluyendo de su cómputo los días de descanso, festivos no trabajados o días no laborables (excepto vacaciones)". Pretensión que es estimada en su integridad por SAN de 17 de junio de 2021, condenando a las empresas demandadas a estar y pasar por la anterior declaración a todos los efectos.

Al margen la postulación de revisión de hechos probados -a la que no atiende, por cierto, el TS[35]-, el recurso de casación se sustenta en la infracción de las siguientes normas jurídicas: en primer término, como ya se adelantó, el art. 153.1 LRJS, al alegar las recurrentes que los actores no pretenden interpretar una norma, sino crearla, concurriendo pues excepción de inadecuación de procedimiento; en segundo lugar, la Cláusula 11ª del II Convenio Colectivo de ADIF y ADIF-AV, en relación con la normativa laboral de RENFE, al argumentar que aquel "tiene implícito el criterio consistente en que esos permisos deben iniciarse el primer día laborable pero no deben disfrutarse en días de trabajo efectivos".

La controversia versa, pues, sobre el régimen de disfrute de los permisos retribuidos ya iniciados o cuyo *dies a quo* ya se ha producido -siendo, pues, incontrovertido- y, de modo más preciso sobre su proyección temporal, bien sobre días naturales, bien sobre días laborables exclusivamente. Así, mientras las organizaciones sindicales actoras postulan el cómputo de días de trabajo efectivo exclusivamente, las empleadoras demandadas y, posteriormente, recurrentes, discrepan de dicha interpretación. Lo que conforma, según se ha adelantado, una controversia interpretativa y, por consiguiente, de índole jurídica, adecuadamente articulada a través del proceso conflicto. No se trata, pues, como arguyen las empresas, de una pretensión dirigida a la "creación de una norma nueva", sino a la interpretación de una regla convencional preexistente. La Sala, por tanto, al igual que en la precedente sentencia de 25 de enero de 2023 (rec. 124/2021)[36] relativa a un asunto con notables similitudes con el analizado, concluye la inadmisión de la excepción de inadecuación de procedimiento.

5. LA RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO

5.1. Fundamentación jurídica: el asunto FETICO y la "consolidada doctrina jurisprudencial sobre el disfrute de los permisos retribuidos"

La resolución analizada parte de la jurisprudencia, europea e interna, en la materia. De la primera -ya objeto de un breve análisis en páginas precedentes-, destaca la siguiente configuración conceptual efectuada en el marco del Asunto FETICO, a la que atiende, a su entender, la doctrina del TS: el disfrute de permisos retribuidos "está sujeto a dos requisitos acumulativos: el acaecimiento de alguno de los acontecimientos contemplados en dicha normativa [el convenio], por un lado, y el hecho de que las necesidades y obligaciones que justifican la concesión de un permiso retribuido acaezcan durante un periodo de trabajo, por otro lado". Este último, en particular, ostenta singular relevancia, al

[35] Y ello con base en consolidada doctrina jurisprudencial: al pretender la revisión postulada adicionar parte del II Convenio Colectivo de ADIF y ADIF-AV, el Alto Tribunal recuerda que los convenios colectivos publicados en boletines oficiales carecen de eficacia revisora casacional. Pues, siendo "aplicable el principio iura novit curia (el tribunal conoce el derecho) (…) no es cuestión de hecho el texto del convenio, el cual no debe incluirse en los hechos probados de la sentencia". Esto es, conforme recuerdan, entre otras, las SSTS de 15 de junio de 2021 (rec. 85/2019, ECLI:ES:TS:2021:2480) y de 19 de enero de 2022 (rec. 82/2021, ECLI:ES:TS:2022:228), "el contenido de una norma publicada en el boletín oficial está exento de prueba por ser dato conocido por el órgano judicial, de modo que puede la sala razonar sobre él sin necesidad de incorporarlo al relato".

[36] ECLI:ES:TS:2023:545. Ya entonces el TS señaló que la solicitud de una determinada y concreta interpretación de normas convencionales –cuya conformidad a Derecho no se cuestiona- no conforma un conflicto de intereses, sino jurídico.

desprenderse del mismo la necesaria conexión del permiso con el periodo de trabajo, determinando, como se verá, su vinculación, con carácter general, a días laborables.

De la segunda -de la jurisprudencia interna, identificada con lo señalado en las ya citadas SSTS de 18 de octubre[37] y 20 de diciembre de 2022 y, singularmente, de 25 de enero de 2023-, el Alto Tribunal subraya la distinción entre permisos retribuidos regulados en el ET y permisos retribuidos convencionales, según destaca sujetos a regímenes jurídicos diferenciados.

En cuanto a los permisos retribuidos legales, merece destacarse la siguiente doctrina en cuanto al *dies a quo* y a la naturaleza jurídica -natural o laborable- de los días comprendidos en la licencia[38], basada, respecto de ambas cuestiones, en lo dispuesto por el art. 37.3 ET. Norma que, al regular el descanso semanal, las fiestas y los permisos, dispone que "el trabajador (…) podrá ausentarse del trabajo con derecho a remuneración", "en términos que evidencian [a su entender] que el permiso se da para ausentarse del trabajo en día laborable". Lo que determina las siguientes conclusiones, como se ha adelantado, respecto de la fecha de inicio del permiso y, así mismo, de la tipología de días comprendidos en el mismo.

Así, respecto al *dies a quo*, de manera sumamente didáctica (inclusive en la forma), el TS indica: "a) si el hecho causante se produce en día laborable, ese es el día inicial del permiso; b) cuando el hecho causante sucede en un día no laborable, la finalidad del permiso obliga a que tenga que iniciarse al siguiente día laborable inmediato". Lo que, según reitera, es deducible del tenor literal del art. 37.3 ET, conforme al que las personas trabajadoras "podrán ausentarse con derecho a remuneración", de modo que "el día inicial del disfrute de estos permisos no puede ser un día no laborable, sino el primer día laborable que siga a aquél en que se produjo el hecho que da derecho al permiso". Por consiguiente, "los permisos a los que la ley no fija otra regla distinta de cómputo, habrán de disfrutarse a partir del momento en que el trabajador haya de acudir al trabajo (día laborable), y no desde una fecha en que no tenía tal obligación".

De igual manera, fijada la fecha de inicio del permiso, en el mismo, "salvo previsión normativa en contrario", sólo han de computarse días laborables. Pues, "el permiso sólo es concebible si se proyecta sobre un periodo de tiempo en el que existe obligación de trabajar". "De lo contrario, carecería de sentido que su principal efecto fuese 'ausentarse de trabajo' (…). Además, la mención legal a los 'permisos retribuidos' evidencia que se conceden para su disfrute en días laborables, pues en días festivos no es preciso pedirlos porque no se trabaja".

Ya en cuanto a los permisos retribuidos convencionales, la identificación de las reglas a que se hallan sujetos exige partir de su naturaleza misma, cual es la de "mejora del régimen de descansos, fiestas y permisos que establece el art. 37.3 ET" -SSTS de 11 de marzo de 2020 (rec. 192/2008)[39] y de 20 diciembre de 2022 (rec. 104/2021)[40]-. Lo que, "siguiendo la consolidada jurisprudencia sobre interpretación de los convenios y pactos de carácter colectivo", conlleva que "si el convenio dispone mejoras o ampliaciones respecto del catálogo legal de permisos, el régimen de cada uno de ellos estará determinado por lo estipulado por los negociadores colectivos". Y ello, a su vez, puede determinar "una distinción relativa al día de inicio de cada permiso ya que la norma convencional de la que dimanaban había ido discerniendo claramente entre días naturales y días laborables".

[37] Rec. 139/2020, ECLI:ES:TS:2022:3826.

[38] Dicha doctrina o "pautas jurídicas", según expresa el TS, ya habían sido señaladas en resoluciones anteriores – SSTS de 30 de marzo de 2022 (rec. 136/2020, ECLI:ES:TS:2022:1235), de 18 de octubre de 2022 (rec. 139/2020, ECLI:ES:TS:2022:3826) y de 20 de diciembre de 2022 (rec. 104/2021, ECLI:ES:TS:2022:4901)- objeto de glosa por STS de 25 de enero de 2023 (rec. 124/2021, ECLI:ES:TS:2023:545).

[39] ECLI:ES:TS:2020:1389.

[40] ECLI:ES:TS:2022:4901.

Así, el TS ha señalado pautas, sin dudas esclarecedoras y, a los efectos del caso de Autos, particularmente útiles. Con todo, permanecen espacios de penumbra por el casuismo inherente a la temática misma, habida cuenta, en particular, las especificidades de los calendarios laborales, así como la incidencia de múltiples herramientas suspensivas y licencias, a menudo muy singulares, especialmente tras la modulación operada por la negociación colectiva -tal es el caso, del permiso por matrimonio o registro de pareja de hecho, objeto de especial atención por el TS[41]-.

5.2. El Fallo: en defecto de previsión en sentido contrario, procede el cómputo de días laborables

La resolución del recurso pende, conforme a la jurisprudencia glosada, de lo señalado por el Convenio rector, el cual, como se ha indicado, fija el día inicial de disfrute de los permisos -"el primer día previsto de trabajo posterior al (…) hecho causante" o primer día laborable- pero guarda silencio, en cambio, acerca de si deben disfrutarse en días naturales o de trabajo efectivo. La duda ha de resolverse conforme a lo indicado y que el Alto Tribunal reproduce como sigue: "la regla general es que estos permisos retribuidos deben disfrutarse durante los días de trabajo efectivo, salvo que el convenio colectivo, al establecer una mejora respecto de los permisos establecidos en el ET, acuerde que se disfrutan en días naturales". Puesto que "en la presente litis, la norma colectiva no establece que los citados permisos retribuidos deban disfrutarse en días naturales, [ello] obliga a aplicar la mentada regla general y a concluir que estos permisos deben disfrutarse en los días de trabajo efectivo". Argumentación a la que la Sala añade, "a mayor abundamiento", una interpretación en clave sistemática del convenio colectivo: así, dado que este prevé que "el permiso comenzará el primer día previsto de trabajo posterior al citado hecho causante", "la misma regla establecida para el inicio del permiso, consistente en disfrutarlo en días de trabajo, deberá aplicarse a los días siguientes, por lo que deberá disfrutarse en días de trabajo efectivo".

Por consiguiente, de conformidad con el Ministerio Fiscal, al no haber precisado el convenio colectivo que los permisos deben disfrutarse en días naturales, procede concluir su proyección sobre días laborables exclusivamente, resultando confirmada la resolución de instancia y desestimado el recurso de casación.

6. REFLEXIONES FINALES

Si bien reformas recientes han modificado el art. 37.3 ET, con objeto, en particular, de acomodarlo a nuevos modelos familiares y sociales -ya en 2019, por RD-ley 6/2019, de 1 de marzo y, este mismo año 2023, por RD-ley 5/2023, de 28 de junio-, destacados aspectos de los permisos retribuidos permanecen sin regular. Pese a la litigiosidad de la cuestión, no se fija su *dies a quo*, obviando el legislador las múltiples alternativas de concurrencia y solapamiento, con múltiples causas suspensivas, descansos, vacaciones, otras licencias y también jornadas cada vez más irregulares. Así mismo, sólo en el caso de un permiso -por matrimonio o registro de parejas de hecho- se precisa la naturaleza -en dicho supuesto, natural- de los días objeto de licencia. Lo que, sin duda, pone de manifiesto la posibilidad misma de regulación más precisa o, tal vez, en virtud de una interpretación sistemática del precepto y en línea con la jurisprudencia analizada, la referencia implícita a días laborables en todos los demás supuestos.

[41] Sobre el particular y a efectos de fijación del dies a quo, se han distinguido las situaciones siguientes: "si la celebración del matrimonio se lleva a cabo en un día festivo o no laborable para la persona trabajadora, el día inicial del permiso por matrimonio será el día siguiente laborable a aquélla"; ahora bien, "es obvio que si el día de la ceremonia es laborable deberá computarse dentro de los quince días, puesto que en caso contrario supondría en realidad el reconocimiento de dieciséis días de permiso" (STS de 17 de marzo de 2020, rec. 193/2018, ECLI:ES:TS:2020:1181).

A la complejidad de la temática, contribuyen, así mismo, las regulaciones convencionales, al tratarse de una materia ciertamente propicia a la intervención de los negociadores, que, a menudo, sin embargo, emulan la parquedad de la Ley. Los convenios colectivos, por tanto, regulan mucho y a menudo "mal" -pero no peor que el legislador- los permisos retribuidos. En la práctica, pues, la temática presenta una muy destacada casuística.

Por todo ello, la jurisprudencia desempeña, en esta materia, un papel crucial, cuyas líneas de tendencia o reglas generales procede, a modo de conclusión, recordar. Así, por un lado, siempre que se salvaguarde una razonable conexión material y temporal con la causa determinante y salvo previsión en sentido contrario, el permiso ha de iniciarse en día laborable, ya sea aquel en que se actualice el hecho causante o el inmediatamente posterior a este. Y sobre días laborables debe, así mismo, proyectarse el permiso -a salvo, de nuevo, previsión legal o convencional en sentido contrario, esto último en el marco de un permiso objeto de mejora-, resultando salvaguardadas aquellas duraciones mínimas estipuladas por Ley.

Conviene, en última instancia, remarcar la entidad de los permisos objeto de litigio. En primer término, por su incidencia en el factor tiempo de trabajo, elemento nuclear del contrato de trabajo, que delimita la contrapartida o prestación laboral debida y condiciona el tiempo de no trabajo a disposición de la persona trabajadora. En segundo lugar, como ponen de manifiesto las reformas ya referidas, pero también el análisis de las causas determinantes enumeradas por el art. 37.3 ET, por conformar, pese a su escasa entidad en términos cuantitativos -sólo unos pocos días-, la herramienta para la atención de obligaciones personales, familiares o de carácter público urgentes o de suma relevancia, a menudo conectadas con el ejercicio de derechos fundamentales.

7. BIBLIOGRAFÍA

Blasco Jóver, C.: *Tiempo de trabajo y permisos del trabajador por motivos profesionales y sindicales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.

Dans Álvarez De Sotomayor, L.: "Sobre el cómputo de los días de los permisos retribuidos y su posible coincidencia con periodos de descanso o de vacaciones del trabajador (a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2020, Fetico, Asunto C-588/18), en VV.AA.: *Estudios sobre la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2022.

García Quiñones, J. C.: "A vueltas con las cuestiones controvertidas sobre el cómputo de los permisos retribuidos (fijación del 'dies a quo' y contabilización en días laborales o naturales): silencio legal y respuesta jurisdiccional", en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10, 2020.

Lahera Forteza, J.: "Ejercicio y cómputo de los permisos retribuidos. Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo 229/2020 y 257/2020, de 11 y 17 de marzo", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, *CEF*, núm. 448, 2020.

Martínez Yáñez, N.: "Los permisos retribuidos tras un periodo de turbulencias judiciales", en *Labos*, Vol. 1, núm. 3, 2020.

Palomino Saurina, P., "Incompatibilidad entre el permiso por nacimiento de un hijo y la suspensión del contrato por nacimiento (comentario de la STS de 27 de enero de 2021, rec. 188/2019)", *Diario La Ley*, núm. 9817, 2022.

Rodríguez Escanciano, S., *Los permisos parentales: avances y retrocesos tras las últimas reformas*, Albacete, Bomarzo, 2013.

Rodríguez Pastor, G. E.: *Tiempo de trabajo, descansos y permisos retribuidos: actualizado a la última jurisprudencia del TJUE y del TS y a la doctrina judicial de los TSJ*, Madrid, Wolters Kluwer, 2022.

Sánchez Trigueros, C.: *Los permisos retribuidos del trabajador (régimen jurídico de las interrupciones no periódicas, preavisadas y justificadas del contrato de trabajo)*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 1999.

Sánchez Trigueros, C.: "¿Puede posponerse el disfrute de los permisos por razones familiares al momento en que se debería trabajar? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 145/2018, de 13 de febrero", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 424, 2015.

Vicente Andrés, R.: "El derecho a las vacaciones anuales y los permisos retribuidos, análisis de la STJUE de 4 de junio de 2020 (C-588/18)", en *Unión Europea Aranzadi,* núm. 4, 2021

nº 8 (3er Trimestre 2023)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Sobre las horas de presencia de los conductores de ambulancia -Comentario a la STS 7 junio 2023-

About the hours of presence of ambulance drivers -Comment to the STS june 7, 2023-

Mª Elisa Cuadros Garrido

Profesora Contratada Doctora Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Murcia
https://orcid.org/0000-0003-0297-5330

Cita Sugerida: CUADROS GARRIDO, M.E. «Sobre las horas de presencia de los conductores de ambulancia -Comentario a la STS 7 junio 2023-». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 8 (2023): 129-143.

Resumen

El paradigma del trabajador fijo y a tiempo completo que sirvió de punto de referencia para las construcciones tradicionales de Derecho de Trabajo ya no es aplicable. Aún hoy, el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso se han considerado como dos extremos opuestos, sin categorías intermedias, pero, ante las nuevas formas de trabajo y las necesidades de conciliación de la vida familiar y laboral, tal esquema resulta demasiado simplista. La falta de una delimitación clara entre trabajo y descanso, sin categorías intermedias, produce una alta conflictividad judicial, lo hace que las decisiones judiciales, sobre todo del TJUE, sean cruciales en este tema. Esto es especialmente complejo en los tiempos de mera disponibilidad, cuando no se están prestando servicios efectivos por parte del trabajador y ello sucede en la STS 7 de junio de 2023, que constituye el marco de salida para replantear problemas en torno a la ordenación del tiempo de trabajo y posibles soluciones.

Palabras clave

Tiempo de trabajo, reordenación, horas de presencia, guardias localizadas.

Abstract

The paradigm of the permanent and full-time worker that served as a point of reference for the traditional constructions of Labor Law is no longer applicable. Even today, working time and rest time have been considered as two opposite extremes, without intermediate categories, but, given the new forms of work and the need to reconcile work and family life, such a scheme is too simplistic. The lack of a clear delimitation between work and rest, without intermediate categories, produces a high degree of judicial conflict, making judicial decisions, especially the CJEU, crucial on this issue. This is especially complex in times of mere availability, when effective services are not being provided by the worker and this happens in the STS of June 7, 2023, which constitutes the starting framework to reconsider problems around the organization of time. work and possible solutions.

Keywords

Work time, reordering, hours of presence, guards located.

Fecha Recepción: 25/08/2023 - Fecha Revisión: 12/09/2023 - Fecha Aceptación: 12/09/2023
Págs. 129-143

1. DELIMITACIÓN

1.1. Datos esenciales de la STS 7 junio 2023

La sentencia que es objeto de análisis STS 7 junio 2023[1], versa sobre las horas de guardia presencial[2] que los trabajadores reclamantes entienden como horas de trabajo efectivo[3] y determinar si los periodos de presencia[4] constituyen tiempo de descanso o de trabajo, por lo que no habrían de ser retribuidas o si, como horas extraordinarias, todo en ello, en el seno de un conflicto colectivo planteado por un sindicato de conductores de ambulancias.

En cuanto a la parte dispositiva de la Sentencia, se ha de indicar que en ella se estima el recurso de casación interpuesto por la CGT contra la sentencia dictada el 30 de abril de 2021 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en demanda de conflicto colectivo núm. 240/2020, y se casa la sentencia recurrida que estima en su integridad la demanda, para declarar que el tiempo de presencia deben computarse como tiempo trabajo efectivo para el cálculo de la jornada máxima y devengo de horas extraordinarias de superarse las 1.792 horas anuales o 160 cuatrisemanales.

1.2. Hechos declarados probados a destacar

El sindicato CGT presenta demanda de conflicto colectivo, al que se adhiere el Sindicato de Cooperación Sindical, la TSJ de Aragón resuelve en sentido desestimatorio la solicitud de que las llamadas horas de presencia fueran horas de trabajo efectivas y declara que no ha lugar a su abono como horas extra.

La Sala de lo Social del TSJ de Aragón dicta sentencia desestimatoria, el 30 de abril de 2021 en demanda de conflicto colectivo núm. 240/2020, seguida a su instancia contra UTE Nuevos Transportes Sanitarios de Aragón, Amberme, S.A., Transport Sanitari de Catalunya, S.L.U., la Diputación General de Aragón (Departamento de Sanidad), UTE Transalud Aragón, Ivemon Ambulancias Egara, S.L. y Ambulancias Maiz, S.A.; siendo citados como partes interesadas los sindicatos Unión General de Trabajadores (UGT), Comisiones Obreras (CCOO), la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-F) y el Sindicato Cooperación Sindical.

Recurre en casación el sindicato CGT, y fueron partes recurridas U.T.E. Nuevos Transportes Sanitarios de Aragón, UTE Transalud Aragón, y el Sindicato de Cooperación Sindical, Central.

---

[1] STS 7 junio 2023 (ECLI:ES:TS: 2023:2597) La Sentencia es la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo n.º 413/2023, recaída en el Recurso n.º 221/2021.En la citada Sentencia actuó como Ponente el Excmo. Sr. Magistrado D. º Sebastián Morallo Gallego.

[2] Cabe matizar que se entiende por las guardias de presencia física vienen constituidas por aquellos períodos durante los cuales el trabajador se encuentra en su puesto de trabajo, en actitud atenta y vigilante, y preparado para desempeñar las funciones que le son propias, pero no ejecutándolas de modo real y activo. Vid. Basterra Hernández, M.: Tiempo de trabajo y tiempo de descanso, Tirant lo Blanch, 2017.

[3] Art. 8. 2 Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo. BOE núm. 230, de 26/09/1995, Recoge lo siguiente:
"Se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad, realizando las funciones propias de la conducción del vehículo o medio de transporte u otros trabajos durante el tiempo de circulación de los mismos, o trabajos auxiliares que se efectúen en relación con el vehículo o medio de transporte, sus pasajeros o su carga".

[4] Art. 8. 3 sobre jornadas especiales de trabajo dice lo siguiente: "Se considerará tiempo de presencia aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares."

Resulta de aplicación a la relación laboral el Convenio Colectivo del Sector de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia de la Comunidad Autónoma de Aragón[5], su artículo 14 regula las "horas ordinarias y de presencia" y recoge expresamente Dadas las especiales características que concurren en este sector, como consecuencia de la permanente disponibilidad del personal de movimiento para atender estos servicios públicos, que conlleva la existencia de las horas de presencia establecidas en el artículo 22 del presente convenio, éstas no pueden tener la consideración de tiempo de trabajo efectivo y, por tanto, no son computables."

La prestación del servicio se llevaba a cabo mediante turnos rotatorios entre los trabajadores de 8, 9 y 12 horas durante los cuales los trabajadores deben permanecer en el centro de trabajo y a disposición de la empresa, si bien unas horas son de trabajo efectivo y otras son de presencia, en espera de prestar un servicio. Los empleados cuentan en el centro de trabajo con zona de descanso, con sofá, televisión, bebidas. Los cuadrantes de horarios recogen 8 horas de trabajo efectivo diarias. La empresa no lleva un registro diario de las horas de presencia.

1.3. Fundamentos jurídicos relevantes

Lo que se pretende es que resulte estimado el recurso de casación planteado por CGT y que las horas de presencia tengan la consideración de horas de trabajo efectivo, consecuentemente, que se computen en orden al cumplimiento de la jornada máxima de trabajo y que se abonen como horas extraordinarias en cuanto excedan de la misma.

El TS afirma que la sentencia recurrida entiende y acierta en que las horas de presencia deben calificarse como de trabajo efectivo debido a las circunstancias en que se prestan a entera disposición del empleador, pero se equivoca en la conclusión de que es conforme a Derecho el diferenciado tratamiento que el convenio colectivo atribuye a las horas de presencia respecto a las de trabajo efectivo, siendo está consideración la que le lleva a desestimar la reclamación en el TSJ. Debemos señalar que ya se apuntó por un importante sector de la doctrina que esta materia de ordenación del tiempo, la negociación colectiva resulta muy potenciada y alcanza una gran virtualidad, de modo que buena parte de las previsiones del ET son dispositivas para aquélla[6].

Justifica el TS que lo que hace la sentencia recurrida es calificar las horas de presencia como horas de trabajo efectivo conforme a la doctrina del TJUE, pero seguidamente entiende que eso no impide que puedan darse un tratamiento jurídico diferente a unas y otras, en tanto "que el propio artículo 2 de la citada Directiva remite a las "legislaciones y/o prácticas nacionales" en cuanto a la definición del tiempo de trabajo con expresa citación de la doctrina STJUE 9 marzo 2021[7] que señala que no se opone a la citada Directiva que la legislación nacional o convenio colectivo establezca una distinción, y trate de forma distinta los períodos durante los cuales se efectúan realmente prestaciones de trabajo y aquellos durante los cuales no se lleva a cabo ningún trabajo efectivo, aun cuando dichos períodos deban considerarse, en su totalidad, "tiempo de trabajo" a efectos de la aplicación de dicha Directiva"[8].

---

[5] Resolución de 25 de mayo de 2016, de la Directora General de Trabajo por la que se dispone la inscripción en el registro, depósito y publicación del convenio colectivo del sector de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia de la Comunidad Autónoma de Aragón. Publicado el 15/06/2016 (N.º 114).

[6] Sempere Navarro, A. V.: «Sobre el concepto "tiempo de trabajo" desde la perspectiva comunitaria: una saga peculiar», Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 4, 2022.

[7] STJUE 9 marzo 2022, C344/19, Bomber de Offenbach am Main (ECLI:EU:C:2021:182)

[8] Con la aseveración anterior del TS a modo, oráculo de Delfos como en ocasiones, nos tiene acostumbrados el Tribunal de Luxemburgo, cabe abrir un paréntesis clarificador, sobre la STJUE 9 marzo 2021, sintetizando su doctrina, se afirma que el tiempo de guardia debe considerarse como tiempo de trabajo si las restricciones impuestas al trabajador durante ese período afectan significativamente su capacidad para administrar libremente su tiempo y dedicarlo a

El TS continua su razonamiento en su punto esencial que es preguntándose sobre la calificación de la naturaleza que los períodos de presencia merecen, y las consecuencias jurídicas que de ello se desprendan, en orden a determinar si se excede la jornada máxima de trabajo y deban ser tratadas como horas extraordinarias. A continuación declara el TS que el litigio, se encuentra bajo el objeto de aplicación[9] de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003[10] relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, pues del tenor literal de los arts. 1.3, 17 y 18 de la misma interpretados a la luz de la citada doctrina del TJUE, concluir que los conductores de ambulancias que están excluidos de los preceptos de la Directiva 93/104/CE que establecen límites a la duración máxima del trabajo semanal[11] pues un transporte por carretera no contempla un servicio de asistencia médica urgente[12]. La Directiva 2003/88 contiene en materia de ordenación del tiempo de trabajo, normas de Derecho Social Comunitario de especial importancia, de las que puede disfrutar todo trabajador con el objeto de garantizar una alternancia regular entre un período de trabajo y un período de descansos[13].

Una vez establecido este presupuesto que la Directiva2003/88/CE del Parlamento europeo es aplicable, el TS trae a colación la doctrina de varias TJUE:

---

sus propios intereses. Esto se determina mediante una evaluación global de todas las circunstancias, incluyendo la frecuencia promedio de intervención durante ese período. En definitiva, si las restricciones son lo suficientemente significativas, el tiempo de guardia debe considerarse como tiempo de trabajo. Por otro lado, considera que Derecho de la UE tampoco impide que se remunere de modo diverso el tiempo de efectiva actividad de aquel durante el que no se lleva a cabo ningún trabajo efectivo, aun deba considerarse la totalidad como "tiempo de trabajo".

[9] La propia Directiva 2003/88/CE de tiempo de trabajo admite su inaplicación cuando existan instrumentos comunitarios que establezcan prescripciones más específicas en materia de ordenación del tiempo de trabajo para determinadas ocupaciones o actividades profesionales.

[10] 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. DOUE núm. 299, de 18 de noviembre de 2003, páginas 9 a 19. Del contenido de la Directiva, cabe destacar la siguiente normativa: Considerando 5: "Todos los trabajadores deben tener períodos de descanso adecuados. El concepto de descanso debe expresarse en unidades de tiempo, es decir, días, horas o fracciones de los mismos. Los trabajadores de la [Unión Europea] deben poder disfrutar de períodos mínimos de descanso diario, semanal y anual, y de períodos de pausa adecuados. […]".
Art. 1. 2 a): "La presente Directiva se aplicará "a los períodos mínimos de descanso diario, de descanso semanal y de vacaciones anuales, así como a las pausas y a la duración máxima de trabajo semanal, y […]"
Art. 2: "Definiciones":
"A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:
1) 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;
2) período de descanso: todo período que no sea tiempo de trabajo;
Art. 4: "Pausas"
"Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que los trabajadores cuyo tiempo de trabajo diario sea superior a seis horas tengan derecho a disfrutar de una pausa de descanso cuyas modalidades, incluida la duración y las condiciones de concesión, se determinarán mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales o, en su defecto, mediante la legislación nacional.

[11] El sector del transporte urgencias de enfermos, fue excluido de la aplicación de la Directiva 93/104, porque en dicho ámbito ya existía una normativa comunitaria que establece disposiciones específicas en materia de ordenación del tiempo de trabajo por la naturaleza particular de esa actividad. Esa normativa no es aplicable a transportes realizados en situación de emergencia o dedicados a misiones de socorro, pese a que dicha actividad consista en parte en utilizar un vehículo de emergencias y en acompañar al paciente durante su transporte al hospital, puesto que su finalidad principal es la de facilitar los primeros auxilios médicos a una persona enferma o herida y no la de realizar una operación comprendida en el sector del transporte por carretera.

[12] STJUE de 14 octubre 2010 Solidaries Isere, asunto, C.428.09 Apto. 21 (ECLI:EU:C:2010:612) recoge que El concepto de "transporte por carretera", a efectos del art.1.3 de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre, debe interpretarse en el sentido de que no contempla la actividad de un servicio de asistencia médica urgente, aun cuando ésta consista, al menos en parte, en utilizar un vehículo y en acompañar al paciente durante el trayecto hacia el hospital.

[13] STJUE 14 octubre 2010 Solidaires Isere, asunto C- 428-09, apto. 51. (ECLI:EU:C: 2010:612).

— STJUE de 17 de marzo de 2021[14]. señala "que los conceptos "período de descanso" y "tiempo de trabajo" "se excluyen mutuamente y que la Directiva 2003/88 no contempla una categoría intermedia entre los períodos de trabajo y los de descanso.

— STJUE de 9 de marzo de 2021[15] un período durante el cual el trabajador no lleva a cabo efectivamente ninguna actividad por cuenta del empresario no constituye necesariamente un "período de descanso" a efectos de la aplicación de la Directiva 2003/88.

— STJUE de 3 de octubre de 2000[16], calificó como trabajo efectivo y, en su caso, horas extraordinarias en el sentido de la Directiva 93/104/CE, el tiempo dedicado a atención continuada prestado por médicos de Equipos de Atención Primaria en régimen de presencia física en el centro sanitario: "...aun cuando la actividad efectivamente realizada varíe según las circunstancias, la obligación impuesta a dichos médicos de estar presentes y disponibles en los centros de trabajo para prestar sus servicios profesionales debe considerarse comprendida en el ejercicio de sus funciones".

— STJUE 9 de septiembre de 2003 *Jaeger,* en ella el tribunal consideró que un servicio de atención continuada que un médico efectúa en régimen de presencia física en el hospital constituye en su totalidad tiempo de trabajo con arreglo a la Directiva 93/104/CE

Por último, alude la doctrina de la propia Sala IV con la STS 2 diciembre 2020[17] que "compendia la doctrina jurisprudencial sobre el tiempo de trabajo, configurado sobre la base de dos elementos: "el elemento espacial, el tiempo de trabajo exige que el trabajador esté obligado a permanecer en las instalaciones de la empresa o en cualquier otro lugar designado por el empleador -incluido el propio domicilio- para atender al llamamiento empresarial, y el elemento temporal, identificado como tiempo breve de respuesta al llamamiento de la empresa para acudir al lugar de trabajo [...] Será tiempo de trabajo cuando la guardia exige la obligada permanencia en un determinado espacio físico y dar respuesta inmediata en caso de necesidad, porque en tales circunstancias el trabajador se encuentra en el ejercicio de sus funciones laborales. Mientras que se considerarán como tiempo de descanso, si el trabajador puede dedicarse a las actividades personales y de ocio que libremente quisiere realizar, en los que solo será tiempo de trabajo el dedicado a la prestación efectiva de servicios que requiera la intervención necesaria para atender la incidencia."

[14] STJUE de 17 de marzo de 2021, C-585/19 (ECLI:EU:C:2021:210) En relación con la ordenación del tiempo de trabajo, deben interpretarse en el sentido de que, cuando un trabajador ha celebrado con un mismo empresario varios contratos de trabajo, el período mínimo de descanso diario, establecido en dicho artículo 3, se aplica a tales contratos considerados en su conjunto y no a cada uno de ellos por separado.

[15] STJUE de 9 de marzo de 2021, C344/19, (ECLI:EU:C:2021:182) un período de guardia en régimen de disponibilidad no presencial durante el cual un trabajador solo debe estar localizable por teléfono y poder presentarse en su lugar de trabajo, en caso de necesidad, en el plazo de una hora, pudiendo residir en un alojamiento de servicio puesto a su disposición por el empresario en dicho lugar de trabajo, pero sin estar obligado a permanecer en él, solo constituye, en su totalidad, tiempo de trabajo en el sentido de esta disposición si de una apreciación global de todas las circunstancias del caso de autos, en particular de las consecuencias de dicho plazo y, en su caso, de la frecuencia media de intervención en el transcurso de ese período, se desprende que las limitaciones impuestas a dicho trabajador durante ese período son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su capacidad para administrar libremente, en ese mismo período, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicarlo a sus propios intereses.

[16] STJUE de 3 de octubre de 2000 C-411/98, Angelo Ferlini y Centre hospitalier de Luxembourg. Fue uno de los primeros pronunciamientos sobre discriminación en el trato hospitalario, pues considera que no está justificada la diferencia considerable de trato entre las personas afiliadas al régimen nacional de Seguridad Social y los funcionarios de las Comunidades Europeas por lo que se refiere a la aplicación de tarifas a la asistencia relacionada con la maternidad de la esposa del solicitante.

[17] STS 1076/2020 a la STS 1076/2020, de 2 de diciembre (rec. 28/2019), (ECLI:ES:TS:2020:1076)

Finalmente afirma el TS que, la aplicación de la suma de las anteriores doctrinas, les lleva a afirmar que la sentencia recurrida, al denegar la pretensión que nos ocupa con sujeción a los criterios de la STS de 21 de abril de 2016, rec. 90/2015, ha aplicado una doctrina jurisprudencial que ha sido rectificada y superada en la STS Pleno 159/2022, de 17 de febrero[18] y no ha resuelto de conformidad con la regulación y doctrina europea al interpretar la previsión del convenio colectivo que distingue entre tiempo de trabajo y tiempo de presencia, descartando que este último sea tiempo de trabajo efectivo a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo y del límite de las horas extraordinarias. La sentencia recurrida aplica la doctrina de la STS de 21 de abril de 2016[19] ya superada por la rectificada y superada en la precitada STS 17 febrero 2022, cuya doctrina replican las SSTS de 26 de septiembre 2022 [20]; y de 22 de noviembre 2022[21]. Abordan esas sentencias otros supuestos absolutamente idénticos al que nos ocupa.

1.4. Doctrina básica

Podemos sintetizarla en las siguientes premisas:

— Un período durante el cual el trabajador no lleva a cabo efectivamente ninguna actividad por cuenta del empresario no constituye necesariamente un "período de descanso".

— El hecho de que el trabajador esté obligado a hallarse físicamente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de este para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad constituye un periodo de espera.

— No hay obstáculo para denominar horas de presencia a tales periodos de espera y como horas de trabajo efectivo los empleados en la conducción y transporte de los enfermos y accidentados.

— Un período de guardia de tales características, en el que trabajador conductor de ambulancia, ha de permanecer en su lugar de trabajo a disposición inmediata del empresario, alejado de su entorno social y familiar, lleva a concluir que goza de poca libertad para administrar el tiempo

[18] STS Pleno 159/2022, de 17 de febrero (rec. 123/2020), (ECLI:ES:TS:2022:701). Recurre en casación la Asociación Regional de Empresarios de Ambulancias de Castilla y León, en un conflicto colectivo, contra TSJ Castilla y León 15 julio 2020 que consideró el tiempo de presencia, como tiempo efectivo de trabajo, procediendo el exceso de horas a ser abonada como horas extraordinarias y desestima el recurso, aplicando lo mismos argumentos que en su día se esgrimieron en relación con las guardias médicas. "Las STS 21 febrero 2006 recurso 3338/2004 (Pleno); 21 diciembre 2007, recurso 1051/2006 y 26 diciembre 2007 26 de diciembre de 2007, recurso 3697/2006, entre otras, sostuvieron que las guardias médicas de presencia física tenían la consideración de tiempo efectivo de trabajo".

[19] La doctrina de la STS de 21 de abril de 2016 consideraba, el tiempo de presencia " aquel otro en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares, y remite de manera expresa a la negociación colectiva la determinación "en cada caso [de] los supuestos concretos conceptuables como tiempo de presencia " (art. 8.1 in fine RD 1561/95es aplicable al transporte de enfermos y accidentados el art 8 del RD 1561/1995, de 21 septiembre; los arts. 15 y 24 del Convenio colectivo para las empresas de trabajadores del transporte de enfermos y accidentados en ambulancia en la Comunidad Autónoma de Galicia no infringen el citado RD ni la Directiva 2003/88.

[20] STS 763/2022, de 26 de septiembre (rec. 111/2020) (ECLI:ES:TS: 2022:3452). Unifica y casa la doctrina de la STSJ Extremadura de 9 julio 2020 que resolvió un conflicto colectivo, considerando tiempo de trabajo efectivo, el requerimiento de la presencia física del trabajador en el centro de trabajo y el estar a disposición del empresario ti a efectos de la jornada anual.

[21] STS 929/2022, de 22 de noviembre (rec. 3318/2021) (ECLI:ES:TS: 2022:4512) Estima en parte el recurso casación unificación doctrina frente a STSJ Castilla la Mancha de 9 de abril de 2021 en el sentido de devolver el recurso de suplicación formulado por la empresa que se desestima en parte y se confirma el pronunciamiento que sobre horas reclamadas de presencia que se consideran horas extraordinarias efectuado por el Juzgado de lo Social nº 1 de Guadalajara.

durante el cual no se requieren sus servicios profesionales. En consecuencia, a todo ese período debe calificarse de "tiempo de trabajo".

En definitiva, las guardias de presencia de los trabajadores de ambulancias, al requerir su presencia física y estar a disposición de la empleadora son tiempo de trabajo efectivo a efectos de la jornada anual y el exceso abonarse como horas extras[22].

2. COMENTARIO CRÍTICO

2.1. Tendencia continuista con la doctrina propia y la del TJUE

La sentencia es de sentido conservador, ya que sigue la doctrina de las anteriores que SSTS 17 febrero 2022, 26 septiembre 2022 y 22 noviembre 2022. El TS, siguiendo claramente al TJUE, declara que el tiempo en el que el conductor de ambulancia no está realizando su trabajo, pero está disponible para el empleador, en su puesto, esperando ser llamado en cualquier momento, debe ser considerado como "tiempo de trabajo" lo determinante es que el conductor esté obligado a estar físicamente en un lugar determinado por el empleador y a disposición de este para prestar servicios inmediatamente en caso de necesidad.

2.2. Perspectiva española

Hemos de partir de que no existe definición legal del concepto de tiempo de trabajo[23] y además que la noción normalizada que del mismo se mantiene está desfasada, con lo que la legislación española en este punto está desactualizada. Únicamente el art. 34.5 ET regula que "el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo". Por su parte, el art. 34. 1 ET cuando se refiere a la duración máxima de la jornada de trabajo, hace referencia a que ésta debe ser de "trabajo efectivo". El primero de estos preceptos está concebido sin duda, en un modelo de trabajo presencial en el que existe una división definida entre el tiempo de trabajo y tiempo de "no trabajo", y en el que los trabajadores practican una desconexión inmediata de la actividad una vez que abandonan su puesto de trabajo. Por otro lado, desde el Real Decreto-ley 8/2019[24] , 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, introdujo un nuevo apartado en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, para obligar a las empresas a registrar el horario de trabajo, todas las empresas deben llevar a cabo un control de las horas de trabajo de sus trabajadores que refleje las horas de entrada y salida del puesto laboral. La normativa obliga a todas las empresas a contar con un sistema de control de presencia que funcione a modo de fichaje para los empleados[25].

El Real Decreto-ley 6/2019 de 1 de marzo, que trata sobre medidas urgentes para garantizar la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación[26], modificó

[22] Cuando se superen las 160 horas cuatrisemanales o las 1.792 horas anuales de jornada máxima fijada en el Convenio Colectivo.

[23] Según un sector doctrinal el concepto de tiempo de trabajo alude al encuadramiento temporal de la deuda de actividad a cargo del trabajador, es decir, al tiempo que cada día invierte el trabajador en cumplir sus obligaciones para con el empresario, derivadas del contrato de trabajo. Poquet Catalá, R: «El desplazamiento como tiempo de trabajo, ¿debate no resuelto?"» Lex Social, Revista De Derechos Sociales, núm. 11, 2021.

[24] Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo. BOE núm. 61, de 12 de marzo de 2019, páginas 23156 a 23181

[25] Cabe matizar que la Directiva 2003/88/CE no impone directamente el registro general de la jornada diaria, Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha subrayado que el Derecho de la UE tampoco prohíbe su establecimiento.

[26] Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. BOE núm. 57, de 07/03/2019.

el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores para fomentar la adaptación del tiempo de trabajo y atender las necesidades de conciliación de la vida familiar y laboral. Sin embargo, el nuevo precepto ha generado interpretaciones dispares por parte de los Juzgados de lo Social, que no son recurribles en suplicación a menos que se alegue vulneración de derechos fundamentales[27].

Por otro lado, cabe manifestar que, en esta materia, nos encontramos ante una regulación desfasada, que no tiene en cuenta las TICs ni la aceleración del teletrabajo por la pandemia[28], ni el desbordamiento de la jornada de trabajo hacia el tiempo libre[29]. La investigación sobre nuevas formas de trabajo fomentadas por la digitalización ha puesto de relieve la creciente tendencia hacia el trabajo flexible, con implicaciones de gran alcance para la duración y la organización del tiempo de trabajo. Estos aspectos también forman parte del debate regulatorio a nivel nacional, por ejemplo, con la adopción de legislación de desarrollo que haga real el derecho a la desconexión digital del art. 88 LO 3/2018[30].

2.3. Concepción europea

Hemos de partir del alcance del derecho fundamental recogido en el art. 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE[31] :"Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas".

Respecto al concepto de tiempo de trabajo en el Derecho Europeo, encontramos una visión más aperturista con la aplicación de la de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento europeo, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia del TJUE, el tiempo de trabajo es 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, y período de descanso es todo período que no sea tiempo de trabajo. Se pretende garantizar una mejor protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, haciendo que estos disfruten de períodos mínimos de descanso diario y semanal, así como pausas adecuadas y estableciendo un mínimo de cuarenta y ocho horas para la duración media de la semana de trabajo, límite respecto del cual se puntualiza expresamente que se incluye las horas extraordinarias[32].

---

[27] San Martín Mazzucconi C.: «Tiempo de trabajo: elementos teóricos y prácticos para su delimitación jurídica» en VV.AA.: Maldonado Montoya, J. P. y Marín Moral, I. y Sempere Navarro, A. V. (Dirs): Reordenación del Tiempo de Trabajo, BOE, 2022, p.204.

[28] El control tradicional del tiempo de trabajo está siendo reconsiderado debido a la introducción de nuevas tecnologías y sistemas automatizados, la flexibilización de los procedimientos laborales, el teletrabajo y las jornadas híbridas, y la retribución basada en objetivos en lugar de en horas trabajadas. Todo esto está dando lugar a un nuevo sistema de relaciones laborales en el que el control del tiempo trabajado juega un papel importante. Vid. Marín Moral, I.: «El control del tiempo del trabajo y las nuevas relaciones laborales» en VV.AA.: Maldonado Montoya, J. P. y Marín Moral, I. y Sempere Navarro, A. V. (dirs): Reordenación del Tiempo de Trabajo, BOE, p.471.

[29] Martín Rivera insiste en esta clara tendencia empresarial que quizás no haya sido puesta de relieve lo suficiente por la doctrina, existe una imprevisibilidad de la duración y la distribución del tiempo de trabajo por incremento de las jornadas y los horarios variables; y, por otro lado, se dan las mayores exigencias de contabilidad del tiempo de trabajo por la creciente complejidad y diversificación de la regulación, no siendo suficientes los instrumentos clásicos del calendario y del horario de trabajo. Vid. Martín Rivera, L.: «Tendencias recientes en la ordenación del tiempo de trabajo», Revista Española de Derecho del Trabajo núm. 250/2022.

[30] Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. BOE núm. 294, de 06/12/2018. Señala que "los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar."

[31] Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, DOUEC núm. 364 de 18 de diciembre de 2000.

[32] VV.AA.: Sempere Navarro, A. V. y Pérez Campos, A. I. (Dirs): Prontuario de Jurisprudencia Social Comunitaria (1986-2020), Aranzadi, 2020, p.464.

El litigio, objeto de análisis se encuentra bajo el objeto de aplicación 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, a los conductores de ambulancia, al igual que antes se había declarado respecto a médicos[33], personal que presta servicios de atención primaria[34] , socorristas[35], enfermeros[36] y bomberos[37], entre otros siempre que se trate de un trabajador o un empleado público[38] e incluso personal ocasional y de temporada con contrato de duración determinada que no están sujetos a determinadas disposiciones del Código laboral nacional[39] y a todo tipo de se aplicará a todos los sectores de actividades, públicas o privadas.

2.4. Noción de tiempo de trabajo

La regulación del tiempo laboral es un tema conflictivo y difícil de garantizar, no solo a nivel internacional, sino también en el ámbito jurídico interno. Esto se debe a que se encuentra en el centro del conflicto entre los intereses de las empresas y las necesidades de los trabajadores[40].

Sabemos, que existe un importante compendio de diferentes disposiciones en materia de tiempo mínimo de descanso de especial importancia como preceptos de derecho necesario necesarios para garantizar la protección del empleado, con la finalidad de garantizar una protección eficaz de su salud[41]. Partiendo de que el TJUE establece de los conceptos de tiempo de trabajo y período de descanso se excluyen mutuamente [42], tres son los elementos constitutivos de la noción de tiempo de trabajo, en virtud de lo preceptuado en el art.,2 apto. 1 de Directiva 2003/88/CE, la finalidad perseguida es disfrutar de los períodos de descanso adecuados que, con carácter general, debe presentarse en una alternancia de acumulación de periodos de trabajo con otros de descanso:

---

[33] STJUE 3 octubre 2000, SIMAP, C- 303/98 (ECLI:EU:C:2000:528)..

[34] STJUE 3 octubre 2000, C- 303/98. SIMAP. (ECLI:EU:C: 2000:5289).

[35] STJUE 5 octubre 2004, Pfeiffer/Roith, Sub, Winter, Nestvogel, Zeller, Dobole, acumulados C-397/01- a C-403, /01, apto. 47. (ECLI:EU:C: 2004:584)

[36] ATJUE 3 julio 2001, Sergas Asunto c-241/99, apto. 27.

[37] SJTJUE 9 marzo 2021 Caso D. J. contra Radiotelevizija Slovenija C-344/19 (ECLI: C: 2021:183).

[38] Se produce la exclusión de determinadas actividades de la función pública tales como «acontecimientos excepcionales en los cuales el correcto desarrollo de las medidas destinadas a garantizar la protección de la población en situaciones de grave riesgo colectivo exija que el personal que tenga que hacer frente a un suceso de este tipo conceda una prioridad absoluta a la finalidad perseguida por tales medidas con el fin de que esta pueda alcanzarse». Lo mismo se aplica en caso de «catástrofes naturales o tecnológicas, los atentados, accidentes graves u otros eventos de la misma índole, cuya gravedad y magnitud requieran la adopción de medidas indispensables para la protección de la vida, de la salud, así como de la seguridad colectiva. Sin embargo, las actividades llevadas a cabo en condiciones normales en el seno de las fuerzas de seguridad y de socorro pertenecen al ámbito de aplicación de la Directiva 89/391/CEE.

[39] Aunque la calificación corresponde al juez nacional que debe fundarse en criterios objetivos y apreciar globalmente todas las circunstancias del asunto del que conoce que guarden relación con la naturaleza de las actividades consideradas y de la relación entre las partes interesadas. Vid. Comunicación C 109/2023. interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo

[40] Martínez Barroso M.ª R.: «La consideración de los desplazamientos desde el domicilio de la persona trabajadora hasta el del cliente como tiempo de trabajo», Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 262, 2023.

[41] La Directiva es aplicable a las actividades del ámbito de la salud personal médico y enfermero, la seguridad y el orden públicos (incluidos bomberos, socorristas) siempre que se realicen en condiciones de habitualidad y conforme a la misión que fueron encomendadas. Cabe destacar que el personal ocasional y de temporada de contratos de participación en educación que trabajan un máximo de 80 días al año en período de vacaciones.

[42] Lo relevante es si el empleado está obligado a hallarse físicamente presente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de éste. Lo determinante reside en si las condiciones de la guardia limitan de manera objetiva las posibilidades de dedicarse a sus intereses personales y sociales. Vid. Sempere Navarro, A., V: «Sobre el concepto "tiempo de trabajo" desde la perspectiva comunitaria: una saga peculiar», Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 4, 2022.

— El empleado debe estar desarrollando las funciones que le son propias.

— El factor determinante es que el trabajador está obligado a estar físicamente en el lugar que determine el empresario.

— El trabajador ha de permanecer en el trabajo el período considerado. Cuando se carece de centro de trabajo fijo o habitual, el tiempo de desplazamiento que se emplea desde el domicilio propio hasta los centros del primer cliente y del último constituye tiempo de trabajo (doctrina del asunto *Tyco*)[43].

Respecto a las guardias presenciales en particular al personal sanitario, en sus asuntos «Simap[44]», «Jaeger[45]» y «Dellas[46]», el TJUE declaró que el tiempo invertido en guardia presencial por los trabajadores debe considerarse en su totalidad como tiempo de trabajo en el sentido de la Directiva si están obligados a permanecer en el lugar de trabajo[47]. Las sentencias *Jaeger* y *Dellas* añadieron, además, no cabe diferenciar en esas guardias presenciales entre el tiempo en el que se está prestando un trabajo efectivo y el tiempo en que el trabajador puede descansar en su lugar de trabajo por no requerirse sus servicios. Durante todo el tiempo de la guardia el trabajador está a disposición del empleador y en su puesto de trabajo de modo que no cabe calificar estos períodos, ni total ni parcialmente, como tiempo de descanso. En esta situación, los trabajadores afectados deben a mantenerse a disposición de su empleador para prestar sus servicios en un lugar determinado por él durante toda la duración de sus turnos de guardia presencial. Asimismo, los trabajadores están sujetos a limitaciones considerablemente más gravosas, puesto que deben permanecer alejados de su entorno

[43] STJUE 10 septiembre 2015, Federación de Servicios Privados del Sindicato Comisiones Obreras contra Tyco Integrated Security, S.L., y Tyco Integrated Fire & Security Corporation Servicios, S.A., asunto c. 266/14, aptos. 30, 35 y 43. (ECLI:EU:C:2015:578) El TJUE declara que es tiempo de trabajo efectivo el desplazamiento que las personas trabajadoras, que carecen de centro de trabajo fijo o habitual, dedican a los desplazamientos diarios entre su domicilio y los centros del primer y del último cliente que les asigna su empresario.

[44] STJUE 3 octubre 2000, SIMAP, C- 303/98 (ECLI:EU:C:2000:528). La consideración de las guardias médicas como tiempo de trabajo efectivo fue declarada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas aquí por vez primera. El Sindicato de Médicos de Asistencia Pública, abreviado SIMAP está presente en las tres provincias de la Comunidad Valenciana. El SIMAP planteó ante la Sala de lo Social del Tribunal Autonómico con fecha 17 de junio de 1998 una demanda, en materia de conflicto colectivo, contra la Conselleria de Sanitat de la Generalitat Valenciana, acerca de la situación laboral de los médicos de los Equipos de Atención Primaria de los Centros de Salud de la Comunidad Valenciana. El Tribunal Autonómico dictó Auto de fecha 10 de julio de 1998 en el cual se suspendía el procedimiento y se planteaba cuestión prejudicial ante el Tribunal Comunitario, la cual fue admitida con la referencia Asunto C-303/98, SIMAP contra Conselleria de Sanitat.El Tribunal de Luxemburgo declaró que la actividad de los médicos está comprendida dentro del ámbito de aplicación de las Directivas Europeas del tiempo de trabajo. Que el tiempo dedicado a atención continuada en régimen de presencia física debe considerarse tiempo de trabajo en su totalidad y, en su caso, horas extraordinarias. La prestación de servicios en régimen de localización debe considerarse tiempo de trabajo cuando haya prestación efectiva del mismo, sin que el resto pueda ser considerado tiempo de descanso.

[45] SJTJUE 9 septiembre 2003, Caso Landeshauptstadt Kiel contra Norbert Jaeger C 15/02. (ECLI:EU:C: 2003:437) Inclusión en el concepto tiempo de trabajo el de los médicos que prestan servicios de atención continuada en un hospital, siendo irrelevante que descansen o duerman durante los períodos de inactividad.

[46] STJUE de 1 de diciembre de 2005, Dellas y otros, asunto C-14/04 (ECLI:EU:C:2005:728). El TJUE considera que entre los elementos peculiares del tiempo de trabajo no figura la intensidad del trabajo desempeñado ni el rendimiento de la persona trabajadora y, en consecuencia, el tiempo en cuestión puede considerarse tiempo de trabajo independientemente de la circunstancia de que la persona trabajadora no realice efectivamente una actividad profesional continua.

[47] Como se señaló la aplicación la Directiva 2003/88/CE al personal estatutario de los servicios de salud, planteó dudas en la trasposición de la Directiva, ya que el régimen vigente en aquel momento para este tipo de personal permitía cubrir los periodos de atención continuada o de guardia sin necesidad de computarlos dentro de la jornada efectiva de trabajo. Vid. Rodríguez Sanz de Galdeano, B.: «La ordenación del tiempo de trabajo: el caso SIMAP», Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 102, 2003.

tanto familiar como social y gozan de una menor libertad para administrar el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales.

En relación con las guardias no presenciales, cuando el trabajador esté obligado a permanecer en el lugar de trabajo, y este englobe o se confunda con su domicilio, ese mero hecho no basta para calificar dicho período de «tiempo de trabajo» en el sentido de la Directiva, sino que la calificación de dicho período de «guardia presencial» como «tiempo de trabajo» o «período de descanso» dependerá de la intensidad de las limitaciones que imponga el empleador al trabajador.

Dentro de la amalgama de períodos que se encuentran en las zonas grises cabe resaltar varios que es importante diferenciarlos, por un lado; el *período de trabajo de atención continuada, y* por otro *el periodo de guardia o de permanencia que* son aquellos lapsos en los que la persona trabajadora no se encuentra realizando una prestación de trabajo efectivo, pero se obliga legal, convencional o contractualmente a ello cuando sea requerido por el empresario. Respecto al primero*, período de trabajo de atención continuada, únicamente* se considera tiempo de trabajo la prestación efectiva continuada en régimen de localización[48]. Aunque cabe matizar que las modalidades de atención continuada de remuneración de estos períodos no ser objeto de armonización[49]. En relación al *periodo de guardia o de permanencia*, en el que el hecho determinante es que el trabajador está obligado a encontrarse en un determinado lugar de trabajo y a permanecer disposición del empresario, las obligaciones que estos adquieren impiden que elijan su sitio de estancia mientras que no sucede lo mismo con una guardia en el *sistema guardia localizada50* que implica que el trabajador esté accesible permanentemente sin necesidad de estar presente en el lugar del trabajo, aunque esté disposición de su empresario en la medida que esté debe estar localizable, en esta situación el empleado puede gestionar su tiempo conforme a sus intereses personales y posee menos limitaciones. Esta es la doctrina que se desprende de la STJUE 21 febrero de 2018[51]. conocida como *Matzak* y que hemos de poner de relieve en toda su importancia[52] pues marcó un precedente importante en la consideración más amplia del "tiempo de trabajo"; el TJUE considera que no puede restringirse el tiempo y que comprende el de guardia en el propio domicilio del bombero voluntario (con presencia física obligada) con la necesidad de presentarse en el lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos (lo que restringe enormemente la posibilidad de realizar actividades personales), eso sí, cabe matizar la consideración como tiempo de trabajo de la guardia domiciliaria presencial no obliga a retribuir ese periodo de determinada manera, pues ello compete a los Estados Miembros[53], pero sí a computarlo a efectos de las normas limitativas.

Nuestra doctrina judicial ha acogido esta interpretación comunitaria sobre las guardias. Así, son reiteradas las sentencias en que, a efectos de computar la jornada de trabajo, se diferencia entre guardias de presencia y guardias de localización.

---

[48] STJUE 3 octubre 2000, SIMAP, asunto C-303/98, aptos núm., 62y 64. (ECLI:EU:C:2000:528).

[49] STJUE 13 enero 2007, Vorel, asunto C.437/05, Apto.35. (ECLI:EU:C: 2007:23)

[50] Supone un período de guardia en régimen de disponibilidad no presencial para la STJUE 9 marzo 2021 sólo será «tiempo de trabajo» el tiempo correspondiente a la prestación laboral efectivamente realizada. El TSJUE señala que los tiempos de disposición en favor del empresario van a ser considerados tiempo de trabajo o no, dependiendo de que esa puesta a disposición impida al trabajador el normal desarrollo de su vida personal y social.

[51] STJUE 21 febrero 2018, Matzak, asunto C- 518/5.

[52] Sempere Navarro advierte que el caso Matzak es sumamente relevante. La doctrina sobre la naturaleza del tiempo de disponibilidad ha generado muchos debates y ha provocado una pequeña revolución. Vid. Sempere Navarro, A., V: «Sobre el concepto "tiempo de trabajo" desde la perspectiva comunitaria: una saga peculiar» Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 4, 2022.

[53] La Directiva no se aplica a la retribución del tiempo de trabajo cuya regulación aborda, únicamente, desde el punto de la seguridad y salud. De manera, que la Directiva permite discernir si existe tiempo de trabajo o de descanso, pero no se pronuncia sobre la forma de retribución con la sola excepción de las vacaciones en determinados supuestos.

2.5. Necesidad de romper con el binomio trabajo - descanso

El tiempo de trabajo[54] y el de descanso[55] han constituido, tradicionalmente, dos términos extremos de una concepción binaria, sin categorías intermedias, cabe resaltar que la falta de un perfil claro que defina lo que se considera tiempo efectivo de trabajo determina que los pronunciamientos judiciales adquieran especial protagonismo en esta materia, cuestión que deviene especialmente compleja en los tiempos de mera disponibilidad, en los que, no se están prestando servicios efectivos[56]. Este sistema binario descarta las categorías intermedias (tiempo de espera, tareas preparatorias, funciones de apertura y cierre, etc.) y obliga a determinar si toda unidad cronológica pertenece a una u otra modalidad. no se trata de tiempos de trabajo o descanso absolutos. Hace ya más de diez años que se insistió en la necesidad de dar una respuesta jurídica clara al tratamiento que se debían a estos nuevos tiempos de disponibilidad[57]. Incluso un importante sector de la doctrina ha llegado a afirmar eslabón del sistema binario de la saga el TJUE sobre tiempo de descanso o de trabajo, sigue mostrando que no es sostenible en términos absolutos[58] , por ello, se recomienda abordar los tiempos de trabajo o descanso de totalmente diferente a la actual[59]. En la línea anterior cierto sector de la doctrina aboga por una regulación efectiva en relación con las zonas grises ,entre el tiempo de trabajo y los períodos de descanso, que fortalezca la seguridad jurídica a través de reglas generales, que garantice el derecho al descanso y a la salud de las personas trabajadoras a través de una limitación razonable de los tiempos de disponibilidad[60]. Quizás legislando con la introducción de tiempos intermedios un entre el trabajo efectivo con un determinado rendimiento y el tiempo de descanso con su desvinculación total de la actividad laboral[61].

---

[54] Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, según la cual el tiempo de trabajo es definido como «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» (art. 2.1). Para García Romero, el TJUE entiende el concepto de "tiempo de trabajo", en el sentido de la citada Directiva, goza de autonomía siendo el factor determinante el hecho de que el trabajador se halle obligado a permanecer físicamente en un lugar determinado por el empresario y a permanecer en él a disposición de este para poder prestar servicios inmediatamente en caso de necesidad, de manera que carece de libertad para administrar su tiempo y dedicarse a otras actividades personales o de ocio. Vid. García Romero, B.: «Tiempo de trabajo y tiempo de descanso: calificación de las pausas dentro de la jornada diaria en las que el trabajador debe permanecer preparado para intervenir en caso de necesidad en un lapso de dos minutos», Revista de Jurisprudencia laboral, núm. 9, 2021.

[55] El tiempo de descanso se define por oposición, como «todo período que no sea tiempo de trabajo» (art. 2.2).

[56] En este sentido, la óptica dicotómica marcada por el TJUE ha venido exige una labor de ubicación de cada situación particular a un lado o a otro del binomio, sin que quepa considerar como categorías intermedias ciertos tiempos que, de otro modo, podrían presentar algunas dudas, como el de espera, el dedicado a tareas preparatorias o a funciones de apertura y cierre. Vid. Martín Mazzucconi, C: «Tiempo de trabajo: elementos teóricos y prácticos para su delimitación jurídica» en VV.AA.: Maldonado Montoya, J. P. y Marín Moral, I. y Sempere Navarro, A. V. (dirs): Reordenación del Tiempo de Trabajo, BOE, 2022, p.188.

[57] Rodríguez Sanz de Galdeano insistía en que la disponibilidad indirecta no había sido reconocida como tal. El legislador se afana en limitar los abusos en la variación de horarios y jornada, en lugar de reconocer la categoría contractual de disponibilidad indirecta y otorgarle una cobertura jurídica que tenga en cuenta los intereses del empresario y garantice una protección mínima al trabajador, limitando los períodos de disponibilidad y concediendo una compensación mínima al trabajador. Vid. Rodríguez Sanz De Galdeano, B.: «La regulación de los tiempos de disponibilidad (presencia y localización) del trabajador en el derecho comunitario y en el derecho interno», Revista de Justicia Laboral núm. 41, 2010.

[58] Sempere Navarro, A, V: «Sobre el concepto "tiempo de trabajo" desde la perspectiva comunitaria: una saga peculiar», Revista Aranzadi Doctrinal núm. 4, 2022.

[59] Carrascosa Bermejo, D.: «El tiempo de trabajo en el derecho de la Unión Europea y su interpretación por el Tribunal de Justicia» en VV.AA.: Maldonado Montoya, J. P. y Marín Moral, I. y Sempere Navarro, A. V. (dirs): Reordenación del Tiempo de Trabajo, BOE, 2022.

[60] Lousada Arochena, J. F.: «Guardias localizadas: a veces tiempo de trabajo, a veces períodos de descanso», Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 1, 2022.

[61] Ortega Lozano, P. G.: «El concepto de tiempo de trabajo y su delimitación como trabajo efectivo por la jurisprudencia» en VV.AA.: González Ortega, S (dir): El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo (SEGUNDA PARTE

2.6. Comunicación 109/2023 Interpretativa de la Directiva

En marzo de 2024, la UE ha lanzado la Comunicación interpretativa C 109/2023 sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo[62] ha venido a actualizar la versión de 2017 y compilar la doctrina de autos y sentencias sobre esta materia, destacando, en el supuesto que nos ocupa, la consideración de la obligación de estar de guardia no presencial como «tiempo de trabajo» o «tiempo de descanso». Se argumenta que la directiva se está aplicando en un nuevo contexto marcado por los nuevos retos y oportunidades e incluso un nuevo concepto de trabajo, y con ello, de trabajadores[63].

Los mencionados pronunciamientos judiciales, abordan la cuestión de estar de guardia, dentro o fuera del lugar de trabajo, este último supuesto, más conflictivo abarcaría, un período durante el cual el trabajador no tiene que permanecer en el lugar de trabajo, pero debe estar localizable y preparado para responder en un plazo de tiempo determinado. El TJUE determinó que el hecho de que las guardias no presenciales se consideren tiempo «de descanso» o «de trabajo» dependía de la intensidad de las limitaciones impuestas al trabajador que afecten al modo en que pueda utilizar el tiempo en que esté en situación de alerta localizada, es esas circunstancias solo cuando debe considerarse tiempo de trabajo el dedicado a la prestación efectiva de servicios [64] . En consecuencia, los períodos de guardia no presencial en que una persona trabajadora está localizado a disposición de la empresa se calificarán como tiempo de trabajo o período de descanso valorando si las limitaciones que se le imponen durante dichos períodos de guardia son de tal naturaleza que afecten objetiva y muy significativamente su facultad para administrar libremente, en el referido período, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales[65], como la presencia de al menos uno de los dos elementos que se citan a continuación hace, en principio, que todo el período de «guardia no presencial» sea calificado de «tiempo de trabajo»:

— Que se requiera un plazo muy breve de tiempo («unos cuantos minutos») para retomar la actividad profesional en caso de necesidad.

— Que haya una frecuencia elevada de llamadas junto con una duración considerable de la actividad que realice efectivamente el trabajador, si es posible estimar con objetividad dicha frecuencia.

Por todo lo que la Comunicación Interpretativa 2023, considera que el caso del tiempo de «guardia no presencial», es el que más conflictividad judicial, provoca y puede provocar, y ello se podría evitar estableciendo ciertas pautas, La Comunicación considera que quizás se hace necesario que los órganos jurisdiccionales nacionales establezcan, en cada caso, si las limitaciones impuestas al trabajador por el empleador son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable

- TARJETA DE MEMORIA) XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Junta de Andalucía 2020.

[62] DOUE núm. 109, de 24 de marzo de 2023, páginas 1 a 68. La presente Comunicación pretende ayudar a las autoridades nacionales, a los ciudadanos y a las empresas con la aplicación de la Directiva 2003/88/CE. Solo el Tribunal es competente para formular interpretaciones autorizadas del Derecho de la Unión.

[63] Cabe destacar con relación a esta Comunicación Interpretativa y siguiendo a Rojo Torrecilla es importante resaltar que se señala que la aplicabilidad de la definición de trabajador no depende del estatuto de la persona según el derecho nacional, sino de si se considera "trabajador" según la definición de la UE. Esta definición se basa en aspectos concretos de sus disposiciones laborales, como si realiza actividades reales y efectivas bajo la dirección y supervisión de otra persona y recibe una remuneración por ello. Vid. Rojo Torrecilla, E.: «Tiempo de trabajo. Descanso diario y descanso semanal: dos periodos de tiempo claramente diferenciados» Revista de Jurisprudencia Laboral Núm. 3, 2023.

[64] STJUE 21 febrero 2018, Matzak. asunto C- 518/5. (ECLI: ECLI:EU:C: 2018:82).

[65] STJUE de 11 de noviembre de 2021, MG y Dublin City Council (ECLI:EU:C:2021:909).

a su capacidad para administrar libremente el tiempo en el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicar ese tiempo a sus propios intereses.

3. REFLEXIONES FINALES

— Aún a pesar de existir conflictividad judicial respecto a las «guardias presenciales» el Tribunal Supremo desde la Sentencia Pleno17 febrero 2022 sigue la línea de la sentencia comentada.

— La mayor complejidad reside en las «guardias no presenciales» que dependen de las circunstancias particulares que pueden llevar a aristas distintas y se hace muy recomendable una norma que homogenice sobre lo que se considera tiempo o no de trabajo o descanso.

— Los tribunales están avanzando en soluciones que son principalmente casuísticas, para cada caso, dentro de un marco de regulación que ha demostrado ser ineficiente ya que no se ha adaptado a la realidad actual.

— Resulta casi imprescindible una regulación que coordine la Ley del Estatuto de los Trabajadores con las previsiones contenidas en Convenios Internacionales y normas comunitarias en materia de ordenación del tiempo de trabajo.

— Siguiendo a SAN MARTÍN MAZZUCCONI, podemos sostener que el Derecho del Trabajo no puede permanecer impasible, limitándose a parcelar la jornada en compartimentos estancos de trabajo y descanso. Además, la Directiva 2003/88/CE ha resultado claramente superada por las tecnologías y por la flexibilidad asociada a los nuevos estilos de vida. Como colofón, sin duda, cabe afirmar que estamos en un momento de *convulsión jurídica* en torno al tiempo de trabajo y sus límites.

4. BIBLIOGRAFÍA

Basterra Hernández, M.*: Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*, Tirant lo Blanch, 2017.

Carrascosa Bermejo, D.: «El tiempo de trabajo en el derecho de la Unión Europea y su interpretación por el Tribunal de Justicia» en VV.AA.: *Reordenación del Tiempo de Trabajo*, Maldonado Montoya, J. P., Marín Moral, I. y Sempere Navarro, A. V. (Dirs), BOE, 2022

García Romero, B.: «Tiempo de trabajo y tiempo de descanso: calificación de las pausas dentro de la jornada diaria en las que el trabajador debe permanecer preparado para intervenir en caso de necesidad en un lapso de tiempo de dos minutos», *Revista de Jurisprudencia laboral*, núm. 9, 2021,

Lousada Arochena, J. F.*:* «Guardias localizadas: a veces tiempo de trabajo, a veces períodos de descanso», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1, 2022.

Marín Moral, I.: «El control del tiempo del trabajo y las nuevas relaciones laborales» en VV.AA.: *Reordenación del Tiempo de Trabajo*, Maldonado Montoya, J. P., Marín Moral, I. y Sempere Navarro, A. V. (Dirs), BOE, 2022.

Martín Rivera, L.: «Tendencias recientes en la ordenación del tiempo de trabajo*», Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 250, 2022.

Martínez Barroso M.ª R.: «La consideración de los desplazamientos desde el domicilio de la persona trabajadora hasta el del cliente como tiempo de trabajo», Revista Española de Derecho del Trabajo , núm. 262, 2023.

Montoya Medina, D.: «Guardias no presenciales: ¿tiempo de trabajo o periodo de descanso?». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, núm. 1 2021.

Morales Vallez, C.: «Sobre la consideración como tiempo de trabajo efectivo del tiempo de presencia», *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 11, 2022.

Ortega Lozano, P. G.: «El concepto de tiempo de trabajo y su delimitación como trabajo efectivo por la jurisprudencia» en VV.AA.: *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo (SEGUNDA PARTE - TARJETA DE MEMORIA) XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales,* Gónzalez Ortega, S. (Dir), Junta de Andalucía 2020

Poquet Catalá, R.: «Consideración en torno al tiempo de trabajo: tiempo de desplazamiento, tiempo de disponibilidad, y limitación del tiempo de trabajo efectivo», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 19, 2019.

Poquet Catalá, R.: «El desplazamiento como tiempo de trabajo, ¿debate no resuelto?», *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, núm. 11, 2021.

Requena Montes, O.: «Tiempo de presencia como tiempo de trabajo: el cómputo de las horas extraordinarias», *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 238, 2021.

Rodríguez Piñero Bravo y Ferrer, M.: «Descanso diario y descanso semanal en la Directiva 2003/88/CE», *Briefs AEDTSS*, núm. 21, Asociación de Derecho del Trabajo, 2023.

Rodríguez Sanz de Galdeano, B: «La ordenación del tiempo de trabajo: el caso SIMAP», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 102, 2003.

Rodríguez Sanz de Galdeano, B: «La regulación de los tiempos de disponibilidad (presencia y localización) del trabajador en el derecho comunitario y en el derecho interno» *Revista de Justicia Laboral*, núm. 41, 2010.

Rojo Torrecilla, E.: «Tiempo de trabajo. Descanso diario y descanso semanal: dos periodos de tiempo claramente diferenciados», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3, 2023.

San Martín Mazzucconi, C.: «Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral», Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social, núm. 148, 2021.

San Martín Mazzucconi, C.: «Generalización tecnológica: efectos sobre las condiciones de trabajo y empleo», en VV.AA.: *Conferencia Nacional Tripartita: El futuro del trabajo que queremos, Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, Madrid, 2017.

San Martín Mazzucconi, C.: «La conciliación de la vida laboral y extralaboral en la IV Revolución Industrial», VV. AA.: *El impacto de la industria 4.0 en el trabajo: una visión interdisciplinar,* Kahale Carrillo, D. T., (Dir.), Aranzadi, 2020.

San Martín Mazzucconi, C.: «Tiempo de trabajo: elementos teóricos y prácticos para su delimitación jurídica» en VV.AA.: *Reordenación del Tiempo de Trabajo*, Maldonado Montoya, J. P., Marín Moral, I. Sempere Navarro, A. V. (Dirs), BOE, 2022.

Sempere Navarro, A. V: «Sobre el concepto "tiempo de trabajo" desde la perspectiva comunitaria: una saga peculiar», *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4, 2022.

Urceley Lecue, M. C.: «Un período de guardia en régimen de disponibilidad no presencial solo constituye "tiempo de trabajo" cuando las limitaciones impuestas al trabajador afectan de manera considerable su capacidad de administrar su tiempo libre», *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 6, 2021.

VV.AA.: Sempere Navarro, A.V. y Pérez Campos, A. I. (Dirs): *Prontuario de Jurisprudencia Social Comunitaria* (1986-2020), Aranzadi, 2020.

Laborum

Derecho comparado y Derecho Extranjero

nº 8 (3er Trimestre 2023)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

La orden ejecutiva del presidente Biden número 14025, de 26 de abril de 2021, sobre sindicalización y empoderamiento de los trabajadores

Executive order of president Biden number 14025, of april 26th, 2021, on worker organizing and empowerment

Jesús Martínez Girón *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Facultad de Derecho-Universidad de A Coruña
https://orcid.org/0000-0002-3228-4242

Cita Sugerida: MARTÍNEZ GIRÓN, J. «La orden ejecutiva del presidente Biden número 14025, de 26 de abril de 2021, sobre sindicalización y empoderamiento de los trabajadores». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 8 (2023): 147-155.

Resumen

El reglamento federal autónomo a que se refiere este trabajo, promulgado por el Presidente demócrata (y consecuentemente, liberal) Sr. Biden, pretende promover el sindicalismo (y consecuentemente, incrementar la afiliación sindical) en los Estados Unidos. Provocó la elaboración de un informe, en 2022, que contiene cerca de 70 recomendaciones sobre el tema, realizado por una comisión presidida por la Sra. Kamala Harris, Vicepresidenta de los Estados Unidos, al que siguió la realización de otro informe sobre el cumplimiento de dichas recomendaciones, hecho público el 17 marzo 2023. El conjunto incluye novedades interesantes en materia de Derecho sindical, aunque con un alcance limitado, pues el reglamento federal autónomo de que traen causa se aplica única y exclusivamente en el ámbito del empleo público federal.

Palabras clave

Derecho Sindical, Derecho comparado, Empleo público federal, Estados Unidos, Orden ejecutiva.

Abstract

The autonomous federal rule to which this work deals with, enacted by the democrat (and consequently, liberal) President Biden, is aimed at promoting unionism (and consequently, union membership) in the United States. It provoked the elaboration of a report by a commission chaired by Kamala Harris, Vice President of the United States, in 2022, containing early 70 recommendations, which was followed by the working out of a further report, published in March 17th, 2023, about the implementation of such recommendations. This set includes a number of interesting novelties in the subject matter of Labor Union Law, although with a limited range, because it is only applicable to federal public employment.

Keywords

Comparative Law, Executive Order, Labor union Law, Federal public employment, United States.

1. LA ORDEN EJECUTIVA NÚMERO 14025, EN EL CONTEXTO DE LAS FUENTES DEL DERECHO FEDERAL NORTEAMERICANO

Con carácter general, cabe afirmar que una Orden presidencial Ejecutiva (*Executive Order*) es un reglamento federal autónomo, promulgado por el Presidente de los Estados Unidos con amparo en el poder (obviamente, ejecutivo) que le reconoce el artículo II de la Constitución federal de 1787[1]. Como reglamento autónomo que es, de un lado, su contenido no se incorpora —siempre como regla general— al texto del Código de Reglamentos Federales, a diferencia de lo que sucede con los reglamentos de desarrollo de las Leyes federales (genéricamente denominados *Rules and*

[1] Sobre el tema, clásico, véase Cooper, P. J.: By Order of the President. The use and abuse of Executive Direct Action, 2ª ed., University Press of Kansas, Lawrence-Kansas, 2014, pp. 33 y ss.

Fecha Recepción: 06/07/2023- Fecha Revisión: 07/06/2023- Fecha Aceptación: 07/06/2023
Págs. 147-155

Regulations)[2]; y de otro lado, dicho contenido tampoco puede invadir las competencias legislativas otorgadas por la Constitución federal, en su artículo I, al Congreso de los Estados Unidos, cabiendo recurrir —en caso contrario— a las Cortes federales de Derecho común (incluida la Corte Suprema de los Estados Unidos) para que el poder judicial federal lo anule, declarando inconstitucional la Orden Ejecutiva presidencial ilegítima de que se trate[3]. Su regulación legal es muy parca (y además, de carácter puramente formal), reconduciéndose a lo que dispone la sección 1505(a)(1) del Título 44 del Código de los Estados Unidos, allí donde este precepto afirma que «se publicarán en el Boletín Federal … las Órdenes Ejecutivas … presidenciales, excepto aquellas que no tengan aplicabilidad general y eficacia jurídica, o produzcan efectos sólo frente a las agencias federales o las personas que sean empleados, agentes o funcionarios de las mismas»[4]. Se numeran correlativamente y con numeración cardinal arábiga desde una Orden Ejecutiva de 20 octubre 1862, promulgada por el Presidente LINCOLN, a la que se asignó en 1907 el número 1[5], por lo que la protagonista de este trabajo hace el número 14025 de dicha larga serie de Órdenes Ejecutivas, en la que quedan comprendidos treinta y uno de los cuarenta y seis Presidentes de los Estados Unidos. Hay que presumir que se trata de una Orden Ejecutiva dotada de eficacia normativa general, pues apareció publicada en el Boletín Federal de 29 abril 2021, tres días después de que el Presidente BIDEN la hubiese firmado, en 26 abril 2021[6].

2. LA ORDEN EJECUTIVA NÚMERO 14025, EN EL CONTEXTO DE LA IDEOLOGÍA LIBERAL DEL PARTIDO DEMÓCRATA

Desde los tiempos del Presidente Franklin D. ROOSEVELT (1933-1945), pero no mucho antes, el Partido Demócrata es un partido de ideología «liberal»[7], significando esto —frente a la ideología «conservadora» del Partido Republicano— que propugna la intervención pública en asuntos sociales, resultando ser iconos de dicha ideología intervencionista, sí, pero protectora de los intereses de los más desfavorecidos, también, la Ley Nacional de Relaciones Laborales de 1935 (que es la Ley sindical, todavía vigente, más linajuda del mundo occidental), la Ley de Seguridad Social de 1935 (igualmente vigente, que acuñó la expresión jurídica que da nombre a la misma), así como la Ley de condiciones mínimas de trabajo de 1938 (vigente asimismo todavía, y a la que debemos en el mundo occidental la invención de la institución jurídica del salario mínimo interprofesional legal)[8]. La Orden Ejecutiva número 14025 del Presidente BIDEN (que pertenece al Partido Demócrata, habiendo sido Vicepresidente de los Estados Unidos durante los dos mandatos del Presidente OBAMA) se

[2] Por excepción, la sección 1510(g) del Título 44 del Código de los Estados Unidos prevé que puedan publicarse «en suplementos al Título 3 del Código de Reglamentos Federales [in supplements to Title 3 of the Code of Federal Regulations]». Sobre ambos Códigos federales, el de Leyes y el de Reglamentos, véase Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A.: Fundamentos de Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social, 3ª ed., Atelier, Barcelona, 2023, pp. 39-40.

[3] Al respecto, en lo laboral, es famoso el caso Chamber of Commerce of the United States v. Reich (1996), referencia oficial 74 F.3d 1322, en el que la Corte federal de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia anuló la Orden Ejecutiva número 12954 del Presidente CLINTON, por virtud de la cual se prohibía que el Gobierno federal estipulase contratas con empresas que tuviesen esquiroles (strike-breakers) en sus nóminas.

[4] Textualmente, «There shall be published in the Federal Register … Presidential Executive orders, except those not having general applicability and legal effect or effective only against Federal agencies or persons in their capacity as officers, agents, or employees thereof». Sobre el tema, sigue resultando crucial la Orden Ejecutiva número 11030 de 1962, del Presidente KENNEDY, sobre preparación, presentación, registro y publicación de Proclamaciones y Órdenes Ejecutivas. Comentándola, véase Martínez Girón, J.: «La primera Orden Ejecutiva del Presidente Donald Trump sobre Derecho de la Seguridad Social», Revista de Derecho de la Seguridad Social, número 13, 2017, p. 231.

[5] Véase Cooper, P. J.: By Order of the President. The use and abuse of Executive Direct Action, 2ª ed., cit., pp. 45 y ss.

[6] Su referencia oficial es 86 FR 22829. Dicho Boletín oficial posee en Internet su propio portal, ubicado en www.federalregister.gov, donde pueden consultarse todas las Órdenes Ejecutivas presidenciales.

[7] Al respecto, véase Arufe Varela, A. y Martínez Girón, J.: Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por la senda de los Estados Unidos en sus libros, Atelier, Barcelona, 2023, p. 71.

[8] Ibidem, pp. 93 y ss.

ajusta como un guante a la ideología recién descrita. Formalmente hablando, lo prueba el hecho de que la primera Ley federal mencionada por dicha Orden Ejecutiva sea la citada Ley sindical de 1935, respecto de la que afirma que «la Ley Nacional de Relaciones Laborales … proclama que la política de los Estados Unidos es favorecer la sindicación de los trabajadores y la negociación colectiva, y promover la igualdad del poder de negociación entre empresarios y trabajadores»[9]. Y en cuanto al fondo, la evidencia clave —sobre la base de que diversas circunstancias, que relata, «han hecho extremadamente difícil la sindicalización de los trabajadores»[10]— es su afirmación de que «el resultado ha sido un constante declinar de la densidad sindical en los Estados Unidos, y la pérdida de poder y de voz de los trabajadores en los centros de trabajo y en las comunidades en todo el país»[11], resultando ser típicamente norteamericana, además, su conclusión —que en España muchos políticos de muy diversos espectros ideológicos considerarían incluso malsonante, casi como un taco— de que «este declinar ha sido un albergue de consecuencias negativas para los trabajadores y la economía norteamericanos, incluidos el debilitamiento y la contracción de la clase media [*sic*] norteamericana»[12]. Subraya todo lo dicho el hecho de que procediese a revocar dos Órdenes Ejecutivas del Presidente TRUMP[13], en línea con la revocación de otras Órdenes Ejecutivas de este último (marcadamente antisindicales), decretada por el Presidente BIDEN inmediatamente después de su toma de posesión[14].

3. EL INFORME PREVISTO POR LA ORDEN EJECUTIVA NÚMERO 14025

Con todo ese telón de fondo, el núcleo duro del contenido de la Orden Ejecutiva 14025 es la elaboración de un informe o «*report*» en el que, de un lado, se «identificarán políticas, prácticas y programas del poder ejecutivo, que podrían utilizarse, en congruencia con el Derecho aplicable, para promover la política de mi Administración de apoyo al poder del trabajador, a la sindicalización del trabajador, y a la negociación colectiva»[15], teniendo en cuenta que «esta identificación incluirá políticas, prácticas y programas que podrían utilizarse para promover el poder del trabajador en zonas del país con leyes laborales hostiles, para trabajadores marginalizados (incluidas mujeres y personas de color) y para sectores difíciles de sindicalizar, y sectores en transformación»[16]; y de otro lado, se efectuarán «recomendaciones relativas a cambios en las políticas, prácticas, programas y a

[9] Cfr. su sección 1 (rotulada «Política y Consideraciones [Policy and findings]»), párrafo primero. Textualmente, «The National Labor Relations Act … proclaims that the policy of the United States is to encourage worker organizing and collective bargaining and to promote equality of bargaining power between employers and employees».

[10] Ibidem, párrafo segundo. Textualmente, «have made worker organizing exceedingly difficult».

[11] Ibidem, párrafo tercero, inciso primero. Textualmente, «The result has been a steady decline in union density in the United States and the loss of worker power and voice in workplaces and communities across the country».

[12] Ibidem, inciso segundo. Textualmente, «This decline has had a host of negative consequences for American workers and the economy, including weakening and shrinking America's middle class».

[13] Cfr. su sección 4 (rotulada «Revocations»), relativa a las revocaciones de las Órdenes ejecutivas número 13845, de 19 julio 2018, y número 13931, de 26 junio 2020.

[14] Se trata de la Orden Ejecutiva número 14003, de 22 enero 2021, revocatoria de las Órdenes Ejecutivas números 13836, 13837 y 13839, las tres de 25 mayo 2018. Con una perspectiva comparada de la Administración TRUMP, desde el punto de vista jurídico-laboral y con análisis pormenorizado de su no ocultada ideología antisindical, véase Martínez Girón, J.: La funcionarización del personal laboral de las Administraciones públicas, Atelier, Barcelona, 2019, pp. 25 y ss. El propio Presidente TRUMP, que nunca promovió la elevación de la cuantía del salario mínimo interprofesional federal, era proclive a la supresión de este último. Al respecto, véase Arufe Varela, A.: «Los partidos políticos y el salario mínimo interprofesional español. Un estudio comparado con las políticas anti-austeridad salarial en los Estados Unidos», Derecho de las Relaciones Laborales, número 7, 2017, pp. 570 y ss.

[15] Cfr. sección 2(b), inciso primero. Textualmente, «shall identify executive branch policies, practices, and programs that could be used, consistent with applicable law, to promote my Administration's policy of support for worker power, worker organizing, and collective bargaining».

[16] Ibidem, inciso segundo. Textualmente, «This identification shall include policies, practices, and programs that could be used to promote worker power in areas of the country with hostile labor laws, for marginalized workers (including women and persons of color) and hard-to-organize industries, and in changing industries».

otros cambios que servirían a los objetivos de esta Orden»[17]. A tal efecto, ordenaba la creación de un comité (denominado «Fuerza Operativa [*Task Force*]»)[18], presidido por la Sra. Kamala HARRIS, Vicepresidenta de los Estados Unidos, e integrado —entre otras autoridades— por hasta trece Ministros del Gobierno federal (incluido «el Ministro de Trabajo, que actuará como Vicepresidente de la Fuerza Operativa»)[19], indicándose que podría consultar «a la Oficina Nacional de Relaciones Laborales, a la Autoridad Federal de Relaciones Laborales, a la Oficina de Mediación Nacional, y a otras agencias ejecutivas, oficinas y comisiones con responsabilidad en la ejecución de las Leyes relativas a la sindicalización de trabajadores y a la negociación colectiva»[20]. Además, la Orden Ejecutiva imponía un límite temporal a la elaboración de dicho informe, pues «en los 180 días siguientes a la fecha de esta Orden, la Fuerza Operativa someterá al Presidente recomendaciones sobre las acciones descritas … para promover la sindicalización de los trabajadores y la negociación colectiva en los sectores privado y público, y para incrementar la densidad sindical»[21].

4. LA APROBACIÓN POR EL PRESIDENTE BIDEN, EN 7 FEBRERO 2022, DEL INFORME PREVISTO POR LA ORDEN EJECUTIVA NÚMERO 14025

Como resultaba previsible, la comisión presidida por la Vicepresidenta de los Estados Unidos cumplió su tarea de elaborar el informe, aunque la aprobación del mismo por parte del Presidente BIDEN se demorase un poco, habiéndose producido el 7 febrero 2022. Este informe se titula «*White House Task Force on Worker Organizing and Empowerment. Report to the President*», y se extiende a lo largo de más de cuarenta páginas[22]. Habla de las «cerca de 70 recomendaciones que se encuentran contenidas en este informe»[23], aunque no se encuentren numeradas. Sí están, en cambio, agrupadas en cuatro grandes apartados, de los cuales el primero se refiere a los «Trabajadores Federales [*Federal Employees*]» (se rotula «Hacer del Gobierno federal un empresario modelo»)[24], mientras que las tres restantes se refieren a «Todos los Trabajadores [*All Employees*]» (rotulándose, respectivamente, «Incrementar la visibilidad, apoyo, conocimiento y promoción de la negociación colectiva»[25], «Asegurar la efectiva exigencia del cumplimiento de las leyes existentes»[26], y «Desarrollar investigación y recogida de datos para avanzar en la política sobre sindicalización y empoderamiento del trabajador»[27]). Evidentemente, hay recomendaciones relativamente fáciles de cumplir, bien de carácter extralaboral (por ejemplo, la de «Reducir las cargas administrativas y fiscales de los trabajadores para afiliarse a sindicatos»)[28], bien de naturaleza sindical (por ejemplo, «Incrementar el número y la coordinación de los consejeros sindicales de las agencias»)[29], bien directamente dirigidas a los trabajadores (por ejemplo, «Lanzar la Iniciativa Conoce tus Derechos,

[17] Cfr. sección 2(c). Textualmente, «recommendations regarding changes to policies, practices, programs, and other changes that would serve the objectives of this order».

[18] Cfr. sección 2(a).

[19] Ibidem, subapartado (i). Textualmente, «the Secretary of Labor, who shall serve as Vice Chair of the Task Force».

[20] Cfr. sección 2(d). Textualmente, «the National Labor Relations Board, the Federal Labor Relations Authority, the National Mediation Board, and other executive agencies, boards, and commissions with responsibility for implementing laws concerning worker organizing and collective bargaining».

[21] Cfr. sección 2(g), inciso primero. Textualmente, «The Task Force shall, within 180 days of the date of this order, submit to the President recommendations for actions as described … to promote worker organizing and collective bargaining in the public and private sectors, and to increase union density».

[22] Puede localizarse en el sitio en Internet de la Casa Blanca, ubicado en www.whitehouse.gov.

[23] Cfr. p. 3. Textualmente, «nearly 70 recommendations that are contained in this report». El índice de las mismas («Full list of Recommended Executive Actions») consta en sus pp. 13-14.

[24] Textualmente, «Making the Federal Government a Model Employer».

[25] Textualmente, «Increasing Visibility, Support, Awareness, and Promotion of Collective Bargaining».

[26] Textualmente, «Ensuring Effective Enforcement of Existing Laws».

[27] Textualmente, «Developing Research and Collecting Data to Advance Policy about Worker Organizing and Empowerment».

[28] Textualmente, «Reduce Administrative and Tax Burdens on Workers Joining Unions».

[29] Textualmente, «Increase the Number and Coordination of Agency Labor Advisors».

sobre los derechos de sindicación y negociación colectiva»[30], por no hablar de las varias relativas a la elaboración de otro tipo de «guías»), aunque otras se confiesen no tan fáciles de lograr (por ejemplo, la extralaboral de «Explorar potenciales estímulos fiscales que eliminen barreras a la sindicalización de los trabajadores»)[31], llamando la atención —en todo caso— el crecido número de ellas que afectan a los contratistas privados del Gobierno federal (llamados «*Federal contractors*»), y sin que falte alguna a calificar de típicamente norteamericana (por ejemplo, la relativa a «Analizar la relación entre densidad sindical y estabilidad y crecimiento de la clase media»)[32].

5. EL INFORME SOBRE LA PUESTA EN PRÁCTICA DE LAS RECOMENDACIONES APROBADAS POR EL PRESIDENTE BIDEN, HECHO PÚBLICO EL 17 MARZO 2023

Aparte la elaboración de este informe, la Orden Ejecutiva número 14025 también imponía a la comisión citada el deber poner en práctica las recomendaciones, así como de informar sobre los progresos habidos al respecto (literalmente, «la Fuerza operativa y sus miembros trabajarán para poner en práctica todas las recomendaciones que el Presidente pueda aprobar, con el alcance permitido por la ley, e informarán de sus progresos bajo la dirección de su Presidenta»)[33]. Esta última volvió a cumplir lo ordenado, haciendo público el 17 marzo 2023, dos años después de la promulgación de la Orden Ejecutiva, un informe titulado «La fuerza Operativa de la Casa Blanca sobre Sindicalización y Empoderamiento de los Trabajadores: Actualización de la Puesta en Práctica de las Acciones Aprobadas»[34]. Se trata de un escrito relativamente breve, pero sin concesiones a la paja[35], que comienza afirmando —con referencia expresa al Presidente BIDEN— que su «principio guía [*guiding principle*]» ha sido la afirmación presidencial de que «los sindicatos construyeron la clase media»[36], enfatizando que «como ahora nosotros estamos reconstruyendo Norteamérica, ellos pueden ayudar a reconstruir la clase media en ese proceso»[37]. Lo importante es que va acompañado de una «tabla» anexa, de casi cuarenta páginas[38], a cuatro columnas, respectivamente relativas a la agencia federal (si es que la hay) implicada («*Agency*»), a la acción recomendada («*Recommended action*»), al grado de cumplimiento hasta la fecha («*Progress to date*») y a los enlaces de Internet (que pueden ser muchos) donde acudir para verificar el correspondiente grado de cumplimiento («*Related links*»). Dado el tamaño de toda esta información, me referiré en lo que sigue al grado de cumplimiento de sólo tres recomendaciones, aunque la criba efectuada no me parezca en absoluto arbitraria, de un lado, porque dichas recomendaciones merecen la consideración de «*highlights*» en el texto del informe que precede al anexo en cuestión; y de otro lado y sobre todo, por causa —desde la perspectiva del Derecho español— de su superior interés comparatista.

[30] Textualmente, «Launch a Know Your Rights Initiative on the Rights to Organize and Collectively Bargain».

[31] Textualmente, «Explore Potential Tax Levers to Remove Barriers to Worker Organizing».

[32] Textualmente, «Analyze Relationship between Union Density and Middle-Class Stability and Growth».

[33] Cfr. sección 2(g), inciso tercero. Textualmente, «The Task Force and its members shall work to implement all recommendations that the President may approve, to the extent permitted by law, and shall report their progress as directed by the Chair».

[34] Textualmente, «The White House Task Force on Worker Organizing and Empowerment: Update on Implementation of Approved Actions».

[35] Su texto puede localizarse en el sitio en Internet citado de la Casa Blanca.

[36] Cfr. p. 1. Textualmente, «unions built the middle class».

[37] Ibidem. Textualmente, «as we now rebuild America they can help rebuild the middle class in the process».

[38] Esta tabla (table) la publica el portal en Internet del Ministerio federal de Trabajo, ubicado en www.dol.gov, a través del vínculo «update», dentro de lo que denomina «Highlights of Department of Labor Actions in the Worker Organizing and Empowerment Task Force Implementation Update».

5.1. El grado de cumplimiento de la recomendación sobre facilitación del acceso sindical a centros de trabajo federales

En los Estados Unidos, el acceso de los sindicatos a los centros de trabajo para «organizar» a los trabajadores allí empleados (y fundamentalmente, para que les apoderen como agentes de la negociación colectiva) es un verdadero problema, de un lado, porque no existe en la citada Ley Nacional de Relaciones Laborales nada parecido a lo dispuesto en los artículos 8, 9 y 10 de nuestra Ley Orgánica 11/1985, de libertad sindical, a propósito del ejercicio de la actividad sindical en la empresa por personas no empleadas en ella; y de otro lado, porque la Corte Suprema de los Estados Unidos ha confirmado que el derecho de propiedad privada del empresario (protegido por la Quinta y Decimocuarta Enmiendas de la Constitución federal) prevalece sobre el derecho de los sindicatos a acceder a las instalaciones empresariales o a sus aledaños (por ejemplo, aparcamientos o vías de acceso, si es que fuesen de titularidad empresarial), con la finalidad de contactar con los trabajadores, aunque estos contactos no interfieran el normal desarrollo de la actividad productiva de la empresa[39]. De ahí la importancia de la recomendación efectuada en el informe previsto por la Orden Ejecutiva número 14025 (y aprobada por el Presidente BIDEN), relativa a «asegurar el acceso de los organizadores sindicales a los trabajadores de los contratistas del sector privado en las propiedades federales»[40]. Al respecto, el informe citado de cumplimiento de 2023 pone de relieve lo siguiente: 1) «cuatro agencias de la Fuerza operativa —los Ministerios de Defensa e Interior, la Administración de Servicios Generales y la Oficina de Gestión de Personal (OPM)— se comprometieron a facilitar, con seguridad y sin riesgos, que los representantes sindicales accediesen a sus afiliados sindicales actuales o potenciales, para discutir sus derechos»[41]; 2) «una quinta agencia —el Ministerio de Seguridad Interior— ha realizado acciones desde entonces para facilitar el acceso en los aeropuertos, mediante el trabajo de la Administración para la Seguridad del Transporte»[42]; y 3) «estas acciones harán posible para más trabajadores escuchar y hablar con los organizadores sindicales en sus lugares de trabajo —un paso importante para abordar el desequilibrio de información que existe al amparo del Derecho vigente»[43].

5.2. El grado de cumplimiento de la recomendación sobre incremento de la densidad sindical en el empleo público federal

La mejor doctrina científica laboralista norteamericana denunció (poco antes del estallido de la pandemia) el continuado declive de la afiliación a los sindicatos en los Estados Unidos, con la consecuencia de que sólo un porcentaje muy bajo de trabajadores norteamericanos (la previsión era del 11,3 por ciento en 2018, totalizando poco más de dieciséis millones de trabajadores) se

[39] Al respecto, véase Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A.: «El derecho de acceso de los representantes sindicales ajenos al centro de trabajo (das Zugangsrecht durch betriebsfremde Gewerkschaftsbeauftragte) a las instalaciones del propio centro de trabajo. Un análisis comparativo de la jurisprudencia alemana, española y federal norteamericana», Relaciones Laborales, número 23-24, 2009, pp. 775 y ss.; y Martínez Girón, J.: «El derecho de acceso a la empresa por representantes sindicales ajenos a la propia empresa. Su negación por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso Cedar Point Nursery v. Hassid (2021)», Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum, número 4, 2022, pp. 181 y ss.

[40] Cfr. p. 13. Textualmente, «Ensure Union Organizer Access to Private-Sector Contractors' Employees on Federal Property».

[41] Cfr. p. 3. Textualmente, «Four Task Force agencies —the Departments of Defense and Interior, the General Services Administration, and the Office of Personnel Management (OPM)— committed to securely and safely make it easier for union representatives to reach potential or current union members to discuss their rights».

[42] Ibidem. Textualmente, «A fith agency —the Department of Homeland Security— has since taken action to facilitate access at airports through the work of the Transportation Security Administration».

[43] Ibidem. Textualmente, «These actions will make it possible for more workers to talk with and hear from union organizers at their workplaces —a significant step in addressing the imbalance of information that exists under current law».

encontrase cubierto por convenios colectivos (que son, además, única y exclusivamente convenios empresariales), apuntando que esta situación únicamente podría revertirse con una reforma legislativa radical, que tuviese en cuenta los modelos de negociación colectiva sectorial operativos en toda Europa continental[44]. De ahí la importancia del conjunto de recomendaciones, asimismo aprobadas por el Presidente BIDEN y que afectaban a «todos los trabajadores», agrupadas bajo el rótulo «Facilitar el primer convenio colectivo a los trabajadores que activan un sindicato»[45]. Pues bien, en el informe sobre el grado de cumplimiento de estas recomendaciones no figuran datos acerca de cuántos primeros convenios colectivos empresariales se estipularon, aunque el Gobierno federal se muestre eufórico por haber logrado revertir la que parecía una continua e imparable línea de descenso de las cifras totales de afiliación sindical. Al respecto, destaca que «la Fuerza Operativa se enorgullece al anunciar que el número de trabajadores del Gobierno Federal afiliados a un sindicato se ha incrementado cerca del 20%»[46], concretando que «desde que la Oficina de Gestión de Personal (OPM) empezó a trabajar con las agencias sobre una mejor información a los trabajadores de su derecho a afiliarse a sindicatos, cerca de *80.000 trabajadores* lo han hecho así»[47]. Y lo mismo ocurre a nivel general, pues «en el año fiscal 2022, las solicitudes de representación sindical se incrementaron un 53% sobre el año precedente, según la Oficina Nacional de Relaciones Laborales»[48], con la consecuencia de que «la afiliación total a los sindicatos creció en 273.000, en 2022»[49], lo que supone «su nivel más alto [de crecimiento] en 60 años»[50].

5.3. El grado de cumplimiento de la recomendación sobre convenios colectivos de proyectos de adjudicación de contratas federales

El llamado convenio colectivo de proyecto (*project labor agreement*) es una institución controvertida en los Estados Unidos (muchos empresarios privados se oponen a ella, por considerarla contraria a la libertad de empresa), habiendo hecho correr ríos de tinta en la literatura jurídico-laboral norteamericana[51]. Forma parte tradicionalmente de las cláusulas sociales de los pliegos de condiciones administrativas para la adjudicación de contratas (especialmente, de obras de construcción) por parte de las agencias federales, las cuales obligan a los postores a presentar un proyecto de convenio colectivo, que tendrán que negociar luego con los sindicatos si es que se convierten en adjudicatarios de la contrata licitada. Para el Presidente BIDEN, constituyen una auténtica prioridad, pues sólo tres días antes de hacerse público el informe de la Fuerza Operativa de la Vicepresidenta HARRIS, a que vengo refiriéndome, promulgó la Orden Ejecutiva número 14063, de 4 febrero 2022[52], para fomentar el uso de este tipo de convenios colectivos en los proyectos de obras de construcción federales[53],

[44] Véase Kate, A. y Rogers, B.: Rebuilding worker voice in today's economy, Roosevelt Institute-Creative Commons, Los Angeles, 2017, pp. 5 y ss.

[45] Cfr. p. 13. Textualmente, «Facilitating First Contracts for Employees Who Organize a Union».

[46] Cfr. p. 1. Textualmente, «the Task Force is proud to announce that the number of Federal Government employees in a union has increased by nearly 20%».

[47] Ibidem. Textualmente, «Since the Office of Personnel Management (OPM) began working with agencies to better inform federal workers of their right to join a union, nearly 80,000 workers have done so».

[48] Cfr. p. 2. Textualmente, «In fiscal year 2022, petitions for union representation increased 53% over the year before, according to the National Labor Relations Board».

[49] Ibidem. Textualmente, «overall union membership grew by 273,000 in 2022».

[50] Ibidem. Textualmente, «its highest level in 60 years».

[51] Véase, por ejemplo, Ferguson, J. F.: «Project labor agreements: Legal and political considerations for public projects», VBA News Journal, volumen 38-4, 2011, pp. 10 y ss.; Figueroa, M., Grabelsky, J. y Lamare, J. R.: «Community workforce agreements: A tool to grow the union market and to expand access to lifetime careers in the unionized building trades», Labor Studies Journal, volumen 38-1, 2013, pp. 7 y ss.; y Button, C.: «Fair and open competition or death to the union: Project labor agreements in today's politically contentious atmosphere», UIC Law Review, volumen 52-2, 2019, pp. 531 y ss.

[52] Referencia oficial 87 FR 7363.

[53] Llega a definirlos en su sección 2(e), afirmando que «"convenio colectivo de proyecto" significa un pre-convenio colectivo con uno o más sindicatos, que establezca los términos y condiciones de empleo en un proyecto de

exigiéndolo si la cuantía de la obra licitada es al menos de 35 millones de dólares[54]. El informe sobre recomendaciones aprobadas por el Presidente BIDEN se refiere a ellos, hablando de «incluir un convenio colectivo de proyecto, con preferencia de evaluación, en las contratas de construcción del Ministerio del Interior»[55], pudiendo referirse a «proyectos para construir escuelas tribales, para reemplazar y reparar puentes y carreteras en nuestros parques nacionales o refugios de vida salvaje, o para construir laboratorios para el Instituto Geológico de los E[stados] U[nidos]»[56]. Por su parte, el informe sobre el grado de cumplimiento de las recomendaciones aprobadas lo que destaca es que la utilización de este tipo de cláusulas sociales se incrementó en el Ministerio de Energía («exigiendo a los solicitantes… el uso de convenios colectivos de proyecto»)[57], así como en el Ministerio de Transportes («inclusión de criterios de evaluación adicionales … que crearán … convenios colectivos de proyecto»)[58].

6. EPÍLOGO

En línea con la doctrina científica laboralista europea (y más en concreto, la italiana) interesada en el estudio de las Órdenes presidenciales Ejecutivas norteamericanas[59], cabe concluir resaltando el limitado alcance innovador que tienen las mismas, ceñido a la Administración pública federal (por causa, como se dijo antes, de su naturaleza jurídica de reglamentos autónomos), a ser declaradas inconstitucionales si invadiesen el espacio reservado por la Constitución a las Leyes federales. A día de hoy, supuesta una eventual invasión de dicho espacio acotado, no cabe dudar en absoluto de que la declaración de inconstitucionalidad acabaría produciéndose inexorablemente (lo que explica las referencias, por ejemplo, a «*within the applicable law*», «*consistent with the applicable law*» o a «*the extent permitted by law*», contenidas en la Orden Ejecutiva que he venido comentando), pues la actual Corte Suprema de los Estados Unidos es de mayoría «conservadora»[60], tras haber tenido el Presidente TRUMP la fortuna de poder cubrir vitaliciamente hasta tres vacantes en dicha Corte, ocupadas por Jueces no proclives, en principio, a convalidar eventuales excesos reglamentarios cometidos por un Presidente «liberal», como es el caso del Sr. BIDEN. Por lo demás, la actual composición del legislativo federal norteamericano (con mayoría republicana en la Cámara de Representantes, y con una mayoría demócrata muy ajustada en el Senado)[61] imposibilita que el Presidente BIDEN pudiese sacar adelante por su cuenta iniciativas legislativas modificadoras de las Leyes federales sindicales, en la línea de su Orden Ejecutiva número 14024 (y más, teniendo en cuenta que el año que viene habrá nuevas elecciones presidenciales, con un país profundamente polarizado, como sucedió en las pasadas elecciones, en que no sin polémica resultó elegido el Presidente BIDEN), supuesto que las

construcción específico». Textualmente, «"project labor agreement" means a pre-hire collective bargaining agreement with one ore more labor organizations that establishes the terms and conditions of employment for a specific construction project».

[54] Cfr. su sección 2(c).

[55] Cfr. p. 15. Textualmente, «Include a Project Labor Agreement Evaluation Preference for Department of Interior Construction Contracts».

[56] Cfr. p. 37. Textualmente, «projects to build tribal schools, replace and repair bridges and roads in our national parks or national wildlife refuges, or construct laboratory space for the U.S. Geological Survey».

[57] Cfr. p. 2. Textualmente, «requiring applicants to … use project labor agreements».

[58] Ibidem. Textualmente, «inclusion of additional evaluation criteria … that will create … project labor agreements».

[59] Véase Luisetto, L. G. y Nogler, L. (Ed.), Una nuova agenda statunitense di contrasto al monopsonio nei mercati di lavoro, Fondazione Giacomo Brodolini, Roma, 2022, pp. 13 y ss., monográficamente sobre la Orden Ejecutiva número 14036, de 9 julio 2021, del propio Presidente BIDEN.

[60] Al respecto, véase Arufe Varela, A. y Martínez Girón, J.: Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por la senda de los Estados Unidos en sus libros, cit., pp. 204 y ss.

[61] Al respecto, véanse los datos sobre la 118ª Legislatura del Congreso de los Estados Unidos (período de sesiones 2023-2025), publicados en el portal en Internet del Senado de los Estados Unidos, ubicado en www.senate.gov, a través del enlace «Party Division».

únicas Leyes federales de consenso entre demócratas y republicanos (o Leyes «*bipartisan*») fáciles de aprobar son tradicionalmente las Leyes anuales de presupuestos generales de las fuerzas armadas[62].

7. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Arufe Varela, A.: «Los partidos políticos y el salario mínimo interprofesional español. Un estudio comparado con las políticas anti-austeridad salarial en los Estados Unidos», *Derecho de las Relaciones Laborales*, número 7, 2017.

Arufe Varela, A. y Martínez Girón, J.: *Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por la senda de los Estados Unidos en sus libros*, Atelier, Barcelona, 2023.

Button, C.: «Fair and open competition or death to the union: Project labor agreements in today's politically contentious atmosphere», *UIC Law Review*, volumen 52-2, 2019.

Cooper, P. J.: *By Order of the President. The use and abuse of Executive Direct Action*, 2ª ed., University Press of Kansas, Lawrence-Kansas, 2014.

Ferguson, J. F.: «Project labor agreements: Legal and political considerations for public projects», *VBA News Journal*, volumen 38-4, 2011.

Figueroa, M., Grabelsky, J. y Lamare, J. R.: «Community workforce agreements: A tool to grow the union market and to expand access to lifetime careers in the unionized building trades», *Labor Studies Journal*, volumen 38-1, 2013.

Kate, A. y Rogers, B.: *Rebuilding worker voice in today's economy*, Roosevelt Institute-Creative Commons, Los Angeles, 2017.

Luisetto, L. G. y Nogler, L. (Ed.), *Una nuova agenda statunitense di contrasto al monopsonio nei mercati di lavoro*, Fondazione Giacomo Brodolini, Roma, 2022.

Martínez Girón, J.: «La primera Orden Ejecutiva del Presidente Donald Trump sobre Derecho de la Seguridad Social», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, número 13, 2017.

Martínez Girón, J.: *La funcionarización del personal laboral de las Administraciones públicas*, Atelier, Barcelona, 2019.

Martínez Girón, J.: «El derecho de acceso a la empresa por representantes sindicales ajenos a la propia empresa. Su negación por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Cedar Point Nursery v. Hassid* (2021)», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, número 4, 2022.

Martínez Girón, J.: «Mujer y fuerzas armadas. Un ámbito profesional de-generado en los Estados Unidos», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, volumen XIV, 2023.

Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A.: «El derecho de acceso de los representantes sindicales ajenos al centro de trabajo (*das Zugangsrecht durch betriebsfremde Gewerkschaftsbeauftragte*) a las instalaciones del propio centro de trabajo. Un análisis comparativo de la jurisprudencia alemana, española y federal norteamericana», *Relaciones Laborales*, número 23-24, 2009.

Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A.: *Fundamentos de Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3ª ed., Atelier, Barcelona, 2023.

[62] Sobre dichas Leyes, véase Martínez Girón, J.: «Mujer y fuerzas armadas. Un ámbito profesional de-generado en los Estados Unidos», Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo, volumen XIV, 2023, en prensa.

Laborum

Economía, Sociología e Historia de las Relaciones de Trabajo y del Estado Social

nº 8 (3er Trimestre 2023)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Informe preliminar con perspectiva interseccional sobre sesgos de género en la Inteligencia Artificial

Preliminary report with intersectional perspective on gender bias in Artificial Intelligence

Instituto de las Mujeres

El presente apartado constituye un elaborado resumen sistemático de algunos de los principales puntos contenido en el Informe preliminar con perspectiva interseccional sobre sesgos de género en la inteligencia artificial, Instituto de las Mujeres, 2023, disponible en:
https://www.inmujeres.gob.es/areasTematicas/SocInfo/Estudios/docs/Informe_Sesgos_Genero_IA.pdf

1. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO PROYECCIÓN CULTURAL

La Inteligencia Artificial (IA) es un término que abarca un conjunto de tecnologías y campos de investigación con el objetivo de crear máquinas capaces de imitar la forma con la que las personas a) piensan, b) observan/perciben y c) reaccionan. La semántica antropomorfizante usada en este campo "aprendizaje", "visión artificial", "inteligencia", etcétera, difiere del proceso matemático, estadístico y técnico en sí. Su uso es más bien resultado de la cooptación de vocabulario de las humanidades y las ciencias sociales. Dentro de esas disciplinas técnicas, conceptos que requieren intencionalidad, una teoría de la mente, etc. -como el término "aprendizaje"- son redefinidos en base a la "sensación" o "impresión" que dichas tecnologías evocan en el observador, aunque no sea un proceso de aprendizaje en sí.

Con ello, la IA como término abarca más bien una proyección de objetivos y expectativas antropomorfizantes. Un intento de delegar racionalidad a objetos o crear máquinas con cualidades o habilidades humanas: aprender, reaccionar, actuar. La terminología usada no es expresión de inteligencia, entendimiento o aprendizaje equiparables a los procesos de pensamiento o aprendizajes humanos. Por ese motivo el presente informe hará uso de expresiones como "sistemas de automatización o sistemas algorítmicos" en vez de IA y referenciará tecnologías concretas; si bien estas mismas también usan nombres antropomorfizantes: visión artificial, aprendizaje de máquinas, procesamiento de lenguajes naturales, sistemas expertos, etc.

Algunas de las sub-áreas de la IA, en especial el aprendizaje de máquinas, el procesamiento de lenguajes naturales y la "visión" artificial, están viviendo un auge en el mercado de la mano de grandes compañías como Amazon, Alphabet (Google), Meta (Facebook), Microsoft, SAP, Disney, Spotify, Tesla, American Express, Pfizer o Thales.

Dependiendo de la tecnología usada (visión artificial, aprendizaje de máquinas, etc.) el proceso de diseño, creación e implementación de un sistema de automatización difiere.

En el aprendizaje de máquinas, una de las tecnologías "IA" más populares en el mercado, los programas de software son creados automáticamente con datos y algoritmos. Es decir, la ingeniería y ciencia de datos dejan de programar software directamente y pasan a desarrollar un proceso en el

Fecha Recepción: 02/03/2023 - Fecha Revisión: 02/03/2023 - Fecha Aceptación: 03/03/2023
Págs. 159-174

que determinados algoritmos generan automáticamente un modelo en base a un conjunto de datos definidos. Ese modelo es el programa de software.

Modelo = Datos + algoritmo

Este tipo de automatización con sistemas algorítmicos complejos está desplegándose en todos los sectores de nuestra sociedad. Los códigos éticos, estándares, leyes y proyectos de ley entorno a la evaluación y regulación de dichos sistemas se enfocan primordialmente en la evaluación de los algoritmos y de los datos.

No obstante, como toda tecnología, el aprendizaje de máquinas hace referencia a un "conjunto de herramientas, máquinas, sistemas y procesos utilizados en las artes prácticas y la ingeniería[1]", así como a "modos de operar, conjuntos de prácticas y habilidades, y formas de pensar vinculadas a esas herramientas, dispositivos y máquinas y conformadas por ellas[2]".

La tecnología de aprendizaje de máquinas es más que una simple aplicación en un teléfono móvil o laptop, que un mero conjunto de datos y algoritmos. Esa aplicación de software consta de una dimensión material, social y de pensamiento (epistémica).

1.1. Material

Los programas de software generados con aprendizaje de máquinas dependen del hardware que a su vez depende y es construido con materias primas raras, escasas y en muchos casos no reciclables, extraídas de regiones remotas con áreas naturales protegidas como la selva del Amazonas[3], Chile o Congo DR, así como no tan remotas dentro de la geografía española como las minas de cobre en Huelva. Los sistemas algorítmicos dependen asimismo del acceso y suministro continuo de cantidades ingentes de energía y agua[4] (por ejemplo, para trabajar materias primas, o para enfriar los servidores de los bancos de datos).

1.2. Social

El software precisa de un banco de datos en evolución y crecimiento constantes. La interacción con usuarios y los datos que éstos generan influyen también en el sistema de forma continuada. Por ello se precisa a su vez de una monitorización y evaluación (humana o automatizada) también constantes puesto que su entrenamiento no acaba cuando se implementa el sistema, sino que es parte íntegra del mismo. Con ello, tanto el servicio de software como sus problemas evolucionan con el paso del tiempo debido al carácter social de los mismos.

Asimismo, los sistemas no suelen implementarse en un vacío tecnológico, sino que son integrados en una compleja red de sistemas computacionales y éstos se hallan a su vez integrados en un ecosistema social.

[1] Nye, Technology Matters: Questions to Live with, p.12.
[2] Beyes, Chun et alii. Ten Theses on Technology and Organization".
[3] Véase European Comisión Study on the EU's listo d Critical Raw Ministerials- Final Report (2020).
[4] El entrenamiento de modelos de aprendizaje de máquinas puede precisar de tanta energía como la que necesitan cinco coches desde su producción hasta su retirada. Véase: Hao, K. (June 2019). Training a single Al model can emit as much carbon as five cars in their lifetimes. https://www.tech-nologyreview.com/2019/06/06/239031/training-a-single-ai-model-can-emit-as-much-carbon-as-five-cars-in-their-lifetimes/ (recuperado el 18.02.2023).

1.3. Pensamiento

Gran parte de los problemas generados en sistemas de automatización yacen en la interacción entre sistemas (debido, por ejemplo, a la colisión entre lógicas incompatibles de los sistemas) o en la interacción con personas que son expuestas al sistema o/y que interpretan y calibran el uso de las tecnologías dentro de la lógica más general del contexto de uso (laboral, comercial, pedagógico). La lógica del contexto de uso difiere frecuentemente del concepto de uso que el equipo de ingeniería asume al diseñarlo.

El diseño de sistemas algorítmicos se halla a su vez restringido por normativas legales y estándares industriales que cocrean la arquitectura de los sistemas, de sus bancos de datos, y de la gobernanza y procesamiento de sus datos.

1.4. La discriminación de género interseccional en el contexto algorítmico

La discriminación interseccional de género es expresión de una mirada patriarcal que interseccionа con otros tipos de discriminaciones como el racismo e "ismos" colindantes como la islamofobia, el capacitismo, la transfobia, la gordofobia o el edadismo. Esa mirada patriarcal no sólo concierne a la idea de la binaridad de género, y con ello de lo que se entiende como masculino y femenino -y lo que ello implica para la idea del cuerpo, la raza y la salud-.

Esa mirada patriarcal crea una idea del género como una categoría racial propia de la raza blanca, que va erosionándose cuanto más negro sea el color de piel de una persona. Lo femenino va negándose gradualmente más allá de los parámetros definidos como blancos. Esa mirada patriarcal propone una jerarquía de los cuerpos humanos, que considera inferior no sólo a lo que se declara femenino. Dicha binaridad de género se convierte junto con la idea biologista de la raza en el punto de partida con el que jerarquizar y deshumanizar personas discapacitadas, negras, trans, fuera del ciclo de vida considerado como productivo (infancia, senectud) o del ideal de cuerpo asociado a una idea estética de la salud y a un capital social y económico[5]. La discriminación de género se halla qua natura intrínsecamente asociada a otras formas de discriminación.

El carácter categorizante y encasillante de la discriminación convierten los sistemas algorítmicos en una tecnología con alto riesgo discriminatorio por naturaleza. Por ello no extraña que gran parte de los fundamentos de las técnicas estadísticas que hoy en día son utilizadas en el campo de la visión artificial y otras subdisciplinas de la IA hayan sido inventados por eugenicistas como Francis Galton[6].

El aprendizaje de máquinas -o cualquier otro sistema creado por una de las tecnologías clasificadas como "IA"- no es un producto. Es una infraestructura material e inmaterial. Por ello es necesario considerar todos los aspectos arriba descritos a la hora de evaluar el impacto de dichos sistemas y derivar recomendaciones o medidas con las que regular riesgos y conflictos potenciales.

[5] Sobre los orígenes de las ideas de raza y género véase Schuller, Kyla. The Biopolitics of Feeling Race, Sex, and Sciencemin the Nineteenth Century. Duke University Press, 2017.

[6] Kurt Benirschke, Francis Galton: Pioneer of Heredity and Biometry, Journal of Heredity, Volume 95, Issue 3, May 2004, Page 273, https://doi.org/10.1093/jhered/esh039

2. SECTORES DE APLICACIÓN

2.1. Discriminación interseccional de género en sistemas algorítmicos

Las tecnologías de aprendizaje de máquinas, visión artificial y procesamiento de lenguaje natural están siendo integradas en prácticamente todos los sectores de nuestra sociedad.

Como toda tecnología que organiza y sistematiza una sociedad, éstas muestran un alto grado de escalabilidad en su impacto.

Con ellas, procesos e interacciones humanas que en su día fueron codificados con la ambivalencia inherente a las prácticas sociales en una sociedad pierden esa ambivalencia y pasan a ser matematizados, automatizados y despojados, con ello, de su complejidad. Esa matematización es a su vez una abstracción y oscurecimiento de las reglas. Con la automatización, las reglas se reducen a un repertorio de opciones estándar a seguir: claras y delimitadas, sin opciones "entre medio".

2.2. Personalización

Los sistemas algorítmicos centrados en perfiles humanos crean estándares. En este contexto, un perfil humano es ya en sí una distorsión del individuo. El perfil humano es la suma de atributos promedios que tienen en común personas consideradas "similares". El proceso de "personalización" que se ejerce en el contexto de automatización, no es un proceso que centra las particularidades individuales de las personas involucradas o interaccionando con el sistema de automatización. Es un proceso que no entiende al individuo y que lo destripa de sus particularidades. Es un individuo "genérico".

Todas las personas que no corresponden a los perfiles o encasillamiento que el sistema algorítmico especifica pasan a ser consideradas una "desviación", una irregularidad que, dependiendo de la programación, se marcará como inexistente o sospechosa.

2.3. ¿Dónde se genera la discriminación? ¿En los datos? ¿Con los algoritmos? ¿En los equipos de programación?

El impacto discriminatorio de género en sistemas algorítmicos yace en todas y cada una de las dimensiones esbozadas:

— Dentro del sistema mismo: en sistemas de automatización esencialistas que intentan "optimizar", identificar o evaluar al individuo mediante la creación de una tipología que capte la "esencia" del ser humano. Esas tipologías postulan encasillar "objetivamente" al ser humano, centrando como estándar al cuerpo capacitado, blanco y masculino. El resto se convierte en desviación estadística dentro del sistema. Esas desviaciones producen un impacto discriminatorio de género, especialmente en intersección con categorizaciones raciales, de edad, capacitistas, etc.

— Ello implica a nivel técnico problemas como:

- Las asimetrías de ratificación. Por ejemplo, con la sobrerrepresentación de las mujeres romaníes en la estadística criminal, y su infrarrepresentación en estadísticas de la salud.

- El uso de datos históricos como punto de partida normativo. Por ejemplo, usar bases de datos que documentan la existencia de pocas madres en cargos de alta posición, para crear un sistema que correlaciona categorías como a) el género, b) la maternidad y c) la capacidad desempeñar un alto cargo que es asumido y toma dicha correlación como punto de partida normativo para la evaluación de candidatos en el terreno laboral.

- El uso de hardware diseñado y/o calibrado para personas blancas y capacitadas.

  Este tipo de aproximación esencialista y de datificación discriminatoria tiene diferentes orígenes y abarca tanto la actitud o mirada patriarcal por parte de la compañía que desarrolla el sistema, pasando por las teorías psicológicas/sociales/cognitivas en las que se basan tales sistemas, como las prescripciones legales o estándares técnicos que codiseñan esos sistemas de automatización.

- Fuera del sistema: otra dimensión se halla en la integración de sistemas de automatización compleja en contextos con discriminación de género interseccional preexistentes, fruto de un sistema laboral, político y económico primordialmente patriarcal. Los sistemas de automatización abstraen y oscurecen contextos de asimetrías de poder con una capa de ingeniería difícil de descifrar por las personas y comunidades afectadas, pero no los crean. Se convierten más bien en tecnologías de encubrimiento, usadas con la arbitrariedad del prejuicio con el que los operadores del sistema interpretan e integran los resultados. Ello explica casos de discriminación de mujeres negras en sectores en los que se hayan tanto estadísticamente sobrerrepresentadas, como, por ejemplo, el sector policial[7] como en sectores en los que se poseen pocos datos de las mismas, como ha sido demostrado en la investigación científica internacional en torno al cáncer de mama[8].

La mirada evaluativa presente deja esta dimensión fuera de la evaluación del sistema. Como si se pudiera aislar al sistema tecnológico del uso y contexto en que se despliega. Como si el uso y el contexto no influyeran en el diseño y despliegue de estos sistemas tecnológicos[9].

No obstante, un sistema a primera vista bien calibrado puede ser altamente discriminatorio y servir como mecanismo para mantener asimetrías de poder.

2.4. Salud

La integración de sistemas algorítmicos en contextos discriminatorios es un modo de usar tecnologías para afianzar un estatus quo institucional y estructural como punto de partida normativo. Por ejemplo, con la denegación hasta hace poco de pruebas genéticas para las mujeres negras con cáncer de mama bajo la suposición de que dichas pruebas sólo eran necesarias para las mujeres blancas de diferentes ascendencias. Esta denegación es a su vez una denegación de datificación

[7] Véase por ejemplo el caso de la afroamericana Mallory Williams con el sistema COMPAS, usado por jueces para calcular el riesgo de reincidencia de una persona. Machine Bias — ProPublica (23.05.2016) https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing (recuperado el 23.02.2023).

[8] A Crude Tool: How Race Has Influenced Breast Cancer Research (15.12.2022) https://race.undark.org/articles/a-crude-tool-how-race—has-influenced-breast-cancer-research (recuperado el 23.02.2023).

[9] Muchos de los problemas de las tecnologías no son problemas tecnológicos. Browne, Simone. Dark Matters: On the Surveillance of Blackness. Duke University Press. 2015.

que, asimismo, influye en los programas computacionales de cálculo de riesgo[10]. Casos como éste ejemplifican vívidamente como prejuicios y creencias fuera del sistema de automatización deciden qué personas son visibilizadas en el sistema. Pero este ejemplo va más allá. El ejemplo documenta una ceguera conceptual. Documenta cómo el enfoque en la raza para definir a quién se datafica crea una dependencia en el proceso, distrayendo de las preguntas que deberían haber hecho (sobre aspectos genéticos). Fue la paulatina presencia de personal médico negro que demandó y luchó con éxito por el uso de exámenes genéticos con personas negras el factor que acabó demostrando el impacto de determinadas variaciones genéticas tanto en personas negras como blancas.

2.5. Empleo

Cammio xpress analytics es un sistema usado en el campo del reclutamiento laboral. Cammio posee como clientes a entidades como la Oficina Europea de la Selección de Personal (EPSO), empresas internacionales como Deloitte o compañías comerciales como ESPRIT[11]. Ese sistema se basa en la teoría psicológica conocida como el "modelo de los cinco grandes" (el modelo OCEAN: Openness, Conscientiousness, Extraversion, Agreableness, Neuroticism).

El modelo OCEAN se desarrolló para efectuar evaluaciones generalizadas sobre el comportamiento emocional en un grupo. Se trata de observaciones sobre la media. Estas afirmaciones resultan de la combinación de todos los datos de todos los individuos del grupo. Una modificación en la agrupación conduce a resultados diferentes. Con este método se puede llegar a hacer afirmaciones sobre el comportamiento en colectivos, pero pierde precisión estadística cuando se utiliza para evaluar a los candidatos de forma personalizada. Esto se debe a que lo importante no es el individuo, sino su posición relativa en el grupo. Esto a su vez significa que el grupo se convierte en el factor decisivo para determinar la posición del candidato. Con ello, se puede decir mucho más sobre la base de datos del grupo que sobre los propios candidatos.

En selección de personal, el objetivo de estas pruebas es evaluar las características no profesionales de la persona candidata. Las pruebas tienen la función de identificar 1) qué individuos tienen potencial de liderazgo y quiénes están más orientados al trabajo en equipo, 2) qué candidatos sentirán que pertenecen a la empresa y 3) negociar las condiciones de trabajo del candidato.

El modelo OCEAN se basa principalmente en la autoevaluación (y alternativamente en la evaluación externa). Es un modelo que plantea una pregunta comparativa implícita: "¿Te ves a ti mismo como una persona servicial?". En este contexto, Leon Festinger señaló en los años 50[12] que las personas tienden a evaluar su propio rendimiento en comparación con otros que consideran comparables. Biernat y Fuegen, por su parte, demostraron que los estereotipos de género condicionan la forma en que las personas se evalúan entre sí[13]. Si las mujeres se comparan para su autoevaluación con otras personas que consideran comparables (por ejemplo, otras mujeres), su autoevaluación será diferente si se comparan con personas de su entorno general o con personas de la empresa (cuando se trata de contratación interna).

[10] A Crude Tool: How Race Has Influenced Breast Cancer Research.

[11] Véase: https://cammio.com/de/news/fantastisches-2019/ y https://cammio.com/de/news/eu-epso-uses-cammio-—remote-interviews/ (Recuperado 23.02.2023).

[12] Paul J. Hoffman, Leon Festinger, 6: Douglas H. Lawrence. (1954). Tendencies toward Group Comparability in Competitive Bargaining. Human Relations, 7(2), 141-159.

[13] Monica Biernat 8: Kathleen Fuegen. Shifting Standards and the Evaluation of Competence: Complexity in Gender[1Based Judgment and Decision Making. Journal of Social Issues, 57: 707-724. https://doi.org/10.111//0022-4537.00237.

La pretensión de la metodología y las métricas es principalmente hacer afirmaciones generalmente válidas sobre las personas a través de las autoevaluaciones. Pero un autoinforme no puede equipararse a un comportamiento real: sentir ansiedad no es lo mismo que comportarse con ansiedad.

Los informes sobre uno mismo reflejan más bien narrativas de posiciones sociales en una sociedad. No sólo muestran una autopercepción, sino que también contienen una percepción social implícita. Esta percepción no es en absoluto descriptiva, es también normativa y comunica una expectativa.

Las distintas dimensiones de la personalidad se correlacionan con el género en muchos estudios para psicologizar las diferencias salariales o en el mundo laboral entre hombres y mujeres. Por ejemplo, las mujeres presentan niveles más altos de Agreeableness (aversión al conflicto) y Neuroticism (dudas sobre sí mismas), rasgos que representan una mayor capacidad para el trabajo en equipo o un interés por el trabajo asistencial. Los hombres, por su parte, se correlacionan con niveles más altos de narcisismo y niveles más bajos de neuroticismo y agradabilidad. Esta constelación de características en el ámbito laboral se interpreta como una menor capacidad de trabajo en equipo y una mayor capacidad de liderazgo[14].

Sin embargo, esto se hace sobre la base de una metodología que psicologiza la discriminación estructural y la toma no sólo como un punto de partida descriptivo sino normativo para justificar una decisión laboral. De este modo, la discriminación no sólo se acepta, sino que se justifica, se externaliza y se oculta bajo métricas algorítmicas digitales. Como precisan Appadurai y Kift[15].

"Las métricas no son sólo números. Las métricas son los números que importan. Los números son empíricos, las métricas son normativas. Son la magia que convierte los números en significados. Pero para que la magia de las métricas funcione tenemos que creer en ellas".

2.6. Movilidad

Algunos sistemas a primera vista neutrales, como los programas de control y coordinación de la red de semáforos, pueden comportar un impacto discriminatorio de género, edadista y capacitista.

Según el informe de la Dirección General de Tráfico sobre las principales cifras de la siniestralidad de los peatones en España en el 2018:

"Pese a que en términos absolutos fallecen más hombres como peatones que mujeres, en el ámbito urbano, en términos relativos, los hombres fallecen principalmente utilizando otros medios de transporte (63% de los hombres fallecidos), mientras que las mujeres fallecen principalmente desplazándose a pie (77%)[16]".

[14] Eric Mac Giolla 6 Petri J. Kajonius. (2019), Sex differences in personality are larger in gender equal countries: Replicating and extending a surprising finding. Int J Psychol, 54: 705-711; Richard Lippa. (1995). Gender-related individual differences and psychological adjustment in terms of the Big Five and circumplex models. Journal of Personality and Social Psychology, 69(6), 1184-1202. https://doi.org/10.1037/0022-3514.69.6.1184 ; Maciej, Karwowski, Izabela Lebuda, Ewa Wisniewska 6 Jacek Gralewski. Big Five Personality Traits as the Predictors of Creative SelfUEfficacy and Creative Personal Identity: Does Gender Matter? J Creat Behav, 47: 215-232. doi:10.1002/jocb.32

[15] Arjun Appadurai 4 Paula Kift. Beware the magic of metrics. In: Eurozine, 27. Juni 2020: https://www.eurozine.com/beware-the-magic-of-metrics/?fbclid=IwAR3Rbr97mvdJQtSpMOXythVHAeYL4awMAwgdjDyVumJTA97iP2rU6S8_TI (Recuperado el 24.02.2023).

[16] Dirección General de Tráfico "Las principales cifras de la siniestralidad de los peatones. España" 2018. https://www.dgt.es/export/sites/web-DGT/galleries/downloads/dgt-en-cifras/publicaciones/Informes_monograficos/Las-princi-

En el 2020, "el 80% de las mujeres que perdieron la vida en un siniestro vial en ciudad, iban a pie[17]. Es decir, los criterios con los que se diseña la red de medidas de regulación de la movilidad peatonal (cruces, semáforos, pasos cebra, señales de límite de velocidad etc.) tienen un impacto desproporcional en la movilidad e integridad física de la mujer como peatón.

Los sistemas de control y coordinación de semáforos determinan por ejemplo el tiempo del que disponen los peatones para un cruce o calle. ¿Con la velocidad promedio de qué perfil se automatizan las fases verdes para peatones? ¿El perfil de una persona adulta de 30 a 50 años? ¿O el de una persona ciega y anciana o de una persona en silla de ruedas? ¿Asume el cálculo del sistema que todos los peatones cruzan a una velocidad uniforme, lo que no es el caso en horas punta para personas discapacitadas o peatones acompañados de infantes? ¿Cuánto tiempo de espera se permite cuando el semáforo se pone en rojo para los peatones y en verde para los vehículos y en base a qué presuposiciones se determina ese tiempo?

Los sistemas actuales están regulados por sistemas algorítmicos menos complejos, el uso de semáforos "inteligentes" está siendo pilotado en diferentes ciudades españolas (Castellón, Málaga)[18]. Cabe recordar que los sistemas algorítmicos más complejos únicamente pueden optimizar un determinado aspecto u objetivo. Con ello el resto de las metas deben ser compensadas u optimizadas mediante el uso de otros mecanismos (manuales o tecnológicos).

Los semáforos "inteligentes" en Málaga han sido implementados para ser conectados a corto plazo (2025) a una plataforma 5G, Plataforma Vehículo Conectado 3.0, a la que también se conectarán vehículos. En el proyecto de Málaga, la información SpaT (Fase y sincronización de las señales) se concentra en optimizar la velocidad de los automóviles, informando del estado actual del semáforo y del tiempo restante hasta el próximo cambio de semáforo.

"Esto permitirá a los autobuses y otros vehículos equipados con la tecnología conocer de antemano la hora exacta de los cambios de semáforo en rojo, verde o amarillo para ajustar su velocidad en consecuencia y controlar su conducción autónoma[19]." Es decir, el objeto a optimizar no es la expresa pacificación del tráfico o la seguridad del peatón, sino que se asume que la optimización de la velocidad de los automóviles (autónomos) no sólo reducirán las congestiones y el número de emisiones de carbono, sino el comportamiento de frenado y contribuirá a "pacificar" el tráfico. Pero optimizar la velocidad del automóvil en zonas urbanas no incentiva necesariamente mantener una velocidad baja o un estilo de conducción menos agresivo. Con ello, la optimización de la seguridad del peatón es un objetivo secundario que cae fuera del cálculo de optimización, sino que se asume como consecuencia.

En ese contexto, el uso de sensores para captar el número de peatones y la velocidad de éstos, queda reducido a un mero cálculo estadístico de velocidades medias a las que se reacciona con un abanico de opciones estándar dependientes de la función de optimización arriba descrita: ¿En hora punta, qué velocidad media determina la fase verde peatonal? ¿La velocidad uniforme de una persona discapacitada en silla de ruedas o la velocidad discontinuada de una madre llevando a su infante a la guardería o de una persona invidente desorientada ante el tumulto? ¿Y quién corrige y entrena

pales-cifras-de-la-Sinestralidad-de-los-Peatones.-Espana-2018.pdf (Recuperado el 24.02.2023).

[17] Dirección General de Tráfico. Atropellos: quién, dónde y cómo https://revista.dgt.es/es/multimedia/infografia/2020/OBJUNIO/0623observatorio-accidentalidad-peatones.shtml (Recuperado el 24.02.2023).

[18] Véase https://www.kapsch.net/_Resources/Persistent/4af3e680988d0d9cd570f1d513bf67202af273d7/KTC7457_Cas-tell_n_Soluciones_de_tr_fico_urbano_ES.pdf y https://www.kapsch.net/_Resources/Persistent/1cf023887ecf3fc9d4e4e-5a6236593a64844c530/KTC7456_Malaga_Centro_de_control_de_Movilidad_ES.pdf. (Recuperados el 24.02.2023).

[19] Íbid.

continuamente estos sistemas? ¿Gig workers en países remotos que viven una situación de tráfico con expectativas y costumbres de movilidad diferentes?[20]

Ningún sistema tecnológico tiene un impacto "neutral" de género. Los semáforos inteligentes no procesan en sus sistemas una diferenciación de género (y tampoco la necesitan). El tejido social, histórico y económico de una ciudad, de un país, en el que se integra dicho sistema es el contexto que hace de esas tecnologías no sólo una mera cuestión de movilidad, sino también de justicia de género.

2.7. Arquitectura

Los termostatos "inteligentes" en oficinas se convirtieron en el 2015 en el centro de atención científica de las revistas académicas más prestigiosas: un estudio científico en la revista Nature climate change[21] demostraba que la configuración del termostato de las oficinas se basa en una fórmula desarrollada en los años 60, en la era de las oficinas dominadas por los hombres. Dicha fórmula no había sido revisada desde entonces y hace que las mujeres pasen frío en su entorno de trabajo, lo cual afecta a su confort y rendimiento laboral, como reveló el estudio presentado en Scientific reports en el 2021, informando también del poco avance en la programación de dichos termostatos, que aún siguen usando esa configuración estándar[22].

2.8. Trabajo policial

VeriPol es un sistema para la detección automática de denuncias falsas de robos con violencia, desarrollado por la Policía Nacional española y que está desplegado en todas las comisarías españolas desde el 2018[23].

VeriPol usa el procesamiento de lenguaje natural para analizar el resumen que hace el policía de la denuncia de robo. En base al texto redactado por el policía, el sistema analiza expresiones y palabras clave y calcula probabilísticamente la "veracidad" del texto[24]. Es decir, el sistema es una forma de polígrafo que no evalúa a la persona denunciante, sino al resumen que hace el policía de la declaración de esa persona.

El sistema fue entrenado únicamente con 1.122 denuncias de varias comisarías de España, lo cual no es suficiente para entrenar una tecnología de la IA que se caracteriza por precisar de grandes cantidades de datos. Los datos iniciales son parte del fundamento con el que los algoritmos aplicados programaron automáticamente el modelo a usar. Con una base de datos tan pequeña, es funcionalmente imposible entrenar al sistema con los diferentes dialectos existentes en España.

---

[20] Los sistemas hasta ahora pilotados en España son de la compañía austríaca Kapsch. Los sistemas integrados en automóviles de la marca Ford o Hyunday están siendo pilotados en Alemania. Véase: "Semáforos inteligentes y carreteras conectadas: la tecnología al servicio del conductor" en: La Vanguardia. 18.04.2022. https://www.lavanguardia.com/motor/actualidad/20220418/8166555/semaforos-inteligentes-carreteras-conectadas-tecnologia-servicio-conductor.html (Recuperado el 24.02.2023).

[21] Kingma, B., van Marken Lichtenbelt, W. Energy consumption in buildings and female thermal demand. Nature Clim Change 5, 1054-1056 (2015). https://doi.org/10.1038/nclimate2741

[22] Parkinson, T,, Schiavon, S., de Dear, R. et al. Overcooling of offices reveals gender inequity in thermal comfort. Sci Rep 11, 23684 (2021). https://doi.org/10.1038/s41598-021-03121-1

[23] La Moncloa: La Policía Nacional pone en funcionamiento la aplicación informática VeriPol para detectar denuncias falsas 27.10.2018 https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/interior/Paginas/2018/271018veripol.aspx. (Recuperado el 24.02.2023).

[24] Camacho-Collados, M., 6: Liberatore, F. (2015) A decision support system for predictive police patrolling. Decision Support Systems, 75, 25-3.

La lista de sistemas de automatización compleja es tan extensa como heterogénea. Valgan los ejemplos arriba expuestos como pequeño muestrario no sólo de la heterogeneidad de uso y de contexto, sino también de la polifonía de causas que generan discriminación en la aplicación de dichos sistemas.

3. BREVIARIO DEL PANORAMA NORMATIVO

Los sistemas presentados en el apartado anterior se hallan parcialmente en un vacío legal y no disfrutan del seguimiento y evaluación necesarias. Sistemas esencialistas, es decir, sistemas que a nivel conceptual se basan en el encasillamiento y estereotipación del ser humano, generan discriminación independientemente de la base de datos o de las fórmulas algorítmicas usadas. La situación legal actual permite el uso de dichos sistemas en contextos de gran vulnerabilidad -como en contextos laborales o policiales-. El enfoque tecno-céntrico de los criterios evaluativos en actuales códigos éticos, estándares y leyes naturaliza de antemano sistemas que deberían cuestionarse fundamentalmente.

La parte material y energética de los sistemas algorítmicos y sus infraestructuras es evaluada por separado y con ello aislada del contexto social y medioambiental con el que evaluar su pertinencia y sopesar las medidas estipuladas considerando las necesidades sociales y medioambientales con las que compite.

El presente bloque del informe ofrece:

— Un listado sumario de leyes de la UE que han sido aprobadas recientemente y se hallan en vías de adaptación al régimen legal nacional de los Estados miembros o en proceso de desarrollo y despliegue técnico.

— Los proyectos de ley actuales de la UE.

Ambos espacios legales son una oportunidad para entablar un diálogo normativo y negociar medidas constructivas.

3.1. Leyes con un enfoque material y energético

1) Critical Raw Materials Act. Proyecto de ley con el foco principal en asegurar el abastecimiento de materias primas raras necesarias en el campo de la digitalización, defensa y producción de las infraestructuras necesarias para procesar energías alternativas.

2) Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables. Ley en vigor, en vías de reforma. "La Directiva vigente establece el objetivo global europeo en materia de energías renovables e incluye normas para garantizar la adopción de energías renovables en el sector del transporte y en la calefacción y refrigeración, así como principios y normas comunes para los sistemas de apoyo a las energías renovables. (..) La directiva también establece normas para eliminar barreras, estimular las inversiones y reducir los costes de las tecnologías de energías renovables[25]. Dicha regulación establecerá criterios que afectarán las técnicas de refrigeración de centros de datos, así como el acceso y apoyo financiero de nuevas tecnologías con sistemas

[25] 23 Renewal Energy Directive. https://energy.ec.europa.eu/topics/renewable-energy/renewable-energy-directive-targets-and-rules/renewable-energy-directive_en (Recuperado el 24.02.2023).

algorítmicos como los vehículos autónomos, productoras de baterías necesarias para nuevas tecnologías (laptops, móviles, drones, robótica industrial, etc).

3.2. Infraestructuras digitales

1) Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE DSA. Directiva en vigor y en proceso de adaptación al régimen legal nacional de los Estados miembros y de evaluación. Directiva que regula los servicios de pago y los proveedores de servicios de pago, incluyendo nuevos servicios y plataformas digitales (como medios sociales que ofrecen dichos servicios como p. ej. Facebook).

2) Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales). En vigor, en vías de adaptación al régimen legal nacional de los Estados miembros.

3) Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales). En vías de adaptación al régimen legal nacional de los Estados miembros. Regulación de plataformas digitales.

4) EU Cloud Rulebook. En proceso de redacción. "Para servicios en la nube, que proporcionará un marco único europeo de normas, transparencia sobre su cumplimiento y mejores prácticas para el uso de la nube en Europa[26]."

3.3. Regulación sobre sistemas algorítmicos y datos

1) Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la unión. En proceso de negociación (triálogo). Regulación general de sistemas algorítmicos considerados como "Inteligencia Artificial".

2) Propuesta de Directiva sobre la responsabilidad en la inteligencia artificial. En proceso de redacción. "El objetivo de la propuesta de Directiva sobre responsabilidad civil por daños causados por actividades ilícitas es mejorar el funcionamiento del mercado interior estableciendo normas uniformes para determinados aspectos de la responsabilidad civil extracontractual por daños causados con la participación de sistemas de IA[27].

3) Revisión de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Nueva Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. En proceso de redacción.

[26] Comisión Europea. Computación en la nube. https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/cloud-computing (Recuperado el 24.02.2023).

[27] Comisión Europea. https://commission.europa.eu/business-economy-euro/doing-business-eu/contract-rules/digital-contracts/liability-rules-artificial-intelligence_es (Recuperado el 24.02.2023).

4) Propuesta de Directiva sobre la adaptación de las normas de responsabilidad civil no contractual a la inteligencia artificial. En proceso de redacción.

5) Ley de Datos. En triálogo. "Aclara quién puede crear valor a partir de los datos y bajo qué condiciones[28]."

6) Propuesta de REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativo a la gobernanza europea de datos (Ley de Gobernanza de Datos). Propuesta de reglamento para "crea(r) los procesos y estructuras para facilitar los datos[29]."

7) Reglamento (UE) 2018/1807 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea. Ley en vigor, en proceso de adaptación al régimen legal nacional de los Estados miembros. La ley "tiene por objeto eliminar los obstáculos a la libre circulación de datos no personales entre los diferentes países de la UE y los sistemas informáticos en Europa[30]."

8) Reglamento (UE) 2019/2144 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 relativo a los requisitos de homologación de tipo de los vehículos de motor y de sus remolques, así como de los sistemas, componentes y unidades técnicas independientes destinados a esos vehículos, en lo que respecta a su seguridad general y a la protección de los ocupantes de los vehículos y de los usuarios vulnerables de la vía pública, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/858 del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan los Reglamentos (CE) n.o 78/2009, (CE) n.o 79/2009 y (CE) n.o 661/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo y los Reglamentos (CE) n.o 631/2009, (UE) n.o 406/2010, (UE) n.o 672/2010, (UE) n.o 1003/2010, (UE) n.o 1005/2010, (UE) n.o 1008/2010, (UE) n.o 1009/2010, (UE) n.o 19/2011, (UE) n.o 109/2011, (UE) n.o 458/2011, (UE) n.o 65/2012, (UE) n.o 130/2012, (UE) n.o 347/2012, (UE) n.o 351/2012, (UE) n.o 1230/2012 y (UE) 2015/166 de la Comisión. Reglamento sobre la seguridad general de los vehículos. Regulación en vigor, en proceso de adaptación al régimen legal nacional de los Estados miembros. La regulación añade nuevas medidas de asistencia y monitoreo fomentando el uso de tecnologías algorítmicas de automatización compleja (métricas fisiológicas).

9) Reglamentos de interoperabilidad entre los sistemas de información de la UE en los ámbitos de libertad, seguridad y justicia. Reglamento (UE) 2019/817 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativo al establecimiento de un marco para la interoperabilidad de los sistemas de información de la UE en el ámbito de las fronteras y los visados y por el que se modifican los Reglamentos (CE) No. 767/2008, (UE) 2016/399, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240, (UE) 2018/1726 y (UE) 2018/1861 del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Decisiones 2004/512/CE y 2008/633/JAI del Consejo, así como el Reglamento (UE) 2019/818 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativo al establecimiento de un marco para la interoperabilidad entre los sistemas de información de la UE en el ámbito de la cooperación policial y judicial, el asilo y la migración y por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2018/1726, (UE) 2018/1862 y (UE) 2019/816.

"Estos reglamentos pretenden mejorar los controles en las fronteras exteriores de la UE, permitir una mejor detección de los riesgos para la seguridad y el fraude de identidad, y

[28] Comisión Europea. https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/data-act (Recuperado el 24.02.2023).
[29] Íbid.
[30] Comisión Europea. https://digitel-strategy.ec.europa.eu/es/policies/non-personal-data (Recuperado el 25.02.2023).

ayudar a prevenir y combatir la inmigración ilegal[31]". Leyes en vigor. Los sistemas construidos por explícito mandato de estas regulaciones (como el Common Identity Repository, uno de los bancos de datos biométricos más grandes dentro de la UE) aún están en vías de desarrollo y por desplegar.

4. RECOMENDACIONES

4.1. Statu quo

Las recomendaciones actuales en torno a la prevención de discriminación interseccional de género en el uso de sistemas algorítmicos son reactivas. Las propuestas para promocionar una mayor inclusión en el contexto tecnológico no cuestionan ni la lógica ni las "reglas de juego" de unos procesos de automatización que se caracterizan por oscurecer dinámicas discriminatorias mediante el uso de un lenguaje matemático.

Una agenda con una visión de justicia de género interseccional debe ir más allá de la mirada y ofrecer una visión social que centre intereses e ideas feministas interseccionales.

Si bien ya se dispone de regulación al respecto, dichas medidas resultan parcialmente cosméticas o quedan reducidas a meras recomendaciones y autoevaluaciones en manos de las mismas compañías que desarrollan sistemas algorítmicos. En la última década se ha producido un giro regulatorio: hasta aquel entonces se legislaba de manera sectorial (pensiones, sector bancario, energía, transporte) y ahora se persigue una regulación más transversal (horizontal), como es el caso del Reglamento General de Protección de Datos, la Ley de Servicios Digitales y la Ley de Mercados Digitales -o el proyecto de ley Artificial Intelligence Act-. Con ello desaparece el contexto, y es el contexto el que ayuda a desarrollar principios éticos, métodos de evaluación y medidas concretas.

4.2. Evaluación

Los códigos éticos, estándares y leyes existentes proponen medidas de evaluación con un foco tecno-céntrico, aislando y evaluando la arquitectura de datos o las fórmulas algorítmicas. Ello presupone tratar problemas tan complejos como la discriminación interseccional de género como una mera cuestión de estadística que puede ser solucionada cambiando la fórmula matemática de los algoritmos usados o haciendo adaptaciones a la estadística y datos con las que se operativizan dichos algoritmos.

La mayoría de dichas tecnologías no se integra en un vacío. Sistemas con diferentes lógicas interaccionan los unos con los otros y con ello surgen colisiones que conllevan efectos discriminatorios de género (por ejemplo, un sistema que usa un lenguaje de género neutral interaccionando con un sistema que usa un lenguaje con sensibilidad de género) u ocurren en la interacción entre sistemas y personas. Los estudios más recientes demuestran por ejemplo que la interpretación (humana) de los datos es más o menos favorable dependiendo del color y género de la persona evaluada[32].

[31] EU Lex https://eur-lex.europa.eu/DE/legal-content/summary/interoperability-between-eu-information-sys-tems-in-the-field-of-freedom-security-and-justice.htmlf* (Recuperado el 25.02.2023).

[32] Green, B. "The flaws of policies requiring human oversight of government algorithms" en: computer law á security review 45 (2022) 105681.

Esa separación artificial de la tecnología de su contexto social no solo reduce la complejidad de las dinámicas discriminatorias, sino que distorsiona con ello la mirada evaluativa. Evaluar es un proceso de contextualización. Dicha contextualización requiere ampliar los criterios de evaluación:

1) Los sistemas de automatización compleja y su impacto deben ser evaluados dentro de su contexto de uso.

2) Los sistemas de automatización compleja no son un producto, sino una tecnología. Una tecnología que evoluciona al interactuar con seres humanos.

3) Su impacto no se puede evaluar exclusivamente de antemano, sino que requiere monitorización y seguimiento constantes enfocado en sus efectos y en un análisis dentro del contexto de uso.

4) Una evaluación del impacto de género precisará:

   — De la experiencia y conocimientos prácticos de las organizaciones, colectivos y comunidades afectadas,

   — De un análisis de las asimetrías de poder y discriminación interseccional de género preexistentes en el contexto en el que se integren dichas tecnologías.

5) Los sistemas algorítmicos esencialistas son, en su naturaleza, fundamentalmente discriminatorios y con ello ilegítimos. Se recomienda la prohibición de su uso.

   El foco tecno-céntrico actual, identifica los sistemas como productos que se pueden evaluar de antemano mediante transparencia o auditorías. Las auditorías corren el peligro de naturalizar sistemas de automatización altamente discriminatorios ya que no cuestionan la base teórica del sistema de automatización (las reglas del juego), sino que se centran en el despliegue de dichos sistemas en base a principios generales sobre procesamiento de datos.

   En la actualidad, un número relevante de sistemas de automatización hacen uso de teorías obsoletas y esencialistas, causando con ello discriminación de género independientemente del procesamiento de datos y la gobernanza del sistema. Un sistema que se basa en ideas racistas y patriarcales, como el querer calcular el grado de agresividad de una persona en base a su fisionomía, no necesita una auditoría enfocada en un determinado procesamiento de datos o gobernanza algorítmica. Este tipo de sistemas ya es conceptualmente ilegítimo y siempre discriminará.

6) Las auditorías únicamente pueden considerarse como una medida complementaria que precisa de una evaluación previa sobre la legitimidad del concepto bajo el que se crea el modelo de automatización y del contexto en el que se integra.

   Asimismo, la transparencia, si bien necesaria, es usada como instrumento transaccional de responsabilidad en muchos de los contextos regulativos más recientes. La transparencia en situaciones de poder asimétricas se convierte en un instrumento de disuasión. La transparencia no es equiparable con la rendición de cuentas en situaciones de poder asimétricas.

7) La transparencia debe contemplarse como una medida suplemento para mecanismos de rendición de cuentas. No debe ser usada como alternativa a mecanismos de supervisión, control y rendición de cuentas.

Dichos sistemas constan de una dimensión material cuyas necesidades compiten con necesidades humanas y sociales fundamentales (acceso a agua potable, agricultura) así como medioambientales (objetivo de desarrollo sostenible 13). El impacto medioambiental y la carencia de agua afecta de forma desproporcional e interseccional a mujeres tanto a nivel local, nacional y global[33].

El aumento de la demanda de agua y electricidad para el uso de sistemas algorítmicos (pero también de la extracción de cobre, litio y estroncio) en España afectarán directamente a zonas rurales en las que se extraigan materias primas o se instauren centros de datos e indirectamente a zonas urbanas colindantes. Las zonas rurales en España se han masculinizado[34] (véase el reporte de la cruz roja sobre la España despoblada del 2021) y no ofrecen suficientes cuidados para las mujeres en esos entornos. La falta de agua y acceso a electricidad en la que se basan muchas de las necesidades y cuidados para las mujeres agrandará tal disparidad.

Esta tecnología:

a) Requiere un gran número de materias primas, muchas de las cuales se hallan en áreas naturales protegidas. Un número relevante de dichas materias posee reservas limitadas y no son reciclables.

b) Requiere altos y constantes suministros de electricidad y agua. De hecho, un par de días de entrenamiento de modelos de aprendizaje de máquinas puede precisar de tanta energía como la que necesitan cinco coches desde su producción hasta su retirada[35].

8) El impacto medioambiental debe formar parte de los criterios de evaluación del impacto de discriminación interseccional de género en sistemas algorítmicos.

9) El impacto medioambiental y la estimación de los costes medioambientales y energéticos debe ser calculado en relación con otras necesidades fundamentales dentro de una sociedad.

Asimismo, el continente europeo depende del importe de materias primas críticas, ubicadas en su mayoría en otros continentes, para la manufacturación de estas tecnologías. Son un vivo ejemplo de tecnologías que trascienden fronteras. Por ello:

10) Los reglamentos nacionales e internacionales entorno al importe de materias primas para la elaboración de estas tecnologías deberán desarrollar mecanismos que protejan del impacto discriminatorio de género producido por consecuencias medioambientales de la IA.

[33] La falta de acceso a agua potable tiene un impacto desproporcional de género. Más información en la página del proyecto UN Water de las Naciones Unidas: https://www.unwater.org/water-facts/water-and-gender. Sobre el impacto de los centros de datos en países europeos afectados por la sequía véase: Politico (03.10.2022). Europe's hidden energy crisis: Data centers Brussels zones in on digital economy's heavy energy and water use. https://www.politico.eu/article/data-center-energy-water-intensive-tech/ (recuperado el 21.02.2023)

[34] Cruz Roja. "La vulnerabilidad social en el contexto de la España despoblada". Boletín sobre vulnerabilidad social (21 de diciembre 2020).

[35] Véase: Hao, K. (June 2019). Training a single Al model can emit as much carbon as five cars in their lifetimes. https://www.technologyreview.com/2019/06/06/239031/training-a-single-ai-model-can-emit-as-much-carbon-as-five-cars-in-their-lifetimes/ (recuperado el 18.02.2023).

El despliegue de tecnologías de automatización compleja no es inminente debido a la exigente y costosa infraestructura requerida y, en muchos casos, la infraestructura material que precisa no es sostenible a largo plazo.

11) Debe priorizarse el uso alternativo de tecnologías menos complejas

12) Debe priorizarse el uso alternativo de tecnologías con enfoques más locales.

La naturaleza extractiva de los sistemas algorítmicos también se extiende a la explotación de mano de obra (gig workers) dedicada a trabajar de forma monótona -y en ocasiones traumatizante- limpiando, corrigiendo y entrenando sistemas algorítmicos. Los perfiles de los trabajadores provienen de comunidades marginalizadas, así como de mujeres pluriempleadas y desempeñan su trabajo no sólo bajo condiciones extremadamente precarias, sino también bajo condiciones discriminatorias de género (interseccional).

13) El trabajo en la economía bajo demanda (gig economy) requiere no sólo de una reforma de las leyes laborales que proteja a los trabajadores de la explotación, sino también de una revisión de las previsiones y mecanismos de protección antidiscriminatoria de género dentro de este contexto laboral.

4.3. Visión

Toda creación de infraestructuras para sistemas de automatización complejas es a su vez la creación de una dependencia a plazo medio y largo. Una visión de justicia de género interseccional centra principios como:

— La reparabilidad,

— La resiliencia y

— La vulnerabilidad

Como punto de partida en la concepción de infraestructuras tecnológicas.

nº 8 (3er Trimestre 2023)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Prácticas preventivas para fomentar la desconexión digital en la enseñanza universitaria

Preventive practices to promote digital disconnection in higher education

Carolina Serrano Falcón — *Profesora Titular de Universidad. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
https://orcid.org/0000-0003-0502-7192

Rosa Moya Amador — *Profesora Titular de Universidad. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
https://orcid.org/0000-0001-5664-3433

María del Carmen García Garnica — *Catedrática de Universidad. Departamento de Derecho Civil*
https://orcid.org/0000-0003-3635-3601

Antonio Muñoz Ropa — *Informático Jefe de Servicio. CSIRC*
Seguridad informática

Cita Sugerida: SERRANO FALCÓN, C., MOYA AMADOR, R. GARCÍA GARNICA, M.C. y MUÑOZ ROPA, A. «Prácticas preventivas para fomentar la desconexión digital en la enseñanza universitaria». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 8 (2023): 175-194.

Resumen

El uso de los dispositivos móviles y en particular el teléfono se ha generalizado en toda la sociedad y lógicamente también entre el alumnado universitario. Las universidades son conscientes de la necesidad de información y formación para garantizar un buen uso de los mismos. Esta es la razón que nos ha llevado a elaborar una guía de buenas prácticas sencilla, corta, atractiva, y de fácil lectura, que contiene en un único documento recomendaciones para un buen uso de las redes sociales y de la mensajería instantánea. La finalidad perseguida es concienciar de la importancia de aplicar medidas preventivas para preservar la salud digital y garantizar el derecho a la desconexión digital entre la comunidad universitaria. Esta guía contiene también información sobre cómo actuar y dónde dirigirse ante algún problema derivado de un mal uso de tales dispositivos.

Palabras clave

dispositivos móviles, universidades, desconexión digital, salud digital, ciberseguridad, protección de datos.

Abstract

The use of mobile devices and in particular the mobile phones has become widespread throughout society. Its use is increasing in the young population and logically also among university students. Universities are aware of the need for information and training to ensure a good use of them. This is the reason that has led us to develop a simple, short, attractive and easy to read guide of good practices, which contains in a single document, recommendations for a good use of social networks and instant messaging. The aim is to raise awareness of the importance of applying preventive measures to preserve digital health and guarantee the right to digital disconnection among the university community. This guide also contains information on how to act and where to turn to in the event of a problem arising from the misuse of such devices.

Keywords

mobile devices, universities, digital disconnection, digital health, cybersecurity, data protection.

Fecha Recepción: 02/03/2023 - Fecha Revisión: 02/03/2023 - Fecha Aceptación: 03/03/2023
Págs. 175-194

1. INTRODUCCIÓN. LA UNIVERSIDAD ANTE EL USO GENERALIZADO DE DISPOSITIVOS MÓVILES

Partimos de una realidad, que no hace falta justificar: hoy en día el teléfono móvil lo llevamos a todas partes, y está presente en el 99.5% de los hogares[1] según datos del INE. Cada vez utilizamos más los distintos dispositivos móviles, en especial el teléfono por la facilidad en su transporte, comodidad en su utilización. Ha pasado a ser un instrumento inseparable y cada vez más imprescindible de todos y cada uno de nosotros (disco duro que llevamos y del que ya no podemos prescindir de nuestra memoria externa…).

Si éste es un fenómeno global, lógicamente, el uso del teléfono móvil aumenta en la población joven, donde usan Internet con más frecuencia.[2] En el momento presente, como regla general, los estudiantes cuando acceden a la Universidad ya llevan tiempo utilizando dispositivos móviles y distintas redes sociales, haciéndolo a nivel personal, y en muchos casos habiéndose iniciado tempranamente con poca instrucción en los peligros que conlleva su mala utilización.

También es cada vez más frecuente en los últimos años que los jóvenes preuniversitarios hayan hecho uso de dispositivos móviles en la enseñanza secundaria e incluso primaria en sustitución de los manuales tradicionales (en especial la tablet), por lo que cuando llegan a las aulas universitarias tienen ya práctica en la utilización de Internet para el proceso de enseñanza-aprendizaje. Suelen estar en clase con sus dispositivos móviles y cuando en el aula se plantea cualquier pregunta o cuestión, rápidamente tienen la respuesta simplemente accediendo al teléfono móvil del que no se separan, o al ordenador con el que toman los apuntes. Incluso a veces, son los propios profesores los que les pedimos que lleven sus dispositivos para utilizar técnicas de gamificación en clase (entre otros, "Quiz" o "Kahoot") porque entendemos que aumenta la motivación y el compromiso e interés del alumno y su rendimiento.[3]

También es habitual que el alumnado escriba desde su dispositivo móvil mensajes al profesorado sin pararse a pensar cuándo es el momento adecuado para enviar este mensaje. Y al mismo tiempo socializan con el mismo, siendo habitual crear grupos de Whatsapp de clase.

En definitiva, a pesar de que el modelo de universidad que predomina en España es presencial, el uso de los dispositivos móviles está produciendo importantes cambios tanto dentro como fuera del aula, donde la brecha entre el ámbito digital y físico se está acortando.[4]

---

[1] INE: "Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares. Año 2021" Nota de prensa de 15 de noviembre de 2021, en https://www.ine.es/prensa/tich_2021.pdf consultado 28 de abril de 2022.

[2] Datos del INE sobre población que ha utilizado Internet de manera frecuente (al menos una vez por semana) en 2022 https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925528559&p=%5C&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalle&param3=1259924822888, consultado el 24 de abril de 2023.

[3] González, H.T.: "Recursos tecnológicos para la integración de la gamificación en el aula". *Tecnología, ciencia y educación,* núm. 13, 75-117, 2019.

[4] Es unánime esta apreciación. Por todas, véase Lastiri Santiago, M.: "El metaverso: origen, evolución y retos actuales", *La Ley mercantil*, núm. 99, 2023, pág. 2.: "en la segunda mitad del siglo XX, el mundo entero presenció y comenzó a disfrutar del profundo desarrollo tecnológico y empresarial del sector de las telecomunicaciones con la incorporación al mercado de nuevas herramientas, como los teléfonos móviles y la televisión (por antena, cable, satélite o fibra óptica), que revolucionaron tanto los principios históricos sobre los que se sustentaban las sociedades nacionales como a la humanidad en su conjunto".

La Universidad está inmersa en la nueva realidad histórico-social y tecnológica que caracteriza nuestro tiempo.[5] La referencia a los retos ante el avance de la tecnología está presente en el preámbulo de la nueva Ley *Orgánica* 2/2023, de 22 de marzo, del *Sistema Universitario* (LOSU).[6]

En la práctica ya hay actuaciones en las que se intenta dar respuesta a cuestiones relacionadas con el uso de dispositivos y en especial con los teléfonos móviles. Destacamos, entre otras, la formación en competencias digitales docentes por el profesorado[7] con el fin de enseñarle a utilizar metodologías activas utilizando los dispositivos móviles del alumnado (*Mobile Learning*).[8] También desde el ámbito universitario se es consciente de la necesidad de incidir en la seguridad informática al usar los dispositivos móviles y en la necesidad de la protección de datos. De hecho, algunas universidades están adheridas al "Pacto Digital para la Protección de las Personas" de la Agencia Española de Protección de Datos. Además, a las universidades les preocupa la salud digital del alumnado y de la comunidad universitaria y la sociedad en general, formando parte muchas de ellas de la Red Española de Universidades Promotoras de la salud (REUPS) que se constituyó con esta finalidad el 22 de septiembre de 2008,[9] poniendo de manifiesto que las universidades no están al margen de la necesidad de protección y actuaciones en este sentido.

Ahora bien, a pesar de que no es un tema ajeno al ámbito universitario, quienes realizamos tareas profesionales educativas, y estamos en el día a día cerca, hemos observado que al alumno no le llega esta información, ni tampoco todas las actuaciones en esta materia que se llevan a cabo en las universidades. Por este motivo, consideramos que su uso progresivo y generalizado merece algunas reflexiones y actuaciones a llevar a cabo.

Esta es la razón que nos ha llevado a elaborar —en el marco de un proyecto de innovación docente— una guía de buen uso de los dispositivos móviles dirigida a los alumnos. Está publicada en abierto,[10] con la pretensión de que sea útil para informar y dar a conocer al alumnado cómo se tiene que usar de forma adecuada un dispositivo móvil para preservar la seguridad, la protección de sus datos personales y para poder disfrutar de todos sus beneficios a la vez que mantener el control sobre él en pro del bienestar digital y así contribuir a garantizar el derecho a la desconexión digital entre la comunidad universitaria.

---

[5] Ibíd., así, las transformaciones digitales que han traído la tercera revolución industrial (en la segunda mitad del siglo XX con la informática y con ella a programarse las máquinas, ha desembocado en una progresiva automatización que más tarde vio la llegada de Internet); y la cuarta revolución industrial (siglo XXI, también llamada Industria 4.0 se caracteriza por los avances en robótica e inteligencia artificial.

[6] *BOE* 23 de marzo de 2023.

[7] Plan de Acción Digital 2021-2027 de la Unión Europea. Se puede consultar en https://education.ec.europa.eu/es/focus-topics/digital-education/action-plan

[8] Aznar-Diaz, I.; Hinojo-Lucena, F.J. Cáceres-Reche, M.P.; Romero Rodríguez, J.M.: "Analysis of the determingin factors of Good teaching practices of mobile learning at the Spanish University. An explanatory model. *Computers&Education,* 159-104007, 2020.
Se define el "Mobile learning" como "el aprendizaje que consiguen los estudiantes cuando son capaces de acceder a la información en cualquier momento y lugar, a través del uso de la tecnología móvil que permite la realización de unas actividades determinadas y concretas, enmarcadas en un contexto y las cuales proporcionan un aprendizaje". Martin y Ertberger, J.: "Here and now mobile learning: an experimental study on the use of the mobile technology. *Computer and Education,* 76-85, 2013.

[9] El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (MSSSI), el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y la Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas (CRUE) apoyan y favorecen el desarrollo de esta Red, e invitan al desarrollo de los proyectos de universidades saludables, invitando a unirse a esta Red a todas las universidades interesada.

[10] Esta guía ha sido financiada por la Universidad de Granada, en el marco del Proyecto de Innovación y buenas prácticas docentes de la UGR (2022-2023): "Buenas prácticas para un uso adecuado de los dispositivos móviles del alumnado en la UGR". Unidad de Calidad, Innovación Docente y Prospectiva. Puede consultarse en https://digibug.ugr.es/flexpaper/handle/10481/82379/guia%20interactiva.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Dedicamos los siguientes apartados a explicar esta guía, su necesidad de implantación, así como el contenido de la misma, para terminar con unas conclusiones y propuestas para su implantación en el ámbito universitario.

2. UNA PROPUESTA INNOVADORA: "GUÍA PARA EL BUEN USO POR EL ALUMNADO UNIVERSITARIO DE SUS DISPOSTIVOS MÓVILES"

2.1. La necesidad de la guía. Objetivos

Como cuestión previa aclarar que esta guía va dirigida al alumnado universitario para que la tengan en cuenta no sólo al usar su dispositivo como una herramienta docente (es lo que se denomina BYOD o *Bring your own device*), [11] sino también cuando lo utilice como medio de socialización o como medio de comunicación entre compañeros/as de clase. Entendemos que es aquí sobre todo donde están expuestos a mayores conflictos (destacando los grupos de Whatsapp que ellos crean para comunicarse). No obstante, hay que aclarar que aunque estas recomendaciones pueden ser de utilidad en otros niveles educativos, esta propuesta está dirigida al alumnado universitario y a la Universidad como institución fundamental en la sociedad del conocimiento en la que vivimos, caracterizada por la revolución científica y tecnológica, particularmente en el ámbito de la información y la comunicación.

La idea de elaborar una guía para el buen uso por el alumnado universitario de sus dispositivos móviles ha tenido su origen en carencias que hemos detectado en nuestra actividad académica. Los alumnos son jóvenes y están muy habituados a usar con soltura sus dispositivos, aplicaciones y redes sociales. Ahora bien, esto no significa que conozcan cómo hacer un buen uso de su dispositivo móvil. No se debe a la falta de normativa, ni a la falta de organismos que se encargan de informarnos y prevenir sobre un mal uso de los dispositivos, como hemos indicado anteriormente. Pero quizás la dispersión normativa y la diversidad de instituciones que se encargan de estos temas (seguridad informática, protección de datos, salud digital…) y al mismo tiempo la creencia generalizada del alumnado que por ser nativos digitales conocen cómo utilizarlos y saben cómo evitar peligros existentes, hace que todas estas buenas acciones y prácticas que ya existen no las interioricen.

Percibimos que no están ni informados ni formados (y en muchos casos ni preocupados o concienciados) para hacer frente a un uso responsable de sus dispositivos en materia de seguridad informática, de protección de los datos personales y de su salud digital. En definitiva, la normativa y actuaciones existen, pero al alumnado hay que transmitírselo con facilidad. A ellos/as les parece lejana esta información, como si no fuera con ellos. Además, los alumnos/as tampoco tienen una percepción clara de dónde dirigirse si tienen algún problema derivado de su teléfono móvil (robo de teléfono móvil que ponga en peligro datos de la Universidad, insultos o acoso a través de un grupo de Whatsapp entre compañeros/as, difusión de sus datos entre los que están sus calificaciones...).

Estas carencias detectadas nos llevaron a poner en marcha esta propuesta innovadora. El objetivo principal es crear una guía sencilla, corta, atractiva, interactiva, de fácil lectura y pedagógica, para que el alumnado tenga una visión de conjunto de lo que hay que conocer para un buen uso de su teléfono móvil u otros dispositivos. Consideramos que, con la divulgación de esta guía, podemos contribuir a conseguir los siguientes objetivos:

[11] Se puede consultar la guía realizada por el INTEF (Instituto Nacional de Tecnologías Educativas y de Formación del Profesorado), que, aunque no está dirigida al ámbito universitario, puede tener aquí utilidad. "Diseñando el aula del futuro. *Bring your own device* (BYOD): una guía para directores y docentes, enero de 2016. https://intef.es/wp-content/uploads/2016/02/Informe_resumen_BYOD_EUN_Enero_2016_INTEF.pdf

1) Protegerse de las amenazas digitales al formarles en seguridad informática para fomentar un uso responsable de los dispositivos y medios digitales.

2) Conocer la importancia de la protección de los datos personales (los suyos y los del resto de la comunidad universitaria) cuando utilizan redes sociales y mensajería instantánea.

3) Adquirir hábitos saludables y seguros con carácter preventivo cuando utilizan su dispositivo como herramienta docente y como herramienta de socialización.

4) Favorecer y estimular la convivencia activa en el seno de la comunidad universitaria, y que tengan claro dónde acudir ante un problema derivado de un mal uso de sus dispositivos móviles

2.2. La salud digital. Fomentando la desconexión digital

Está demostrado que el abuso de Internet y de las tecnologías, y por tanto, de los dispositivos móviles, pueden causar daños irreversibles en la salud,[12] entendiendo por esta, conforme a la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) "un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades", [13] estableciendo a continuación como principio que "el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social". El ideal de salud para todos los ciudadanos que persigue la OMS es el que les permita llevar una vida social y económicamente productiva.[14]

Los beneficios del uso de los dispositivos móviles son numerosos, pero también hay que estar alertas porque la conectividad permanente puede crear nuevos riesgos o agravar los existentes y que incidan en la salud física y mental del alumnado (riesgos psicosociales, ergonómicos, o el aislamiento provocado por la falta de interacción social). Hacer visible la necesidad de un buen uso de los dispositivos móviles como intervención preventiva ante problemas de salud que pueden derivar de su uso inadecuado va en la línea de la "Estrategia mundial sobre salud digital 2020-2025" donde uno de sus principios rectores es el de "promover el uso adecuado de las tecnologías digitales para la salud", recogiendo que el el uso adecuado de la salud digital abarca las siguientes dimensiones: la promoción de la salud y la prevención de las enfermedades, la seguridad del paciente, la ética, la interoperabilidad, la propiedad intelectual, la seguridad de los datos (confidencialidad, integridad y disponibilidad), la privacidad, la eficacia en función del costo, la implicación de los pacientes y la asequibilidad).

En la finalidad que perseguimos, limitada al ámbito en el que desempeñamos nuestras tareas profesionales, el ámbito universitario, es imprescindible tener en cuenta que la desconexión digital hay que observarla desde la doble perspectiva del profesorado y del alumnado. Es decir, no sólo es

[12] Romero-Rodríguez, J.M.; Martínez-Heredia, N.; Campos Soto, M.N.; Ramos Navas-Parejo, M.: "Influencia de la adicción a Internet en el bienestar personal de los estudiantes universitarios", *Health and Addictions/Salud Y Drogas*, *21*(1), 2021. https://doi.org/10.21134/haaj.v21i1.559

[13] Preámbulo de la Constitución de la OMS adoptada por la conferencia sanitaria internacional, firmada en 1946 con entrada en vigor en 1948. Tenemos que diferenciarlo del término "cibersalud", término también, acuñado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y referido a "el uso de las tecnologías de información y comunicación para fomentar la salud, ya sea in situ o a distancia) https://www.cibersalud.es/organizacion-mundial-de-la-salud-cibersalud/

[14] Benavides, G. F., García A. M., Ruiz Frutos, C., "La salud y sus determinantes" en *Salud laboral. Conceptos y técnicas para la prevención de riesgos laborales*, VV. AA., Barcelona, 2007, p. 3.

importante que el alumnado se desconecte para evitar problemas con su salud física y mental, sino también hay que pensar que el profesorado tiene el derecho y la necesidad de desconectar. Aunque la LOSU hace mención especial al estudiantado, no podemos olvidar al profesorado, pues hay que evitar también su fatiga informática y promover su salud digital.

Los profesores/as, como trabajadores que son, tienen derecho a la protección de la seguridad y salud laboral[15] y a la desconexión digital regulada en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD).[16] En su apartado 1 señala que "los trabajadores y empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo… el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar". No es una regulación muy concreta, y poco se dice cómo se tiene que hacer efectivo por parte del empleador este derecho, remitiendo a la negociación colectiva o, si no se hace ahí, a la elaboración de una política interna "en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática" (artículo 88.3 LOPDGDD).[17]

Ante la falta de concreción en el citado artículo 88, nos podríamos preguntar cómo se hace efectivo este derecho en las universidades. Y ello porque es el empleador el que tiene que respetar el derecho a la desconexión y abstenerse de enviar mensajes al profesorado fuera del horario laboral. Pero también hay que proporcionarle instrucciones al alumnado de cómo tienen que utilizar el teléfono móvil para comunicarse con el profesorado para respetar su derecho a la desconexión. O se hace de esta forma, o difícilmente este derecho tendrá una efectividad plena.

Los alumnos/as llevan siempre encima su teléfono móvil, por lo que para ellos es muy fácil y cómodo contactar con el profesorado en cualquier momento del día y en cualquier parte. Y a veces se les olvida, que detrás de sus teléfonos móviles, hay personas trabajadoras con derechos legalmente reconocidos y por tanto exigibles como el derecho a los descansos, a la intimidad personal y familiar, a la conciliación y a una protección eficaz de la seguridad y salud de las personas trabajadoras, por lo que necesitan desconectar de su trabajo. Y precisamente esta guía puede contribuir en este sentido para advertir al alumno de la necesidad de hacer un buen uso de sus dispositivos por su bienestar digital, pero también para la toda la comunidad universitaria y que intenten evitar mensajes fuera del período y horario lectivo.

[15] No podemos olvidarnos de la obligación de seguridad y salud en el trabajo conforme al art. 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y el artículo 16.2 de la misma ley que establece la obligación de la empresa de evaluar y gestionar todos los riesgos laborales, incluidos los psicosociales, a los que puede conducir el estar continuamente conectado al trabajo. A tener en cuenta también la reciente Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (EESST) 2023-2027 aprobada por el Consejo de Ministros el 14 de marzo de 2023. En la Estrategia se adquiere un compromiso firme con los ejes prioritarios del Marco Estratégico Europeo de Seguridad y Salud en el Trabajo 2021-2027 y, particularmente, con el objetivo de anticiparse a los riesgos derivados de las transiciones digital, ecológica y demográfica.

[16] También se hizo con anterioridad en otros países vecinos como Francia. Véase Tascón Lopez, R.: "El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español), *Trabajo y Derecho,* núm. 41, 2018.
También ya se ha dado algún paso en la Unión Europea con la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión (2019/2181(INL) y la reciente Declaración Europea sobre los Derechos y principios digitales que ha proclamado el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión (15 de diciembre de 2022). En esta declaración la Unión Europea se compromete a velar por la desconexión para que el uso de las herramientas digitales no suponga ningún tipo de riesgo "para la salud física y mental de los trabajadores en el entorno de trabajo".

[17] En este sentido avanza el informe de la comisión mundial de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el futuro laboral *Trabajar para un futuro más prometedor*, planteando de cara a 2030, señalando que las tecnologías de la información y comunicación han de servir para conseguir que la realidad laboral se acerque a la definición de trabajo decente.

En relación al estudiantado universitario, es preciso destacar que en la nueva Ley Orgánica del Sistema Universitario (LOSU), encontramos hasta en tres ocasiones referencia expresa a la necesidad de velar por la salud de los estudiantes. Así: en el preámbulo (I) se habla de "la salud emocional del estudiantado" promoviendo asimismo su participación en el gobierno de la universidad en sus distintas unidades y en la propia gestión de servicios"; en el artículo 33 referido a los *derechos relativos a la formación académica*, el estudiantado tendrá los siguientes derechos, sin perjuicio de aquellos reconocidos por el estatuto del estudiante universitario aprobado por el Gobierno: e) las tutorías y al asesoramiento, a la orientación psicopedagógica y al cuidado de la salud mental y emocional, en los términos dispuestos por la normativa universitaria; y en el artículo 43.1 se establece que las universidades contarán con servicios de salud y acompañamiento psicológico y pedagógico y servicios de orientación profesional, dotados con recursos humanos y económicos, junto con el apartado quinto del mismo precepto legal que establece que las universidades, en colaboración con las Comunidades Autónomas en las que se encuentren ubicadas, ofrecerán servicios gratuitos dirigidos a la orientación psicopedagógica, de prevención y fomento del bienestar emocional de su comunidad universitaria y, en especial, del estudiantado, así como servicios de orientación profesional.

Por tanto, una forma de hacer efectivo este derecho es precisamente con esta herramienta que presentamos, como un instrumento más, añadido a los demás servicios gratuitos que se ofrezcan y que contribuiría sin duda al fomento del bienestar emocional. La guía puede ser una buena herramienta complementaria para contribuir a la desconexión digital, aunque se necesitan más medidas en este sentido.

3. EL CONTENIDO DE LA GUÍA

Como se puede apreciar del sumario de este trabajo, daremos a conocer el contenido de la guía -que a su vez coincide con los cuatro objetivos ya indicados- así como una explicación de cada uno de sus apartados. Para ello hemos enumerado las recomendaciones (las hemos entrecomillado para identificar el contenido de la guía) y a continuación hemos realizado una explicación a cada una de ellas.

3.1. Utiliza los dispositivos de forma segura

Primera recomendación:

"Es aconsejable que instales VPN cuando accedas desde fuera de la universidad a los recursos educativos. Utiliza la Wifi de tu universidad siempre que sea posible, ahorrarás datos y estarás más seguro/a. No olvides que las wifi's gratuitas en cafeterías suelen ser inseguras, no tienen clave o todo el mundo la sabe, por lo que se puede visualizar el tráfico de datos de tu teléfono, y por tanto averiguar tus claves y/o acceder al mismo".

Explicación:

Tenemos la costumbre de conectarnos a las redes wifis que vemos gratuitas para ahorrar datos en nuestros teléfonos. Esto es un peligro ya que no sabemos quién puede estar conectado. Puede ser alguien, con no buenas intenciones, que al estar en la misma red puede ver el tráfico que pasa por ella. Igualmente, si tenemos alguna vulnerabilidad, falta de actualizaciones por ejemplo o hemos caído en un phishing sin saberlo y tenemos el equipo comprometido, se podría tomar el control de forma remota del dispositivo con total transparencia para el usuario.

Ataque "*man in the middle*" es típico en los hoteles y en cafeterías. Se ofrece una wifi gratis donde el usuario se conecta, y no es más que alguien que ha ofrecido un punto de acceso a través de algún ordenador portátil simulando que es la red gratuita de la cafetería. De esta forma, nuestro teléfono móvil o dispositivo se conecta a un ordenador desde donde se puede ver el tráfico de red en texto plano, se pueden capturar claves, ver por dónde se navega, y se hace con el control, igualmente, del dispositivo a veces. Por este motivo, y para evitar que el tráfico de red lo pueda ver quien no debe, es mejor conectarse previamente a una VPN (*virtual private network* o red privada virtual), o lo que es lo mismo, establecer un canal cifrado entre nuestro dispositivo y otro ordenador de forma que no se puede ver con claridad lo que estamos transmitiendo, ya que se transmite y recibe todo de manera cifrada.

En todas las universidades españolas se suele ofrecer este servicio de VPN gratuito a todos los estudiantes y personal de las instituciones por lo que es recomendable utilizarlo.[18] Hay casos que si no conectas con VPN con la universidad no puedes acceder a según qué recursos o servicios que ofrece la institución como puede ser los datos que ofrece la biblioteca. Sobre todo, debemos utilizar la VPN si consideramos que es una medida exigida en el Esquema Nacional de Seguridad regulado por el Real Decreto 311/2022[19], de 3 de mayo, que es de obligado cumplimiento para las administraciones públicas.[20]

Es muy sencillo utilizar este tipo de conexión, tan solo hay que seguir los siguientes pasos:

— Descargar el programa compatible con la institución y que nos permita conectarnos a VPN e instalarlo.

— Configurarlo con los parámetros de la institución, para eso cada universidad tiene su servidor de conexión.

— Hay veces que para autenticarnos nos pedirán un segundo factor de autenticación para asegurarnos que somos nosotros.

— Por último, una vez configurado, solo hay que pinchar en el programa, e identificarnos hasta que nos diga que la conexión está establecida.

Hay que tener en cuenta que la velocidad de Internet es un poco más lenta, ya que el dispositivo cada vez que envía o recibe información tiene que cifrar y descifrar el contenido, pero no es tan costoso si consideramos los beneficios que nos aporta.

[18] Ahora bien, si la universidad no tiene este servicio, hay otras opciones que son gratuitas, por ejemplo "*risevpn"* u otros servicios que se ofrecen en la red. Pero no podemos olvidar que no hay nada gratuito, y "si algo es gratis el producto eres tú". Hay otras formas de conexión mediante VPN de pago, que son las aconsejables, pues en el caso de servicio VPN gratuitos miran los datos de navegación para sacar estadísticas y vender esa información a terceros. La OSI, Oficina de Seguridad del Internauta, dependiente del INCIBE, Instituto de Ciberseguridad, nos ofrece en su web algunas herramientas para poder establecer una VPN. Se pueden descargar de la siguiente dirección https://www.osi.es/es/herramientas-gratuitas/red-virtual-privada

[19] BOE núm. 106, de 4 de mayo de 2022.

[20] Por ejemplo, aparece es tema de las comunicaciones cifradas en la media op.acc.6 del anexo II, del citado Real Decreto 311/2022.

Segunda recomendación:

"Descarga tus apps de forma segura. Descarga las apps siempre en la tienda oficial (desde la App Store para Apple o desde Play store para Android). Y en caso de ordenadores, hay que descargarla desde el sitio web oficial".

Explicación:

Por ahorrar un dinero, y con lo típico de la picaresca, es frecuente bajarse de Internet programas de forma 'pirata' con claves válidas, y pensamos que hemos logrado ahorrarnos unos euros. Pues bien, este software pirata, en muchas ocasiones, tienen algún 'malware', o virus, que se suele instalar con la versión pirata de la aplicación y que permite desde robarnos información o dejar puertas falsas abiertas en los dispositivos. El programa pirateado funciona y hace su cometido, pero de forma no visible están funcionando estos programas que contienen *malware*.

Por ello es aconsejable descargar el software original. Hay ofertas en Internet para casi todos los tipos de *software* y versiones gratuitas de algunos otros. Este software en el caso de los teléfonos y en general los dispositivos móviles, es mejor descargarlos de las tiendas oficiales ya que hay un control de forma periódica en ellas para verificar si tienen algún malware/virus o no.

Ahora bien, en las tiendas oficiales no todo es una panacea, hay que tener cuidado con el software que nos pide más permisos de los necesarios. Por ejemplo, hace unos años salió un programa que activaba el flash del teléfono como si fuese una linterna y nos pedía acceso a los contactos. Ante ello, nos preguntamos: ¿para qué quiere una linterna acceso a mis contactos? En este caso está claro, para robarnos datos. En las tiendas oficiales se controlan ya todos estos temas, pero aun así se escapa alguno. Así que, aunque es seguro bajar de las tiendas oficiales, hay que tener cuidado a pesar de todo, y por supuesto evitar el software pirata, no merece la pena por las razones que ya hemos analizado.

Tercera recomendación:

"Cuando haya una videoconferencia para cursos de formación y reuniones en la Universidad, conéctate a través de tu cuenta institucional".

Explicación:

En todas las universidades ya hay sistemas de videoconferencia que se utilizan con mucha frecuencia durante el período de docencia online motivado por la pandemia. Ahora también se ofrece de forma gratuita al alumnado bien sea para clases, charlas, reuniones, etc.

Es aconsejable utilizar los sistemas que ofrecen las universidades para las actividades académicas, ya que verificarán que la identificación es correcta y así se evitará que acceda personal no deseado y que no está invitado a esa videoconferencia.

Las universidades han firmado convenios o contratos con los servicios ofrecidos por Google o Microsoft para ofrecer estos servicios a la comunidad universitaria. También se han contratado otros servicios de videoconferencia como Zoom, para que éstas sean lo más seguras posibles y cumplan con todas las normativas necesarias de privacidad y protección de datos.

Cuarta recomendación:

"Para poner una denuncia en caso de robo, es conveniente guardar la información de IMEI del teléfono. Este número identifica al teléfono de forma unívoca. Es conveniente guardarlo en lugar seguro por si acaso. También se pueden descargar utilidades antirrobo https://www.osi.es/es/herramientas-gratuitas/antirrobo. Y siempre es aconsejable hacer copias de seguridad para no perder todas las fotos y resto de nuestros documentos https://www.osi.es/es/herramientas-gratuitas/copias-de-seguridad".

Explicación:

En caso de robo del teléfono móvil, tablet o portátil, debemos poner una denuncia en la policía. Para poder identificarlo necesitamos en el caso del móvil el número IMEI, (*International Mobile Equipment Identity)*, y en cualquier otro caso casi siempre el número de serie. Estos datos los debemos guardar en lugar seguro.

El IMEI podemos consultarlo en el teléfono marcando *#06# y le damos a llamar. El número devuelto es el que debemos guardar. Este dato nos lo pedirá la policía si ponemos la denuncia.

Y si lo que queremos es o bien localizar el teléfono o borrar su contenido hay utilidades que nos ofrece la Oficina de Seguridad del Internauta (OSI).[21] Como medida adicional de seguridad para nuestros móviles/tablets/portátiles, es aconsejable hacer copias de seguridad, ya que se puede romper y es la única forma de recuperar su contenido. La OSI ofrece también aplicaciones gratuitas para poder hacer las copias de seguridad.[22]

Quinta recomendación:

"Utiliza contraseñas de acceso que sean robustas para evitar poner en riesgo el perfil de la universidad. No utilices para las contraseñas fechas de nacimiento o el "123456" clásico. Deben llevar números, letras y signos de control. No uses nunca en los dispositivos móviles la función de "recordar contraseña", pues si cae en manos inapropiadas pueden tener acceso a las apps donde esté activado el recuerdo de contraseña. No guardes contraseñas a la vista, ni física ni digitalmente. Utiliza lo que se llama un segundo factor de autentificación siempre que se pueda. No compartas contraseñas. Existen gestores de contraseñas que nos ayudan a recordarlas. Si tenemos muchas, aquí hay algunos gestores gratuitos https://www.osi.es/es/herramientas-gratuitas/gestores-de-contrasenas".

Explicación:

Si queremos conocer cómo de robusta es nuestra contraseña, es bueno verificarlo en herramientas que existen en Internet. Es conveniente seguir siempre las pautas que marque la institución en las normativas al efecto. Normalmente, se recomienda que sean de longitud mayor a 10 caracteres, que tenga mayúsculas y minúsculas, números, algún carácter de control (_*%&.).

Y siempre es también recomendable el segundo factor de autenticación (2FA) en todos los servicios de Internet que nos lo permita. Aunque hay estudios que ya adelantan que las contraseñas desaparecerán y utilizaran características biológicas para acceder a los dispositivos, aún tenemos que asegurarnos que nadie acceda a nuestros servicios de internet, y para ello el 2FA es ideal.

[21] https://www.osi.es/es/herramientas-gratuitas/antirrobo

[22] https://www.osi.es/es/herramientas-gratuitas/copias-de-seguridad

Sexta recomendación:

"Recuerda que si utilizas tu teléfono móvil, o cualquier otro dispositivo para para acceder a redes sociales, éstos deben contar con soluciones antimalware, (por Ej. antivirus y/o firewall) sistema operativo y otro software actualizado. En este enlace se puede encontrar de forma gratuita en https://www.osi.es/es/herramientas-gratuitas/antivirus-y-cleaners".

Explicación:

El tener un software antivirus es indispensable en cualquier dispositivo para evitar que un posible malware nos complique el uso de ese equipo, así como la pérdida de privacidad. Podemos pinchar en enlaces que, mediante técnicas de ingeniería social o engaño, nos lleven a perder el control del equipo y/o la privacidad de este. Hay antivirus gratuitos que podemos instalar en nuestros equipos, aunque, como ya hemos indicado "lo gratis no existe". Se aconseja comprar una licencia de alguna solución antimalware. Últimamente los sistemas Windows lo incorporan, pero no hay sistemas infalibles. Es bueno reforzarlo con algún otro sistema. Por otra parte, debemos tener activado el firewall. Es un sistema que impide conexiones de red a nuestro equipo de forma incontrolada aprovechando cualquier brecha. Los sistemas Windows traen un sistema de este tipo junto con el sistema. Se puede configurar, pero con solo activarlo ya hay una serie de medidas básicas que nos ayudarán en la securización de nuestro ordenador.

Séptima recomendación:

"Ante la menor duda con el enlace, evita acceder al sitio web, pues pueden redirigir a sitios fraudulentos de tipo phishing o a otros sitios Web".

Explicación:

Tenemos que ser precavidos y releer los mensajes que recibimos por email/sms/whatsApp/ etc. antes de pinchar en una URL que nos aparezca en el mensaje, sobre todo si nos piden datos identificativos. Hay que desconfiar de esos mensajes y pensar que lo que hacemos. Los bancos no piden claves por correo, ni vamos a tener tanta suerte como para haber ganado un premio sin haber participado conscientemente en un sorteo… Y por supuesto cuidado con las llamadas de los servicios técnicos de ordenadores que nos piden que instalemos un *software* para poder atendernos mejor, es un *malware*.[23]

Antes de finalizar este apartado de la guía en la que se han explicado las recomendaciones para utilizar los dispositivos de forma segura, queremos señalar que el Centro Criptológico Nacional (CNN), dependiente del Centro Nacional de Inteligencia (CNI), y del cual dependen todas las administraciones públicas, ha publicado una guía de buenas prácticas en mayo de 2021[24] para mejorar

[23] Toda esta información se puede completar consultando los siguientes sitios web donde se pueden encontrar más consejos y píldoras formativas en ciberseguridad: https://www.incibe.es/; https://www.osi.es/es; https://www.ccn-cert.cni.es/; https://www.is4k.es/; https://www.policia.es/_es/tupolicia_conocenos_estructura_dao_cgpoliciajudicial_bcit.php; https://www.gdt.guardiacivil.es/webgdt/pinformar.php; https://www.pantallasamigas.net/; https://blogs.ugr.es/seguridadinformatica/

[24] Se puede consultar en https://www.ccn-cert.cni.es/informes/informes-de-buenas-practicas-bp/1757-ccn-cert-bp-03-dispositivos-moviles/file.html
Son también de interés las guías sobre configuración segura de dispositivos de Android https://www.ccn.cni.es/index.php/es/docman/documentos-publicos/168-ciberconsejos-configuracion-segura-android/file o IOS https://www.ccn.cni.es/index.php/es/docman/documentos-publicos/169-ciberconsejos-configuracion-segura-ios/file

el nivel de protección y seguridad de los dispositivos móviles. Este "ciberconsejo" consiste en un total de diez recomendaciones de seguridad a tener en cuenta. Muchas de ellas las hemos incluido en esta guía, junto con otras recomendaciones más específicas para el ámbito universitario.

3.2. Redes sociales y mensajería instantánea

Recomendación general:

"Ante todo, "respeto digital". Recuerda que la dignidad y respeto conforman los valores y compromisos éticos de nuestra Universidad. Actúa siempre con cortesía y prudencia y de forma cuidadosa con los demás y con nosotros mismos, para respetar la privacidad e intimidad, las opiniones, la propiedad intelectual e industrial, la información y también proteger nuestros datos personales sensibles".

Para ello, veamos algunas recomendaciones a tener en cuenta:

Primera recomendación:

"En la actividad académica y en las relaciones entre profesorado y alumnado y entre el alumnado de un mismo grupo o titulación, se recomienda utilizar las herramientas institucionales de comunicación: el correo electrónico institucional y la plataforma educativa de la universidad".

Explicación:

El uso de herramientas digitales de apoyo a la docencia y para la comunicación telemática entre los miembros de la comunidad académica está cada vez más extendido. Todas esas herramientas digitales requieren, en mayor o menor medida, el tratamiento de datos personales de sus usuarios. Por ello, conforme al principio de responsabilidad proactiva que establece el RGPD[25], con carácter previo a su empleo en la actividad académica, los centros deben llevar a cabo una evaluación de su seguridad, examinando su política de privacidad y sus condiciones de uso, optando por las que ofrezcan la debida transparencia y garantías al tratamiento de los datos personales del alumnado y procurando su adecuación a las exigencias también del Esquema Nacional de Seguridad. Asimismo, deberán elaborar protocolos y recomendaciones para procurar que el tratamiento de los datos personales del alumnado por el profesorado se limite al necesario y adecuado para la finalidad docente, sin comprometer su intimidad.

Cautelas, todas ellas, que podrán verse frustradas en caso de usarse en la actividad académica otras herramientas digitales de comunicación (así ocurrirá, por ejemplo, cuando en lugar de usarse el correo institucional o las plataformas institucionales de apoyo a la docencia, se usan aplicaciones de mensajería instantánea, puesto que supondrán un tratamiento indebido de datos personales del alumnado, como sus números personales de teléfono).

Segunda recomendación:

"Igualmente, se recomienda evitar el correo institucional para fines privados no académicos".

[25] Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Explicación:

El cumplimiento del principio de adecuación a la finalidad en el tratamiento de datos personales y razones de seguridad aconsejan deslindar nítidamente la actividad en línea personal y la académica. De modo que no sólo se recomienda que en la actividad académica se usen las herramientas digitales institucionales aprobadas o diseñadas para tal fin; sino que, igualmente, se recomienda que dichas herramientas digitales no se usen para fines distintos a los que les son propios.

Son muchos los inconvenientes de usar las herramientas institucionales para fines privados. Entre ellos cabe destacar la posible pérdida de información personal o sensible, cuando se termine la vinculación con la institución de enseñanza; la sobreexposición de datos personales frente a la institución; y el incremento del riesgo de la seguridad de la información de la institución. Téngase en cuenta que en torno al 94% del *malware* se distribuye por correo electrónico, por lo que es fácil que los usuarios sean el "eslabón más débil" de la cadena, por el que puedan tener cabida más fácilmente los ataques informáticos a la institución. Este riesgo se minimizará sensiblemente si el uso del correo institucional se limita a la actividad académica que le es propia.

Tercera recomendación:

"No difundas por redes sociales (incluidos grupos de whatsapp) el listado de calificaciones que el profesor/a sube a Prado".

Explicación:

Los servicios de mensajería online constituyen la forma más utilizada para comunicarse, así consta en informes recientes. No sólo los utilizamos, sino que lo hacemos con muchísima frecuencia, incluso llegándose a afirmar que "los españoles están enganchados al móvil".[26] De todas las formas de mensajería instantánea, ahora mismo, por el momento, whatsapp se coloca como la tercera red social más utilizada en el mundo,[27] aunque Telegram -sobre todo- o Signal están adquiriendo fuerza en la actualidad. Probablemente, llegará un momento en que tratemos otras formas de mensajería instantánea, debido a los cambios tan rápidos que se están produciendo en el uso de la tecnología.[28] Pero hoy por hoy, nos hemos centrado en whatsapp[29] donde hemos comprobado que la mayor parte del alumnado se incorpora a un grupo de whatsapp de la clase que previamente ha creado el delegado/a de la misma. Pues bien, el alumnado no sólo debe adquirir competencias digitales en orden a procurar la autotutela de sus datos personales y sus derechos, sino también ser respetuoso con los datos personales y los derechos de los demás. Para ello, hay que hacerle partícipe del deber de no comprometer los datos personales del resto de estudiantes, ni difundir sus datos académicos o privados entre terceros.

[26] Según los datos del Panel de Hogares de la CNMC sobre Usos de Internet, audiovisual y servicios OTT del primer semestre de 2019.

[27] Después de Facebook y You Tube. "Digital Report 2022: el informe sobre las tendencias digitales, redes sociales y mobile".

[28] Hay un dato que nos puede hacer pensar que adquirirán fuerza otras formas de mensajería instantánea. Según Statista, quien usa más whatsapp son los usuarios de entre 41-55 años, seguido por los usuarios de 2540 años, y ya baja mucho entre el colectivo de 18-24 años (recordemos que es el que se está incorporando al mercado de trabajo), y baja aún más para el colectivo entre 12-17 años. Esto significa que utilizan otras formas distintas de comunicarse. https://es.statista.com/estadisticas/576109/porcentaje-de-los-usuarios-de-whatsapp-en-espana-en-por-edad/

[29] Según Statista, en 2020, más de un 95% de los españoles eran usuarios de whatsapp https://es.statista.com/estadisticas/934626/servicios-de-mensajeria-instantanea-mas-utilizados-por-los-usuarios-de-internet-en-espana/ .

Cuarta recomendación:

"Evita dar información confidencial o sujeta a propiedad intelectual. No difundas apuntes y material colgado por el profesor/a en la plataforma educativa. Respeta la propiedad intelectual".

Explicación:

El uso masivo de las herramientas digitales ha facilitado el desarrollo de prácticas ética y jurídicamente cuestionables, por ser lesivas de los derechos de propiedad intelectual y a la imagen de terceras personas. El ámbito académico es caldo de cultivo de esa realidad, alentada por plataformas y sitios webs, en ocasiones con la excusa de mal entendidas "prácticas colaborativas" entre el alumnado, que comparte en ellas materiales docentes de toda clase (desde libros completos, a pruebas de evaluación, presentaciones, etc.).

Quinta recomendación:

"No grabes imágenes ni conversaciones con el dispositivo móvil en clase. No tienes el consentimiento ni del docente ni del alumnado".

Explicación:

La voz y la imagen de las personas son bienes tutelados por sus derechos fundamentales a la propia imagen y a la protección de datos personales. Por tanto, su tratamiento sin su consentimiento es ilícito. Aparte de que, según su contenido o el uso que se haga de las mismas, puedan resultar lesionados otros derechos (p. ej. la intimidad, el honor, la propiedad intelectual).

Sexta recomendación:

"No olvides que detrás de las pantallas hay personas.

— No filtres conversaciones

— Si a través de redes sociales te llegan contenidos violentos o lesivos a la intimidad de terceros (ej. *porn-revenge* o *sexting*), "páralo", no seas cómplice del daño.

— No generes bulos o noticias falsas, o información descontextualizada o sesgada, y con escasa calidad informativa.

— No contribuyas con tus mensajes al discurso de odio y la discriminación. Y evita actuaciones que puedan dar lugar a un caso de *ciberbullying"*.

Explicación:

Las tecnologías de la información y la comunicación e Internet nos ofrecen un potencial de acceso a la información y al conocimiento sin precedentes en la historia de la humanidad. Pero, cuando lo que circula a través de ellas son contenidos ilícitos, también tienen un potencial lesivo sin precedentes.

Por ello, la capacitación digital debe pasar por concienciar a los usuarios, desde edades tempranas, a ser selectivos con los contenidos a los que acceden en ellas y responsables con su uso,

de modo que las personas no se pongan en riesgo a sí mismas, pero tampoco lesionen a los demás. Es responsabilidad de todos contribuir a hacer del espacio en línea un espacio seguro.

Séptima recomendación:

"Recuerda que en los grupos de whatsapp, el/la administrador del grupo puede incurrir en responsabilidades por los comentarios lesivos vertidos por terceros, si no los elimina o les pone freno con diligencia".

Explicación:

Al margen de otras posibles responsabilidades en que se pueda incurrir (por lesión a la intimidad, el honor, la imagen o la integridad moral de las personas), las obligaciones y responsabilidades previstas en el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) no son aplicables a las personas físicas que traten datos personales de terceros para fines estrictamente privados. Es lo que se conoce como "excepción doméstica". Ahora bien, esa excepción es de interpretación restrictiva, por lo que no ampara, y sí estará sujeta al RGPD, a la actividad en línea que trascienda de un círculo restringido y limitado de personas (generalmente, familiares y amigos). Además, la jurisprudencia viene asimilando al prestador de servicios de alojamiento al administrador de perfiles o grupos de redes sociales, haciéndole, en consecuencia, responsable por los contenidos lesivos o ilícitos para terceros que otras personas publiquen en ellos, si teniendo conocimiento de los mismos no los bloquea o elimina con diligencia.

3.3. El bienestar digital y la desconexión

Recomendación:

Tenemos que fomentar las relaciones saludables con la tecnología.

— Por el estudiantado —que es el protagonista en la Universidad— en aras a su "salud emocional"[30], que va a repercutir entre otros aspectos en un mejor rendimiento académico.

— Por el resto del personal de la Universidad —profesorado y PAS cada vez más inmersos en una situación de hiperconectividad que les dificulta desconectar de sus funciones y que invade cada vez más su esfera personal— evitando enviar mensajes fuera del horario de trabajo respetando el derecho a la desconexión digital.

Explicación:

El concepto de bienestar digital abarca tanto el "estado al que se aspira de equilibrio óptimo con el uso diario de las tecnologías móviles y los medios digitales", como el conjunto de herramientas destinadas a lograr dicho estado de bienestar y entre estas la salud digital[31]. En íntima conexión con el bienestar digital está la desconexión digital.

[30] En palabras de la nueva Ley Orgánica del Sistema Universitario (LOSU), hace referencia en el preámbulo (I) a la "la salud emocional del estudiantado promoviendo asimismo su participación en el gobierno de la universidad en sus distintas unidades y en la propia gestión de servicios".

[31] Matassi, M.: ¿Qué es el bienestar digital? disponible en https://www.youtube.com/watch?v=HLWZTkNz3oM y "Las redes sociales operan como un somnífero pero la gente no lo ve como algo negativo" disponible en https://www.perfil.com/noticias/agenda-academica/mora-matassi-las-redes-sociales-operan-como-un-somnifero-pero-las-personas-no-lo-ven-como-algo-negativo.phtml, consultado el 24 de abril de 2023.

Conforme a la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y La Ley 10/2021, de Trabajo a Distancia[32], todas las empresas y organizaciones, tanto públicas como privadas, tienen la obligación de garantizar el derecho a la desconexión digital de todas las personas trabajadoras como ya hemos visto.

En relación al alumnado universitario, la institución universitaria, así como su profesorado, tenemos la obligación de informar y formar en el uso responsable de las tecnologías y de Internet, advirtiendo que el abuso de sobreexposición tecnológica y la conectividad permanente producen impactos negativos en la salud mental, cardiovascular y musculoesquelética, así como prevenir conductas adictivas evitando estar conectado a Internet muchas horas al día por medio de diferentes dispositivos tecnológicos, lo que se denomina como "Uso problemático de Internet" (UPI)[33].

Es importante advertir de la diferencia entre la utilización de la red social en el ámbito laboral o profesional, social o amistoso, familiar, comercial…etc., de la utilización en actividades relacionadas con la enseñanza-formación, y en nuestro caso con la enseñanza universitaria pues claramente la finalidad perseguida es distinta debiendo primar las herramientas específicas que para esta finalidad proporciona la propia Universidad, a las que todos hemos tenido que acudir con ocasión de la pandemia COVID-19 en cursos académicos ya superados.

Entre las acciones de formación, información y sensibilización para toda la plantilla —además de las recogidas en los dos apartados anteriores que también se comprenden en el concepto de bienestar digital— y más directamente dirigidas a concienciar sobre la necesidad de la desconexión digital, recomendamos:

— La conveniencia de que en las universidades se utilizaran cuentas de correo electrónico institucionales donde se puedan programar tales correos para que se envíen en un momento determinado. Por ejemplo, si un alumno envía un correo electrónico a las 2:00 de la mañana un sábado, que no le llegue a la cuenta del profesor hasta el lunes por la mañana.

— Igualmente, sería conveniente que en la medida de lo posible se limitara en las universidades el uso de las redes sociales para uso académico, sobre todo en horario no lectivo. Aunque no hay reglas establecidas sobre qué medios de comunicación son los más adecuados para comunicarse con el alumnado, sí hay estudios que valoran de forma positiva su uso para este fin por sus buenos resultados en la formación del alumnado.[34]

— No enviar (ni atender) ninguna red social o correo electrónico de carácter laboral fuera del horario laboral y en ningún caso los fines de semana, días festivos y vacaciones.

[32] También se reconoce el derecho a la desconexión digital de los trabajadores en la Carta de Derechos Digitales, adoptada por el Gobierno de España en julio de 2021 (aunque ésta no tiene carácter vinculante).

[33] Hinojo Lucena, F.J.; Aznar Díaz, I.; Trujillo Torres, J.M.; Romero Rodríguez, J.M.: "Uso problemático de Internet y variables psicológicas o físicas en estudiantes universitarios", *Revista Electrónica de investigación Educativa (REDIE),* núm. 23, 2021.

[34] López Zapico, M.A., Tascón Fernández, J.: "El uso de Twitter como herramienta para la enseñanza universitaria en el ámbito de las ciencias sociales. Un estudio de caso desde la Historia económica", *Education in the Knowledge society,* vol. 14, núm. 2, Ediciones Universidad de Salamanca, 2013; Muñoz Vazquez, M.: "Las redes sociales como recurso educativo en el ámbito universitario", *Aularia: revista Digital de Comunicación,* vol. 2, núm., Grupo Comunicar, 2013; Nieto Rojas, P.: "La utilización de Twitter como herramienta docente: su aplicación al Grado de Relaciones Laborales y Empleo", *Lan harremanak, revista de relaciones laborales,* núm. 37, 2017; Romero López, I.:"Redes sociales de refuerzo positivo: interacciones sociales online para medir, analizar y mejorar resultados académicos, Universidad Castilla-La Mancha, 2016 (en línea), citados en Pérez del Prado, D.: "El uso de Twitter como herramienta docente", en VV.AA.: *Técnicas de innovación docente en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* Cuadros Garrido, Mª.E.; Selma Penalva, A. (Dirs.),Aranzadi, 2021.

— El horario laboral debe coincidir con el horario de disponibilidad a través de la conexión digital que debe estar claramente establecido por la Universidad incidiendo en que este es el horario también para enviar o recibir información digital.

— Sería recomendable que los profesores, al igual que fijan sus horas de clase y de tutorías, fijen su horario de trabajo hasta cumplir la jornada laboral de forma que a los alumnos les sea más fácil su conocimiento como ocurre con el personal de administración y servicios.

— Se aconseja, tanto a profesores como a alumnos, silenciar los grupos de whatsapp, o aplicaciones similares relacionados con el centro, fuera del horario laboral establecido. También se puede utilizar alguna de las distintas aplicaciones que nos van a permitir desconectar y no estar tan atentos al dispositivo móvil, organizando nuestro descanso y el tiempo de inactividad que necesitamos. Estas apps controlan el teléfono y todo lo que desde él mismo se genera, para conseguir que evadirnos del terminal, pero todo ello sin apagarlo, por si acaso (Offtime, Digital Detox, Digital Detox Dragons, Phoneless, Opal, minimalist pone, OffScreen, One Sec…).

3.4. Ante problemas, dónde dirigirse

Recomendaciones:

— En caso de brechas o fugas de datos personales, tenemos en la Universidad (*indicar aquí el nombre de la Universidad correspondiente*) un protocolo para ello. Ante cualquier duda con tu dispositivo puedes preguntar al Centro de Atención al Usuario de la Universidad (*indicar aquí el número de teléfono*). Desde ahí te redigirán donde corresponda. También puedes enviar un mail a (*indicar aquí el mail correspondiente)* y ante cualquier robo o pérdida de los dispositivos móviles, debes poner una denuncia ante la Policía Nacional. https://www.policia.es/_es/tupolicia_conocenos_estructura_dao_cgpoliciajudicial_bcit.php#"

— Si se produce un conflicto de CONVIVENCIA por un uso inadecuado de los dispositivos y este conflicto te afecta, puedes acudir a la Comisión de Convivencia creada por la Universidad… donde canalizarán tales conflictos.

- Si estamos ante un conflicto de convivencia derivado de infracciones al derecho de protección de daos, lo resolverá el Delegado/a de Protección de Datos.

- Si son trámites, quejas y denuncias sobre situaciones de acoso sexual, se canalizarán a través de (*indicar aquí dónde hay que dirigirse en la correspondiente universidad donde se aplique la guía*).

— Si quieres ejercitar tus derechos en materia de protección de datos personales puedes consultar este enlace (*indicar aquí el enlace correspondiente de la universidad donde se aplique la guía)*.

Explicación:

Son numerosas las recomendaciones que hemos realizado para un buen uso del teléfono móvil, y las hemos agrupado en función de su contenido (seguridad informática, protección de datos en el uso de redes sociales y mensajería instantánea o bienestar digital y desconexión). Aunque esta guía tiene como finalidad principal preservar la salud digital del alumnado, consideramos necesario

proporcionarles una hoja de ruta en caso de que tengan que comunicar algún hecho que les afecte y que se ha producido por un mal uso del teléfono móvil. Como ejemplos podemos citar: qué hacer ante un robo, o qué hacer si se han subido a las redes sociales un listado de calificaciones colgado previamente por el profesor/a en una plataforma institucional, o cómo se tiene que actuar si se ha producido una situación de acoso sexual a través del uso de la mensajería instantánea…

Es posible que el alumno/a no sepa cómo dónde acudir para exponer su problema. Y ello porque hay numerosos servicios que podrían tener competencia para conocer de estos asuntos (por ejemplo, los centros de seguridad informática de las universidades, las unidades de igualdad, la oficina de protección de datos…). Por este motivo, si cuentan con la información previa para saber dónde dirigirse, el alumno/a tardará menos en solucionar su problema, y además se implicará a menos personas para la solución del conflicto. Actuar con rapidez es muy importante en estos casos.

Estas recomendaciones que hemos incluido en la guía las tendrá que adaptar cada Universidad en función de cómo tenga estructurados sus organismos y sus competencias. Pero pueden servir de modelo para redactar este apartado que consideramos imprescindible. Las universidades cuentan con unidades o servicios específicos sobre seguridad informática, donde además de atender al usuario, llevan a cabo campañas de concienciación en materia de ciberseguridad, o informan sobre el Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE), la Oficina de Seguridad del Internauta (OSI), el Centro Criptológico Nacional (CCN), o la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD). Incluir en esta guía una referencia a qué hacer en caso de fuga o brecha de datos personales es dar a conocer estos servicios que tiene la Universidad para que se pueda hacer un uso de los mismos.

Ahora bien, los problemas de seguridad informática no son los únicos existentes al usar el teléfono móvil. También peligra la intimidad del alumnado, o se pueden producir situaciones discriminatorias, o puede ocurrir que se insulte o se acose, o que se difundan datos personales sin consentimiento, provocando situaciones de conflicto en la comunidad universitaria.

Precisamente esta guía tiene una vocación preventiva, porque aplicando sus recomendaciones se evitan conflictos y se fomenta la convivencia en consonancia con lo establecido en la reciente Ley 3/2022, de 24 de febrero, de convivencia universitaria (LCU). [35] Precisamente es la finalidad de esta ley, establecer medidas "favorezcan y estimulen la convivencia activa y corresponsabilidad entre todos los miembros de la comunidad universitaria". Serán las universidades las que establezcan sus propias normas de convivencia y estas disposiciones "incluirán medidas de prevención primaria como la sensibilización, la concienciación y la formación, para fomentar el reconocimiento y el respeto a la diversidad y la equidad en el ámbito universitario, medidas de prevención secundaria para actuar sobre contextos, circunstancias y factores de riesgo, y evitar que se produzcan las situaciones de violencia, discriminación o acoso… y procedimientos específicos para dar cauce a las quejas o denuncias por situaciones de violencia, discriminación o acoso que pudieran haberse producido…" (artículo 4.2. LCU).

Sin duda esta guía puede cumplir con la función encomendada a las universidades de concienciar y sensibilizar y formar al alumnado para lograr una adecuada convivencia. Por este motivo, en esta recomendación que incluimos en la guía se ha hecho referencia a la comisión de convivencia, para que el alumno/a sepa dónde acudir ante este tipo de conflicto, haciendo una especial referencia a casos de conflictos producidos por acoso o por vulneración de datos personales.

Aunque no mencionamos el régimen disciplinario del estudiantado, pues la guía que aquí presentamos está destinada a prevenir, sería también conveniente explicarle al alumnado las

[35] BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2022.

consecuencias que determinadas conductas pueden tener. Además, debido a la utilización cada vez mayor de los teléfonos móviles, es muy probable que las conductas sancionables se produzcan en su mundo digital a través de sus dispositivos móviles. De momento no contamos con datos de las actuaciones de la comisión de convivencia en las universidades, pues su creación es muy reciente, pero esperemos que con este tipo de propuestas como la que aquí presentamos se contribuya a evitar situaciones de conflicto.

4. CONCLUSIONES

La aplicación de la guía que hemos elaborado y que en este trabajo presentamos aportará sin duda, numerosos beneficios en la comunidad universitaria y en la sociedad en general, para prevenir e informar sobre los inconvenientes que se pueden presentar en cuanto o a la seguridad, privacidad, salud digital de alumnado y profesorado. También hay que destacar las grandes ventajas pedagógicas que supone su correcta utilización para la realización de actividades asíncronas y la creación de contenidos colaborativos con la participación de los estudiantes que de forma fácil y cómoda pueden acceder en cualquier momento y desde cualquier lugar, permitiendo la conexión de grupos de estudiantes y también con los profesores[36]. Un buen uso supone que el dispositivo móvil se convierta en una herramienta más para compartir conocimiento en igualdad y socializar en valores de compañerismo, solidaridad, que inspiran a la Universidad en el siglo XXI y en la conocida como "sociedad de la información".

Tenemos la convicción de que esta propuesta es de gran utilidad práctica y beneficiosa para la comunidad universitaria, donde al igual que en otros ámbitos de la vida se avanza en la utilización de internet y las redes sociales como una herramienta básica para la comunicación y transmisión de información, contribuyendo a la promoción de una relación saludable y equilibrada con la tecnología. Convencidos de que la información y la formación son aspectos totalmente necesarios para que los alumnos y los profesores adquieran la capacitación en la utilización y prevención de conductas no deseables.

5. BIBLIOGRAFÍA

Aznar-Diaz, I.; Hinojo-Lucena, F.J. Cáceres-Reche, M.P.; Romero Rodríguez, J.M.: "Analysis of the determingin factors of Good teaching practices of mobile learning at the Spanish University. An explanatory model, en *Computers&Education,* 2020.

González, H.T.: "Recursos tecnológicos para la integración de la gamificación en el aula", en *Tecnología, ciencia y educación,* núm. 13, 2019.

Hinojo Lucena, F.J.; Aznar Díaz, I.; Trujillo Torres, J.M.; Romero Rodríguez, J.M.: "Uso problemático de Internet y variables psicológicas o físicas en estudiantes universitarios", en *Revista Electrónica de investigación Educativa (REDIE),* núm. 23, 2021.

Lastiri Santiago, M.: "El metaverso: origen, evolución y retos actuales", en *La Ley mercantil*, núm. 99, 2023.

López Zapico, M.A., Tascón Fernández, J.: "El uso de Twitter como herramienta para la enseñanza universitaria en el ámbito de las ciencias sociales. Un estudio de caso desde la Historia económica", en *Education in the Knowledge society,* vol. 14, núm. 2, 2013.

Martin Y Ertberger, J (2013): "Here and now mobile learning: an experimental study on the use of the mobile technology. *Computer and Education,* 76-85.

[36] Se puede consultar más detenidamente en el Mooc "Mobile Learing. Claves para la aplicación de los dispositivos móviles en el aula". (Universidad de Granada, Coordinadora académica Inmaculada Aznar).

Matassi, M.: ¿Qué es el bienestar digital? disponible en https://www.youtube.com/watch?v=HLWZTkNz3oM y "Las redes sociales operan como un somnífero pero la gente no lo ve como algo negativo" disponible en https://www.perfil.com/noticias/agenda-academica/mora-matassi-las-redes-sociales-operan-como-un-somnifero-pero-las-personas-no-lo-ven-como-algo-negativo.phtml,, 2023.

Muñoz Vazquez, M.: "Las redes sociales como recurso educativo en el ámbito universitario", en *Aularia: revista Digital de Comunicación,* vol. 2, núm. 1, 2013.

Nieto Rojas, P.: "La utilización de Twitter como herramienta docente: su aplicación al Grado de Relaciones Laborales y Empleo", en *Lan harremanak, revista de relaciones laborales,* núm. 37, 2017.

Pérez del Prado, D.: "El uso de Twitter como herramienta docente", en VV.AA. *Técnicas de innovación docente en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* Cuadros Garrido, Mª.E. y Selma Penalva, A. (Dirs.), Aranzadi, 2021.

Romero López, I.: "Redes sociales de refuerzo positivo: interacciones sociales online para medir, analizar y mejorar resultados académicos", Universidad Castilla-La Mancha, 2016.

Romero-Rodríguez, J.M.; Martínez-Heredia, N.; Campos Soto, M.N.; Ramos Navas-Parejo, M.: "Influencia de la adicción a Internet en el bienestar personal de los estudiantes universitarios", en *Health and Addictions/Salud y Drogas*, núm. *21*, 2021.

Tascón Lopez, R.: "El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español)", *Trabajo y Derecho,* núm. 41, 2018.

Laborum

Crónica Legislativa, Doctrina judicial y Noticias bibliográficas

nº 8 (3er Trimestre 2023)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Crónica legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas

María Nieves Moreno Vida *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-0600-8332

1. CRÓNICA LEGISLATIVA LABORAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS

1.1. Medidas urgentes

-Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (BOE 29-6-2023).

Mediante este RDL se lleva a cabo la transposición de determinadas Directivas de la UE, entre ellas, la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas, cuya transposición constituye el objeto del libro primero del presente real decreto-ley; y la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, que se traspone en el libro segundo.

Por otro lado, se procede a la prórroga de alguna de las medidas puestas en marcha hasta la fecha con la finalidad inicial de afrontar las consecuencias en España de la guerra en Ucrania, en especial aquellas con las que se pretende proteger a los colectivos más afectados y vulnerables; así como adoptar nuevas medidas con la misma finalidad.

El presente real decreto-ley se estructura en una parte expositiva y una parte dispositiva que consta de cinco libros, conformados por 226 artículos, cinco disposiciones adicionales, diez disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y nueve disposiciones finales.

I. El libro primero transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas intracomunitarias, estructurándose en cuatro títulos.

-El título I incluye un capítulo I que contiene disposiciones preliminares relativas a las limitaciones y exclusiones aplicables a las distintas operaciones de modificación estructural reguladas; un capítulo II, que contiene, novedosamente, las disposiciones comunes aplicables a todas las modificaciones estructurales, sin distinción de que sean operaciones internas o transfronterizas, no obstante las adaptaciones en su caso oportunas a cada operación y que comprenden, la elaboración del proyecto de modificación estructural, los informes del órgano de administración y de expertos independientes, la publicidad preparatoria del acuerdo, la aprobación de operación proyectada, el

acuerdo unánime de modificación estructural, la publicación e impugnación del acuerdo, la protección de socios y acreedores y la eficacia de la inscripción y validez de la operación inscrita.

-Estas disposiciones comunes se completan, en el título II, con una serie de normas específicas para cada uno de los tipos de modificación interna regulados en la ley: transformación por cambio de tipo social (capítulo I), fusión (capítulo II), escisión (capítulo III) y cesión global de activo y pasivo (capítulo IV).

-En este ámbito de las operaciones internas, la opción de armonizar su régimen al de las modificaciones estructurales transfronterizas, se ha llevado a cabo, manteniendo en este título II el actual texto de la Ley 3/2009, de 3 de abril, procediendo al cambio de numeración del articulado y suprimiendo las menciones y especialidades para las fusiones transfronterizas que, en su caso, se recogen en el título que regula a éstas.

-Asimismo, en ocasiones ha sido necesario un cambio de denominación de las tradicionales modificaciones estructurales internas incluidas en la Ley 3/2009, de 3 de abril, pasando a denominarse, de conformidad con la Directiva (UE) 2019/2121, el «traslado internacional de domicilio» como «transformación transfronteriza», que, a su vez, se diferencia de la transformación por cambio de tipo social, que no conlleva cambio de ley nacional.

-De otro lado, en un ámbito sustantivo, se ha considerado conveniente extender también al ámbito interno algunas de las opciones de política legislativa adoptadas respecto de las modificaciones estructurales transfronterizas. Igualmente, la simplificación de requisitos que la citada Directiva establece respecto de la escisión por segregación transfronteriza aconseja no sujetar a las segregaciones internas a mayores requisitos que las operaciones transfronterizas. Finalmente, en materia de escisión, se ha optado por extender también al ámbito interno el régimen contemplado respecto de las escisiones transfronterizas, la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias de la escisión frente a las deudas que hubieran quedado a cargo de la sociedad escindida o segregada, limitándose no obstante la responsabilidad de la sociedad escindida al activo neto que quede en ella.

-Por su parte, las modificaciones estructurales transfronterizas se abordan en el título III, relativo a las intraeuropeas, y en el título IV dedicado a las extraeuropeas. La regulación de estas últimas en este texto normativo se justifica a la vista del elevado número de operaciones que se producen en la práctica en este ámbito.

-En las operaciones transfronterizas los trabajadores se ven protegidos tanto en sus *derechos de información y consulta*, como en sus derechos, cuando existan, de participación o cogestión en los órganos de dirección o control.

-El régimen de protección de la Directiva 2019/2121, previsto para las fusiones transfronterizas, sigue vigente en lo sustancial, aun cuando ahora se extiende también a las operaciones de transformación y escisión transfronteriza.

-Con ese fin, se introducen algunas novedades en la regulación de los derechos de información y consulta, exigiéndose la previsión de una sección específica para los trabajadores en el informe del órgano de administración, reconociéndose a los trabajadores el derecho a presentar observaciones al proyecto con antelación a la junta general, en la misma línea que a socios y acreedores. Todo ello se materializa en un artículo único, semejante al que existía para las fusiones transfronterizas, que ahora afecta también a las transformaciones y escisiones, por lo que se incluye en la sección de disposiciones comunes, dentro de la opción de política legislativa de evitar la repetición de los mismos preceptos.

-La disposición adicional primera indica que lo previsto en el libro primero de este real decreto-ley se entiende sin perjuicio de los derechos de información y consulta de los trabajadores previstos en la legislación laboral; añadiendo que en el supuesto de que las modificaciones estructurales reguladas en el libro primero de este real decreto-ley comporten un cambio en la titularidad de la empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma, serán de aplicación las previsiones recogidas en el artículo 44 ET.

II. El libro segundo procede a la trasposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

-El nuevo contenido va más allá del establecimiento de permisos y otorga una relevancia especial a la adaptación de condiciones de trabajo, introduciendo con rotundidad la dimensión de la corresponsabilidad.

-En los tres títulos en los que se divide este libro, se efectúan *modificaciones en el ET y en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*.

-En el título I de este libro segundo, se incluyen todas las modificaciones necesarias en el Estatuto de los Trabajadores, las cuales responden a un doble propósito: de un lado se evita penalizar o duplicar los sistemas de protección frente a las situaciones descritas -crianza de los hijos e hijas, cuidado de mayores y dependientes- y de otro, con el límite necesario, introducir los requisitos mínimos de cada permiso y las mejoras que no resultan absorbibles.

1.Se modifica la letra c) del artículo 4.2, referente a los derechos de las personas trabajadoras en la relación laboral, especificando que el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de sus derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral será constitutivo de discriminación por razón de sexo. De este modo se da cumplimiento a lo establecido en el artículo 11 de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 y es consecuente con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 8 de mayo de 2019, C-486/18, asunto Praxair) y del Tribunal Constitucional (STC 79/2020, de 2 de julio de 2020), en las que se ha establecido que, sobre la base de una mayor afectación femenina, la discriminación por ejercicio de derechos de conciliación puede ser constitutiva de discriminación indirecta por razón de sexo.

2.Se modifica el artículo 34.8 ET, que requería de ajustes puntuales a efectos de que se acomode totalmente a las previsiones del artículo 9 de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre fórmulas de trabajo flexible.

3.Se modifica el artículo 37.3 ET, en su letra a), para recoger otras formas de convivencia de manera similar a como se amplía el ámbito subjetivo de la directiva y la relación de familiares recogida en el artículo 3.1.e), así como en su letra b), a efectos de transponer al ordenamiento español el permiso de cuidadores previsto en el artículo 6 de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019:

-se amplía el número de días y también el ámbito subjetivo de este permiso, incorporando a las personas convivientes sobre las que se llevará a efecto el cuidado efectivo, esto es, atendiendo a las necesidades de asistencia y cuidados importantes dando cumplimiento de este modo a lo establecido en el artículo 3.1.c) de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de

junio de 2019, acerca del abanico de las posibles personas beneficiarias trascendiendo el ámbito de las unidades familiares de convivencia.

-el precepto se completa para incluir en la cobertura a la pareja de hecho.

-se introduce una nueva letra b bis) para separar del anterior el permiso por fallecimiento del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, cuya causa es diversa, lo que aconseja esta nueva distribución sistemática.

4.Se introduce un nuevo apartado 9 al citado artículo 37 ET, en el que se transpone el artículo 7 de la Directiva 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que da respuesta a aquellas situaciones, distintas de las de los permisos de cuidadores y parentales, que permiten a las personas trabajadoras ausentarse por razones justificadas de urgencia familiar y que requieren la presencia inmediata de aquéllas. Se refiere a «motivos familiares urgentes o inesperados», esto es, a la necesidad de atender sucesos esporádicos, previéndose como retribuidas las horas equivalentes a cuatro días al año, sin perjuicio de lo que al respecto pudieran establecer los convenios colectivos.

5.Se modifican los artículos 37.4 y 6, y 46.3 ET para que, en caso de coincidencia en la misma empresa del disfrute por parte de ambas personas progenitoras de los permisos de lactancia, reducción de jornada o excedencia -todos ellos permisos o periodos de ausencia relacionados con la familia- la empresa deba aportar un plan de disfrute alternativo si concurren razones fundadas y objetivas de funcionamiento de la misma, dando así cumplimiento a las exigencias del citado precepto.

6.Se modifican los artículos 37.6 y 46.3 ET, para matizar los permisos vinculados al cuidado de dependientes con el fin de incluir de manera expresa a los familiares por consanguinidad de las parejas de hecho.

7.De conformidad con lo establecido en los artículos 5 y 8 de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, se regula, a través de la introducción de un nuevo artículo 48 bis, en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, un *permiso parental* específico que se ocupa del cuidado de los hijos e hijas, o de los niñas y niños acogidos por más de un año, y hasta la edad de ocho años, intransferible y con posibilidad de su disfrute de manera flexible.

8.Se modifican los artículos 53.4 y 55.5 ET, para asegurar el pleno ajuste de nuestro ordenamiento jurídico al artículo 12 de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, en lo relativo a la protección contra el despido derivada del disfrute de permisos de conciliación, recogiendo el disfrute de todos los derechos de conciliación, incluyendo los nuevos, entre las causas de nulidad.

9.El título II de este libro segundo *modifica el Estatuto Básico del Empleado Público*, para introducir modificaciones en el régimen de permisos, a fin de acompasar el permiso por accidente o enfermedad grave (artículo 48.a) a lo dispuesto en la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019.

-El título III del libro segundo contiene la modificación de los artículos 108.2 y 122.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, para garantizar su coherencia con las modificaciones planteadas, respectivamente, en los artículos 53.4 y 55.5 del ET.

III. El libro cuarto, dividido en cuatro títulos, contiene la prórroga de determinadas de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad.

-En el ámbito laboral, se amplían hasta el 31 de diciembre de 2023 los expedientes de regulación temporal de empleo vinculados a la situación de fuerza mayor temporal en el supuesto de empresas y personas trabajadoras de las islas Canarias afectadas por la erupción volcánica registrada en la zona de Cumbre Vieja.

-En materia de Seguridad Social, se prorroga por seis meses más el aplazamiento del pago de cuotas de la Seguridad Social de empresas y trabajadores autónomos afectados en su actividad por la erupción volcánica. También se prorrogan las medidas extraordinarias de Seguridad Social para los trabajadores autónomos y la exención en el pago de cuotas a la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta, de superior cuantía que la aplicable con carácter general, en los expedientes de regulación temporal de empleo mencionados.

IV. En el título V del libro quinto, se recogen medidas de carácter sanitario, social y económico, que se dividen en tres capítulos.

-El capítulo II incorpora medidas para hacer efectivo el derecho al olvido en la contratación de seguros y productos bancarios de los pacientes de patologías oncológicas una vez transcurrido un determinado período de tiempo desde la finalización del tratamiento sin recaída.

-El capítulo III introduce diversas medidas de carácter social y económico:

1.En primer lugar, el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, regula la inclusión en el sistema de la Seguridad Social de los *alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación*.

-La entrada en vigor de esa previsión, inicialmente fijada para el 1 de octubre de 2023, ha de demorarse hasta el 1 de enero de 2024 puesto que las prácticas formativas, remuneradas o no, no se realizan con carácter general al inicio de los cursos académicos sino en el segundo o tercer trimestre de dichos cursos. La ampliación temporal de la vacatio legis permitirá, además, facilitar los trabajos técnicos de adaptación de los centros formativos y, en general, de quien deba asumir la condición de sujeto responsable del cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social respecto a quienes realicen las prácticas.

-También resulta necesario efectuar una serie de modificaciones puntuales en la posibilidad de suscribir un convenio especial para poder computar períodos de prácticas realizadas con anterioridad a su entrada en vigor, ampliando el plazo del convenio de dos a cinco años, al objeto de favorecer y dar seguridad jurídica.

2.En materia de empleo público se autoriza una tasa adicional a las Administraciones Públicas para que convoquen procesos selectivos conforme a la disposición adicional octava de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas para reducir la temporalidad en el empleo público.

-El título VII del libro quinto incluye diversas *medidas de carácter procesal*, modificando la normativa reguladora del proceso en los diferentes órdenes jurisdiccionales:

1.El capítulo I se ocupa de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

-Se introducen una serie de medidas que permitan una mayor conciliación de la vida personal y familiar con el desempeño profesional de las personas profesionales de la abogacía, la procura y los graduados y las graduadas ante los tribunales de justicia, así como la regulación de la baja por nacimiento y cuidado de menor como causa de suspensión del curso de los autos y no solo de las vistas u otros señalamientos.

-Además, comprende todas aquellas medidas que se consideran compatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva de la ciudadanía y no ocasionadoras de indefensión, como la suspensión de vistas u otros actos procesales, de actos de comunicación y del curso del procedimiento cuando acontezcan determinadas circunstancias.

-Por otro lado, se modifica la regulación del recurso de casación penal.

2.El capítulo II está dedicado al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

3.El capítulo III reforma la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

4.El capítulo IV está dedicado al orden social:

-Se pretende dotar de mayor agilidad la tramitación de los recursos de casación para la unificación de doctrina

-Se introducen algunas modificaciones como la eliminación del recurso contra el auto de inadmisión por falta de subsanación de defectos cuando la parte ya ha sido advertida y requerida para subsanación, dejando pasar el plazo. Es la misma solución que la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, ya establece para los autos de inadmisión por incumplimiento de manera manifiesta e insubsanable de los requisitos procesales para preparar o interponer el recurso, por carencia sobrevenida del objeto del recurso, por falta de contenido casacional de la pretensión y por haberse desestimado en el fondo otros recursos en supuestos sustancialmente iguales.

-Se elimina el trámite de audiencia previa al recurrente respecto de ciertas causas de inadmisión sobre las cuales necesariamente habrá de haber efectuado alegaciones en dos momentos diferentes -escrito de preparación y escrito de interposición de recurso-, de manera que su supresión en nada perturba el derecho a la tutela judicial efectiva y sí evita un trámite que dilata innecesariamente la tramitación del recurso. Se deja claro, no obstante, que se mantiene la audiencia a la parte cuando la causa de inadmisión escapa del contenido de aquellos escritos como sucede con la falta de contenido casacional de la pretensión y el haberse desestimado en el fondo otros recursos en supuestos sustancialmente iguales.

V. Las disposiciones transitorias segunda y tercera determinan el régimen aplicable en materia de adaptaciones de jornada y permisos regulados en el libro tercero del presente real decreto-ley tras la entrada en vigor del mismo.

La disposición transitoria décima establece el régimen transitorio de las medidas de carácter procesal.

VI. Disposiciones finales:

1.La disposición final primera modifica el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, para establecer un régimen sancionador adecuado a la nueva regulación en materia de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

2.La disposición final segunda tiene por objeto la modificación de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, a fin de transponer lo establecido respecto a la protección de los derechos de participación o cogestión de los trabajadores en la Directiva (UE) 2019/2121, de 27 de noviembre, adaptando la rúbrica y el título IV de esta ley laboral que pasa a denominarse «Disposiciones aplicables a las modificaciones estructurales transfronterizas intraeuropeas de sociedades de capital», abarcando no solo las fusiones transfronterizas sino las transformaciones y escisiones de este carácter, dando así cobertura a los tres tipos de operaciones estructurales.

3.Mediante la disposición final cuarta se modifican, por un lado, el apartado 3 del artículo 317 y el artículo 399 ter 1; y por otro se da una nueva redacción a los artículos 317 bis y 631.3 del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo; modificaciones que también responden a la necesidad de adaptar estas previsiones a la nueva regulación en materia de modificaciones estructurales de sociedades de capital.

4. Disposición final novena establece la entrada en vigor: El presente real decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOE, excepto las previsiones del libro primero y del título VII del libro quinto, que entrarán en vigor al mes de su publicación en el BOE, y las regulaciones del título III del libro tercero, que entrarán en vigor cuando se apruebe su desarrollo reglamentario.

1.2. Derechos de asociación profesional y representación

-Orden INT/656/2023, de 19 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 175/2022, de 4 de marzo, por el que se desarrollan los derechos de las asociaciones profesionales de guardias civiles, de sus representantes y de los miembros del Consejo de la Guardia Civil elegidos en representación de los miembros del Cuerpo (BOE 23-6-2023)

En primer lugar, se regula el procedimiento para que las asociaciones profesionales de guardias civiles puedan ejercer su derecho a promover candidaturas para la elección de miembros de cualquier órgano de participación o de representación que se establezca, así como para la elección de miembros de los órganos de representación, gobierno y dirección de las mutualidades, asociaciones y restantes entes de previsión social y asistencial oficialmente constituidos por miembros de la Guardia Civil, cuando así lo prevea su normativa específica. Este procedimiento reviste carácter supletorio de los que se establezcan en la normativa específica de cada órgano.

En segundo lugar, esta orden desarrolla los aspectos relacionados con las normas de uso del crédito de tiempo para el desarrollo de actividades relacionadas con la condición de representante.

Por último, se desarrolla el régimen de ejercicio de los derechos a disponer de espacios para anuncios o comunicaciones, y a celebrar reuniones en centros oficiales de la Guardia Civil, así como la organización y participación en grupos de trabajo, el acceso a los acuartelamientos e instalaciones para participar en actividades propias del asociacionismo profesional y la posibilidad de que se habiliten locales en dependencias oficiales del Cuerpo para su uso por las asociaciones profesionales representativas.

También, cabe destacar la inclusión de la disposición final segunda, que modifica la Orden PRE/266/2015, de 17 de febrero, por la que se establece el modelo y las normas reguladoras del Informe Personal de Calificación del Guardia Civil, al objeto de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 175/2022, de 4 de marzo, relativo al derecho a la no discriminación en la promoción profesional de los miembros del Consejo de la Guardia Civil elegidos en representación del personal del Cuerpo.

1.3. Relaciones laborales

-Mecanismo RED. - Real Decreto 608/2023, de 11 de julio, por el que se desarrolla el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo (BOE 12- 7-2023)

Este real decreto desarrolla lo dispuesto en el artículo 47 bis ET, dotando al Mecanismo RED de un régimen jurídico completo: el procedimiento para que las empresas puedan aplicar las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos, las competencias sobre su gestión, la gobernanza del mecanismo y sus garantías -protección de las personas trabajadoras, beneficios en la cotización a la Seguridad Social, acciones formativas, compromiso de mantenimiento del empleo, límites en materia de horas extraordinarias, contrataciones y externalizaciones-.

Asimismo, se incluyen normas en materia de Seguridad Social y en desarrollo de los previsto en la disposición adicional cuadragésima primera de la LGSS, relativa de manera específica a medidas de protección social de las personas trabajadoras afectadas por la aplicación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, regulado en el artículo 47 bis ET.

1.El capítulo I desarrolla el funcionamiento general del Mecanismo RED, indicando su objeto (artículo 1), modalidades (artículo 2) y medidas aplicables (artículo 3), así como configurando la comisión tripartita que ha de servir de instrumento participativo de seguimiento del funcionamiento del mecanismo sectorial (artículo 4).

2.El capítulo II tiene una dimensión procedimental y regula los trámites que han de seguir las empresas que deseen acogerse a un mecanismo que se encuentre activo.

-La sección 1.ª regula la iniciación del procedimiento, de manera que se contemplan, en los artículos 5 y 6, la comunicación empresarial de inicio y la necesaria constitución de una comisión negociadora en el centro o centros de trabajo afectados, integrada por la representación de la empresa y por una comisión representativa de las personas trabajadoras. En el seno de esta comisión negociadora se desarrollará el periodo de consultas, cuya apertura se regula igualmente en el artículo 6. Por último, el artículo 7 regula la solicitud a la autoridad laboral de la autorización para la aplicación de medidas en el ámbito del Mecanismo RED, simultánea a la citada apertura.

-La sección 2.ª se refiere al desarrollo del procedimiento:

-Su subsección 1.ª, que contiene el artículo 8, señala los requisitos del periodo de consultas.

-La subsección 2.ª se refiere a la instrucción del procedimiento, y regula las actuaciones oportunas que se deben llevar a cabo por parte tanto de la autoridad laboral competente (artículo 9) como de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (artículo 10). Particularmente, esta última evacuará un informe en el que deberá pronunciarse sobre la concurrencia de los requisitos correspondientes.

-La sección 3.ª establece las normas que rigen la finalización del procedimiento.

-La subsección 1.ª establece las reglas aplicables a la finalización con acuerdo de dicho procedimiento. El artículo 11 establece el contenido mínimo y las condiciones esenciales del acuerdo, mientras que el artículo 12 se refiere a las actuaciones de la autoridad laboral en caso de acuerdo tras el periodo de consultas. Cabe destacar que cuando el período de consultas concluya con acuerdo entre las partes, la autoridad laboral procederá a autorizar la aplicación del mecanismo. Por último, el artículo 13 establece normas específicas para proceder a la prórroga de la vigencia de las medidas.

-En el ámbito de la modalidad sectorial, la empresa habrá presentado una propuesta de plan de recualificación en la comunicación inicial (artículo 6), cuyo contenido deberá ser concretado en el acuerdo (artículo 11) o en la comunicación empresarial de finalización (artículo 14). El contenido de este plan deberá responder a la realidad empresarial de la solicitante, pudiendo concretarse en diversos procesos formativos, teóricos o de carácter práctico, que permitan ampliar competencias y conocimientos a las personas trabajadoras o incluso una reorganización de los departamentos empresariales vinculada a la estabilización del empleo. En todo caso, el contenido de este plan se ajustará a la finalidad perseguida por el propio Mecanismo RED sectorial, la recualificación y procesos de transición profesional de las personas trabajadoras.

-La subsección 2.ª regula la finalización sin acuerdo del periodo de consultas. De igual manera, se recogen el contenido mínimo y las condiciones esenciales de la comunicación empresarial (artículo 14) y las actuaciones de la autoridad laboral (artículo 15). En este caso, la autoridad laboral dictará resolución estimando o desestimando la solicitud empresarial.

-La sección 4.ª se refiere a las disposiciones comunes del procedimiento, determinando la autoridad laboral competente (artículo 16) y el régimen de recursos administrativos y acciones ante la jurisdicción social (artículo 17).

3.El capítulo III define las garantías asociadas al Mecanismo RED, relativas a la protección de las personas trabajadoras (artículo 18), los beneficios en la cotización de las empresas (artículo 19), las acciones formativas (artículo 20) y el compromiso del mantenimiento del empleo (artículo 21) a que se vinculan las exenciones en la cotización.

Adicionalmente el capítulo se acompaña de la previsión de una serie de límites en materia de horas extraordinarias, contrataciones y externalizaciones (artículo 22), así como la regulación del acceso a los datos relativos a las reducciones de jornada y suspensiones de contrato autorizadas en el ámbito del Mecanismo RED por la Tesorería General de la Seguridad Social, el Servicio Público de Empleo Estatal, el Instituto Social de la Marina y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (artículo 23).

4.Por último, el capítulo IV establece el régimen jurídico y de funcionamiento del Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, F.C.P.J.

5.Entre las Disposiciones de esta norma destacan:

-En la disposición adicional única se establece la aplicación supletoria del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, aprobado por el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre.

-La disposición transitoria primera prevé la aplicación de la norma solo a aquellos procedimientos iniciados tras la entrada en vigor del real decreto.

-La disposición transitoria segunda se refiere al inicio de la gestión del Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, F.C.P.J.

-La disposición transitoria tercera se ocupa de la asunción de las competencias sancionadoras que tienen atribuidas el Servicio Público de Empleo Estatal y el Instituto Social de la Marina.

-La disposición final primera prevé la modificación del artículo 22 del RD 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, a fin de adaptar las previsiones reglamentarias a la nueva redacción del artículo 47 ET, así como homogeneizar los procedimientos de tramitación y pago de las prestaciones por desempleo derivadas de la aplicación de las medidas de suspensión del contrato o reducción de jornada contemplados en dicho precepto, y la tramitación de la prestación social regulada en la disposición adicional cuadragésima primera LGSS.

-La disposición final segunda modifica el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, para aclarar las competencias sancionadoras en esta materia.

-La disposición final tercera, se encarga de adaptar el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, a las modificaciones operadas en el artículo 47 ET por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, por lo que su objeto es la modificación de los artículos 10, 16, 21 y 33 del citado reglamento, así como la introducción de un nuevo título IV en el que se incorporan las garantías asociadas a los expedientes de regulación temporal de empleo, relativas a los beneficios en la cotización a la seguridad social, las acciones formativas vinculadas a los beneficios extraordinarios, el compromiso del mantenimiento del empleo, los límites en materia de horas extraordinarias, contrataciones y externalizaciones y el acceso a los datos relativos a los expedientes de regulación temporal de empleo por la Tesorería General de la Seguridad Social, el Servicio Público de Empleo Estatal, el Instituto Social de la Marina y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

-FOGASA. - Orden TES/941/2023, de 1 de agosto, por la que se regula el procedimiento para el reintegro al Fondo de Garantía Salarial, O.A., de las prestaciones pagadas indebidamente (BOE 5-8-2023).

Esta Orden tiene por objeto establecer un procedimiento para el reintegro de prestaciones pagadas indebidamente por el Fondo de Garantía Salarial, en el ámbito de sus competencias. Para ello:

-En el artículo 1 se recoge el concepto de pago indebido y el ámbito de aplicación de la norma. Se explicita que "por pago indebido" a los efectos de esta Orden deben entenderse "el que se realiza por error material, aritmético o de hecho, a favor de persona en quien no concurra derecho alguno de cobro frente al FOGASA, O.A, con respecto a dicho pago o en cuantía que exceda de la consignada en el acto o documento que reconoció el derecho del acreedor".

-Se prevé que la Orden se aplicará a los pagos indebidos realizados por el FOGASA en materia de prestaciones de garantía salarial, para su reintegro tanto en periodo voluntario como ejecutivo.

-En el artículo 2 se establece el ámbito competencial para declarar un pago como indebido y para ordenar su restitución.

-La competencia se hace recaer sobre la jurisdicción social o sobre el órgano que dictó el acto que contiene el error material, aritmético o de hecho que ha provocado el pago indebido, en virtud de lo establecido en el artículo 146 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

-Se determina que los órganos competentes para la recaudación en vía de apremio del reintegro del pago indebido serán los órganos de recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria que correspondan, según lo establecido en el Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, y en las demás disposiciones de aplicación.

-La regulación del procedimiento para el reintegro al Fondo de Garantía Salarial, O.A., de las prestaciones pagadas indebidamente se establece en los arts. 3-6: Inicio del procedimiento (art. 3), procedimiento de revisión (art. 4), Procedimiento de revisión ante la jurisdicción social (art. 5), Procedimiento de rectificación de errores materiales, aritméticos y de hecho (art. 6).

-La propuesta de propuesta de resolución motivada deberá incluir obligatoriamente una serie de datos, incluyendo expresamente la identificación del perceptor del pago indebido: nombre y apellidos, si se trata de una persona física, o razón social si es jurídica, número de identificación fiscal y domicilio o sede social a efectos de notificaciones y requerimientos.

-El artículo 7 regula el supuesto de compensación en el caso de que el deudor fuese a su vez acreedor del FOGASA, por tener derecho a nueva prestación de garantía salarial.

-Los artículos siguientes se centran en la regulación específica del aplazamiento o fraccionamiento de las deudas contraídas con el FOGASA por los perceptores de prestaciones, con el fin de facilitar su reintegro a quienes, por sus circunstancias económico-financieras, les impida de forma transitoria efectuar el pago de la misma en el plazo y términos establecidos en este reglamento de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia.

-Teletrabajo. - Acuerdo marco relativo a la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento (CE) n.º 883/2004 en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual (BOE 4-8-2023)

El presente Acuerdo Marco se extiende a todas las personas a las que pueda aplicarse el apartado 1 del artículo 16 del Reglamento de base, siempre que su residencia se encuentre en un Estado signatario y la sede o el domicilio de la empresa o empleador esté situado en otro Estado signatario.

1. Establece, en primer lugar, que se entiende por teletrabajo transfronterizo y a quién se aplica.

-En concreto, se refiere a las personas a las que sería aplicable la legislación del Estado de residencia como consecuencia del teletrabajo transfronterizo habitual (art. 13 1 a Reglamento en relación con el art. 12 8. Y 10 del Reglamento) que estén empleadas por una o más empresas o empleadores (en lo sucesivo denominados únicamente el «empleador») que tengan su sede o domicilio en un único Estado signatario distinto.

-Sin embargo, excluye del ámbito de aplicación del trabajo transfrotenrizo a las personas que: (i) ejerzan habitualmente una actividad distinta del teletrabajo transfronterizo en el Estado de residencia, y/o (ii) ejerzan habitualmente una actividad en un Estado distinto de los mencionados en el apartado 1, y/o (iii) trabajen por cuenta propia.

2. En segundo lugar, dispone las implicaciones jurídico-laborales del trabajo transfronterizo. Así, se determina que, previa solicitud, las personas que realicen teletrabajo transfronterizo habitual de acuerdo con el Acuerdo Marco:

-estarán sujetas a la legislación del Estado en el que el empresario tenga su sede o su domicilio,

-siempre que el teletrabajo transfronterizo realizado en el Estado de residencia sea inferior al 50 % del tiempo de trabajo total.

A fecha de 30 de junio de 2023, el Acuerdo ha sido firmado por los siguientes países: Alemania, Suiza, Liechtenstein, República Checa, Austria, Países Bajos, Eslovaquia, Bélgica, Luxemburgo, Finlandia, Noruega, Portugal, Suecia, Polonia, Croacia, Malta, España y Francia.

El Acuerdo entró en vigor el día 1 de julio de 2023.

1.4. Igualdad

-Oficina Estatal de Lucha contra la Discriminación.- Orden TES/867/2023, de 22 de julio, por la que se crea la Oficina Estatal de Lucha contra la Discriminación en el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE 26-07-2023)

Esta Orden tiene por objeto la creación de la Oficina Estatal de Lucha contra la discriminación.

La Oficina Estatal de Lucha contra la Discriminación es la unidad responsable del impulso y coordinación de todas las acciones que se desarrollen por el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de igualdad de trato y oportunidades y lucha contra la discriminación en el acceso al empleo, en la formación profesional, en la promoción profesional y en las condiciones de trabajo, en especial las retributivas; prestando una especial atención a la igualdad entre mujeres y hombres.

La Oficina velará, asimismo, para que la perspectiva de género se aplique de manera transversal e interseccional en todas las actuaciones inspectoras y respecto a la totalidad de las materias objeto de vigilancia y control.

-Igualdad de género. - Real Decreto 669/2023, de 18 de julio, por el que se regula el Distintivo de Igualdad de Género en I+D+I (BOE 2072023)

El RD 669/2023 tiene por objeto regular la concesión, efectos y vigencia del Distintivo de Igualdad de Género en I+D+I para el reconocimiento y promoción de aquellas entidades cuya actividad principal sea la ejecución de la investigación, el desarrollo experimental, la transferencia de conocimiento y/o la innovación, que acrediten alcanzar criterios de excelencia en igualdad de género en estos ámbitos.

-Registro Planes de Igualdad AAPP.- Resolución de 13 de julio de 2023, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se modifica la de 16 de marzo de 2023, por la que se crea el Registro de planes de igualdad de las Administraciones Públicas y sus protocolos frente al acoso sexual y por razón de sexo (BOE 24-07-2023)

Se modifica la Resolución de 16 de marzo de 2023, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se crea el Registro de Planes de Igualdad de las Administraciones Públicas y sus protocolos frente al acoso sexual y por razón de sexo para incluir contenido del Registro de los planes. Según esta modificación, en el mismo se tendrán que incorporar también:

-Los planes de igualdad de las Administraciones Públicas (estatal, autonómica y local), así como de aquellos organismos públicos que tengan la consideración de Administración Pública o que estén integrados en la misma y tengan un plan de igualdad propio.

-Los protocolos frente al acoso sexual y por razón de sexo del mismo ámbito.

1.5. Formación y empleo

-Formación profesional. - Real Decreto 659/2023, de 18 de julio, por el que se desarrolla la ordenación del Sistema de Formación Profesional (BOE 22-07-2023)

El Real Decreto 659/2023 tiene por objeto el desarrollo reglamentario de la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional.

Este real decreto establece la ordenación del Sistema de Formación Profesional, a partir de la cual las administraciones responsables desde cada comunidad autónoma trabajen conjuntamente, garantizando una oferta suficiente y adecuada de Formación Profesional, tanto para estudiantes como para personas trabajadoras, permitiendo el establecimiento de itinerarios formativos, que les acompañen, desde antes de acabar su escolaridad obligatoria y a lo largo de su vida laboral, y que concluya en la generalización de una nueva cultura del aprendizaje.

Se determina las distintas finalidades del Sistema de Formación Profesional, entre las que destacan:

- Garantizar la formación profesional de personas trabajadoras, incluida la dirigida a la adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer la empleabilidad, de acuerdo con el artículo 4.2.b) ET.

- La adquisición, mantenimiento, adaptación o ampliación de las habilidades y competencias profesionales y el progreso en la carrera profesional.

-La reconversión profesional y la reconducción del itinerario profesional a un sector de actividad distinto de aquellas personas trabajadoras que necesiten o deseen dirigirse hacia otro sector profesional.

Se disponen las funciones y objetivos generales del Sistema de Formación Profesional. También, se procede a la organización de ofertas formativas de Formación Profesional, modalidades de formación profesional y a su planificación.

La presente norma modifica, a través de las correspondientes disposiciones finales, los siguientes reales decretos:

-RD 1850/2009, de 4 de diciembre, sobre expedición de títulos académicos y profesionales correspondientes a las enseñanzas establecidas por la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

-RD 1684/1997, de 7 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Funcionamiento del Consejo General de Formación Profesional.

-RD 229/2008, de 15 de febrero, por el que se regulan los Centros de Referencia Nacional en el ámbito de la Formación Profesional.

-RD 1085/2020, de 9 de diciembre, por el que se establecen convalidaciones de módulos profesionales de los títulos de Formación Profesional del sistema educativo español y las medidas para su aplicación.

-Resolución de 29 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de mayo de 2023, por el que se aprueba el Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno 2023 (BOE 6-6-2023)

El Plan 2023 concreta los objetivos a alcanzar en este año en el conjunto de España y en cada una de las distintas comunidades autónomas.

El Plan 2023 recoge, asimismo, los indicadores que se van a utilizar para valorar el grado de consecución de dichos objetivos.

En el Plan 2023 se ha tenido en cuenta el resultado de la tercera evaluación que se ha realizado por la Red de Servicios Públicos Europeos, y las recomendaciones realizadas.

Este Plan 2023 se ha elaborado en colaboración con las comunidades autónomas, tras informe de la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales de 28 de abril de 2023 e informe del Consejo General del Sistema Nacional de Empleo de 5 de mayo de 2023, con carácter previo a su aprobación por el Gobierno mediante Acuerdo del Consejo de Ministros. Desde esa fecha, el Plan 2023 se aplica de hecho por el conjunto de los servicios públicos de empleo, sin perjuicio de lo que se disponga en su aprobación final.

Conforme a lo establecido en el título VI de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, este Plan se someterá a una evaluación continuada, planificada, dirigida en el seno del Sistema Nacional de Empleo y realizada con carácter externo e independiente, desarrollándose de manera adicional al conjunto de evaluaciones internas que se realicen dentro del Sistema Nacional de Empleo.

El Plan 2023 cuenta con cinco anexos, que se refieren, respectivamente a los servicios y programas de apoyo activo al empleo (anexos I y II), a la dotación presupuestaria (anexo III), a los indicadores para la evaluación del Plan (anexo IV) y, como novedad en este Plan 2023, al programa de transversalización de la igualdad de género en las políticas activas de empleo (anexo V).

-Real Decreto 660/2023, de 18 de julio, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a empresas de determinados sectores que tengan personas trabajadoras con contratos indefinidos en las ciudades de Ceuta y Melilla (BOE 19-7-2023)

El objeto de este real decreto consiste, por tanto, en regular la concesión directa de subvenciones, con carácter excepcional, por razones de interés público, social y económico, a empresas de determinados sectores en Ceuta y Melilla que accedan a las bonificaciones en la cotización previstas en el artículo 31.1 del Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, respecto de personas trabajadoras con contratos indefinidos que presten actividad en los referidos sectores y ámbitos geográficos, a fin de complementar las citadas bonificaciones, conforme al compromiso recogido en los Planes integrales de desarrollo socioeconómico de Ceuta y Melilla 2023-2026.

El presente real decreto se estructura en nueve artículos, una disposición adicional única y tres disposiciones finales.

En el articulado se define el objeto de las subvenciones (artículo 1); se establece el ámbito de aplicación del real decreto desde una triple perspectiva: sectorial, territorial y temporal (artículo 2); se prevé el régimen jurídico aplicable a la concesión de las subvenciones (artículo 3); se aborda la financiación de las subvenciones (artículo 4); se establece el criterio para la determinación de la cuantía de las subvenciones (artículo 5); se hace referencia a los requisitos y obligaciones de las empresas beneficiarias (artículo 6); se regula el procedimiento de concesión directa de las subvenciones y su justificación (artículo 7); se regula la resolución y pago de la subvención (artículo 8); y se prevé el reintegro de las subvenciones, así como el régimen sancionador aplicable cuando proceda.

La disposición adicional única prevé que la concesión de las subvenciones queda condicionada a las disponibilidades presupuestarias de cada ejercicio.

Por su parte, las disposiciones finales abordan los títulos competenciales a cuyo amparo se dicta este real decreto, la habilitación normativa y la fijación de su entrada en vigor.

1.6. Migraciones

-Catálogo de Ocupación de Difícil cobertura.- Resolución de 11 de agosto de 2023, de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se publica el Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura para el tercer trimestre de 2023 (BOE 15-08-2023)

Conforme a lo establecido en el art. 65 del RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 y RD 629/2022, de 26 de julio, que establece que, a los efectos de determinar la situación nacional de empleo, el Servicio Público de Empleo Estatal ha de elaborar, con periodicidad trimestral, de acuerdo con la información suministrada por los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos y previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, un Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura para cada provincia o demarcación territorial que, en su caso, establezca la correspondiente Administración Autonómica, así como para Ceuta y Melilla, la Resolución de 11 de agosto de 2023 aprueba el catálogo de Ocupación de Difícil Cobertura para el tercer trimestre de 2023.

-Protección internacional. - Orden ISM/922/2023, de 6 de julio, por la que se desarrolla el régimen disciplinario del sistema de acogida en materia de protección internacional (BOE 3-8-2023)

A través de esta Orden se completa la trasposición de la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, con el objeto de regular el sistema de faltas y sanciones a aplicar en el sistema de acogida de protección internacional.

Se dispone que el ejercicio de la potestad disciplinaria aplicable a aquellas personas destinatarias de las actuaciones, prestaciones o servicios del sistema de acogida de protección internacional (art. 3 Reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional, aprobado por Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo), corresponderá a la Dirección General de Gestión del Sistema de Acogida de Protección Internacional y Temporal de la Secretaría de Estado de Migraciones de conformidad con lo señalado por el artículo 7 bis del Real Decreto 497/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Asimismo, se establece que el procedimiento administrativo para el ejercicio de la potestad disciplinaria en este ámbito se lleve a cabo de conformidad con lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, junto con las especificidades previstas en el Reglamento (art. 5)

Las acciones u omisiones que se produzcan en cualquier fase del sistema de acogida se clasifican en leves, graves y muy graves (arts. 6, 7 y 8)

1.7. Economía social y trabajo autónomo

-Resolución de 17 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de abril de 2023, por el que se aprueba la Estrategia Española de Economía Social 2023-2027 (BOE 1-6-2023)

La nueva Estrategia enmarcada en el período 2023-2027 tiene la finalidad de fomentar la Economía Social para incrementar su contribución al desarrollo socioeconómico del Estado. Para ello, impulsa y apoya la mejora de su competitividad y las condiciones de actuación en el mercado, en colaboración con otros actores empresariales y sociales para afrontar el reto que tiene nuestro país de consolidar una economía sostenible e inclusiva que dé oportunidades a los colectivos con mayores dificultades de empleabilidad y que fomente el emprendimiento colectivo como una fórmula de creación de empleo de calidad, flexible y estable, enmarcada en otros objetivos estratégicos como son la lucha contra la despoblación y el aprovechamiento racional de los recursos naturales respetando el entorno y el medio ambiente. Asimismo, fortalece la dimensión internacional de la economía social.

Para la elaboración de la Estrategia Española de Economía Social (en adelante, EEES) 2023-2027 se ha realizado, en primer lugar, un análisis DAFO que permite conocer con detalle la situación actual de la Economía Social en España, sirviendo como punto de partida para el establecimiento de los ejes estratégicos en torno a los cuales se va a articular la EEES.

El tercer apartado está dedicado a exponer la misión y la visión de la EEES 2023-2027, así como la identificación de los ejes estratégicos en torno a los cuales se articula la Estrategia, todo ello sustentado en los resultados del análisis DAFO.

En el cuarto apartado se detallan las líneas de actuación y acciones específicas a desarrollar en la EEES 2023-2027 para cada uno de los ejes estratégicos. En las acciones, además de los objetivos,

se incluye tanto el detalle de las actuaciones concretas a llevar a cabo, los organismos implicados en su ejecución y los agentes implicados, como los indicadores de ejecución y resultado.

El quinto y último apartado presenta las cuestiones relacionadas con la gobernanza y el seguimiento y la evaluación de la EEES 2023-2027.

El documento concluye con un anexo I, en el que se detallan las correspondencias entre los resultados del análisis DAFO y los ejes estratégicos.

-Resolución de 24 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de junio de 2022, por el que se aprueba la Estrategia Nacional de Impulso del Trabajo Autónomo (ENDITA) 2022-2027 (BOE 1-6-2023)

Las prioridades transversales de la Estrategia Nacional de Impulso del Trabajo Autónomo 2022-2027 son las de responder de modo efectivo a las necesidades de las personas que desarrollan trabajo autónomo; dimensionar el trabajo autónomo como elemento clave en una economía regenerada y sostenible y la de reforzar el trabajo autónomo para contribuir a la igualdad y a la cohesión social.

Para la consecución de estas tres prioridades transversales, se han definido un total de seis ejes estratégicos que establecen los ámbitos o áreas generales de actuación de la Estrategia: Eje 1: Hacia la inclusión y la cohesión social por medio del trabajo autónomo; Eje 2: Fijar población al territorio a través del trabajo autónomo; Eje 3: Promover la digitalización y modernización del trabajo autónomo; Eje 4: Por un trabajo autónomo sostenible; Eje 5: Impulsar la formación especializada para el trabajo

autónomo, y Eje 6: Garantizar la igualdad de género en el trabajo autónomo.

Sobre esta estructura de prioridades transversales, ejes estratégicos, y dentro de cada eje, de líneas prioritarias y medidas, la Estrategia define un marco con las líneas generales de actuación hasta 2027, que requerirá de una planificación operativa que se desarrollará a través de una Comisión de Seguimiento, de carácter interministerial, que se constituirá una vez aprobada la Estrategia.

La Comisión de Seguimiento, concebida como instrumento de coordinación interministerial, acogerá las actuaciones concretas que en el ámbito de la presente Estrategia desarrollen cada uno de los ministerios competentes y coordinará el seguimiento y la evaluación de la Estrategia.

-Ley 2/2023, de 24 de febrero, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid (BOE 9-6-20239

1.8. Empleo público

-Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de Andalucía (BOE 11-7-2023)

-Ley 9/2023, de 5 de mayo, de función pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja (BOE 1-6-2023)

-Carrera Judicial. Jornada y horarios de trabajo. - Acuerdo de 29 de junio de 2023, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, sobre la adaptación de la regulación de la reducción de jornada, como consecuencia de la actual redacción del artículo 49 e) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, dada en virtud de reforma operada por la disposición final 4 del Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo (BOE 8-9-2023).

1.9. Dependencia y discapacidad

-Prestaciones SAAD. - Real Decreto 675/2023, de 18 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE 19-7-2023).

El Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia acordó, en su sesión celebrada el día 15 de enero de 2021, el Plan de Choque en materia de dependencia. Entre sus medidas se recoge el incremento de las cuantías del nivel mínimo de protección, la consideración de la teleasistencia como derecho subjetivo, un calendario de mejoras en las prestaciones económicas y servicios de atención a la dependencia tanto en las cuantías como en las intensidades y la modificación de la prestación económica de cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales.

Este real decreto pretende favorecer la flexibilidad e incrementar las posibilidades de combinación de prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia a los efectos de prestar una atención más personalizada. Con esa finalidad:

-En relación con el acceso a la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, se modifican los requisitos y las condiciones de acceso a esta prestación. Entre otras, se suprime el período previo de prestación de cuidados y se amplía la condición de persona cuidadora no profesional a las personas de su entorno relacional que, a propuesta de la persona en situación de dependencia, estén en condiciones de prestarles los apoyos y cuidados necesarios para el desarrollo de la vida diaria.

-Se dispone la prestación del servicio de teleasistencia como servicio complementario del resto de prestaciones contenidas en el programa individual de atención para todos los grados de dependencia, a excepción del servicio de atención residencial.

-Se incrementan las cuantías máximas de las prestaciones económicas y se establece la cuantía mínima de las mismas. Asimismo, se incrementa la intensidad de las horas de servicio de ayuda a domicilio.

-Se modifica el Real Decreto 1050/2013, de 27 de diciembre, por el que se regula el nivel mínimo de protección establecido en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, a los efectos de considerar como prestación de servicios aquellas prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar en las que se haya formalizado por la persona en situación de dependencia un contrato laboral con un tercero, al objeto de colaborar con la persona cuidadora no profesional en las tareas del hogar de la persona en situación de dependencia.

-Resolución de 22 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, por el que se fijan los criterios de distribución territorial y las cuantías resultantes entre comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla, del crédito destinado a la financiación en 2023 del Programa de Protección a la Familia y Atención a la Pobreza Infantil (BOE 1-6-2023).

-Resolución de 22 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, para el Marco de Cooperación Interadministrativa y criterios de reparto de créditos de la Administración General del Estado para la financiación durante 2023 del nivel acordado, previsto en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE 6-6-2023).

-Resolución de 28 de junio de 2023, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, por el que se establece la hoja de ruta para la mejora de la atención temprana en España sobre un marco común de universalidad, responsabilidad pública, equidad, gratuidad y calidad (BOE 10-7-2023).

En junio de 2022 se constituía el Grupo Técnico de Trabajo de Atención Temprana, conformado por los Ministerios de Sanidad, Derechos Sociales y Agenda 2030, Educación y Formación Profesional, las Comunidades Autónomas, el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria INGESA, el Real Patronato sobre Discapacidad y la sociedad civil de la infancia y discapacidad, así como organizaciones de profesionales sobre esta materia. Este Grupo Técnico ha trabajado sobre cinco ámbitos temáticos fundamentales: Marco conceptual de la atención temprana; Criterios de detección y prevención comunes; Catálogo de prestaciones y servicios esenciales; Estándares de calidad de las prestaciones y servicios esenciales; Sistemas de información y coordinación.

En base a ello, en este Acuerdo se establece la hoja de ruta para la mejora de la atención temprana en España sobre un marco común de universalidad, responsabilidad pública, equidad, gratuidad y calidad, se establecen los Principios de actuación de Atención Temprana, se determinan los principales elementos de la Red de Atención Temprana y se determinan las personas destinatarias de los servicios y actuaciones de Atención Temprana.

-Discapacidad. - Orden DSA/934/2023, de 19 de julio, por la que se modifican los baremos que figuran como Anexos I, II, III, IV, V y VI del Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad (BOE 8-4-2023).

El Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad tiene por objeto la regulación del procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, el establecimiento de los baremos aplicables, así como la determinación de los órganos competentes.

La aplicación del citado Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, ha puesto de manifiesto la existencia de errores en los baremos contenidos en los anexos que es preciso subsanar, de tal manera que los mencionados baremos se correspondan con los acordados en su momento por el Pleno del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la dependencia.

De tal modo, la presente orden procede a modificar los actuales anexos I, II, III, IV, V y VI, incorporando, en virtud del principio de seguridad jurídica, su contenido íntegro en el artículo único.

-Personas con discapacidad. - Ley 8/2023, de 28 de julio, por la que se modifica la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los derechos y la atención a las personas con discapacidad en Andalucía (BOE 15-8-2023).

1.10. Normas de seguridad social (selección)

-Cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.- Real Decreto 677/2023, de 18 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (BOE 19-7-2023).

El Real Decreto 677/2023 modifica el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave para ampliar las situaciones que protege las norma (art. 2).

El objetivo de los cambios se centra, básicamente, en adecuar la regulación prevista en el RD 1148/2011 a las novedades que ha introducido el nuevo Real Decreto respecto a la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, así como también ajustar las referencias terminológicas y la remisión a otras normas.

-El RD 677/2023 introduce nuevos supuestos de personas beneficiarias de esta prestación (art. 4), prorroga en 4 meses el derecho al subsidio (art. 7.1), y cambia el procedimiento para el reconocimiento del derecho (art.9).

-Además, actualiza el listado de enfermedades (Disp. Final 3ª).

-Se dispone que el RD 1148/2011 no será de aplicación al personal funcionario incluido en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público, que se regirá por lo previsto en el

artículo 49.e) de dicha ley, así como por el resto de las normas de Función Pública que se dicten en desarrollo de la misma" (art. 1.2)

-Seguridad Social personas trabajadoras desplazadas al extranjeros al servicio de empresas española.- Orden ISM/835/2023, de 20 de julio, por la que se regula la situación asimilada a la de alta en el sistema de la Seguridad Social de las personas trabajadoras desplazadas al extranjero al servicio de empresas que ejercen sus actividades en territorio español territorio español (BOE 22-7-2023).

Esta Orden ISM 835/2023 regula la situación asimilada al alta en el Sistema de la Seguridad Social de los trabajadores desplazados al extranjero al servicio de empresas que ejercen su actividad en territorio español.

Tiene por objeto regular el alcance y condiciones de la situación asimilada a la de alta en el sistema de la Seguridad Social en el supuesto de desplazamiento de personas trabajadoras al servicio de sus empresas fuera del territorio nacional, de acuerdo con lo previsto en artículo 166.3 LGSS. Adem.as, mejora las condiciones de Seguridad Social de los trabajadores desplazados, al facilitar los desplazamientos de trabajadores al servicio de sus empresas fuera del territorio nacional, manteniendo su vinculación con nuestra Seguridad Social.

Se actualizan y adecúan al sistema actual aspectos que habían quedado obsoletos de la Orden de 27 de enero de 1982 por la que se regulaba la situación asimilada a la del alta en el Régimen General de la SS de los trabajadores trasladados al extranjero al servicio de Empresas españolas (ahora derogada).

Se establecen varios supuestos de situación asimilada a la de alta (art.3):

a) El desplazamiento de personas trabajadoras a un país en el que no resulte aplicable un instrumento internacional en materia de coordinación de los sistemas de Seguridad Social.

b) El desplazamiento de personas trabajadoras a un país en el que, aun siendo aplicable un instrumento internacional en materia de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, no queden incluidas dentro de su ámbito de aplicación subjetivo, por referirse este únicamente a personas nacionales de cada una de las partes.

c) El desplazamiento de personas trabajadoras a un país en el que resulte aplicable un instrumento internacional en materia de coordinación de los sistemas de Seguridad Social que prevea la aplicación de la legislación de Seguridad Social del país de origen durante dicho desplazamiento, una vez agotado el periodo máximo de duración previsto para el mismo, incluidas las prórrogas que se hubieran autorizado, en caso de que estas se contemplen en el respectivo instrumento internacional.

d) El desplazamiento de personas trabajadoras a un país en el que, aun siendo aplicable un instrumento internacional en materia de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, este no prevea la figura del desplazamiento de trabajadores o trabajadoras por sus empresas al territorio de la otra parte.

Se regulan con mayor claridad los procesos a seguir en estas situaciones (arts. 4 y 5)

Esta orden entrará en vigor el día primero del cuarto mes siguiente al de su publicación en el BOE.

-Situaciones de inactividad de los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios establecido en el RGSS.- Resolución de 26 de julio de 2023, de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se regula la tramitación electrónica automatizada de la emisión de resoluciones derivadas de trámites relativos a situaciones de inactividad de los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios establecido en el Régimen General de la Seguridad Social (BOE 07-08-2023)

En el ámbito de la gestión de los períodos de inactividad en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios establecido en el Régimen General de la Seguridad Social cuya competencia de gestión corresponde a la Tesorería General de la Seguridad Social, se determina como actuación administrativa automatizada la emisión de las resoluciones administrativas relacionadas con la inclusión, exclusión o reincorporación en dicho sistema especial durante los períodos de inactividad en las labores agrarias, de acuerdo con la normativa aplicable.

Los actos administrativos automatizados a que se refiere esta resolución se entenderán adoptados por las administraciones de la Seguridad Social de la Dirección Provincial que corresponda al domicilio del trabajador incluido en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios.

Esta resolución surtirá efectos a partir de 1 de enero de 2024.

-Planes y fondos de pensiones.- Real Decreto 668/2023, de 18 de julio, por el que se modifica el Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, para el impulso de los planes de pensiones de empleo (BOE 20-7-2023).

La Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, fue desarrollada por el Real Decreto 885/2022, de 18 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, para el impulso de los planes de pensiones de Empleo. Pero Se trataba, no obstante, de un desarrollo reglamentario de carácter parcial que tenía como objetivo primordial regular los elementos imprescindibles que permitieran su aplicación.

Este real decreto completa el desarrollo reglamentario necesario para recoger aquellas cuestiones no reguladas por razones de urgencia en el anterior, y que resultan imprescindibles para permitir la efectiva aplicación de la Ley 12/2022, de 30 de junio. Así, el Real Decreto 668/2023 modifica el Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, dando cumplimiento a la Recomendación 16ª del Pacto de Toledo sobre sistemas complementarios.

Para ello, se disponen, entre otras, las siguientes novedades:

-Mediante esta norma se regulan algunos aspectos de los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos, tales como las posibles modificaciones posteriores a la constitución e inscripción de los mismos; se determinan las características y funcionalidades de la plataforma digital común; se regulan los flujos de información entre la Comisión Promotora y de Seguimiento y la

Comisión de Control Especial del fondo de pensiones de empleo de promoción pública abiertos y el régimen de incompatibilidades aplicable a los miembros de la Comisión de Control Especial.

-Se dedica especial atención al desarrollo reglamentario de los planes de pensiones de empleo simplificados, que quedaron fuera del desarrollo reglamentario anterior.

-Se modifican determinados preceptos del Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, en materia de inversiones, actuarial y otros temas más generales que se considera necesario actualizar para adaptar la regulación a la realidad socioeconómica actual.

1.11. Protección social

-Servicios sociales. Ley 12/2022, de 21 de diciembre, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid (BOE 7-6-2023)

1.12. Otras normas

-Real Decreto 667/2023, de 18 de julio, por el que se crea la Comisión Interministerial para el desarrollo y mejora de la inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública (BOE 19-7-2023).

Se crea la Comisión Interministerial para el desarrollo y mejora de la inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública, que queda adscrita como órgano colegiado al Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, a través de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales.

La Comisión tiene como fin garantizar la coordinación de las entidades del sector público estatal que tengan la condición de poderes adjudicadores para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública en relación con el fomento de la mejora del empleo estable y de calidad, la información, la accesibilidad, las prescripciones técnicas, la adjudicación o la ejecución de los contratos, entre otros aspectos, así como en la aplicación de contratos reservados en la contratación pública estatal, regulados en la disposición adicional cuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Se regula su composición, funciones y régimen de funcionamiento.

-Empresas emergentes.- Orden PCM/825/2023, de 20 de julio, por la que se regulan los criterios y el procedimiento de certificación de empresas emergentes que dan acceso a los beneficios y especialidades reconocidas en la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes (BOE 21-07-2023)

Esta Orden tiene por objeto:

a) la determinación de los criterios para evaluar las características de los artículos 3 y 6 de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, en especial el carácter de emprendimiento innovador y escalable de las empresas emergentes, y

b) el desarrollo de las previsiones de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, referidas al procedimiento para evaluar y certificar a estas empresas.

-Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial. - Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial (BOE 02-09-2023)

El RD 729/2023 aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial. Se establece la naturaleza jurídica de la AESIA, así como su régimen jurídico. También se determinan las competencias y su estructura orgánica.

Se dispone que el personal al servicio de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial será personal funcionario o laboral:

-El personal funcionario se regirá por lo previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público y demás normas aplicables al personal funcionario de la Administración General del Estado. Será la Dirección de la Agencia quien convoque y resuelva los procedimientos de provisión de puestos de trabajo de conformidad con los procedimientos de provisión establecidos en la normativa sobre función pública. Tanto las convocatorias como sus resoluciones se publicarán en el BOE.

-El personal laboral se regirá por el Estatuto de los Trabajadores, la normativa convencional aplicable en su caso, y por los preceptos del Estatuto Básico del Empleado Público que expresamente le resulten de aplicación. Corresponderá a la Agencia la celebración de los contratos de trabajo del personal laboral, que será seleccionado, en ejecución de la Oferta de Empleo Público, mediante convocatoria pública que, además de adecuarse a la relación de puestos de trabajo de la Agencia, se sujetará a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad previstos por el Estatuto Básico del Empleado Público, así como del acceso al empleo público de las personas con discapacidad.

2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL

Derechos Fundamentales

-STC 82/2023, de 03 de julio de 2023 (BOE 03-08-2023)

Alegada vulneración de los derechos a las funciones representativas, a la libertad de expresión y a la tutela judicial efectiva: inadmisión del recurso de amparo planteado sin agotar la vía judicial previa.

-STC 84/2023, de 05 de julio de 2023 (BOE 03-08-2023)

Supuesta vulneración de los derechos de reunión y manifestación y a la tutela judicial efectiva: prohibición gubernativa de una manifestación justificada por la protección de la salud pública (STC 61/2023*). Voto particular.*

-Pleno. Sentencia 88/2023, de 18 de julio de 2023

Supuesta vulneración de los derechos de reunión y manifestación y a la tutela judicial efectiva: prohibición gubernativa de una manifestación justificada por la protección de la salud pública (STC 61/2023). Voto particular

-Pleno. Sentencia 89/2023, de 18 de julio de 2023

Supuesta vulneración del derecho a la igualdad y de las libertades de expresión e información: resolución administrativa que no resulta desproporcionada y que viene impuesta por la inexistencia de reserva de dominio público radioeléctrico. Votos particulares.

Negociación colectiva

-STS 459/2023, de 28-06-2023. Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

Con carácter general, no es posible que un convenio colectivo regule relaciones laborales ajenas a su ámbito aplicativo. No obstante, si una empresa reconocida como Centro Especial de Empleo concurre a una contrata de actividad periférica (limpieza, vigilancia, etc..), actividad diferente a la que figura en el ámbito funcional de su propio convenio, debe someterse a las normas convencionales aplicables en el sector, siéndole de aplicación la cláusula de subrogación de contratas prevista, aunque ello implique la adscripción de trabajadores sin discapacidad de la empresa saliente, que no tenía la condición de CEE.

Del mismo modo, la empresa entrante, que no tenga la condición de CEE, debe asumir a los trabajadores con discapacidad de una anterior adjudicataria que ostentase esa condición, aunque la subrogación sólo afecte a una parte de la jornada que el trabajador realizaba en las dependencias de la contrata. En definitiva, al CEE Multiservicio que asume la contrata de actividad a la que el convenio colectivo sectorial anuda la obligación de subrogarse sí le es aplicable esa regulación, aunque en el resto de las materias haya de estarse a las previsiones del convenio colectivo específico.

-STS 465/2023, de 03-07-2023. Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

GRUPO ALCOA INESPAL (Alu Ibérica AVL, S.L. y Alu Ibérica L.C., S.L.). Demandas de impugnación del Auto (19 octubre 2022) homologador de la transacción alcanzada por las partes litigantes que dieron lugar a los recursos de casación 2/2022.

Los demandantes vieron extinguidos sus contratos por causas diversas de la contemplada en el Acuerdo Colectivo cuya aplicación reclaman, por lo que carecen de legitimación material y no es posible examinar su reclamación ("falta de acción").

La eventual lesividad del Auto cuestionado se basa en una premisa errónea ("petición de principio") pues no han sido excluidos de acuerdo colectivo alguno, sino que la referida circunstancia extintiva es la que justifica su situación, sin que aparezca ello vinculado a causa de discriminación alguna. Desestimación de las demandas acumuladas.

-STS 534/2023, de 19-07-2023. Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer

Se solicita se declare la inaplicación, por ilegalidad, de los actos aplicativos del II Convenio Colectivo Profesional de los controladores de tránsito aéreo en relación al abono de las horas trabajadas por encima de las 1200 anuales y al abono de la acción social, que solo se reconocía a los controladores ingresados antes del 5 de febrero de 2010; a la minoración de las tablas contenida en los artículos 29 y 124 del convenio; y a la vinculación de las tablas salariales básicas del convenio a una jornada de 1670 horas.

La Sala de lo Social de la AN ya resolvió en sentencia anterior la falta de legitimación activa del SNCA, pero entró a conocer de la demanda por haberse adherido a ella el SIPCA y estimó cosa juzgada, siendo anulada la sentencia por el TS respecto a ésta. Dictada nueva sentencia, estimatoria parcial respecto del abono de la acción social, fue recurrida nuevamente en casación.

El TS inadmite el recurso de SNCA, pues su falta de legitimación activa quedó firme; pero admite la posibilidad de recurrir en casación por parte de SPICA ex art. 17.1 LRJS. Tras recordar su doctrina y matización actual acerca de la interpretación de los convenios colectivos, desestima la demanda de SPICA por entender que la AN hizo una interpretación adecuada, lógica y coherente con la letra y la finalidad de los preceptos del convenio en cuestión.

Derechos sindicales

-STS 503/2023. de 11-07-2023. Ponente: Juan Molins García-Atance

Se plantea si el Sindicato Aragonés de Servicios (SAS) tiene derecho a nombrar delegado sindical con las prerrogativas del art. 10 LOLS, al haber obtenido el 10% de votos en las elecciones a comités de empresa en PROSEGUR SERVICIOS DE EFECTIVO ESPAÑA S.L., que tiene una plantilla de 2458 trabajadores en varios centros de trabajo y en varias provincias que eligen un total de 149 representantes unitarios, aunque dicho sindicato sí obtuvo dos miembros en el comité de empresa de Zaragoza, formado por cinco miembros. El TS confirma la sentencia de la SAN que reconoció dicho derecho y condenó a la empresa por vulneración de la libertad sindical.

Aplica doctrina STS de 04.03.2022 (REC. 222/2018): la única exigencia del art. 10.1 LOLS para que pueda designarse un delegado sindical es que se trate de sindicatos con presencia en los comités de empresa, sin perjuicio de que con arreglo a la cláusula de cierre del art. 10.2 LOLS las secciones sindicales de aquellos sindicatos que no hayan obtenido el 10% de los votos, estarán representadas por un solo delegado sindical.

En cuanto a la indemnización de daños y perjuicios el TS, tras reiterar la doctrina jurisprudencial que exceptúa la necesidad de identificar las circunstancias relevantes para su determinación en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, considera justificada la aplicación orientativa de la cuantía de las sanciones de la LISOS

Derecho de huelga

-STS 468/2023, de 04-07-2023. Ponente: Concepción Rosario Ureste García

Conflicto colectivo. Derecho de huelga. No cabe calificar de huelga novatoria aquella convocada para un ámbito territorial superior (CCAA Andalucía) en el que el convenio sectorial (de Ayuda a Domicilio) de aplicación se encontraba denunciado y sólo permanecía vigente un convenio inferior (provincia de Sevilla) a punto de expirar, siendo, por otra parte, más amplios los objetivos materiales de las reivindicaciones que los que colisionaban

-STS 537/2023, de 19-07-2023. Ponente: Juan Molins García-Atance

La sentencia de la sala de Sevilla, recurrida en casación común y recaída en proceso de tutela de derechos fundamentales, declara que los trabajadores que debían cubrir los servicios mínimos de la huelga convocada en Canal Sur Radio y Televisión SA sólo estaban obligados a informar sobre las medidas adoptadas frente al coronavirus.

Asimismo. se condena a la demandada a abonar al sindicato actor la suma de 10.000 €. En el recurso de casación se debate si la emisión de 2 programas informativos los dos días de huelga en los que se ofrecieron noticias de interés relevante no limitadas la información sobre el COVID 19 supone vulneración del derecho fundamental a la huelga.

La sala IV, a la luz de la doctrina jurisprudencial sobre el derecho a la huelga y los servicios mínimos y teniendo en cuenta la redacción de la resolución administrativa de 21/12/20 en la que se fijan los servicios mínimos a cubrir en la huelga convocada en Canal Sur, descarta que la emisión de noticias de interés relevante y no limitadas a la pandemia en dos informativos de breve duración resulte vulneradora del derecho a la huelga, pues tal práctica se acomoda a lo recogido en la resolución de fijación de servicios mínimos. Se estima el recurso de la empresa y se desestima la demanda.

Plan de igualdad

-STS 507/2023, de 12-07-2023. Ponente: María Luz García Paredes

En la demanda de conflicto colectivo rectora de las actuaciones el sindicato actor insta la nulidad total o parcial del plan de igualdad pactado en la empresa demandada.

La sentencia recurrida en casación ordinaria, tras estimar la excepción de variación sustancial de la demanda, desestima las pretensiones ejercitadas. La sentencia anotada confirma la excepción de variación sustancial de la demanda pues la cuestión relativa a la falta de validez de los acuerdos de la comisión de seguimiento del plan de igualdad por carecer ésta de funciones negociadoras no fue planteada en demanda.

En cuanto a la falta de validez del plan de igualdad por falta de ratificación del mismo por los representantes unitarios de los centros de Sevilla y Madrid, se razona que, habiéndose suscrito dicho plan por los representantes de la parte social con legitimación suficiente, tal ratificación era innecesaria. También se rechaza el motivo dirigido a denunciar que lo acordado en el plan impugnado contraviene lo establecido en el convenio aplicable, así como que las medidas adoptadas no guardan relación con la conciliación de la vida personal y familiar. Y ello porque la recurrente se limita a reiterar los argumentos esgrimidos en la instancia, sin fundamentar la infracción legal denunciada y porque ninguna de las específicas medidas impugnadas, relativas al calendario laboral, jornada máxima, horario de entrada y salida y horas de presencia obligatoria en el centro vulneran derecho o norma alguna.

Relación laboral

-STS 485/2023, de 05-07-2023. Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer

Se dan las condiciones de una relación laboral cuando existe dependencia, al remitirse a la trabajadora la documentación de cada estudio a realizar, las normas que rigen el mismo, los cuestionarios y el informe de campo que debe remitir al finalizar el estudio.

La empresa fija los turnos y, aunque existe cierta flexibilidad para cambiarlos, ello debe hacerse con conocimiento de la empresa y con respeto al monto del tiempo que cada estudio necesita y que está predeterminado. Por otro lado, la trabajadora no participa en la configuración de la prestación retributiva que es fijada por la empresa que abona la contraprestación fijada en el encargo por cada encuesta a través de facturas con la correspondiente retención de IRPF.

-STS 486/2023, de 05-07-2023. Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

La actora suscribe contrato mercantil de auxiliar externa para distribuir seguros al amparo Leyes de mediación de seguros y contrato de agencia. Se entrega listado de pólizas de cobro debiendo justificar a inspector los conseguidos semanalmente, utiliza medios propios (móvil, portátil, vehículo y asume gastos), sin horarios y fija libremente sus vacaciones con entrega de 2 meses de cobro para organizarse, recibe formación e información. Con compañeras denunció ante ITSS su situación, la agencia comunicó la extinción del contrato en noviembre 20.

El JS desestimó el despido porque no hay ajenidad ni dependencia. El TSJ confirmó por inexistir relación laboral siendo colaboradora externa de agencia: presta servicios con autonomía, organiza el trabajo y usa medios propios percibiendo comisión.

Cuestionado si la relación es de carácter laboral, la Sala IV examina las notas de laboralidad y circunstancias concurrentes, recordando la finalidad del recurso (evitar disparidad de criterios). Concluyó que la relación es laboral porque contratada como auxiliar su actividad principal consiste en el cobro de recibos aun siendo fuera de las dependencias y con libertad horaria, tareas que no se corresponden con las funciones de intermediación en la contratación de seguros. Advierte que la doctrina no es generalizable a quienes prestan su actividad en Agencias de Seguros sino cuando concurran las mismas características. Y resolviendo la otra pretensión declaró la improcedencia del despido

Subcontratación

-STS 458/2023, de 28-06-2023. Ponente: Sebastián Moralo Gallego

Trabajadores de mantenimiento de equipos informáticos en un hospital público de Granada. El Tribunal Supremo confirma que no hay cesión ilegal de la contratista en favor del SAS, sino lícita descentralización productiva, pese a que los actores prestan servicios en el centro de trabajo del SAS, utilizan medios materiales del hospital y han participado en cursos de formación organizados por el SAS.

Atiende el TS para negar la cesión ilegal a que la actividad de la empresa principal es diferente de la propia de la subcontratada; los actores están identificados como trabajadores de una empresa externa; y existe una persona de la empresa subcontratada encargada de coordinar la actividad de sus trabajadores con la principal, que es la que autoriza finalmente los descansos, permisos y vacaciones.

Tales circunstancias no resultan enervadas por circunstancias propias y definitorias de la relación entre una empresa adjudicataria de un servicio y su cliente, como el que la cliente disciplinara en sus aspectos generales la forma en que han de ser realizadas las tareas inherentes al objeto de la contratación, ya que estas circunstancias resultan obviamente necesarias para la coordinación del desarrollo de la propia contrata y no entrañaban en modo alguno cesión de facultades de dirección y control de la cliente sobre la plantilla de la empleadora.

Trabajadores fijos discontinuos

-STS 536/2023, de 19-07-2023. Ponente: María Luz García Paredes

El 30.1.2020 los trabajadores fijos discontinuos reciben una comunicación empresarial convocándoles a finales de marzo para la firma de los llamamientos y el 13.3.2020 la empleadora

deja los mismos y la convocatoria sin efecto a consecuencia de la pandemia, aprobándose ERTE por fuerza mayor el 30.3.2020.

En estas circunstancias el TS considera que la empresa no tenía obligación de hacer efectivo el llamamiento pues los trabajadores estaban en periodo de inactividad productiva y, por ende, en situación legal de desempleo. Tal inactividad se mantenía a fecha en que debió comenzar la temporada por efectos de la pandemia y del ERTE aprobado el 30.3.2020, no pudiendo obligarse a la empresa a cumplir una obligación, la de dar actividad, que ha devenido en imposible, quedando los trabajadores, por esa inactividad productiva, fuera del ERTE y en el ámbito del art. 25.6 del RDL 8/2020 en la redacción dada por RDL 15/2020.

Clasificación profesional

-STS 504/2023, de 11-07-2023. Ponente: Sebastián Moralo Gallego

Teleoperadora que reclama la superior categoría profesional de gestora y diferencias salariales en cuantía superior a 3.000 euros.

Se plantea el TS de oficio su competencia funcional, condicionada por la adecuación procedimental, y concluye que la modalidad procesal adecuada es la de clasificación profesional por suscitarse cuestión de hecho que no alcanza a aspectos jurídicos complejos.

Cabe recurso de suplicación en razón de la acción acumulada de reclamación de cantidad. No entra a resolver el fondo del asunto por faltar el requisito de la contradicción con la sentencia de conflicto colectivo invocada de contraste: aunque las pretensiones y fundamentos de la recurrida y la referencias son sustancialmente idénticos, difieren en los hechos que las sustentan, pues la recurrida niega que la actora realice tareas de venta activa en emisión, en tanto que en la referencial se parte de que hay trabajadores con la categoría de teleoperadores que intervienen de manera suficientemente intensa en esa actividad especializada de venta activa en emisión, y además la actora en la recurrida presta servicios en centro de trabajo diferente al de los afectados por el conflicto resuelto en la referencial.

Modificaciones sustanciales

-STS 512/2023, de 17-07-2023. Ponente: Rosa María Virolés Piñol

No es necesaria la aportación de documentación económica para justificar una MSCT basada exclusivamente en causas organizativas. Tampoco es exigible toda la documentación que el RD 1483/2012 establece para el despido colectivo, y, aunque se admitiera que pudiera exigirse dicha documentación, la falta de algún documento no comportaría “per se” la nulidad de la modificación.

Sin embargo, si parte de las causas de la medida tiene naturaleza económica y ésta tiene naturaleza autónoma e independiente respecto de las restantes, la existencia de un defecto relevante en la documentación aportada en el periodo de consultas en relación a esa causa es motivo de nulidad parcial de la decisión empresarial.

Salario

-STS 456/2023, de 28-06-2023. Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer

FONDO DE GARANTÍA SALARIAL. Determinación del momento de cuantificación de la deuda indemnizatoria y retributiva a cargo del citado organismo: Momento de declaración del concurso de acreedores o el momento de incluir los créditos en la lista de acreedores; todo ello a efectos de fijar el salario mínimo de aplicación a la responsabilidad de FOGASA. El SMI debe ser el vigente en el momento del reconocimiento del crédito por la administración concursal.

-STS 481/2023, de 05-07-2023. Ponente: Sebastián Moralo Gallego

La cuestión a resolver en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar cuál ha de ser el día inicial para el cómputo del plazo de prescripción de 4 años que establece el art. 146.3 LRJS para el ejercicio de la acción de revisión de actos declarativos de derecho en un supuesto en el que la solicitud del trabajador al FOGASA debe entenderse estimada por silencio positivo al no haber respondido a la misma en el plazo de tres meses legalmente aplicable conforme a la legislación vigente en aquel momento, cuando dicho organismo ha dictado con posterioridad un resolución expresa reconociendo el derecho.

Resuelve la sentencia apuntada que el plazo se computará desde que tiene lugar el silencio administrativo y no desde la fecha de la posterior resolución expresa que pueda dictar el FOGASA ya que el silencio positivo opera como un acto presunto de reconocimiento del derecho en los términos solicitados por el beneficiario y se configura como el acto declarativo del derecho sobre el que podrá luego ejercitarse la acción revisoria del art. 146 LRJS. Así, atendidos los términos del art. 1969 del CC y 30.3 Ley 39/2015, LPACAP los plazos para actuar contra el acto presunto generado por silencio administrativo comienzan desde la fecha en la que debe entenderse estimada o desestimada la petición. Este es, por lo tanto, el momento en el que comienza el cómputo para el ejercicio de las acciones que los propios interesados puedan ejercitar para su impugnación.

Sucesión de empresa. Subrogación

-STS 533/2023, de 19-07-2023. Ponente: Juan Molins García-Atance

El trabajador prestó servicios para diversas empresas, se subrogaron en la relación laboral, la empresa saliente le adeudaba por el periodo de octubre a diciembre de 2017 la cantidad de 4.558,25€, la entrante se subrogó el 24/02/18, el actor reclamó los salarios mediante papeleta de conciliación el 8/03/19 e interpuso demanda el 15/04/19.

El JS desestimó. El TSJ estimó aplicando el plazo de 3 años declarando que la acción no estaba prescrita, condenando al abono. Recurre en CUD la empresa saliente, la Sala IV examinó los arts. 44.3 y 59.1 ET. Recordó que en su STS 9/05/23 ha indicado que el art. 44.3 ET no establece plazo de prescripción singular y diverso al general de un año del art. 59.1 ET, sino que fija un plazo de actuación -de caducidad- que delimita temporalmente la responsabilidad solidaria entre cesionario y cedente, debiendo estar viva la acción por haberse interrumpido su decadencia por los medios que admite el derecho).

En el caso, cuando se ejercitó la acción el 8/03/19 por salarios correspondientes a octubre-diciembre de 17 había prescrito, habiendo pasado el año del art. 59.1 ET, la acción del art. 44.3 ET es de 3 años y comenzó en la fecha de la subrogación 24/02/18, el plazo de la prescripción del art.

59.1 ET comienza desde la fecha de devengo de las deudas salariales (mese de octubre a diciembre de 2017). La acción había prescrito siendo aplicable el plazo de un año del art. 59.1 ET.

ERTE

-STS 542/2023, de 19-07-2023. Ponente: Concepción Rosario Ureste García

Recurre en casación Air Europa con la pretensión de que se deje sin efecto el acto administrativo de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social del Ministerio de Trabajo y Economía Social (resolución administrativa de 4 de agosto de 2022), con el que se determina que no concurre fuerza mayor temporal derivada de la crisis pandémica para la suspensión de los contratos de trabajo y reducciones de jornada solicitadas en el ERTE 116/22 y para el período comprendido entre el 1/4/22 al 30/6/22.

Pero la sentencia apuntada, confirmando la sentencia de la AN recurrida, desestima el recurso de casación al amparo de cuanto dispone el RD Ley 2/2022 de 22 de febrero y su DA1. Y es que la empresa presentó el 24/3/2022 una nueva solicitud basada en fuerza mayor para reducir jornadas de 2.621 trabajadores y suspender 258 contratos de trabajo entre el 1/4/ 2022 y 30/6/2022; pero, argumenta la sentencia, la pretensión de la entidad ya no puede cobijarse en las resoluciones precedentes, dado que la prórroga de estos mecanismos de empleo finalizó el 31/3/22 y resultando de aplicación el art. 47.6 ET en la redacción vigente desde el 1/3/22, no consta la concurrencia de impedimento ni limitación alguna en la actividad normalizada de la empresa que sea consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad pública competente, ni siquiera de aquellas orientadas a la protección de la salud pública.

Despido disciplinario

-STC 79/2023, de 03 de julio de 2023 (BOE 03-08-2023)

Vulneración del derecho a la libertad ideológica, en conexión con las libertades de expresión y de reunión: despido disciplinario de quien participó en una manifestación y difundió por las redes sociales fotografías con mensajes políticos tomadas en su puesto de trabajo.

-STS 483/2023, de 05-07-2023. Ponente: Concepción Rosario Ureste García

La sentencia recurrida en casación unificadora trae causa de un proceso de ejecución de sentencia por despido improcedente en el que la empresa ha optado por la indemnización y alega por primera vez en fase de ejecución que se abonó una indemnización por extinción del contrato temporal a deducir de la cuantía reconocida en el título ejecutivo (sentencia).

La sentencia considera que procede la detracción de la cantidad en cuestión en el propio trámite de ejecución. Pero recurrida en casación unificadora y centrado el debate en si la intangibilidad de la sentencia declarativa que establece el montante de la cuantía a ejecutar, en concepto de despido improcedente, permite o no el descuento o compensación en vía de ejecución de la cuantía abonada previamente por la indemnización del contrato laboral temporal que no fue alegada durante el proceso, el TS resuelve que teniendo en cuenta la previsión normativa de ejecución de las sentencias en sus propios términos (ex art. 18.2 LOPJ), la solicitud efectuada ya en fase de ejecución es extemporánea y no puede ser examinada.

-STS 529/2023, de 19-07-2023. Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

Se cuestiona la caducidad de la acción de despido dependiendo de que el plazo para reclamar esté suspendido por la presentación de una reclamación previa frente a la Administración empleadora, pese a que no era legalmente exigible. El Ayuntamiento extinguió el contrato y preavisó.

El demandante presentó reclamación previa. Han transcurrido casi once meses desde que finalizara la prestación de servicios hasta que se presenta la demanda. La sentencia recuerda la doctrina de la Sala Cuarta y concluye que no cabe reconocer virtualidad jurídica para activar el plazo de caducidad a la reclamación previa indebidamente formulada y añade que por exigencias de seguridad jurídica y por colisionar con la existencia de plazos de caducidad o prescripción cuando se trata de reclamar derechos derivados de la relación laboral (art. 59 ET) consideramos que no resulta posible que el ejercicio de una acción de despido quede sin plazo alguno, por más que le sea imputable al empleador de naturaleza pública una anomalía comunicativa. La mayor duración del tiempo transcurrido y la proyección de las cautelas derivadas de la seguridad jurídica exigen precisar si existe algún tipo de limitación temporal; y así añade que opera, sin embargo, el plazo de prescripción supletoriamente fijado por el artículo 59.1 ET (un año).

Estima el recurso; casa y anula la recurrida, y resuelve el debate debiendo devolver las actuaciones para dictar nueva sentencia partiendo de que la acción de despido no está caducada.

Despidos colectivos

-STJUE 13-07-2023 C134/22, MO y SM, actuando en condición de liquidador de G GmbH,

«Procedimiento prejudicial — Política social — Despidos colectivos — Directiva 98/59/CE — Información y consulta — Artículo 2, apartado 3, párrafo segundo — Obligación del empresario que tenga la intención de efectuar un despido colectivo de transmitir a la autoridad pública competente una copia de la información comunicada a los representantes de los trabajadores — Objetivo — Consecuencias del incumplimiento de dicha obligación»

-STS 509/2023, de 12-07-2023. Ponente: Sebastián Moralo Gallego

En despido colectivo con periodo de consultas en 11 reuniones, en la última manifiestan disconformidad ELA y USO se les desconecta de videoconferencia y reconecta con texto definitivo. ELA y USO solicitan nulidad despido o no ajustado a derecho, así como del acuerdo por vulnerar la NC y LS con indemnización.

La AN desestimó, no lesiona DF se permite plena participación en las 11 reuniones, la desconexión fue al repasar la redacción definitiva del acuerdo y habían reiterado disconformidad y negativa a suscribirlo, el acuerdo no alteró el preacuerdo de la reunión anterior con participación de los 2 sindicatos.

En casación recurre ELA, 5 motivos: 1 y 2) revisión de hechos rechazados, 3) vulneración de NC la Sala IV confirma SAN el texto definitivo acordado durante la desconexión no modifica el preacuerdo cerrado en reunión previa, aprobado de manera mayoritaria por asamblea de trabajadores. El recurso no identificó alteración del preacuerdo del periodo de consultas sin tacha sobre su participación. No vulnera el DF a NC ni LS ni excluido de negociación ni limitada participación, intervienen en todas las reuniones, preacuerdo se aprobó por inmensa mayoría de los trabajadores en asamblea, mismo texto del acuerdo quedó cerrado en reunión anterior sometida a consulta de los

trabajadores, la última reunión fue repaso y relectura final 4) desestima la asamblea no vinculante y ratica abrumadora mayoría sin constar irregularidad y 5) decae indemnización al no apreciar vulneración de DF

-STS 510/2023, de 12-07-2023. Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

No todo incumplimiento en materia de acreditación documental conlleva la nulidad del despido colectivo, sino tan sólo aquél que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada.

Específicamente, en relación con la indicación de los criterios de selección de los trabajadores afectados, el carácter genérico o abstracto de los mismos no equivale a su ausencia. La buena fe exige que los representantes de los trabajadores negocien sobre los criterios propuestos por la empresa, sin limitarse a cuestionar su insuficiencia. No solo ha de valorarse la aportación de criterios por parte de la empresa sino también su aceptación para negociarlos. Solo la ausencia de tal aportación de criterios da lugar a la nulidad del despido. Si los criterios de selección han estado presentes en la negociación desde su fase inicial, no cabe hablar de ausencia de estos, que solo podría tener lugar en caso de ausencia de tal aportación de criterios. Su falta de variación desde ese momento inicial tampoco equivale a la ausencia de negociación de buena fe.

Despido objetivo

-STS 484/2023, de 05-07-2023. Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer

La exigencia de información a los representantes sindicales del artículo 53.1.c) del ET no se refiere realmente al preaviso, sino a la comunicación del despido del apartado a) de dicho número.

En el despido por causas objetivas relativas a las técnicas, productivas, organizativas o económicas de la empresa establecidas en el artículo 52.c) ET los representantes de los trabajadores deben recibir copia de la carta de despido entregada al trabajador.

Esta comunicación a los representantes no puede ser previa a la entrega al trabajador despedido. Puede, por tanto, efectuarse, con posterioridad al acto mismo del despido, siempre y cuando se haga en un plazo prudencial que ni frustre las finalidades de la exigencia legal ni impida a los representantes ejercitar los derechos que puedan estar vinculados a la información facilitada. En concreto, una comunicación efectuada cuatro días después del despido en nada perjudica ni afecta o condiciona ni los derechos de los representantes destinatarios de la información, ni los de la propia trabajadora despedida.

-STS 530/2023, de 19-07-2023. Ponente: Ignacio García-Perrote Escartín

La sentencia analizada, con estimación del recurso de la empresa demandada, declara la procedencia del despido objetivo por causas económicas y productivas impugnado. Tras apreciar que concurre la necesaria contradicción entre sentencias, dado que en ambas se debate la calificación de despido por idénticas causas de trabajadoras de la misma empresa y, en concreto, si las mismas están desligadas del ERTE por Covid, razona la Sala IV, con remisión a la doctrina jurisprudencial, que en estos supuestos la empresa debe acreditar que los hechos que condujeron al despido son estructurales y no coyunturales.

Y, tras resaltar que la sala de Galicia ha resuelto de forma dispar supuestos sustancialmente idénticos sin fundamentar el cambio de criterio, se aprecia la concurrencia de las causas económicas y productivas alegadas porque la empresa acreditó el carácter estructural de la crisis que atraviesa y que comenzó antes de la pandemia, con proyección hacía el futuro.

Aspectos procesales

-STS 499/2023, de 11-07-2023. Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer

Se cuestiona la interpretación que haya de darse al requisito del artículo 81.3 LRJS y el incumplimiento del requerimiento de aportar el justificante de la conciliación administrativa o del intento y la relevancia de que dicha aportación se realice con posterioridad al plazo que prevé dicho artículo. En la demanda constaba que la papeleta se había presentado el 18 de julio de 2017. Se admitió a trámite la demanda y se señaló requiriendo a la demandante para acreditar la celebración o el intento del acto de conciliación o mediación, con apercibimiento de archivo. No se subsanó el defecto.

En el acto del juicio se suspendió la celebración. El 4 de octubre de 2018 la parte actora aportó el acta de conciliación ante el SMAC, que se había celebrado el 30 de agosto de 2017; y se acordó el archivo de las actuaciones. La cuestión ha sido examinada por la Sala en varias ocasiones. Recientemente, en un asunto prácticamente idéntico la STS 426/2023, de 13 de junio (RCUD. 1936/2022), estableció que la doctrina correcta era la que aquí se contiene en la sentencia de contraste. El incumplimiento procesal consiste únicamente en la omisión de la aportación en plazo del documento acreditativo del intento de dicha conciliación.

Aplica el principio *pro actione* con el objeto de evitar interpretaciones formalistas de los presupuestos procesales que puedan obstaculizar el derecho a que un órgano judicial resuelva la pretensión de impugnación del despido de la trabajadora.

-STS 526/2023 19-07-2023. Ponente: María Luz García Paredes

La parte actora formuló demanda frente a la decisión de la empresa por la que dejaba sin efecto una determinada percepción salarial y le reclamaba lo indebidamente percibido más lo dejado de abonar hasta el acto de juicio.

La sentencia de instancia desestimó la demanda y la Sala de suplicación considerando que la regla para determinar el acceso al recurso de suplicación era la de la anualidad y no existiendo afectación general, declara la irrecurribilidad de la sentencia. Pero la sentencia apuntada argumenta que existe una doctrina consolidada según la cual las pretensiones en las que se formulan reclamaciones de derecho y de cantidad, a los efectos de determinación de la cuantía y en relación con el art. 192 de la LRJS, no se excluyen sino que se entienden acumuladas de forma que en supuestos en los que se reclama un derecho que no alcanza en cómputo anual la cuantía de 3000 euros pero junto a él existe acumulada una reclamación de cantidad de lo devengado hasta el acto de juicio que sí supera ese límite legal, es incuestionable que, incluso por la vía del art. 192.2 de la LRJS, se puede entender que la sentencia de instancia era recurrible en suplicación; de forma que, atendiendo a las reglas procesales de acceso al recurso, tendríamos realmente una reclamación de cantidad que supera los 3000 euros que permite el acceso al recurso de suplicación, aunque el derecho revocado, en cómputo anual, no lo alcanzase.

Delitos contra los trabajadores

-STS 543/2023 05-07-2023. Ponente Vicente Magro Servet

El Tribunal Supremo ha confirmado la condena de la Audiencia Provincial de Álava a un empresario como autor de un delito contra los derechos laborales del artículo 311.1º del CP en relación de concurso real con un delito de estafa de los artículos 248, 249, 250.1.1º, 4º y 5º, este último en relación con el artículo 74.2º del CP, y artículo 250.2 del CP a las penas de 18 meses de prisión por el primer delito y de cinco años de prisión por el segundo.

3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

CONTRATO DE TRABAJO

Álvarez Padín, b. Carrera Domènech, M.; Hernán García, E: *Nuevo contrato por tiempo indefinido fijo-discontinuo*, Claves Prácticas Francis Lefebvre, 2023.

Gómez Abelleira, F.J: La interdicción de la arbitrariedad en la relación laboral Ed. Tirant lo Blanch, núm. 289, 2023

Monereo Pérez, J. L. y López Insua, B. M.: *La protección socio-laboral de los jóvenes: construyendo un futuro*. Atelier. Barcelon, 2023.

Moreno Márquez, A: *El derecho a la formación profesional en el marco del contrato de trabajo*, Aranzadi, 2023

Sempere Navarro A.V (Dir) Cámara Botía, A.: Contratos indefinidos adscritos a obras de la construcción, Aranzadi, 2023.

Sempere Navarro, A. V (Dir), Bini, S. Castro Franco A.: *Becas contratos de trabajo formativos y en sector de universidades e investigación* (Dúo), Aranzadi, 2023

PROCESAL LABORAL

Miguel Barrio, R.: *La prueba tecnológica en el proceso laboral: tendencias y desafíos*, Ed. Dykinson, 2023

EMPLEO PÚBLICO

Villalobos Sánchez, E.: *Fraude de Ley en las relaciones laborales de las administraciones públicas y la figura del trabajador indefinido no fijo*, Laborum, 2023.

OBRAS GENERALES Y OTRAS

Jiménez Martínez, M.V.; López Ahumada, J.E.; Roldán Martínez, A.: La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral *políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo*, Aranzadi, 2023

Martínez Moreno, C. (Dir.): *El Derecho del Trabajo que viene. La Reforma que necesitamos*, Colex 2023

Moreno Gene, J, Romero Burillo, A.M.: Los nuevos escenarios laborales de la innovación tecnológica. Tirant lo blanch, 2023

Monereo Pérez, J. L.: *Simone Weil. Filosofía del trabajo y teoría crítica social.* El Viejo Topo. Barcelona, 2023.

Monereo Pérez, J. J.: *El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos.* Atelier. Barcelona 2023.

Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.N. y Vila Tierno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo.* 21ª edición. Comares, Granada, 2023

Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R., Moreno Vida, M. N., Márquez Prieto, A. y Maldonado Molina, J. A.: *Manual de Seguridad Social*. 19ª edición. Tecnos, Madrid, 2023.

Montoya Melgar, A.: *Derecho del Trabajo, 44ªed.,* revisada y puesta al día, Madrid, 2023

Rivas Vallejo, P. (Dir.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Colex, 2023, 14ª. ed., 2023

Salvador Trapero, A.: *Sistema RED SLD-SILTRA: Soluciones en torno a la reforma laboral, autónomos y empleados de hogar*, Claves Prácticas, Francis Lefebvre, 2023

VVAA: *Guía laboral del Ministerio de Trabajo y Economía Social y el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones* 2023, BOE, 2023

VVAA: *La formación dual en España*, CES, 2023

4. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

-Sindicatos, TRADE-Unions y corporaciones, por Georges Renard, Editorial Comares (Colección Crítica del Derecho), 2014, páginas: 295.

Comentado por:
Sheila López Vico
Personal Investigador Predoctoral en Formación-FPU. Coordinadora de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Seminario José Vida Soria. Universidad de Granada.
https://orcid.org/0000-0002-2608-3436

En esta ocasión tenemos el placer de recensionar la obra titulada "Sindicatos, TRADE-Unions y corporaciones", elaborada por Georges Renard. La misma ha sido editada por la prestigiosa editorial Comares, y se inserta en la Colección Crítica del Derecho (dedicada a los pensadores clásicos de pensamiento jurídico, social y político), dirigida por el prof. José Luis Monereo Pérez.

En el marco sociopolítico y económico en el que nos encontramos actualmente no resulta baladí traer a colación el contenido de este importante estudio clásico en materia de Derecho Social. Desde hace décadas se viene anunciando la crisis del sindicato y de la representación sindical. Ello encuentra su razón de ser en diversos factores tanto estructurales como coyunturales que han incidido de manera relevante en todos los ámbitos de nuestra sociedad. En particular, y en lo que en esta disciplina nos interesa, cabe partir del origen de dichas organizaciones de representación colectiva en nuestro país y el marco económico empresarial en el que se insertó para comprender como los cambios producidos en los últimos años plantean, de manera inevitable, retos y desafíos que ponen en jaque el sistema tradicional en torno al cual estos se articulan. En concreto, se ha transitado, especialmente desde los años setenta, de un modelo de producción fordista, basado en la producción estandarizada y en masa, grandes estructuras empresariales, un modelo de trabajo indefinido y a tiempo completo, un sistema con una marcada jerarquía y un control inmediato y directo por el empresario; a un modelo postfordista donde la búsqueda de la flexibilidad a supuesto de un cambio radical de dichos presupuestos, operándose una innegable descentralización productiva y un cambio en la forma antes prototípica de trabajo. El citado proceso de cambio también incidió de manera relevante en la propia configuración jurídico legal de las relaciones laborales, dando un paso atrás la normativa legal promulgada por el Estado, la cual pasa ahora a dictar normas mínimas de obligado cumplimiento, y ocupando cada vez un mayor espacio la representación colectiva a la que de manera directa se encarga el desarrollo, o incluso en algunos casos regulación, de aspectos centrales de la relación laboral.

Pues bien, esta tendencia se ha visto incluso reforzada en los últimos años con la generalización masiva e introducción en el ámbito laboral de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación que impulsa la introducción de nuevas formas de trabajo y con ello de nuevos retos desde un punto de vista jurídico laboral, haciendo manifiesta la necesidad de adaptar el marco normativo laboral existente a dicha nueva realidad laboral. En dicho proceso de adaptación, como no podía ser de otra forma, se ha dado un papel central también a los agentes sociales. Es por ello que, no resulta baladí traer a colación en este momento histórico la obra objeto de análisis. Esta constituye un

clásico de obligada referencia en el estudio de la evolución de la representación colectiva en nuestro país y que vaticinaba ya muchos de los problemas a los que actualmente nos enfrentamos.

En cuanto a su estructura, esta obra se articula en tres grandes bloques. Veámoslos:

En primer término, el estudio preliminar titulado "El sindicalismo y el orden democrático", realizado por el prof. José Luis Monereo Pérez, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Granada. Por medio del mismo, el autor lleva a cabo un conciso pero riguroso análisis de la evolución que en nuestro país ha sufrido la representación colectiva. En concreto, parte el autor poniendo el acento en la vaticinada crisis de la representatividad sindical en nuestro país y cuáles han sido los elementos que han dado lugar a la misma. Para ello se parte analizando el origen y evolución del sindicato en España, pasando por las distintas fases de prohibición, tolerancia, absorción y aceptación por las que este ha pasado en nuestro país. Por otro lado, no se omite una visión también internacional en este punto, resaltando el prof. Monereo Pérez (junto a la fundamentación legal nacional existente en esta materia, principalmente en la norma constitucional) las principales disposiciones aprobadas en el plano internacional, y en concreto por parte de la Organización Internacional del Trabajo. Por otro lado, se alude también a los dos modelos de sindicalismo existente, evidenciando el dominante en nuestro país en contraposición a otros países de nuestro entorno. Todo ello conduce finalmente al autor a poder aportar no solo una serie de ricas y fundamentadas conclusiones sobre la situación en la que actualmente se encuentran los órganos de representación colectiva en nuestro país, sino también posibles medidas para abordar los retos y desafíos que los citados cambios plantean.

Tras el citado estudio preliminar que nos permite conectar el tema objeto de análisis con la realidad práctica a la que actualmente nos enfrentamos, se recoge una de las más importantes obras de Renard, siendo esta la que da nombre a la presente monografía y mediante la cual se entra a examinar de manera rigurosa y crítica el origen y evolución de las distintas formas de representación colectiva en nuestro país. Pues bien, dado que la obra de Renart constituye sin lugar a dudas un estudio clave y de referencia en cualquier disciplina jurídica, no entraremos aquí a analizarla con detenimiento. Pese a lo cual, resulta necesario realizar la menos una sucinta referencia a la estructura de la misma.

Así, se divide la misma en dos partes diferenciadas, pero, como puede extraerse de su detenida lectura e indica el propio autor en la introducción, íntimamente vinculadas entre sí.

La primera de ellas se titula "las corporaciones" y se subdivide en un total de ocho capítulos: I. "Su origen y su distribución geográfica". II. "Su organización". III. "su administración". IV. "Sus méritos y defectos". VI. "Causas externas de su decadencia". VII. "Causas internas de su decadencia". VIII. "La muerte de las corporaciones". Como puede apreciarse el autor sigue un esquema claro y estructurado, lo cual permite comprender no solo el origen de la figura de las corporaciones, sino también su evolución y posterior decadencia y los factores que en ello influyeron.

La segunda parte se divide en dos grandes apartados. El primero de ellos se denomina TRADE-UNIONS y sindicatos, subdividiéndose este en un total de siete capítulos que siguen la estructura del primero de los capítulos analizados. Veámoslo: I. "Su naturaleza, su origen y las causas de su desarrollo". II. "Asociaciones patronales, sindicatos amarillos y sindicatos mixtos". III. Las TRADE-UNIONS del Reino Unido". IV. "Los sindicatos obreros franceses". V. "Ojeada sobre los sindicatos obreros de los demás países". VI. "Observaciones sobre la marcha de la evolución sindical". VII. "Conjeturas sobre el porvenir del sindicalismo". El segundo de los apartados indicados entra por el contrario a analizar estas cuestiones, pero en el ámbito español, denominándose "Algunas notas sobre el movimiento obrero español". Dentro del mismo encontramos un primer bloque destinado a analizar

la figura de las corporaciones, dividido en tres capítulos, y un segundo bloque denominado "vida moderna", dividido en un total de cuatro capítulos.

Por todo ello, no cabe duda de que nos encontramos ante una obra de obligada referencia, al reeditar un estudio clásico que, ante los cambios producidos en los últimos años en nuestro sistema económico, legal y empresarial, no ha hecho sino cobrar un mayor y renovado protagonismo, y que además se encuentra acompañada por un estudio preliminar de una elevada calidad jurídica, que sirve no solo para introducir la obra que posteriormente se desarrolla, sino también para complementarla, ya que al situarse en un momento histórico posterior, permite así ver como se ha producido en nuestra sociedad el avance de toda esta problemática.

Como consecuencia de ello, no puedo sino concluir recomendando su atenta lectura a todo operador jurídico, al tratar un tema nuclear en nuestro sistema normativo en general, y en particular en la rama del Derecho del Trabajo.

***-Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo* por Francisco Gény, Editorial Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, páginas: 534.**

Comentado por:
Sheila López Vico
Personal Investigador Predoctoral en Formación-FPU. Coordinadora de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Seminario José Vida Soria. Universidad de Granada.
https://orcid.org/0000-0002-2608-3436

En esta ocasión tenemos el placer de recensionar la obra titulada "Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo", elaborada por Francisco Gény. La misma ha sido editada por la prestigiosa editorial Comares, y se inserta en la Colección Crítica del Derecho (dedicada a los pensadores clásicos de pensamiento jurídico, social y político), dirigida por el prof. José Luis Monereo Pérez.

El tema desarrollado en la misma adquiere una renovada importancia ante los cambios que, desde hace décadas, vienen produciéndose en nuestro marco jurídico legal. Como versa su título, se entra por medio de esta a analizar el método de interpretación de la norma y las distintas fuentes que coexisten en nuestro sistema jurídico legal. Si bien no existe un único método interpretativo, cobra especial relevancia el recogido por Gény, al romper el mismo, tal y como veremos, con la tradición imperante hasta el momento de carácter positivista y legal, proponiendo un método de interpretación que, si bien no desconociese la norma legal, se adecuase y tomase en consideración la realidad social en la que se enmarca. Pues bien, como se ha señalado, no resulta baladí traer a colación la presente norma ante las reformas desreguladoras y remercantilizadoras que en las últimas décadas, y especialmente en el año 2012, se llevaron a cabo en nuestro país. Mediante las mismas se ha ido reduciendo de manera progresiva el contenido de la ley, convirtiéndose en muchos puntos en una norma de contenido mínimo cuyo desarrollo directamente es remitido a la negociación colectiva o incluso a la autonomía individual.

En cuanto a su estructura, esta obra se articula en cuatro grandes bloques. Veámoslos:

En primer término, se recoge el estudio preliminar titulado "El pensamiento científico jurídico de Gény: el problema del método", realizado por el prof. José Luis Monereo Pérez, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Granada. Por medio del mismo, recoge el citado autor de manera concisa pero rigurosa los principales aspectos que caracterizan la doctrina defendida por Gény en lo que al método de interpretación en ciencias jurídicas se refiere.

Se parte en primer término realizando una breve referencia al sistema de interpretación que en dicho momento resultaba predominante, punto en el cual resulta obligado hacer alusión a la Escuela de la Exégesis. Ésta sostenía un método de interpretación positivista que venía a sostener, en definitiva, la suficiencia del Código legal de responder a cualquier exigencia social. Pues bien, precisamente como contraposición a dicha Escuela y su método lleva a cabo Gény la obra que da título a la presente monografía y que lo hace situarse entre los más importantes y renombrados autores de su época. Gény podía ser definido como antiformalista o neonaturalista, sosteniendo este autor la necesidad de introducir una visión más pluralista del derecho y, por tanto, de ampliar el sistema de fuentes más allá de su limitación a lo recogido en el texto legal aprobado por el legislador. De este modo, el método de interpretación propuesto por este autor implica introducir en la misma no solo lo recogido en la norma legal, sino también en adaptarlo o situarlo en la naturaleza de las cosas. Todo ello supuso el paso de la Escuela de la exégesis a la Escuela científica. Asimismo, defendió este autor la función creativa del juez en dicho proceso de interpretación, no limitando por tantos las funciones de este a una mera actividad deductiva.

Pues bien, introducidos los rasgos generales de la obra de Gény, se pasa a recoger la monografía realizada por el mismo en el año 1919 y que da nombre a la monografía objeto de recensión. Al ser la obra de Gény un estudio de referencia en cualquier disciplina jurídica, no entraremos aquí a analizarla con detenimiento. Pese a lo cual, consideramos oportuno realizar la menos una sucinta referencia a la estructura de la misma. En concreto, se divide ésta en tres partes diferenciadas. Veámoslo:

La primera parte, titulada "exposición analítica del método tradicional de interpretación jurídica" entra a desarrollar el método de interpretación que, como decimos había venido siendo el dominante hasta la época y que era el positivista y formalista seguido por la Escuela de exégesis. Esta primera parte se divide en cuatro subapartados: I. "Evolución del método jurídico". II. "Reconocimiento e interpretación de las fuentes". III. Elaboración de la materia jurídica fuera de las fuentes". III. "Síntesis del método tradicional".

A continuación, la segunda parte rubricada "Crítica negativa del método tradicional prolegómenos entra a recoger de manera fundada los principales problemas y lagunas derivadas de dicho método. Esta compleja labor se refleja en dos capítulos y diversas secciones. Así, mediante el capítulo primero se recoge en primer término, como indica su título, la "exageración del elemento legal en el método jurídico tradicional", mientras que, por el segundo, el "abuso de las abstracciones lógicas en el método jurídico tradicional".

Por último, como cierre, recoge mediante la tercera parte su propuesta de cambio. Así, la rúbrica que se le da a esta última parte es "bosquejo de un plan de reconstitución del método y de una teoría de las fuentes prolegómenos". También esta labor se refleja en hasta tres capítulos y numerosas secciones. El primer capítulo, entra a analizar, como reza su título "Las fuentes formales del derecho privado positivo y su interpretación". El segundo, "la libre investigación científica" y por último el "valor relativo de los diversos medios de interpretación".

Todo ello nos permite apreciar la elevada calidad de la monografía ante la que nos encontramos, en la que además de devolver al debate una obra clásica de obligada referencia para todo aquel que quiera conocer en su profundidad y críticamente las bases que constituyen nuestro ordenamiento jurídico, se incorpora, por medio del estudio preliminar -realizado por el prof. Monereo Pérez-, una visión más amplia sobre el marco jurídico, legal y social en el cual se enmarca dicha obra, al hacer alusión, entre otras cuestiones, al método interpretativo hasta dicho momento imperante.

Por todo ello, no puedo sino concluir recomendado la lectura atenta de la presente obra a todo operador jurídico, al constituir esta una rica fuente de conocimientos laborales que, por la materia tratada y la metodología utilizada para ello, no ve ni verá agotada su idoneidad y relevancia pese a los cambios que puedan producirse en nuestro marco económico, social y político.

Laborum

Crónica Administrativa en materia de Relaciones de Trabajo

nº 8 (3er Trimestre 2023)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Crónica Administrativa en materia de Relaciones de Trabajo[1]

José Luis Monereo Pérez — *Catedrático de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada.*
Director de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

Guillermo Rodríguez Iniesta — *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Secretario General de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social
Subdirector de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
Subdirector de la Revista Derecho de la Seguridad Social, Laborum
https://orcid.org/0000-0001-5054-8822

1. SEGURIDAD SOCIAL Y RELACIONES LABORALES

Criterios de gestión de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del Instituto Nacional de la Seguridad Social

Criterio: 15/2023, de 10 julio

Materia: Compatibilidad de la pensión de jubilación con la actividad artística.

Cuestiones analizadas: Aplicación del art. 213.4 LGSS a las actividades artísticas (cotización e incompatibilidades); compatibilidad con los ingresos por derechos de propiedad intelectual y derechos de imagen; actividades artísticas compatibles con el percibo de la pensión de jubilación;

La publicación en el Boletín Oficial del Estado del Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, cuya entrada en vigor tendrá lugar el 1 de septiembre de 2023, salvo los preceptos que tienen una fecha de entrada en vigor específica, y que ya ha sido parcialmente modificado mediante la disposición final séptima del Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, ha suscitado algunas dudas en cuanto a su aplicación al colectivo de artistas. Con el objeto de solventar dichas dudas y homogenizar la gestión, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, con fecha 21 de junio de 2023, ha emitido un informe, cuyo contenido se recoge en el presente criterio.

Primera. Aplicación al colectivo de artistas del artículo 213.4 del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

El artículo 213.4 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS), establece:

[1] Todas las disposiciones, instrucciones, criterios, respuestas a consultas de organismos de la Administración, etcétera, que se incluyen en esta sección se reproducen literalmente y están accesibles en el Portal de Transparencia del Gobierno.

"El percibo de la pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual. Quienes realicen estas actividades económicas no estarán obligados a cotizar por las prestaciones de la Seguridad Social.

Las actividades especificadas en el párrafo anterior, por las que no se cotice, no generarán nuevos derechos sobre las prestaciones de la Seguridad Social."

Esta previsión general también es aplicable a las actividades artísticas por cuenta propia por lo que quienes se dediquen a alguna actividad artística cuyos ingresos, en cómputo anual, no superen el salario mínimo interprofesional pueden compatibilizar el 100 por ciento del importe de su pensión de jubilación, aunque se trate de una jubilación anticipada, sin necesidad de acogerse a las condiciones establecidas para otras modalidades de compatibilidad entre dicha pensión y el trabajo distintas de la establecida en el aludido artículo 213.4. En consecuencia, el pensionista de jubilación contributiva que realice un trabajo por cuenta propia en el sector artístico incluido en el ámbito de aplicación del artículo 249 quater podrá optar por el alta y la cotización desde el comienzo de su actividad en los términos del artículo 310 bis o acogerse a la previsión de compatibilidad del artículo 213.4 del TRLGSS. De esta manera:

a) Artículo 310 bis. Cotización de los perceptores de pensión de jubilación cuando realicen actividades artísticas. Durante la realización de un trabajo por cuenta propia compatible con la pensión de jubilación, en los términos establecidos en el artículo 249 quater, las personas estarán obligadas a solicitar el alta y cotizar en este régimen especial únicamente por contingencias profesionales y quedarán sujetas a una cotización especial de solidaridad del 9 por ciento sobre su base de cotización por contingencias comunes, no computable a efectos de prestaciones[2].

[2] El art. 249 quater LGSS "Compatibilidad de la pensión de jubilación con la actividad artística" establece lo siguiente: "1. El percibo del 100 por ciento del importe de la pensión de jubilación contributiva será compatible con la actividad artística en los términos del presente artículo:
a) Con el trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia de las personas que desarrollen una actividad artística.
A estos efectos, se entiende por actividad artística, la realizada por las personas que desarrollan actividades artísticas, sean dramáticas, de doblaje, coreográfica, de variedades, musicales, canto, baile, de figuración, de especialistas, de dirección artística, de cine, de orquesta, de adaptación musical, de escena, de realización, de coreografía, de obra audiovisual, artista de circo, artista de marionetas, magia, guionistas, y, en todo caso, la desarrollada por cualquier persona cuya actividad sea reconocida como artista intérprete o ejecutante del título I del libro segundo del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, o como artista, artista intérprete o ejecutante por los convenios colectivos que sean de aplicación en las artes escénicas, la actividad audiovisual y la musical, conforme al artículo 1. 2, párrafo 2.º del RD 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como de las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad.
b) Con el trabajo por cuenta ajena y la actividad por cuenta propia desempeñada por autores de obras literarias, artísticas o científicas, tal como se definen en el capítulo I del título II del libro primero de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, se perciban o no derechos de propiedad intelectual por dicha actividad, incluidos los generados por su transmisión a terceros y con independencia de que por la misma actividad perciban otras remuneraciones conexas.
2. El importe de la pensión de jubilación contributiva compatible con la actividad artística incluye el complemento para pensiones inferiores a la mínima y el complemento por maternidad o reducción de la brecha de género.
3. El beneficiario de la situación de compatibilidad tendrá la consideración de pensionista a todos los efectos.
4. No podrá acogerse a esta modalidad de compatibilidad el beneficiario de una pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social que, además de desarrollar la actividad artística, realice cualquier otro trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia diferente a la indicada actividad que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General o de alguno de los regímenes especiales de la Seguridad Social.

b) Artículo 213.4. Incompatibilidades. Si opta por la compatibilidad del artículo 213.4, desde el momento que los ingresos por actividad artística hayan alcanzado el importe del salario mínimo interprofesional, el trabajador tendrá que solicitar el alta y cotizar por contingencias profesionales conforme el artículo 310 bis.

Segunda. Derechos de propiedad intelectual y Derechos de imagen.

En relación el nuevo artículo 249 quater del TRLGSS, introducido por la disposición final cuarta. Siete del Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, se ha puesto de manifiesto por el colectivo afectado que en el apartado 1, letra b), del citado artículo, al establecer la compatibilidad entre el percibo del 100 por ciento del importe de la pensión de jubilación contributiva y el trabajo por cuenta ajena y la actividad por cuenta propia desempeñada por autores de obras literarias, artísticas o científicas, se indica específicamente que la indicada compatibilidad se produce tanto si perciben como si no *"derechos de propiedad intelectual por dicha actividad, incluidos los generados por su transmisión a terceros y con independencia de que por la misma actividad perciban otras remuneraciones conexas"*, previsión que no se recoge en la letra a) del mismo apartado, relativa a la compatibilidad con el 100 por ciento de la pensión de jubilación con el trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia de las personas que desarrollen una actividad artística, por lo que se cuestiona si, en lo que concierne a estas últimas, la pensión de jubilación es incompatible con la actividad artística que dé lugar a la percepción de derechos de propiedad intelectual, incluidos los generados por su transmisión a terceros.

Sobre esta cuestión debe aclararse que, desde el momento en que el artículo 249 quater. 1 a) del TRLGSS determina la compatibilidad entre el percibo del 100 por ciento del importe de la pensión de jubilación contributiva con el trabajo, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, de las personas que desarrollen una actividad artística, implícitamente está considerando compatible dicha pensión con cualquier rendimiento que pueda generar ese tipo de trabajo, por lo que los derechos de propiedad intelectual, incluidos los derivados de su transmisión a terceros, y con independencia de que por la misma actividad perciban otras remuneraciones conexas, generados por una actividad artística compatible son igualmente compatibles con la pensión de jubilación.

Por tanto, no existe diferencia alguna a ese respecto en el tratamiento que se da a los supuestos recogidos en la letra b) y en la letra a) del apartado 1 del artículo 249 quater, y si en la letra b) se ha introducido una aclaración relativa a la compatibilidad entre el 100 por ciento de la pensión de jubilación y los derechos de propiedad intelectual ha sido tan solo por conllevar normalmente el tipo de actividad artística a la que se refiere esa letra -*"autor de obras literarias, artísticas o científicas"*-, derechos de propiedad intelectual, menos frecuentes previsiblemente en las actividades

---

De igual forma, se excluye del ámbito de este artículo cualquier modalidad de jubilación anticipada en tanto su titular no cumpla la edad ordinaria de jubilación que le corresponda de acuerdo con el artículo 205.1.a).

5. Como alternativa al régimen de compatibilidad previsto en este artículo, el beneficiario de una pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social en que concurran las circunstancias previstas en los apartados anteriores podrá optar por la aplicación del régimen jurídico previsto para cualesquiera otras modalidades de compatibilidad entre pensión y trabajo, establecidas legal o reglamentariamente, cuando reúna los requisitos para ello.

De igual forma, el pensionista de jubilación en quien concurran las circunstancias previstas en este artículo también podrá optar por la suspensión del percibo de su pensión. En tal caso, el alta y la cotización a la Seguridad Social se realizará conforme a las normas que rijan en el régimen de Seguridad Social que corresponda en función de su actividad.

6. La prestación de incapacidad temporal causada durante la compatibilidad prevista en el presente artículo se extinguirá en la fecha en la que se cause baja en el régimen correspondiente de la Seguridad Social."

En relación con el precepto transcrito, téngase en cuenta lo siguiente: a) Se añadió al texto refundido de la LGSS por la disposición final 4.7 del RD-ley 1/2023, de 10 de enero (con efectos 1 de abril); y b) El apartado 4 fue modificado por la disposición final 7.3 del RD-ley 2/2023, de 16 de marzo (con efectos 1 de abril de 2023).

que se relacionan en la letra a), pero sin que ello deba inducir a considerar que tales derechos resultan incompatibles en los supuestos de la letra a).

Lo expuesto también resulta de aplicación a la percepción de derechos de imagen que se deriva de su trabajo en la actividad artística. Como referencia interpretativa de esta compatibilidad entre una prestación del sistema de Seguridad Social y el cobro de derechos de imagen es la disposición final cuarta.14 del Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero que compatibiliza la prestación especial por desempleo de las personas del sector artístico con los derechos de propiedad intelectual y derechos de imagen[3].

[3] Dicha disposición final cuarta 14, vino a introducir una nueva disposición adicional quincuagésima primera a la LGSS, con la siguiente redacción:
«Disposición adicional quincuagésima primera. Prestación especial por desempleo de las personas trabajadoras sujetas a la relación laboral especial de los artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como de las personas que realizan actividades técnicas y auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad.
1. Las personas trabajadoras sujetas a la relación laboral especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, tendrán derecho a la prestación por desempleo especial regulada en la presente disposición, en los términos y condiciones establecidas en la misma.
2. Podrán acceder a esta prestación las personas a las que se refiere el apartado anterior que reúnan las condiciones siguientes:
a) No tener derecho a la prestación contributiva por desempleo regulada en el título III, con la salvedad prevista en el apartado 3.
b) Cumplir todos los requisitos establecidos en el artículo 266, excepto el previsto en su letra b).
c) Acreditar sesenta días de alta con prestación real de servicios en la actividad artística en los dieciocho meses anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, que no hayan sido computadas para el reconocimiento de un derecho anterior.
Alternativamente, se podrá acceder cuando se acrediten cotizaciones en el Régimen General de la Seguridad Social, por alta con prestación real de servicios en la actividad artística o por regularizaciones anuales ya realizadas, durante un periodo mínimo de 180 días, dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, que no hayan sido computadas para el reconocimiento de un derecho anterior.
3. Quienes tengan suspendida la prestación contributiva por desempleo regulada en el título III y además acrediten la actividad y cotizaciones en el sector artístico previstas en los apartados 2.b) y c) de esta disposición, podrán optar por percibir la prestación especial generada por las nuevas cotizaciones efectuadas, en cuyo caso la prestación contributiva quedará extinguida.
4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2.c), no podrán computarse para el reconocimiento de un derecho posterior las cotizaciones acreditadas en los seis años anteriores a la fecha de la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, incluyendo las correspondientes a posibles regularizaciones que pudieran efectuarse con posterioridad a dicho reconocimiento, hayan sido o no computadas para el acceso a la prestación especial.
5. Si la prestación especial se solicita dentro del plazo de los quince días siguientes a la fecha de la situación legal de desempleo en la actividad artística, el derecho nacerá el día siguiente al de dicha situación legal de desempleo. La solicitud requerirá la inscripción como demandante de empleo, así como la suscripción del compromiso de actividad al que se refiere el artículo 300.
Quien acredite cumplir los requisitos exigidos, pero presente la solicitud transcurrido el plazo de quince días a que se refiere el párrafo anterior, tendrá derecho al reconocimiento de la prestación a partir de la fecha de la solicitud, perdiendo tantos días de prestación como medien entre la fecha en que hubiera tenido lugar el nacimiento del derecho de haberse solicitado en tiempo y forma y aquella en que efectivamente se hubiese formulado la solicitud.
6. La duración de la prestación por desempleo prevista en esta disposición será de 120 días.
7. La cuantía de esta prestación especial será igual al 80 por ciento del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) mensual vigente en cada momento, salvo cuando la media diaria de las bases de cotización correspondientes a los últimos sesenta días de prestación real de servicios en la actividad artística sea superior a 60 euros, en cuyo caso será igual al 100 por ciento del IPREM.
8. Durante el período de percepción de la prestación por desempleo especial prevista en esta disposición, la entidad gestora cotizará por la contingencia de jubilación. La base de cotización coincidirá con la base de cotización mínima vigente en cada momento, por contingencias comunes, correspondiente al grupo 7 de la escala de grupos de cotización del Régimen General de la Seguridad Social.

Tercera. Ámbito de las actividades artísticas compatibles con la pensión de jubilación.

Otra cuestión que se plantea en relación con este artículo es la necesidad de identificar, por seguridad jurídica, las actividades relacionadas con la actividad artística o de autoría de obras literarias, artísticas o científicas que pueden considerarse compatibles con la pensión de jubilación.

Sobre este particular puede ser ilustrativo el artículo 19 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, que relaciona una serie de actividades exceptuadas del régimen de incompatibilidades aplicable al citado personal, todas ellas conexas con su condición de personal de las administraciones públicas, excepto las incluidas en las letras a) y f) del artículo, pero distintas de su actividad habitual, permitiéndose la compatibilidad con aquellas que, o bien tienen carácter ocasional o, de ser habituales, no son retribuidas. Siguiendo este ejemplo, podrían considerarse actividades conexas cualesquiera actividades no retribuidas o que, aun siendo retribuida, tengan carácter ocasional, pero que en todo caso estén relacionadas con la actividad artística o de autoría de obras literarias, artísticas o científicas del jubilado[4].

---

9. Una vez extinguida esta prestación especial, el trabajador podrá obtener de nuevo su reconocimiento cuando vuelva a encontrarse en situación legal de desempleo, reúna los requisitos exigidos al efecto y haya transcurrido un año, al menos, desde la fecha de dicha extinción.

10. La prestación especial quedará extinguida si su titular accede a la protección por desempleo de nivel contributivo o asistencial prevista en el título III de este texto refundido o al Programa de Renta Activa de Inserción regulado en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre.

11. El agotamiento de la prestación regulada en esta disposición no constituye un supuesto de acceso a los subsidios previstos en la letra a) del apartado 1 del artículo 274 ni al subsidio para trabajadores mayores de cincuenta y dos años previsto en el artículo 280 de este texto refundido. Dicho agotamiento, tampoco dará derecho a acceder a la Renta Activa de Inserción en los supuestos en los que para ello se exige agotar una prestación o subsidio por desempleo. No obstante, en el caso de haber percibido la prestación especial tras haber agotado una prestación contributiva, se podrá acceder al subsidio por agotamiento de ésta, siempre que se solicite en el plazo de doce meses siguientes a dicho agotamiento.

12. Esta prestación será incompatible con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, o por cuenta ajena o con cualquier otra prestación, renta mínima, renta de inclusión, salario social o ayudas análogas concedidas por cualquier Administración Pública. No obstante lo anterior, sí será compatible con la percepción de derechos de propiedad intelectual y derechos de imagen.

En lo no previsto en esta disposición, serán de aplicación a la prestación especial regulada en la misma, las normas contenidas en el título III de este texto refundido, a excepción del capítulo III.».

Téngase en cuenta que el apartado 7 fue modificado en su redacción por la disposición final 7.3 del RD-ley 2/2023, de 16 de marzo.

[4] El art. 19 Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas, establece:

"Artículo diecinueve.

Quedan exceptuadas del régimen de incompatibilidades de la presente Ley las actividades siguientes:

a) Las derivadas de la Administración del patrimonio personal o familiar, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la presente Ley.

b) La dirección de seminarios o el dictado de cursos o conferencias en Centros oficiales destinados a la formación de funcionarios o profesorado, cuando no tenga carácter permanente o habitual ni supongan más de setenta y cinco horas al año, así como la preparación para el acceso a la función pública en los casos y forma que reglamentariamente se determine.

c) La participación en Tribunales calificadores de pruebas selectivas para ingreso en las Administraciones Públicas.

d) La participación del personal docente en exámenes, pruebas o evaluaciones distintas de las que habitualmente les correspondan, en la forma reglamentariamente establecida.

e) El ejercicio del cargo de Presidente, Vocal o miembro de Juntas rectoras de Mutualidades o Patronatos de Funcionarios, siempre que no sea retribuido.

f) La producción y creación literaria, artística, científica y técnica, así como las publicaciones derivadas de aquéllas, siempre que no se originen como consecuencia de una relación de empleo o de prestación de servicios.

g) La participación ocasional en coloquios y programas en cualquier medio de comunicación social; y

h) La colaboración y la asistencia ocasional a Congresos, seminarios, conferencias o cursos de carácter profesional".

Finalmente, en ningún caso puede considerarse actividad conexa compatible con la actividad artística o de autoría de obras literarias, artísticas o científicas la actividad docente permanente o habitual a título lucrativo, aunque se refiera a contenidos artísticos, que dé lugar a la inclusión de quien la imparte en alguno de los regímenes del sistema.

Criterio de gestión: 17/2023, 21 julio

Materia: Alcance de la asistencia sanitaria derivada de contingencias profesionales.

Cuestión analizada: reparación integra del daño causado por accidente de trabajo

El Tribunal Supremo (TS), en sentencia 705/2019 de 10 de octubre[5], ha abordado el alcance de la asistencia sanitaria derivada de contingencias profesionales. La citada sentencia afirma que *la derogación formal del Decreto de 1967 aparece ayuna de toda finalidad restrictiva o minorada de la protección propia de la asistencia sanitaria dispensada en caso de accidente de trabajo*.

[5] Roj: STS 3174/2019 – ECLI:ES:TS:2029:3174. Los hechos relevantes y acreditados recogidos en la sentencia eran los siguientes:
Antecedentes relevantes.
A raíz de un accidente de trabajo ocurrido el 19 de septiembre de 2012 y precisando el trabajador la implantación de prótesis por pérdida de una mano, se discute si rige el principio de reparación integra del daño o si hay que estar a las especificas previsiones reglamentarias sobre acción protectora del Sistema Nacional de Salud.
Hechos probados y objeto litigioso.
El conflicto que accede a nuestro conocimiento es puramente jurídico, lo que concuerda con el carácter pacífico del relato de hechos formulado en la instancia, y que ya hemos reproducido. Destaquemos ahora los datos necesarios para aquilatar el alcance del debate.
A consecuencia de accidente laboral, el demandante sufrió la amputación traumática de la mano derecha a nivel radiocarpiano.
La Mutua autorizó, a petición del actor, la colocación de una prótesis, a través de la ortopedia Prim, de tipo convencional, no mioléctrica.
En dicha ortopedia se recomienda la colocación de una prótesis con mano biónica. El demandante realizó una nueva petición a la Mutua para que autorizase la colocación de una prótesis de mano mioléctrica y el consiguiente periodo de adiestramiento.
La Mutua autorizó la colocación de la prótesis mioléctrica del tipo convencional que sólo permite la función de pinza con un único modo de presión por medio de los dedos pulgar, índice y medio. El actor ha adquirido la prótesis abonando su coste así como el tratamiento de adiestramiento (49.000 €).
La prótesis mioléctrica colocada le permite hacer presión con todos los dedos de la mano biónica, y no sólo con tres; la prótesis mioléctrica convencional sólo permite como modo de presión la de pinza, a diferencia de la colocada que le permite realizar el agarre con todos los dedos de la mano, lo que supone una mejoría muy sustancial en el uso de su mano biónica y gana una gran funcionalidad en el uso de la misma en la vida diaria.
El iter de la controversia fue el siguiente: SJS n.º4 A Coruña de 17 octubre de 2014 en autos 72/20214 estimatoria de la petición de trabajador; STSJ Galicia 27 julio 2017, estimatoria del recurso de suplicación n.º 35/2017, interpuesto por Mutua; es sentencia de contraste STSJ Castilla y León (Burgos) 27 de mayo de 2015 (rec. 309/2015) condenatoria a Mutua de adoptar todas las medidas necesarias para la colocación al actor de la prótesis mioeléctrica, sustitutiva de antebrazo y mano, Axon Bus con multifunción Michelangelo.
La STS referenciada es estimatoria del recurso del trabajador y recoge los siguientes pronunciamientos:
A) La sentencia recurrida alberga doctrina errónea. Tal y como la sentencia de contraste expone, el principio de reparación íntegra del daño causado por el accidente de trabajo es el que debe seguir presidiendo la prestación de asistencia sanitaria. Eso no equivale, ni ahora ni antes, a la ausencia de límites o a la proclamación de un deber de gasto incontrolado sino sujeto a las posibilidades razonables, pero sin las restricciones del catálogo de prestaciones sanitarias en contingencia común.
B) La casación y anulación de la sentencia recurrida debe llevar a la desestimación del recurso de suplicación interpuesto por la Mutua, pues la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social se corresponde con la doctrina que consideramos acertada.
…"

Con posterioridad, el Alto Tribunal ha dictado una nueva sentencia (STS 517/2021, de 11 de mayo sobre infracción y sanciones en el orden social a una Mutua Colaboradora de la Seguridad Social) en la que, si bien no se aborda directamente un supuesto de reparación íntegra del daño en caso de accidente de trabajo, el Alto Tribunal sí hace mención *obiter dicta* a la STS anteriormente citada y al principio de reparación íntegra del daño[6].

Solicitado informe a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, dicho Centro Directivo afirma que *el principio de reparación íntegra del daño causado por el accidente de trabajo es el que debe seguir presidiendo la prestación de asistencia sanitaria. Eso no equivale, ni ahora ni antes, a la ausencia de límites o a la proclamación de un deber de gasto incontrolado sino sujeto a las posibilidades razonables, pero sin las restricciones del catálogo de prestaciones sanitarias en contingencia común.*

Criterio de gestión 19/2023, de 25 julio

Materia: Fin de medidas derivadas de la COVID-19

Cuestión analizada: Decaimiento de diversas medidas acordadas durante la crisis sanitaria iniciada en 2020.

Tras la publicación en el Boletín Oficial del Estado de 5 de julio de 2023 la Orden SND/726/2023, de 4 de julio, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de julio de 2023, por el que se declara la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID 19, dadas las dudas suscitadas, se ha solicitado aclaración a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS) sobre la vigencia de algunas de las medidas en esta materia.

De conformidad con las conclusiones alcanzadas por dicho centro directivo, *ha decaído la vigencia de las siguientes medidas:*

1. Disposición adicional cuarta de la Ley 10/2021, de 9 de julio, que determinaba que se considerarán derivadas de accidente de trabajo las prestaciones de Seguridad Social que cause el personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios, y que en el ejercicio de su profesión, hayan contraído el virus SARS-CoV2 por haber estado expuesto a ese riego específico[7].

---

[6] Roj: STS 1872/2021 –ECLI:ES:TS:2021:1872. La referencia indicada aparece en el FD Octavo. Negligencia en supervisión de la prestación, punto 2 (Consideraciones sobre la infracción relativa a facturación indebida) letra D en los siguientes términos:
"D) Con arreglo a nuestra propia doctrina, la asistencia sanitaria derivada de accidente de trabajo ha de ser integral. La STS 705/2019 de 10 octubre (rcud. 3494/2017) ha puesto de relieve que sigue rigiendo el principio de reparación integral de las secuelas del accidente de trabajo, pese a la derogación del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, en que se basaba por así derivarse tanto de las previsiones de normas internacionales cuanto del examen de la secuencia normativa posterior.
Quiere decir lo anterior que aunque el material utilizado por la Clínica no estuviera contemplado en determinado instrumento jurídico, la reparación íntegra del daño provocado por el accidente de trabajo exigiría su utilización. Por tanto, la adecuada supervisión de la asistencia sanitaria prestada no cabe identificarla con el contraste entre lo facturado y lo previsto en un negocio jurídico que discurre entre la Mutua y una Clínica. La adecuada supervisión consiste en que no se financien gastos ajenos a esa protección, pero que no se dejen de utilizar todos los necesarios.".

[7] Dicha Ley norma el trabajo a distancia, su disposición adicional cuarta establece lo siguiente:
"Consideración como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo a las enfermedades padecidas por el personal que presta servicio en centros sanitarios o socio-sanitarios como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV2 durante el estado de alarma.
1. Desde la declaración de la pandemia internacional por la Organización Mundial de la Salud y hasta que las autoridades sanitarias levanten todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, las prestaciones de Seguridad Social que cause el personal que presta servicios en

El citado centro directivo concluye que, la medida queda derogada, salvo para los casos de fallecimiento que se regirán por lo previsto en el artículo 217.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social[8].

2. Artículo 6 y disposición adicional tercera del 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. El artículo 6 establecía que los profesionales de los centros sanitarios y socio-sanitarios que han contraído el virus SARS-CoV-2 en el ejercicio de su profesión, tendrán las mismas prestaciones que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas que se ven afectadas por una enfermedad profesional. Al respecto se presumirá, en todo caso, que el contagio se ha producido en el ejercicio de su profesión en la prestación de servicios sanitarios o socio-sanitarios[9].

La disposición adicional tercera extendía esa protección al personal sanitario que presta servicios en la inspección médica de los Servicios Públicos de Salud y del Instituto Nacional de la Seguridad Social y al personal sanitario de Sanidad Marítima que preste servicios en el Instituto Social de la Marina[10].

---

centros sanitarios o socio-sanitarios, inscritos en los registros correspondientes, y que en el ejercicio de su profesión, hayan contraído el virus SARS-CoV2 por haber estado expuesto a ese riesgo específico durante la prestación de servicios sanitarios y socio-sanitarios, cuando así se acredite por los servicios de Prevención de Riesgos Laborales y Salud Laboral, se considerarán derivadas de accidente de trabajo, al entender cumplidos los requisitos exigidos en el artículo 156.2.e) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

2. El contagio y padecimiento de la enfermedad se acreditará mediante el correspondiente parte de accidente de trabajo que deberá haberse expedido dentro del mismo periodo de referencia.

3. En los casos de fallecimiento, se considerará que la causa es accidente de trabajo siempre que el fallecimiento se haya producido dentro de los cinco años siguientes al contagio de la enfermedad y derivado de la misma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social."

[8] El Artículo 217.2 LGSS, dispone lo siguiente:

"2. Se reputarán de derecho muertos a consecuencia de accidente de trabajo o de enfermedad profesional quienes tengan reconocida por tales contingencias una incapacidad permanente absoluta o la condición de gran inválido.

Si no se da el supuesto previsto en el párrafo anterior, deberá probarse que la muerte ha sido debida al accidente de trabajo o a la enfermedad profesional. En caso de accidente de trabajo dicha prueba solo se admitirá si el fallecimiento hubiera ocurrido dentro de los cinco años siguientes a la fecha del accidente. En caso de enfermedad profesional se admitirá tal prueba cualquiera que sea el tiempo transcurrido."

[9] Dicho artículo 6 establecía lo siguiente:

"Prestaciones causadas por las y los profesionales de centros sanitarios y socio sanitarios que durante la prestación de servicios sanitarios o socio sanitarios han contraído el virus SARS-CoV-2 en el ejercicio de su profesión.

1. El personal que preste servicios en centros sanitarios y sociosanitarios inscritos en los registros correspondientes que, en el ejercicio de su profesión, durante la prestación de servicios sanitarios o socio-sanitarios, haya contraído el virus SARS-CoV- 2, dentro del periodo comprendido desde la declaración de la pandemia internacional por la Organización Mundial de la Salud hasta el levantamiento por las autoridades sanitarias de todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el mencionado virus SARS-CoV-2, tendrá las mismas prestaciones que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas que se ven afectadas por una enfermedad profesional.

2. Los servicios de prevención de riesgos laborales deberán emitir el correspondiente informe donde se haga constar que en el ejercicio de su profesión ha estado expuesto al virus SARS-CoV-2 por la prestación de servicios sanitarios o socio-sanitarios.

3. Una vez acreditado el contagio del virus en el ámbito temporal establecido en el apartado 1, y aportado el informe previsto en el apartado 2, se presumirá, en todo caso, que el contagio se ha producido en el ejercicio de su profesión en la prestación de servicios sanitarios o socio-sanitarios.

4. La entidad responsable de dichas prestaciones será aquella que cubriera las contingencias profesionales en el momento de producirse la baja médica por contagio de la enfermedad."

[10] Dicha disposición adicional tercera señalaba lo siguiente:

"Extensión de la protección por contingencias profesionales al personal sanitario de la inspección médica de los Servicios Públicos de Salud y del Instituto Nacional de la Seguridad Social y al personal sanitario de Sanidad Marítima que preste servicios en el Instituto Social de la Marina.

3. Artículo quinto del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública, en el que se daba la consideración de situación asimilada a accidente de trabajo, exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social, a los periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocados por el virus COVID-19[11].

El personal sanitario de la inspección médica de los Servicios Públicos de Salud, y de la inspección médica del Instituto Nacional de la Seguridad Social y el personal sanitario de Sanidad Marítima que preste servicios en el Instituto Social de la Marina, que hayan contraído, dentro del periodo comprendido desde la declaración de la pandemia internacional por la Organización Mundial de la Salud y hasta el levantamiento por las autoridades sanitarias de todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el virus SARS-CoV-2, una enfermedad causada por el citado virus tendrá la misma protección que la Seguridad Social otorga al personal sanitario y socio-sanitario que presta servicios en centros sanitarios y socio-sanitarios

Para ello, los servicios de prevención de riesgos laborales deberán emitir el correspondiente informe donde se haga constar que en el ejercicio de su profesión ha prestado atención a enfermos contagiados por el virus SARS-CoV-2.

Una vez acreditado el contagio del virus en el ámbito temporal establecido en el párrafo primero, y aportado el informe previsto en el párrafo segundo, se presumirá, en todo caso, que el contagio se ha producido en el ejercicio de su profesión. La entidad responsable de dichas prestaciones será aquella que cubriera las contingencias profesionales en el momento de producirse la baja médica por contagio de la enfermedad."

[11] Dicho artículo quinto disponía lo siguiente:

"Consideración excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo de los periodos de aislamiento, contagio o restricción en las salidas del municipio donde tengan el domicilio o su centro de trabajo las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19.

1. Al objeto de proteger la salud pública, se considerarán, con carácter excepcional, situación asimilada a accidente de trabajo, exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social, aquellos periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocados por el virus COVID-19, salvo que se pruebe que el contagio de la enfermedad se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo en los términos que señala el artículo 156 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en cuyo caso será calificada como accidente de trabajo.

Con el mismo carácter excepcional, con efectos desde el inicio de la situación de restricción de la salida o entrada a un municipio, y mediante el correspondiente parte de baja, se extenderá esta protección a aquellos trabajadores que se vean obligados a desplazarse de localidad para prestar servicios en las actividades no afectadas por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, siempre que por la autoridad competente se haya acordado restringir la salida, o la entrada, de personas del municipio donde dichos trabajadores tengan su domicilio, o donde la empresa tenga su centro de trabajo en el caso de que el trabajador tenga su domicilio en otro municipio, y les haya sido denegada de forma expresa la posibilidad de desplazarse por la autoridad competente, no puedan realizar su trabajo de forma telemática por causas no imputables a la empresa para la que prestan sus servicios o al propio trabajador y no tengan derecho a percibir ninguna otra prestación pública.

La acreditación del acuerdo de restricción de la población donde el trabajador tiene su domicilio o la empresa su centro de trabajo, y la denegación de la posibilidad de desplazamiento se realizará mediante certificación expedida por el ayuntamiento del domicilio o, en su caso, por el del centro de trabajo afectado por la restricción ante el correspondiente órgano del servicio público de salud.

De igual forma, la imposibilidad de realización del trabajo de forma telemática se acreditará mediante una certificación de la empresa o una declaración responsable en el caso de los trabajadores por cuenta propia ante el mismo órgano del servicio público de salud.

En el supuesto de trabajadores por cuenta ajena que tuvieran el domicilio en distinto municipio al del centro de trabajo, además de lo previsto en el párrafo anterior, se requerirá acreditar:

a) El domicilio del trabajador mediante el correspondiente certificado de empadronamiento.

b) Que el trabajador desarrolla su trabajo en el centro sito en el municipio afectado por la restricción, mediante la correspondiente certificación de la empresa.

c) Que la empresa no ha procedido al cierre del centro de trabajo, mediante la correspondiente certificación de la empresa.

2. La duración de esta prestación excepcional vendrá determinada por el parte de baja y la correspondiente alta.

Siempre que por la autoridad competente se haya acordado, con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, restringir las salidas o las entradas del municipio donde tengan el domicilio o en el que tenga el centro de trabajo la empresa en que prestan sus servicios, de tratarse de las personas trabajadoras por cuenta ajena a las que se refiere el artículo 1 del Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin

2. PROCESAL

CERTIFICO: Que en la sesión de Sala de Gobierno de fecha ocho de septiembre del año en curso, a propósito del punto 111.2 sobre: "PROYECTO DE ACUERDO SOBRE LA EXTENSIÓN Y OTRAS CONDICIONES EXTRÍNSECAS DE LOS ESCRITOS DE RECURSO DE CASACIÓN Y DE OPOSICIÓN CIVILES. ART. 481.8 LEC (REAL DECRETO-LEY 5/2023, DE 28 DE JUNIO)", se ha adoptado por unanimidad ,el siguiente:

ACUERDO DE LA SALA DE GOBIERNO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE FECHA 8 DE SEPTIEMBRE DE 2023

Extensión y otras condiciones extrínsecas de los escritos de interposición y oposición de los recursos de casación civil. Artículo 481.8 LEC (Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio).

El Real Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio (BOE 29 de junio de 2023, convalidado por la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados el 26 de julio de 2023) ha modificado la Ley, de Enjuiciamiento Civil y, entre otros extremos, ha reformado el capítulo V «Del recurso de casación», contenido en el título IV del libro II.

El artículo 481.8 establece en su nueva redacción que «La Sala de Gobierno del Tribunal Supremo podrá determinar, mediante acuerdo que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado", la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas, incluidas las relativas al formato en que deben ser presentados, de los escritos de interposición y de oposición de los recursos de casación».

De acuerdo con esa habilitación, la Sala de Gobierno de este Tribunal Supremo, por medio del presente acuerdo, fija las directrices sobre los requisitos formales que han de reunir los escritos de interposición y de oposición de los recursos de casación civil.

Este acuerdo versa sobre la extensión máxima y el formato de los escritos, de modo similar al que ya se ha establecido en otros tribunales europeos, y se adopta sin perjuicio de los criterios

---

de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19, se expedirá un parte de baja con efecto desde la fecha de inicio de la restricción y un parte de alta con efectos de 29 de marzo de 2020.
De tratarse de trabajadores por cuenta propia o autónomos, cuando la restricción adoptada con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, restringiera su salida del municipio donde tengan su domicilio o, teniendo su domicilio en otro, vieran restringida la entrada en el municipio impidiéndoles totalmente la realización de su actividad, el derecho a la prestación comenzará con el parte de baja desde la fecha de inicio de la restricción y durará hasta la fecha de finalización de la misma, no pudiendo, en ningún caso, durar más allá de la fecha de finalización del estado de alarma.
Este subsidio por incapacidad temporal es incompatible con los salarios que se hubieren percibido así como con el derecho a cualquier otra prestación económica de la Seguridad Social, incluida la incapacidad temporal por contingencias comunes o profesionales. En estos supuestos se percibirá la prestación de la Seguridad Social distinta al subsidio previsto en el presente artículo.
A efectos de lo previsto en el párrafo anterior, el trabajador deberá presentar ante el correspondiente órgano del servicio público de salud, certificación de la empresa acreditativa de la no percepción de salarios."
3. Podrá causar derecho a esta prestación la persona trabajadora por cuenta propia o ajena que se encuentre en la fecha del hecho causante en situación de alta en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social.
4. La fecha del hecho causante será la fecha en la que se acuerde el aislamiento, restricción o enfermedad del trabajador, sin perjuicio de que el parte de baja se expida con posterioridad a esa fecha.»
Téngase en cuenta que dicho artículo quinto sería modificado en varias ocasiones por RD-ley 13/2020, de 7 abril; RD-ley 27/2020, de 4 agosto (que sería dejada sin efecto por Resolución de 10 de septiembre de 2020 que publicaba el Acuerdo del Congreso de los Diputados por el derogaba el RD-ley 27/2020); RD-ley 28/2020, de 22 de septiembre; y Ley 10/2021, de 9 julio.

de admisión del recurso de casación que establezca el Pleno de la Sala Primera y del cumplimiento obligatorio de la legislación procesal en cuanto a la presentación de escritos por vía electrónica.

Además, se aprueba una carátula en la que el recurrente identificará de forma resumida los datos esenciales del recurso de casación, similar a la que el Tribunal Constitucional ha aprobado recientemente para la interposición de las demandas de amparo. Este documento estará a disposición de los profesionales en la página web del Consejo General del Poder Judicial y será descargable para facilitar su cumplimentación.

Este esfuerzo de síntesis qué ha de hacer el recurrente al cumplimentar este documento facilitará la claridad y la precisión exigidas en la exposición del recurso y· evitará defectos y omisiones de contenido que puedan determinar la inadmisión. Por otra parte, facilitará a la Sección de Admisión de la Sala Primera la revisión de los presupuestos formales y de contenido que exige la ley, y la identificación de los elementos esenciales del recurso.

1. Normas para los escritos de interposición y oposición de los recursos de casación dirigidos a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

1.l. Extensión máxima

Los escritos de interposición y oposición tendrán una extensión máxima de 50.000 "caracteres con espacio", equivalente a 25 folios.

Esta extensión máxima incluye las notas a pie de página, imágenes, esquemas o gráficos que eventualmente pudieran incorporarse.

El abogado, u otra persona que este designe, deberá certificar al final del recurso y de la oposición el número de caracteres que contiene el escrito que presenta. En su caso, deberá justificarse la superación de la extensión máxima prevista en caso de que concurran circunstancias especiales de carácter excepcional.

1.2.Formato

Para el texto se utilizará como fuente "Times New Román", con un tamaño de 12 puntos en el texto y de 10 puntos en las notas a pie de página o en la transcripción literal de normas o párrafos de sentencias que se incorporen.

El interlineado en el texto será de 1,5.

Los márgenes horizontales y verticales (márgenes superior, inferior, izquierdo y derecho de la página) serán de 2,5 cm.

El documentó no contendrá rayas ni otros elementos que dificulten su lectura.

Todos los folios estarán numerados de forma creciente, empezando por el número, que figurará en la esquina superior derecha del folio. Todos los documentos que se aporten con el escrito deberán estar suficientemente identificados y numerados como documento o anexo. Por ejemplo: documento o anexo 1, documento o anexo 2, documento o anexo 3 y así sucesivamente.

El escrito de interposición del recurso deberá dar cumplimiento a las exigencias del RD 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula .el sistema LexNET y la Resolución: de 15 de diciembre de 2015, de la Secretaría General de la Administración de Justicia, por la que se aprueba el modelo de formulario normalizado previsto en el Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET.

1.3. Documentos que se deben acompañar al escrito del recurso.

1) Poder para pleitos.

2) Copia de la resolución dictada en primera instancia y, en su caso, copia del auto de aclaración, rectificación, complemento o subsanación.

3) Copia de la resolución impugnada Y,. en su caso, copia del auto de aclaración, rectificación, complemento o subsanación.

4) Copia del resguardo de constitución del depósito para recurrir en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones Judiciales de la correspondiente Audiencia Provincial.

5) Copia del documento que acredite el cumplimiento de los requisitos del art. 449 de la LEC.

1.4. Carátula que deberá preceder al escrito de recurso de casación

El escrito de interposición irá precedido por una .carátula que contendrá los datos esenciales del recurso.

La carátula no suple ni amplía el contenido del escrito de recurso.

Este documento estará a disposición de los profesionales en la página web del Consejo General del Poder- Judicial y será descargable para facilitar su cumplimentación e incorporación junto al recurso.

El contenido de la carátula es el siguiente:

i) Identificación: Nombre y apellidos o denominación social del recurrente o recurrentes ordenados alfabéticamente (por el primer apellido) y el número del DNI, pasaporte, NIE (en el caso de extranjeros) o NIF (en el caso de personas jurídicas); nombre y apellidos del procurador y número de colegiado; nombre y apellidos del letrado/s y número de colegiado.

ii) Resolución recurrida.

iii) Cauce de acceso a la casación: interés casacional (art. 477.4 LEC) o procedimiento de tutela de derechos fundamentales (art. 481.1 LEC).

iv) En su caso, si se trata de un recurso de tramitación preferente y fundamento de la preferencia.

v) Motivos numerados ·del recurso de casación. Y en cada motivo:

1) Norma procesal o sustantiva en cuya infracción se funde el motivo (art. 477.2 LEC).

2) Resumen de la infracción cometida (481.4 LEC), que no puede superar los 300 caracteres con espacios.

3) Modalidad del interés casacional que se invoca, identificando las sentencias del Tribunal Supremo o de las Audiencias Provinciales que lo justifiquen (481.1 LEC):. tribunal, número de resolución, fecha y número de recurso. En su caso, justificación del interés casacional notorio que se alegue (art. 477.4 LEC), inexistencia de jurisprudencia o necesidad de revisión (extensión máxima de 300 caracteres con espacios).

4) Si el motivo se funda en la infracción de una norma procesal: identificación de la resolución o actuación procesal en que se haya cometido la infracción, con indicación de su fecha y, en su caso, número de folio de las actuaciones y/o minuto de la grabación, así como el acto procesal (escrito, resolución, audiencia previa, vista, comparecencia, etc.,) en que la infracción se haya denunciado en la instancia y, en su caso, reproducido en la segunda instancia. Si se tratara de una infracción procesal subsanable, se harán las mismas indicaciones sobre el acto procesal en que se hubiera solicitado la subsanación en la instancia o instancias oportunas (art. 477.6 LEC).

vi) Doctrina jurisprudencial que se interesa de la Sala, en su caso. (extensión máxima de 300 caracteres con espacios).

vii) Pronunciamientos que se interesan sobre el objeto del pleito (extensión máxima de 300 caracteres con espacios).

viii) Justificación, si procede, de la superación de la extensión máxima prevista (extensión máxima de 300 caracteres con espacios).

ix) Petición de celebración de vista, en su caso.

2. Carátula del recurso de casación

Documento que precede al escrito de recurso de casación[12].

[12] Este documento no suple ni amplía el contenido del escrito de recurso.

RECURRENTE/S; PROCURADOR YLETRADO; BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA SI PROCEDE [13]	
1	
RESOLUCIÓN RECURRIDA[14]	
1	
RECURSO DE TRAMITACIÓN PREFERENTE [15]	
NO / SI	
CAUCE DE A.CCESO A LA CASACIÓN (marcar lo que proceda)	
	INTERÉS CASACIONAL (incluido el interés notorio, art. 477.4 LEC)
	PROCEDIMIENTO SEGUIDO PARA LA TUTELA JUDICIAL/CIVIL DE DERECHOS FUNDAMENTALES (ART. 481.1 LEC)
MOTIVOS NUMERADOS DEL RECURSO DE CASACIÓN[16]	
MOTIVO PRIMERO/SEGUNDO/... (reproducir por cada motivo)	
1) Norma procesal o sustantiva en cuya infracción se funde el motivo (art. 477.2 LEC)	
2) Resumen de la infracción cometida (481.4 LEC) (máximo 300 caracteres)	
3) Modalidad del interés casacional que se invoca[17] (máximo 300 caracteres)	

[13] Indicar el nombre del recurrente o recurrentes ordenados alfabéticamente y el número del DNI, pasaporte, NIE (en el caso de extranjeros) o NIF (en el caso de personas jurídicas); nombre del Procurador y número de colegiado; nombre del Letrado/s y número de colegiado.

[14] Indicar Audiencia Provincial, sección, fecha y número de la resolución y del recurso.

[15] Indicar la razón conforme al Acuerdo de 18 de diciembre de 2019 de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo del Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2019, en el que se establece el catálogo de asuntos de tramitación preferente por la Sala de Admisión. BOE de 6 de enero de 2020, p.571

[16] No podrán acumularse en un mismo motivo infracciones diferentes (art. 481.2 LEC)

[17] Identificar de las sentencias del Tribunal Supremo o de Audiencias Provinciales que lo justifican (481.1 LEC): tribunal, número de resolución, fecha y número de recurso. En su caso, razonamiento del interés casacional notorio que se alega (art. 477.4 LEC), inexistencia de jurisprudencia o necesidad de revisión.

4) Si el motivo se funda en la infracción de una nonna procesal, identificación precisa.[18]	
‘DOCTRINA JURISPRUDENCIAL QUE SE INTERESA DEL TRIBUNAL, EN SU CASO	
(máximo 300 caracteres) 1	
PRONUNCIAMIENTOS QUE SE INTERESAN SOBRE EL OBJETO DEL PLEITO	
(máximo 300 caracteres) 1	
EXTENSIÓN DEL ESCRITO DE RECURSO DE CASACIÓN[19]	
(máximo 300 caracteres)	
DOCUMENTOS QUE SE ACOMPAÑAN AL ESCRITO DEL RECURSO (marcar lo que proceda)	
	Poder para pleitos.
	Copia de la resolución solicitada en primera instancia y, en su caso, copia del auto de aclaración, rectificación, complemento o subsanación.
	Copia de la resolución. impugnada y, en su caso,. copia del auto de aclaración, rectificación, complemento o subsanación.
	Copia del resguardo de constitución del depósito para recurrir en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones Judiciales de la correspondiente Audiencia Provincial.
	Copia del documento que acredite el cumplimiento de los requisitos del art. 449 de la LEC, si procede.

[18] Fecha y, en su caso, número de folio de las actuaciones (cuando se reciban en formato papel), así como el acto procesal (escrito, resolución, audiencia previa, vista, comparecencia, etc.,) en que la infracción se haya denunciado en la instancia y, en su caso, reproducido en la segunda instancia. Si se tratara de una infracción procesal subsanable, se harán las mismas indicaciones sobre el momento en que se hubiera solicitado la subsanación en la instancia o instancias oportunas (art. 477.6 LEC).

[19] Justificación, si procede, de la superación de la extensión máxima prevista en el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo.

Revista Crítica
de
Relaciones de Trabajo

Laborum

INFORMACIÓN GENERAL

Título: *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*
Abreviatura: RECRT
Editor: Ediciones Laborum, S.L.
ISSN: 2792-7962
ISSNe: 2792-7970
Inicio de Publicación: 2021
Periodicidad: Trimestral
Arbitraje: Evaluación por pares de doble ciego

NORMAS PARA LA REMISIÓN DE ORIGINALES, ACEPTACIÓN Y SU PUBLICACIÓN

1. ENVÍO DE ORIGINALES

- **Formato:** Microsoft Word o Libreoffice.
- **Forma de envío:** Por correo electrónico a la dirección revreltra@laborum.es o bien mediante la plataforma de envío en http://revista.laborum.es.

  El archivo debe identificarse con los apellidos del autor del trabajo y la identificación de la sección de la revista en la que se desea publicar:

  Secciones abiertas a la publicación

ED	(Estudios Doctrinales);
EDJ	(Estudios de Doctrina Judicial);
DCE	(Derecho comparado y Derecho extranjero);
ESHE	(Economía, Sociología e Historia de la Relaciones de Trabajo y del Estado Social);
REC	(Recensiones)

  Por ejemplo: ORTIZ CASTILLO-ED

2. DATOS Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO REMITIDO

Se remitirán tres archivos de la siguiente forma:

Primer archivo: Documento con la identificación del autor/a o autores. Es un archivo distinto al del trabajo que tendrá el siguiente contenido: – Identificación del autor/a (nombre y apellidos de cada autor/a); ORCID, datos académicos y/o profesionales, así como la institución en que desempeña sus funciones. Se facilitará el nombre, dirección postal, teléfono y correo electrónico del autor/a responsable de la correspondencia sobre el artículo.

Segundo archivo: Declaración responsable del autor/a de que el artículo es original y que no ha sido publicado anteriormente en ningún tipo de soporte (ya sea en papel o digital). En caso de coautoría se deberá de indicar, si procede, el criterio escogido para decidir el orden de firma y la contribución específica de cada uno de los autores/as al trabajo, reconociéndose a todos los autores/as materiales del trabajo, sin que se puedan conceder autorías ficticias o regaladas.

Aquí se puede descargar el modelo de declaración de originalidad y cesión de derechos de autor: https://url.laborum.es/xtgco

Tercer archivo: El trabajo o artículo a publicar. **Muy importante:** No deberá hacer referencia a la autoría del trabajo o cualquier otro dato que permita identificar al autor/a o autores dentro del propio artículo.

El artículo ha de estar encabezado por:

- El título del trabajo y las palabras clave/descriptores (entre 3 y 6), primero en español y luego en inglés.
- Un resumen del trabajo de 10 líneas aproximadamente y, a continuación, su traducción de este al inglés (abstract).
- Sumario. Se utilizará la numeración arábiga (1, 1.1, 1.1.1, etc.)

El artículo habrá de contener una bibliografía final.

- **Extensión del trabajo.** La extensión de los trabajos será, conforme a la sección de la Revista a la que vayan destinados, la siguiente:
  - — Estudios Doctrinales, Derecho comparado y Derecho extranjero, Economía, Sociología e Historia de la Relaciones de Trabajo y del Estado Social: máximo 25 páginas (incluido título, extracto, palabras claves, sumario, anexos, bibliografía, etc.).
  - — Estudios de Doctrina Judicial: máximo 22 páginas (incluido título, extracto, palabras clave, sumario, bibliografía, etc.).
  - — Recensiones: máximo 3 páginas.
- **Formato del Documento.**

  Márgenes:

Superior:	2,50 cm	Izquierda:	3,00 cm	Encabezado:	1,25 cm
Inferior:	2,50 cm	Derecha:	3,00 cm	Pie de página:	1,25 cm

  Fuente: Time New Roman, Justificación completa, y con interlineado sencillo (a un espacio). En el interior del Texto de los originales no deben ponerse palabras o frases en negrita o subrayadas. Sí cabe poner palabras o frases en cursivas. Eso sí, evitando una utilización excesiva o abusiva de esta técnica.

  Tamaño: Texto normal 12; Notas al Pie 10

  Las referencias legislativas o judiciales deberán expresar -en todo lo posible- las referencias propias de la base de datos que se utiliza (o, en su defecto, se deberán citar con datos que aseguren su identificación y localización efectiva (por ejemplo, Boletín Oficial donde se haya publicado, número de recurso o de sentencia, etcétera).

  Los apellidos de los autores citados han de ir solo en mayúscula la primera letra, y versales. Los nombres, solo las iniciales.

  Ejemplos:

  -Si es una obra de autoría individual o en coautoría de hasta cuatro autores:

Rodríguez Iniesta, G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares,* Murcia, Laborum, 2009, pp. 201-242.

Monereo Pérez, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Comares, 2007, pp. 40-48.

-Si es una parte de una obra colectiva con directores y/o coordinadores:

VV.AA.: *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema,* Sánchez Rodas, C. y Ortiz Castillo, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2006, pp. 50-80.

VV.AA.: *V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La Seguridad Social en el Siglo XXI,* Ojeda Avilés, A. (Ed.), Murcia, Laborum, 2008, pp. 106-125.

VV.AA.: *VIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La reforma de las pensiones en la Ley 27/2011,* Ortiz Castillo, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2011.

VV.AA.: *Los retos de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* Monereo Pérez, J.L. (Ed.), Murcia, Laborum, 2016.

VV.AA.: *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social,* Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Madrid, La Ley, 2008, pp. 145173.

VV.AA.: *La reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto,* Sempere Navarro, A.V. y Fernández orrico, F.J. (Dirs.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012.

Los títulos de una obra o de una Revista, en cursiva. El título de un capítulo o de un artículo doctrinal, entrecomillado o con corchetes.

3. PROCESO EDITORIAL

- **Recepción de artículos.** Hay 2 formas de recepcionar los artículos, bien enviándolos por mail a revreltra@laborum.es o bien mediante la plataforma de la revista digital https://revista.laborum.es, en la cual se deben registrar como autores para tener acceso a la sección de enviar artículos.

  Se acusará su recibo por la Coordinación de la Editorial lo que no implicará su aceptación.

  Una vez acusado recibo, la Coordinación efectuará una primera valoración editorial consistente en comprobar tanto la adecuación al ámbito temático como el cumplimento de los requisitos de presentación formal exigidos en el punto 2, quedando autorizada la Editorial a la devolución de los estudios mientras no se ajuste a las normas de publicación indicadas.

- **Remisión de originales al Consejo de Redacción.** La Coordinación de la Editorial remitirá el trabajo al Consejo de Redacción de la Revista, que analizará el estudio valorando su remisión a los evaluadores externos, ajenos a los Consejos de Redacción y Asesor, y que han sido seleccionados por los editores de la revista (*vid*. http://url.laborum.es/equiporecrt o listado en inicio revista) teniendo en cuenta sus méritos académicos, su acreditada solvencia investigadora y su dilatada experiencia en el ámbito de las Ciencias Jurídicas y Sociales.

- **Sistema de revisión por pares.** El artículo enviado a evaluación será analizado por dos

evaluadores externos, de forma confidencial y anónima, quienes emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por el Consejo de Redacción. El protocolo de evaluación utilizado por los revisores se hace público como anexo a estas normas (*vid*. https://revista.laborum.es). En el caso de juicios dispares entre los dos evaluadores, el trabajo será remitido a un tercer evaluador. El trabajo revisado que se considere puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones, deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de un mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores. De ser necesario, la nueva versión será enviada de nuevo a los revisores externos. Los autores recibirán los informes de evaluación de los revisores, de forma anónima, para que estos puedan realizar (en su caso) las correcciones oportunas.

- **Proceso editorial.** Una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le podrán ser remitidas, si fuera necesario, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección.

- **Plazos de publicación.** El intervalo entre la recepción y la aceptación será inferior a 60 días y el que media entre la aceptación y la publicación no superará los 90 días.

- **Ejemplar para el autor:** La editorial hará llegar a autor o autores una versión electrónica del trabajo presentado y publicado

4. CRITERIOS DE POLÍTICA EDITORIAL Y RESPONSABILIDADES ÉTICAS

- **Criterios de política editorial.** Los factores en los que se funda la decisión sobre la aceptación-rechazo de los trabajos por parte de la editorial son los siguientes:

    a) Originalidad.

    b) Actualidad y novedad.

    c) Relevancia y aplicabilidad de los resultados para la resolución de problemas concretos.

    d) Significación para el avance del conocimiento científico.

    e) Calidad metodológica contrastada.

    f) Presentación, buena redacción y organización (coherencia lógica y presentación material).

- **Responsabilidades éticas.** La Revista no acepta material previamente publicado. Los autores son responsables de obtener los oportunos permisos para reproducir parcialmente material (texto, tablas o figuras) de otras publicaciones y sitios de Internet y de citar su procedencia correctamente.

5. POLÍTICA ANTIPLAGIO

- Los autores/as confirman que el trabajo es original y garantizan que ningún tipo de información ha sido plagiada, inventada o manipulada, con un uso inadecuado de la técnica de citación, a través de la firma del documento "declaración de originalidad" que debe de adjuntarse junto con el envío del artículo. En el caso de que la Editorial aprecie algún tipo plagio durante el proceso de evaluación del artículo, este será rechazado y no se procederá a su publicación. Si el plagio detectado obedece a un uso indebido de la técnica de cita, se le dará la posibilidad al autor para que revise y edite su trabajo como requisito necesario para su publicación. En caso de que se detecte el plagio una vez que se ha publicado el

artículo, dicho artículo será eliminado de la página web, sin perjuicio de la denuncia de las prácticas deshonestas sobre los diversos supuestos de fraude científico (plagio, publicación duplicada, etc.).

6. POLÍTICAS DE IGUALDAD DE GÉNERO

- Compromiso con el uso de lenguaje no sexista: Los autores/as se comprometen a redactar sus trabajos siguiendo las buenas prácticas en igualdad de género, utilizando lenguaje incluso y no discriminatorio.

- Desagregación de datos en función del sexo: Es importante que los datos de origen de la investigación tengan en cuenta el sexo para advertir las posibles diferencias. En el caso de que los autores/as presenten datos, siempre que sea posible, deberán de desagregarse estos en función del sexo con el fin de permitir la identificación de dichas diferencias.

7. POLÍTICAS DE INFORMACIÓN SOBRE FUENTES DE FINANCIACIÓN

- Cada autor/a deberá de reconocer y determinar la financiación que ha recibido para la elaboración del artículo en cuestión. En el mismo artículo, en la primera nota a pie de página, se indicará la agencia o agencias de financiación, así como el/los código/s de los proyectos de investigación en los cuales se ha desarrollado el trabajo. Esta información también se incluirá en los metadatos del artículo.

AVISO DE DERECHOS DE AUTOR/A

- La Revista Crítica de Relaciones de Trabajo provee acceso libre inmediato a su contenido bajo el principio de hacer disponible gratuitamente la investigación al público.

- Por ello, los trabajos de la presente revista se publican bajo una licencia Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0). Usted es libre de compartir — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato, con el debido reconocimiento y sin que pueda hacer un uso comercial del trabajo ni mezclar, transformar o crear a partir del material publicado. La licenciante no puede revocar estas libertades en tanto usted siga los términos de la licencia.

- Los derechos morales sobre la obra pertenecerán a sus autores y los derechos patrimoniales serán cedidos a la Editorial Laborum que, como se ha comentado, publicará los trabajos bajo una licencia creative commons BY-NC-ND 4.0. No obstante, los autores pueden publicar sus trabajos en cualquier otra publicación (formato impreso o electrónico) siempre con el único requisito de reconocer la previa aparición en esta Revista.

POLÍTICA DE AUTOARCHIVO POR PARTE DEL AUTOR/A

- Se podrá depositar la versión final aceptada para publicación en repositorios institucionales o temáticos de acceso abierto en los plazos y en los términos establecidos por la entidad financiadora de la investigación publicada.

CÓDIGO ÉTICO PARA LA REVISTA CRÍTICA DE RELACIONES DE TRABAJO (LABORUM)

La "Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)" se adhiere a las recomendaciones de ELSEVIER y a las normas éticas de COPE: *Commitée on Publication Ethics*: http://publicationethics.org/resources/code-conduct

A continuación, se detallan de manera específica los compromisos adquiridos por todo el Equipo Editorial para asegurar una actuación responsable tanto de autores, revisores, como de editores.

Compromisos para los autores

— **Originalidad en los trabajos:** Los autores de manuscritos enviados a la "Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)" han de ser originales. Los manuscritos no han de contener copias o reproducciones a trabajos de otros autores o de otros fragmentos de trabajos ya publicados por los mismos autores. Además, se confirmará veracidad de los datos mediante la firma de un documento de "declaración de originalidad" que habrá de enviarse a la editorial.

— **Publicaciones múltiples o repetitivas:** El autor no debe publicar un mismo artículo o con resultados similares en más de una revista científica. La propuesta simultánea de la misma contribución a múltiples revistas científicas es considerada éticamente incorrecta y reprobable.

— **Listado de fuentes:** Al final de cada trabajo el autor deberá incorporar una relación bibliográfica completa, en la que se recojan todas las fuentes y artículos manejados.

— **Autoría:** En cuanto a la autoría del manuscrito, los autores garantizan la inclusión de aquellas personas que han hecho una contribución científica e intelectual significativa en la conceptualización y la planificación del trabajo como en la interpretación de los resultados y en la redacción del mismo. Al mismo tiempo se han jerarquizado los autores conforme a su categoría y/o nivel de responsabilidad e implicación.

— **Conflicto de intereses y divulgación:** Todos los autores están obligados a declarar explícitamente que no existen conflictos de intereses que puedan haber influido en los resultados obtenidos o en las interpretaciones propuestas. Los autores también deben indicar cualquier financiación de agencias y/o de proyectos de los que surge el artículo de la investigación.

— **Errores o erratas en los artículos publicados:** Cuando un autor identifica en su artículo un importante error o una inexactitud, deberá comunicarlo a los editores de la revista y proporcionarles toda la información necesaria para listar las correcciones pertinentes en la parte inferior del mismo artículo.

— **Responsabilidad:** todos los autores aceptan la responsabilidad de lo que se ha escrito. Los autores se comprometen también a que se ha realizado una revisión de la literatura científica más actual y relevante del tema analizado, teniendo presente de forma plural las diferentes corrientes del conocimiento.

Compromisos para los revisores

— **Contribución a la decisión editorial:** La revisión por pares y a ciegas le permite a la editorial Laborum tomar decisiones sobre los artículos propuestos y, de igual modo, le permite al autor mejorar en la contribución enviada para su publicación. Los revisores asumen el compromiso de realizar una revisión crítica, honesta y constructiva tanto de la calidad científica, como de la calidad literaria del escrito.

— **Tiempos de revisión:** La coordinación marcará los tiempos de revisión. El revisor que no pueda terminar la evaluación en el tiempo programado habrá de notificarlo de inmediato a la coordinadora. Los revisores se comprometen a evaluar los trabajos en el tiempo menor posible para respetar los plazos de entrega.

— **Confidencialidad:** Cada manuscrito asignado debe ser considerado como confidencial. Por lo tanto, estos textos no se deben discutir con otras personas sin el consentimiento expreso del director, el subdirector y la coordinadora.

— **Objetividad:** La revisión por pares se realizará de manera objetiva. No se considera adecuado ningún juicio personal sobre los autores de las contribuciones. Los revisores están obligados a dar razones suficientes para sus valoraciones. Los revisores entregarán un informe crítico completo con referencias adecuadas según protocolo de revisiones de la "Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)" y las normativas públicas para los revisores; especialmente si se propone que el trabajo sea rechazado. Están obligados a advertir a los editores si partes sustanciales del trabajo ya han sido publicadas o están bajo revisión para otra publicación.

— **Visualización de texto:** Los revisores se comprometen a indicar con precisión las referencias bibliográficas de obras fundamentales posiblemente olvidadas por el autor. El revisor también debe informar a los editores de cualquier similitud o solapamientos del manuscrito con otros trabajos publicados.

— **Conflicto de intereses y divulgación:** Información confidencial o información obtenida durante el proceso de revisión por pares debe considerarse confidencial y no puede utilizarse para propósitos personales Los revisores solo revisan un manuscrito cuando no exista conflictos de interés.

Compromisos de los editores

— **Decisión de publicación:** los editores garantizarán la selección de los revisores más cualificados y especialistas científicamente para emitir una apreciación crítica y experta del trabajo, con los menores sesgos posibles. La "Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)" opta por seleccionar 2 revisores por cada trabajo de forma que se garantice una mayor objetividad en el proceso de revisión.

— **Honestidad:** los editores evalúan los artículos enviados para su publicación sólo sobre la base del mérito y la calidad científica de los contenidos.

— **Confidencialidad:** todo el equipo editorial se compromete a no divulgar la información relativa a los artículos enviados para su publicación a otras personas que no sean autores, revisores y editores. Los editores y el Comité Editorial se comprometen a la confidencialidad de los manuscritos, sus autores y revisores, de forma que el anonimato preserve la integridad intelectual de todo el proceso.

— **Conflicto de intereses y divulgación:** los editores se comprometen a no utilizar en sus investigaciones contenidos de los artículos enviados para su publicación sin el consentimiento por escrito del autor.

– **Respeto de los tiempos:** los editores son responsables máximos del cumplimiento de los límites de tiempo para las revisiones y la publicación de los trabajos aceptados, para asegurar una rápida difusión de sus resultados. Los trabajos no permanecerán aceptados, sin publicarse y en listas de espera infinitas, más allá del tiempo justo para su edición en los siguientes números de la revista.

La presente revista, dedicada específicamente a las Relaciones de Trabajo, consta de:

- *Editorial (E)*
- *Estudios Doctrinales (ED)*
- *Estudios de Doctrina Judicial (EDJ)*
- *Derecho Comparado y Derecho Extranjero (DCE)*
- *Economía, Sociología e Historia de las Relaciones de Trabajo y del Estado Social (ESHE)*
- *Crónica Legislativa, Doctrina judicial y Noticias bibliográficas (CLJB)*
- *Crónica Administrativa en materia de Relaciones de Trabajo (CART)*

Consta de 4 números anuales de periodicidad trimestral.
Se edita en digital, y la inscripción puede realizarse por los medios que figuran al inicio de la revista.

Laborum EDICIONES

ISSN 2792-7970 08 >
9 772792 797000