

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL

166/2023

Primer Trimestre

166

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

166

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Dirección y Administración
Calle Algodón, nº 1
41006 Sevilla

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTA

ROCÍO BLANCO EGUREN

Consejera de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo

VOCALES

BEATRIZ BARRANCO MONTES	Viceconsejera de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo
JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
VICTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Y BRAVO-FERRER	Consejero Permanente de Estado
FERMIN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
FRANCISCO J. PRADOS DE REYES	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
PATRIZIA TULLINI	Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Bolonia
MARÍA DO ROSARIO PALMA RAMALHO	Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de Lisboa

CONSEJO DE REDACCIÓN

ROCÍO BLANCO EGUREN	Consejera de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo
JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
CRISTINA CAMPAYO RODRÍGUEZ	Profesora Titular de Universidad de Economía Aplicada Universidad de Sevilla
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
AMPARO MARÍA MOLINA MARTÍN	Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

SUBDIRECTOR

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo de Olavide

SECRETARIA

AMPARO MARÍA MOLINA MARTÍN

Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Calle Algodón, nº 1. 41006. Tf. 955 066 200

Precio suscripción anual -incluye cuatro números trimestrales y un especial monográfico- 72 euros. Número suelto: 18 euros.

Boletín de suscripción disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 166/2023

Primer Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

La protección laboral y social de las víctimas de violencias sexuales en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.....	11
HENAR ÁLVAREZ CUESTA	
Decisiones judiciales y ‘ruido’: el caso de la indemnización complementaria a la legal tasada en el despido improcedente	39
IGNASI BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ	
Teletrabajo, violencia y acoso y Convenio 190 OIT.....	65
JUAN ANTONIO ALTÉS TÁRREGA Y MARÍA JOSÉ ARADILLA MARQUÉS	
El convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo y sus implicaciones en el ordenamiento laboral español.....	93
ANA M. ^a MORENO MÁRQUEZ	
Accidente de trabajo y teletrabajo: una relación difícil.....	139
IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO	
La regulación europea del salario mínimo en la Directiva (UE) 2022/2041, de 19 de octubre	171
MILENA BOGONI	

2. INFORMES Y DOCUMENTOS

Las relaciones laborales en el sector del transporte aéreo tras el COVID-19.	211
RAFAEL GÓMEZ GORDILLO, PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO Y JESÚS CRUZ VILLALÓN	

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES	
Universidad de Cádiz	
Elecciones a representantes de los trabajadores: un derecho en permanente conflicto.....	235
JUAN MARÍA ROLDÁN CONESA	
DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO	
Universidad de Huelva	
Derecho del personal docente e investigador laboral temporal a cobrar quinquenios y sexenios	253
ALEJANDRO ZALVIDE BASSADONE	
DERECHOS FUNDAMENTALES	
Universidad Loyola Andalucía	
Despido sin causa tras la reincorporación de una baja por aborto	265
M ^a TERESA VELASCO PORTERO	

4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía	273
---	-----

PERFIL CIENTÍFICO Y CALIDAD DE LA REVISTA

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se configura como una publicación científico-técnica destinada al estudio y análisis multidisciplinar de todos los aspectos relacionados con el mundo del trabajo, el sistema de relaciones laborales y el ámbito de la protección social que le resulta propio. Por este carácter está destinada a cuantos profesionales trabajan en el ámbito de las ciencias sociales, en especial, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía del Trabajo, la Psicología Social, la Sociología del Trabajo y la Ciencia Política.

Esta publicación, que se compone de cuatro números anuales con periodicidad trimestral más un número extraordinario monográfico, sólo editará trabajos de investigación de carácter inédito y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores.

ANVUR (Agencia Nacional italiana de Valoración del sistema Universitario y de la Investigación) tiene reconocido a Temas Laborales como una revista científica clase A en el área 12, ámbito que corresponde a Derecho y Ciencia Jurídica en su conjunto.

TEMAS LABORALES se encuentra incluida también en la clasificación bibliográfica de las siguientes bases de datos y organismos vinculados a la investigación:



ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, es miembro de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (International Association of Labour Law Journals -IALLJ-) y mantiene acuerdos de colaboración con sus asociados, entre los que se encuentran las más prestigiosas publicaciones científicas especializadas: *Análisis Laboral* (Perú), *Arbeit und Recht* (Alemania), *Australian Journal of Labour Law* (Australia), *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale* (Francia), *Bulletin of Comparative Labour Relations* (Bélgica), *Canadian Labour & Employment Law Journal* (Canadá), *Comparative Labor Law & Policy Journal* (Estados Unidos de América), *Employees & Employers: Labour Law and Social Security Review* (Delavci in delodajalci-Eslovenia), *Derecho de las Relaciones Laborales* (España), *Diritti Lavori Mercati* (Italia), *Diritto delle Relazioni Industriali* (Italia), *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht* (EuZA-Alemania), *European Labour Law Journal* (Bélgica), *E-journal of International and Comparative Labour Studies* (Italia), *Giornale di Diritto del Lavoro* (Italia), *Industrial Law Journal* (Sudáfrica), *Industrial Law Journal* (Reino Unido), *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations* (Holanda), *International Labour Review* (OIT), *Japan Labor Review* (Japón), *Labour and Social Law* (Bielorrusia), *Labour Society and Law* (Israel), *Lavoro e Diritto* (Italia), *Pecs Labour Law Journal* (Hungría), *Revista de Derecho Social* (España), *Revue de Droit du Travail* (Francia), *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale* (Italia), *Russian Yearbook of Labour Law* (Rusia), *Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej* (Polonia) y *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht* (Alemania).

Más información sobre su objeto y actividades, en <http://www.labourlawjournals.com>

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

Los contenidos del fondo de la Revista TEMAS LABORALES pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista "Temas Laborales": <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carlp/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias>

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

La remisión de los trabajos se efectuará por correo electrónico a los miembros de Dirección de la Revista, siempre debidamente identificados y en archivos de texto que permitan su procesamiento, a alguna de las siguientes cuentas: jesuscruz@us.es y sderio@upo.es. De su recepción se acusará recibo por el mismo medio en el plazo máximo una semana.

De acuerdo con el formato que caracteriza a esta publicación -que puede consultarse en detalle en el espacio web indicado-, los textos originales se remitirán elaborados con letra tipo Times New Roman, tamaño 12 -a excepción del título e índice y notas al pie, que irán a 14 y 10, respectivamente-, interlineado sencillo y márgenes de 2,5 cm. La presentación se habrá de ajustar además a las siguientes reglas de estilo:

1. ENCABEZAMIENTO

Título, todo en mayúscula, negrita, alineado a derecha.

Nombre y apellidos, en mayúscula, sin negrita, alineado a derecha.

Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, con iniciales en mayúscula, cursiva y alineado a derecha.

Universidad o centro de destino, sin negrita y alineado a derecha.

2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

En un recuadro que no deberá exceder de una página junto con el encabezamiento anterior, teniendo en cuenta que deberá duplicarse con su traducción al inglés, el autor reflejará en un extracto (*abstract*) las valoraciones, tesis o conclusiones básicas del trabajo, procurando evitar hacer un resumen del mismo que el lector pueda deducir de la lectura del índice. Junto a éste se incorporarán las palabras clave (*key words*) que se estimen indicativas de su contenido hasta un máximo de cinco, separadas por punto y coma.

3. ÍNDICE

Comenzando página nueva se elaborará un índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos ni letras, no superando el triple apartado (p.e.: 2.4.3.).

4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

El título de cada apartado reflejará literalmente, con plena coincidencia, lo expresando en el índice general del trabajo expresado al inicio. Su formato responderá a los siguientes caracteres adicionales: negrita y mayúscula los primeros apartados (1.); minúscula los subapartados (1.1.); minúscula y cursiva en su tercera división (1.1.1.). En todos los casos sin punto final.

5. TEXTO

Siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien, las palabras extranjeras podrán resaltarse mediante este último recurso.

Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general, en otro caso deberá ir precedida de una exposición en su primer uso a través de paréntesis.

Las referencias a proyectos de investigación se pondrán incorporar en la primera página si no se excede la extensión reservada al contenido obligatorio de la misma mediante nota a pie de página con marca asterisco (*).

6. NOTAS

Las notas, que se utilizarán para incluir texto adicional, podrán confeccionarse opcionalmente a pie de página o con el sistema Harvard (autor, año de edición, página). Sólo en el este último caso se incorporará un listado bibliográfico al final del estudio.

En el caso de optar por la nota a pie se identificará debidamente al autor y la obra citada. Para la identificación del autor se utilizarán, en este orden, los dos apellidos (solo la inicial en mayúscula) y la inicial del nombre. Para la identificación de la obra se tendrá que en cuenta que los títulos de las monografías se escribirán en cursiva, figurando a continuación la editorial, lugar y año.

Los títulos de los artículos y de las participaciones en obras colectivas se escribirán entrecorridos, tras éste, en cursiva, se indicará la revista o el libro de que se trate, así como el de su coordinador o director, entre paréntesis, en el segundo caso. En el caso de revistas, pudiéndose citar mediante su título completo sólo la primera vez, se indicará a continuación el número o tomo de orden y año separados por barra (/), así como el número de la primera y última página, si la referencia es a su conjunto, o la página concreta en otro caso, con las abreviaturas p. y pp. La cita completa de las obras sólo se realizará la primera vez. Para las siguientes bastará con citar el nombre del autor seguido de una versión abreviada del título y del acrónimo "op. cit.", si tiene más de una obra.

Ejemplos:

- Cruz Villalón, J., "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", TEMAS LABORALES 120/2013, pp.13-32. También, Cruz Villalón, J., "Impacto...", op. cit., TL 120/2013, p.23.

- De Soto Rioja, S., "Los sujetos de la negociación colectiva. En especial, tras las reformas operadas durante 2007", en AA.VV., Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva (S. de Soto, Coord.), Monografías de Temas Laborales 42, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2009.

7. EXTENSIÓN

Con las reglas de formato expuestas se procurará no superar las 25 páginas de extensión con un mínimo de 10, en el caso de los estudios de doctrina.

8. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

Los originales serán revisados para su adaptación a las reglas de estilo. Las modificaciones que el autor desee realizar con posterioridad a la remisión del documento deberán llevarse a cabo a través de Dirección mediante indicación precisa de las mismas, salvo que sean de tal entidad que requieran de una nueva maquetación pudiendo iniciarse en tal caso un nuevo proceso de evaluación. Salvo circunstancias excepcionales los autores no harán corrección de pruebas.

9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Consejo de Redacción a efectos de decidir sobre su admisión, según criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. De su resultado, en un plazo máximo de 45 días, se dará traslado inmediato al autor.

Con el fin de garantizar la objetividad e independencia de las evaluaciones, el proceso de evaluación de originales se desarrollará de forma anónima. Por consiguiente, la revista no facilitará a los autores la identidad de los evaluadores seleccionados ni tampoco facilitará a estos últimos la identidad de los autores. El informe de evaluación hará referencia al carácter favorable o desfavorable de la evaluación sobre la base de la calificación que obtenga en relación a los siguientes ítems. El informe podrá incluir observaciones y/o recomendaciones para la mejora del mismo.

10. CESIÓN DE DERECHOS

Mediante el envío de originales, siempre que sean aceptados para su publicación, se considerará que el autor está cediendo sus derechos y autorizando al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a dar la máxima difusión a su contenido, en cualquier formato, incluida la publicación a través de su hemeroteca.

COMPROMISO ÉTICO DE TEMAS LABORALES

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se compromete a velar por el cumplimiento de los principios éticos y deontológicos que han de marcar todas las fases de un proceso editorial que tiene por objeto la difusión del conocimiento científico con el máximo rigor.

Los órganos ejecutivos de la Revista, Consejo de Redacción y Dirección, ratifican y hacen propio el contenido de referentes nacionales e internacionales como: la Guía de buenas prácticas de las publicaciones periódicas y unitarias, elaborada por la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC, 2016), el Código de conducta para editores de revistas (COPE, 2011, 2019), la Guía Ética para revisores pares (COPE, 2018) y el Libro Blanco sobre la promoción de la integridad en las publicaciones de revistas científicas (CSE, 2021).

El detalle y desarrollo de estos compromisos, dirigidos tanto a autores como a revisores, se encuentra disponible en la web oficial de la Revista: <https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/documentacioninvestigacion/revistas-y-monografias>

**LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
Nº 166/2023**

First Trimester

INDEX

1. STUDIES

Labour and social protection for victims of sexual violence in Organic Law 10/2022, of 6 September, on the comprehensive guarantee of sexual freedom	11
HENAR ÁLVAREZ CUESTA	
Judicial decisions and ‘noise’: the case of the complementary compensation to the legal one assessed in the unfair dismissal.....	39
IGNASI BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ	
Teleworking, violence and harassment and ILO Convention 190.....	65
JUAN ANTONIO ALTÉS TÁRREGA Y MARÍA JOSÉ ARADILLA MARQUÉS	
ILO Convention 190 on violence and harassment at work and its implications for Spanish labour law.....	93
ANA M. ^a MORENO MÁRQUEZ	
Work accident and teleworking: a difficult relationship.....	139
IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO	
The European regulation of the minimum wage in Directive (EU) 2022/2041, of October 19.....	171
MILENA BOGONI	

2. REPORTS AND DOCUMENTS

Industrial relations in the air transport sector after covid-19	211
RAFAEL GÓMEZ GORDILLO, PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO Y JESÚS CRUZ VILLALÓN	

3. JUDICIAL COMMENTS

WORKER PARTICIPATION AND REPRESENTATION

University of Cadiz

Elections to workers' representatives: a right in permanent conflict 235

JUAN MARÍA ROLDÁN CONESA

ADMINISTRATIVE LABOUR LAW

University of Huelva

Right of temporary teaching and research staff to receive five-year and six-year periods 253

ALEJANDRO ZALVIDE BASSADONE

FUNDAMENTAL RIGHTS

University Pablo de Olavide

Loyola University

Dismissal without cause after reinstatement of an abortion leave 265

M^a TERESA VELASCO PORTERO

4. LEGISLATIVE REMARKS

Legislation of the autonomous community of Andalusia 273

LA PROTECCIÓN LABORAL Y SOCIAL DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIAS SEXUALES EN LA LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE, DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

HENAR ÁLVAREZ CUESTA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

EXTRACTO

Palabras clave: víctima; violencia sexual; Protección integral; derechos laborales; protección social

La LO 10/2022, con el fin declarado de impulsar la prevención de las violencias sexuales, garantizar los derechos de todas las víctimas, y poner las bases para la eliminación de las distintas discriminaciones, ha puesto en marcha medidas integrales e interdisciplinarias que suponen modificar la mayor parte de normas que integran el ordenamiento social. Junto con disposiciones más o menos programáticas, se examinan aquellas que trata de implantar referidas a la prevención y la lucha contra las violencias sexuales en el ámbito laboral y cuantas están destinadas a proteger a la víctima, tanto en el marco del contrato de trabajo como frente a situaciones de vulnerabilidad económica. No obstante, todavía perviven numerosas lagunas y vacíos que impiden entender alcanzada la ambiciosa meta propuesta y las reformas posteriores de otras normas han provocado una nueva vuelta de tuerca de estos derechos.

ABSTRACT

Keywords: victim; sexual violence; integral protection; labour rights; social protection

LO 10/2022, with the declared aim of promoting the prevention of sexual violence, guaranteeing the rights of all victims, and laying the foundations for the elimination of the different forms of discrimination, has implemented comprehensive and interdisciplinary measures that entail modifying most of the regulations in the social order. Along with more or less programmatic provisions, it is examined those that it is trying to implement in relation to the prevention of and fight against sexual violence in the workplace and those aimed at protecting the victim, both within the framework of the employment contract and in situations of economic vulnerability. However, there are still many gaps that prevent from understanding that the ambitious goal proposed has been achieved and subsequent reforms of other legislation have led to a further twisting of these rights.

ÍNDICE:

1. LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL EN LA LO 10/2022: UNA INTRODUCCIÓN
2. CONCEPTO DE VÍCTIMA DE VIOLENCIAS SEXUALES
3. MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y PROTOCOLOS FRENTE A LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL ÁMBITO LABORAL
4. DERECHOS DE LA TRABAJADORA VÍCTIMA DE VIOLENCIAS SEXUALES EN EL MARCO DEL CONTRATO LABORAL
5. LA REFORMA REALIZADA POR LA LEY 4/2023: LA ELIMINACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIAS SEXUALES EN EL ET
6. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIAS SEXUALES
7. LA PROTECCIÓN DE LAS TRABAJADORAS AUTÓNOMAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIAS SEXUALES
8. LA PROTECCIÓN DE LAS FUNCIONARIAS PÚBLICAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIAS SEXUALES EN EL EBEP
9. AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA Y TRABAJO PARA MUJERES EXTRANJERAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIAS SEXUALES
10. REFORMA PENAL CON IMPACTO LABORAL

1. LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL EN LA LO 10/2022: UNA INTRODUCCIÓN

Teniendo como premisa que “la violencia sexual contra las mujeres constituye una de las más graves vulneraciones y una de las manifestaciones más extremas de la violencia de género y la desigualdad entre mujeres y hombres que subyace a la misma”¹, y en el marco jurídico proporcionado por la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas, el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa (Convenio de Estambul) y el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos del Consejo de Europa (Convenio de Varsovia), en septiembre de 2022 se publica la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, conocida popularmente como la “Ley del sí es sí”, la cual tiene como objetivos “la garantía y protección integral del derecho a la libertad sexual y la erradicación de todas las violencias sexuales” (art.1.1). Esta norma prevé, en definitiva, “una reparación integral transformadora”, “que no solo es económica, sino también simbólica y social”².

La doble finalidad (no solo punitiva sino también protectora del derecho a la libertad sexual) conlleva el diseño de “políticas efectivas, globales y coordinadas entre las distintas administraciones públicas competentes, a nivel estatal y

¹ Consejo Económico y Social: Dictamen 4 2020, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía integral de la libertad sexual.

² Espejo Megías, P.: “La tutela laboral del derecho a la libertad sexual: ¿una protección integral?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 472, 2023, p. 116.

autonómico, que garanticen la sensibilización, prevención, detección y la sanción de las violencias sexuales, e incluyan todas las medidas de protección integral pertinentes que garanticen la respuesta integral especializada frente a todas las formas de violencia sexual, la atención integral inmediata y recuperación en todos los ámbitos en los que se desarrolla la vida de las mujeres, niñas, niños y adolescentes, en tanto víctimas principales de todas las formas de violencia sexual” (art. 1.2). De conformidad con la protección integral pretendida (“garantizar la autonomía económica de las víctimas con el fin de facilitar su empoderamiento y su recuperación integral a través de ayudas y medidas en el ámbito laboral, en el empleo público y en el ámbito del trabajo autónomo, que concilien los requerimientos en estos ámbitos con las circunstancias de aquellas trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia y empleadas públicas que sufran violencias sexuales” –art. 1.3.d–), la Ley ha puesto en marcha medidas integrales e interdisciplinarias que suponen modificar la mayor parte de normas que integran el ordenamiento social.

En las páginas siguientes se pretende realizar un rápido recorrido por las novedades que incorpora, sin entrar a valorar la polémica suscitada por las consecuencias de su aplicación a condenas firmes en el ámbito penal.

En trámites de su reforma (pese a su reciente publicación), la única Proposición de Ley Orgánica presentada hasta la fecha para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, de 17 de febrero de 2023) solo afecta a los delitos regulados en los arts. 178 a 181 del Código Penal, sin entrar a modificar, eliminar o mejorar las medidas laborales dirigidas a la protección de las víctimas.

2. CONCEPTO DE VÍCTIMA DE VIOLENCIAS SEXUALES

Conviene partir en este análisis de los conceptos clave que articulan los derechos laborales examinados a continuación. En primer lugar, las violencias sexuales son definidas por el Convenio de Estambul de manera amplia como “todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”. En el ámbito interno, la norma configura las violencias sexuales como “cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital”, incluyendo, a efectos estadísticos y de reparación, “el feminicidio sexual, entendido como homicidio o asesinato de mujeres y niñas vinculado a conductas definidas en el siguiente párrafo como

violencias sexuales”. En todo caso se consideran violencias sexuales los delitos previstos en el Título VIII del Libro II del Código Penal, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual. Incluye también las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, a las que otorga suma relevancia a lo largo del articulado, que comprenden la difusión de actos de violencia sexual, la pornografía no consentida y la infantil en todo caso, y la extorsión sexual a través de medios tecnológicos (art. 3.1). De conformidad con la redacción expuesta, este precepto no establece un catálogo cerrado de actuaciones susceptibles de ser calificadas como violencia sexual, sino un listado abierto que, al remitirse a los delitos, entre ellos la agresión sexual, contenidos en el Código Penal³, no se vería alterado por las reformas puestas en marcha dirigidas a reconfigurar los tipos o las penas, o las que pudieren acaecer, pues estarían incorporadas al término utilizado.

Por cuanto hace a la acreditación de las violencias para acceder a la asistencia integral y situada ya extramuros de la consideración penal de que se trate, el art. 37 contempla, como medios para la constatación de tal circunstancia, el informe de los servicios sociales, de los servicios especializados en igualdad y contra la violencia de género, de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencias sexuales de la Administración Pública competente; e incluye también, de forma novedosa, los informes de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social en los casos objeto de actuación inspectora; la sentencia recaída en el orden jurisdiccional social; o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos. Sin embargo, en la modificación que efectúa la disposición final 9ª. Ocho del art. 23 de la LO 1/2004, referida también a los medios de acreditación de la condición de víctima de violencia de género, no aparece recogida idéntica ampliación en el ámbito social, solo recoge la genérica remisión efectuada a otras normativas sectoriales de aplicación. No parece consistente la diferencia establecida por cuanto hace a las formas de acreditación, aun cuando en la práctica la fórmula más utilizada acabe por ser la sentencia penal o el informe de los servicios sociales. Únicamente será utilizada la sentencia del orden social cuando anteriormente hubiera sido objeto de un contencioso el ejercicio de un derecho reconocido en la LO 10/2022 o bien la sentencia reconociera el acoso sexual en el ámbito laboral.

En segundo término, las víctimas de dichas violencias, consideradas de las “violaciones de derechos humanos más habituales y ocultas de cuantas se cometen en la sociedad española, que afectan de manera específica y desproporcionada a las mujeres y a las niñas, pero también a los niños” (Preámbulo de la LO 10/2022) son, de conformidad con la afirmación precedente y con el art. 3.2, “las mujeres, niñas y niños que hayan sido víctimas de violencias sexuales en España, con independencia

³ Espejo Megías, P.: “La tutela laboral del derecho a la libertad sexual: ¿una protección integral?”, op. cit., p. 105.

de su nacionalidad y de su situación administrativa; o en el extranjero, siempre que sean de nacionalidad española, pudiendo a estos efectos recabar la asistencia de embajadas y oficinas consulares”. Por consiguiente, y respetando estos supuestos señalados, los hombres adultos víctimas de violencia sexual no son destinatarios de este *corpus* normativo⁴.

Por tanto, de acuerdo con el precepto *supra* transcrito, las víctimas no son solo mujeres y niñas, sino también pueden ser sujetos beneficiarios de las medidas a continuación examinadas los niños víctimas de violencias sexuales. Sin embargo, en el ámbito laboral, la lógica de la LO 10/2022 (hasta la entrada en vigor de la Ley 4/2023) y la aplicación sistemática de los textos legales modificados por ella conducían a considerar que la titularidad de estos derechos laborales y de Seguridad Social parecía corresponder a las trabajadoras víctimas de violencias sexuales, entendiendo que esta era la opción escogida por la ley al determinar su objeto, finalidad y ámbito de aplicación⁵. Este es el riesgo que un texto que pretende ser integrador y transversal tiene, “producir solapamientos, duplicidades, contradicciones y obviamente dudas e inseguridad jurídica. Falta aquí una mayor racionalización del disperso grupo normativo regulador para establecer un verdadero sistema integral y transversal de garantías jurídicas e institucionales”⁶.

El Consejo Económico y Social advirtió también de dicha incongruencia⁷, que quedaría solventada de considerar también titulares de los derechos laborales y de Seguridad Social contenidos en la norma, con independencia de su sexo o género y en aquellos supuestos en los que proceda, a los menores víctimas de violencias sexuales⁸.

3. MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y PROTOCOLOS FRENTE A LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL ÁMBITO LABORAL

Centrando el análisis en aquellos preceptos con implicaciones laborales, el art. 12.1 establece un deber “difuso” de “promover condiciones de trabajo que eviten la

⁴ Ramos Quintana, M.I.: “Violencia sexual y relaciones de trabajo: la libertad sexual de las mujeres y las nuevas garantías legales”, *Trabajo y Derecho*, núm. 99, 2023.

⁵ Cabero Morán, E.: “Los nuevos derechos laborales de las víctimas de violencias sexuales”, *Trabajo y Derecho*, 2022.

⁶ Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: “Las medidas de Seguridad Social y otros instrumentos de protección social en la ley orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual (conocida de manera popular como Ley del sí es sí)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. 33, 2022, p. 18.

⁷ Consejo Económico y Social: Dictamen 4 2020, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía integral de la libertad sexual.

⁸ Cabero Morán, E.: “Los nuevos derechos laborales de las víctimas de violencias sexuales”, cit.

comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo”, que reproduce en gran medida el contenido del anterior art. 48.1 de la LO 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres al que se remite, “si bien introduciendo algunas modificaciones sustanciales y eliminando algún inciso”⁹.

Estas previsiones de carácter programático no contienen una formulación inequívoca de una obligación legal¹⁰ y tampoco proporcionan contenido preciso al respecto para articular su contenido.

El Consejo Económico y Social se mostró muy crítico en la valoración de este punto, en tanto, y pese a compartir “la necesidad de favorecer un clima laboral disuasorio de actitudes violentas, especialmente las de carácter sexual y discriminatorio” y “el propósito de reforzar en el trabajo la protección frente a la violencia sexual en el ámbito digital, un terreno que se está mostrando especialmente propicio para la vulneración del derecho a la intimidad de las personas”, considera, en primer lugar, que la redacción “adolece de una notoria confusión en sus términos, pues, en primer lugar, de su redacción no cabe inferir qué condiciones de trabajo en concreto pueden evitar la comisión del amplio abanico de delitos y conductas a que se refiere a continuación el artículo sin una acotación clara”, y más de tener en cuenta que el marco natural para el diagnóstico y fijación de medidas de sensibilización, prevención, detección y actuación contra el acoso sexual y el acoso por razón de sexo son los planes de igualdad y los protocolos de actuación en esta materia, “herramientas cuya consideración se echa en falta en este artículo”¹¹.

En segundo término, si bien el alcance de la noción de “delitos contra la libertad sexual” remite con claridad a los tipificados en el título VIII del libro segundo del Código Penal, la referencia a “otras conductas contra la libertad sexual” resulta “excesivamente inconcreta”. Unido a lo anterior, al mencionar la “integridad moral en el trabajo” no “queda claro si se refiere a los delitos de acoso y trato degradante del título VII del Código Penal (art. 173), que incluyen actos de violencia no necesariamente de carácter sexual ni solamente contra las mujeres, como el acoso moral, o también a otro tipo de conductas indeterminadas que puedan atentar contra la integridad moral sin llegar a constituir ilícito penal y cuáles sean éstas”¹².

⁹ Consejo Económico y Social: Dictamen 4 2020, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía integral de la libertad sexual.

¹⁰ Cabero Morán, E.: “Los nuevos derechos laborales de las víctimas de violencias sexuales”, cit.

¹¹ Consejo Económico y Social: Dictamen 4 2020, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía integral de la libertad sexual.

¹² Consejo Económico y Social: Dictamen 4 2020, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía integral de la libertad sexual.

A continuación, la Ley 10/2022 impone a la empresa el diseño de “procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido víctimas de estas conductas, incluyendo específicamente las sufridas en el ámbito digital” (art. 12.1). Estos protocolos parecen configurarse como “procedimientos para la prevención de la criminalidad sexual en la empresa; aproximándose su conceptualización a los programas de prevención de riesgos penales, previstos por el art. 31 bis del Código Penal”, y de forma coherente con la ampliación del listado de delitos que podrán imponerse a las personas jurídicas (art. 31 bis CP) a los delitos de acoso sexual (art. 184 CP) y moral (art. 173 CP)”¹³.

En este sentido, cabe traer a colación las observaciones ya realizadas sobre el instrumento adecuado para su incorporación, que habrán de ser los planes de igualdad en aquellas empresas que estén obligadas o los tengan voluntariamente. Para el resto, quedan indeterminados los cauces para su materialización, en tanto no hace referencia alguna a la necesaria participación de los representantes de las personas trabajadoras, ausentes en este concreto apartado.

Poniendo en relación la responsabilidad penal de la empresa en caso de acoso (modificado art. 184 CP), cabría valorar si la realización de estos protocolos serviría para eximir o atenuar la citada responsabilidad. Asimismo, y dado que estos procedimientos preventivos incluyen también canales de denuncia, habrá de plantearse su compatibilidad con los canales de denuncia interna¹⁴, que impone la trasposición de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas, que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión y con la Ley 2/2023, de protección de los informantes y lucha contra la corrupción¹⁵.

En tercer lugar, en el desarrollo de estos procedimientos de denuncia de la violencia y acoso sexual en el trabajo es preciso abordar la idoneidad de los mecanismos internos de solución de conflictos y de los acuerdos de confidencialidad¹⁶.

El siguiente apartado sí impone la obligación expresa de negociar con los representantes de las personas trabajadoras cuando la empresa pretende establecer “medidas”, tales como “la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas, protocolos de actuación o acciones de formación”. No parece distinguirse claramente cuál sería, si la hubiera, la diferencia

¹³ Sáez Lara, C.: “Violencia sexual, mujer y trabajo”, *Revista Galega de Dereito Social (2ª etapa)*, núm. 16, 2022, p. 32.

¹⁴ Sáez Lara, C.: “Violencia sexual, mujer y trabajo”, cit., p. 32.

¹⁵ Sobre esta norma, Sáez Lara, C.: “La Ley 2/2023 de protección de los informantes y lucha contra la corrupción”, *Brief AEDTSS*, 2023.

¹⁶ Sáez Lara, C.: “Violencia sexual, mujer y trabajo”, cit., p. 34.

con los procedimientos señalados como obligatorios en el párrafo primero respecto a la prevención, habida cuenta las buenas prácticas y los protocolos de actuación redundarán en la evitación de los comportamientos denostados. Y tampoco se entiende la ausencia de deber de negociación en los protocolos anteriores y sí a la hora de, por ejemplo, difundir buenas prácticas.

A continuación, establece el ámbito de aplicación de las medidas adoptadas, y con una amplia formulación (“podrá beneficiarse la plantilla total de la empresa cualquiera que sea la forma de contratación laboral, incluidas las personas con contratos fijos discontinuos, con contratos de duración determinada y con contratos en prácticas. También podrán beneficiarse las becarias y el voluntariado. Asimismo, podrán beneficiarse de las anteriores medidas aquellas personas que presten sus servicios a través de contratos de puesta a disposición”), pero sin imponer, tal y como aparece formulado, su extensión obligatoria a todos los vínculos jurídicos enumerados. Cabe mencionar a este respecto cómo la norma utiliza terminología previa a las modificaciones introducidas en la regulación de los contratos formativos por el 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 (“contratos en prácticas”), en lugar de hacer referencia a los contratos formativos¹⁷.

En el siguiente párrafo se insiste en que “las empresas promoverán la sensibilización y ofrecerán formación para la protección integral contra las violencias sexuales a todo el personal a su servicio”. El literal parece reproducir el contenido del art. 48.2 LO 3/2007, que recoge la obligación de los representantes de las personas trabajadoras de contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo, mediante la sensibilización a los trabajadores y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos¹⁸, pero sin realizar tal remisión a las competencias a tal efecto de los representantes.

El siguiente apartado del art. 12 obliga a las empresas (“deberán”) a “incluir en la valoración de riesgos de los diferentes puestos de trabajo ocupados por trabajadoras, la violencia sexual entre los riesgos laborales concurrentes, debiendo formar e informar de ello a sus trabajadoras”. Esta obligación de incluir en la valoración de riesgos de los diferentes puestos de trabajo, la violencia sexual entre los riesgos laborales concurrentes, y formar e informar de ello a sus trabajadoras, vendría ratificada por el Convenio OIT 190, que obliga a los Estados a adoptar una legislación que exija a los empleadores prevenir la violencia y el acoso en el mundo

¹⁷ Cabero Morán, E.: “Los nuevos derechos laborales de las víctimas de violencias sexuales”, cit.

¹⁸ Consejo Económico y Social: Dictamen 4 2020, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía integral de la libertad sexual.

del trabajo (incluida por razón de género) y en particular a identificar los peligros y evaluar los riesgos de violencia y acoso, con participación de los trabajadores y sus representantes, y adoptar medidas para prevenir y controlar dichos peligros y riesgos¹⁹.

A este respecto, ceñir esta obligación legal al puesto de trabajo que ocupen las trabajadoras en un determinado momento impide una prevención de las violencias sexuales real y efectiva. En este sentido, deben ser modificados con premura diversos preceptos de la LPRL²⁰, por lo que debería integrarse en todos ellos y aparecer de forma explícita a tal efecto en la normativa preventiva²¹, por ejemplo, en los arts. 16 y 19 entre otros de la citada norma especializada.

Los siguientes apartados 3 y 4 del art. 12 prevén la regulación de un distintivo, a semejanza de lo que ocurre con los sellos en materia de igualdad, denominado “Empresas por una sociedad libre de violencia de género” dejando su desarrollo a un futuro reglamento, que recibirán las empresas que “adecúen su estructura y normas de funcionamiento a lo establecido en esta Ley Orgánica”. La utilidad de la creación de un distintivo que se concede a las empresas por el hecho del cumplimiento de la Ley Orgánica, “al que en cualquier caso están obligadas”, ha suscitado dudas al Consejo Económico y Social, pues entiende que “este tipo de acciones de refuerzo positivo deben dirigirse a promover iniciativas de prevención y sensibilización que vayan más allá de la mera aplicación preceptiva de la norma”, resultando “especialmente importante el rigor en la concesión de este tipo de distintivos, so pena de traicionar la credibilidad y los objetivos de la propia norma, debiendo asegurarse un alto nivel de participación de todos los actores implicados en la fijación de los criterios y el seguimiento de su aplicación”. Estima, además, que, por analogía con la regulación del distintivo de “Igualdad en la empresa”, según la disposición adicional cuarta del RD 901/2020, de 13 de octubre para la concesión de este nuevo distintivo de “Empresas por una sociedad libre de violencia de género” debería tomarse en consideración si las medidas de prevención y sensibilización en el ámbito laboral han sido negociadas y, en su caso, acordadas, con la representación de las personas trabajadoras, debiendo mencionarse su participación en el proceso de concesión y, en su caso, retirada²².

¹⁹ Sáez Lara, C.: “Violencia sexual, mujer y trabajo”, cit., p. 31.

²⁰ Espejo Megías, P.: “La tutela laboral del derecho a la libertad sexual: ¿una protección integral?”, cit., p. 108.

²¹ Álvarez Cuesta, H.: “Aspectos laborales de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”, *Brief AEDTSS*, 2022.

²² Consejo Económico y Social: Dictamen 4 2020, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía integral de la libertad sexual.

4. DERECHOS DE LA TRABAJADORA VÍCTIMA DE VIOLENCIAS SEXUALES EN EL MARCO DEL CONTRATO LABORAL

Como segundo eje, el Capítulo II (Autonomía económica, derechos laborales y vivienda) confiere idénticos derechos a las víctimas de violencias sexuales que los otorgados a las víctimas de violencia de género, es decir, reducción o reordenación del tiempo de trabajo, movilidad geográfica, cambio de centro de trabajo, adaptación de su puesto y a los apoyos que precisen por razón de su discapacidad para reincorporarse, a la suspensión de la relación con reserva de puesto y a la extinción de la relación por tal motivo (art. 38.1).

Para ello, introduce en los arts. 37.8, 40.4, 45.1.n), 49.1.m), 53.4.b) o 55.5.b) del ET la expresión “o de violencia sexual” a continuación de “trabajadoras víctimas de violencia de género” en los derechos *supra* enumerados. Cabe subrayar la diferente referencia efectuada, de un lado, a las personas trabajadoras para los derechos de adaptación, reducción o traslado, y a las trabajadoras en femenino por cuanto hace a los derechos de suspensión, extinción y nulidad del despido. A este respecto conviene recordar la posibilidad prevista por la Ley Orgánica de que los niños puedan ser víctimas de violencias sexuales y, en caso de trabajar teniendo en cuenta las posibilidades legales en presencia, gozarán de idénticas facultades pese al género de la dicción literal.

Sin embargo, “olvida” modificar los arts. 11.4.b) y 14.3 ET para introducir la circunstancia de la violencia sexual como causa interruptiva de la duración de los contratos formativos o como motivo para acordar la paralización del período de prueba.

- De conformidad con el art. 37.8 ET (en la redacción dada por la LO 10/2022): las personas trabajadoras que tengan la consideración de víctima de violencia de género, de violencias sexuales o de terrorismo tienen derecho, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario, a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa, a realizar su trabajo total o parcialmente a distancia o a dejar de hacerlo si este fuera el sistema establecido, con la condición exigida en este último supuesto y no en el resto, cuando se trata de una cuestión a valorar en caso de discrepancia, de que esta modalidad de prestación de servicios sea compatible con el puesto y funciones desarrolladas por la persona. En todo caso, esta previsión sigue dejando su desarrollo a los convenios, a los acuerdos entre empresa y los representantes legales de las personas trabajadoras, al acuerdo entre la empresa y las personas trabajadoras afectadas o al procedimiento previsto en el citado precepto relativo a la resolución de discrepancias.

- El art. 40.4 ET (en la redacción dada por la LO 10/2022) concede a las personas trabajadoras que tengan la consideración de víctimas de violencia de género, de víctimas del terrorismo o de víctimas de violencias sexuales, que se vean obligadas a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, el derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo. En tales supuestos, la empresa estará obligada a comunicar a las personas trabajadoras las vacantes existentes en dicho momento o las que se pudieran producir en el futuro. Este traslado (con cambio de domicilio) o el cambio de centro de trabajo (sin modificación del lugar de residencia) tiene una duración inicial de entre seis y doce meses, durante los cuales la empresa tendrá la obligación de reservar el puesto de trabajo que anteriormente ocupaban las personas trabajadoras. Terminado este periodo, la LO 10/2022 introduce un derecho de opción triple: las personas trabajadoras podrán optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior, la continuidad en el nuevo, decayendo en este caso la obligación de reserva, o la extinción de su contrato (es decir, cuando no quiera/pueda ni retornar a su anterior puesto ni continuar en el nuevo en aras a su protección o asistencia integral, aun cuando no parece que debiera justificar su elección), percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

Al respecto, cabría reflexionar sobre la ventaja implícita que supondría para las trabajadoras víctimas de violencia de género o violencia sexual, cuando fuera posible a la vista de sus circunstancias personales y las objetivas de su empresa, optar primero por la movilidad y, en un segundo momento, si no fuera posible el mantenimiento en el nuevo lugar ni el retorno al antiguo, proceder a la extinción con derecho a indemnización y a desempleo en su caso²³. Precisamente en este sentido, el Consejo Económico y Social no considera “razonable”, trasladar la responsabilidad de esta nueva figura indemnizatoria a las empresas, y ve “incoherente” su configuración en el esquema vigente de regulación de la extinción del contrato de trabajo, puesto que vendría a establecer un nuevo deber de indemnizar, derivado de una solicitud voluntaria de traslado de la trabajadora a la que renuncia posteriormente. Por tal motivo, considera que “debería aclararse la naturaleza de esta nueva compensación económica y sus fuentes de financiación, sin perjuicio de la responsabilidad de los poderes públicos de establecer los

²³ Álvarez Cuesta, H.: “Aspectos laborales de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”, cit.

instrumentos adecuados para la protección económica de las víctimas de violencias sexuales y de género²⁴.

Parecería más razonable acudir a una extinción indemnizada en caso de denegación de la posibilidad de adaptación, reducción de jornada o teletrabajo, en lugar de acudir a un proceso (otro más) para resolver las discrepancias, en tanto cabe encontrar una vinculación entre la extinción y la actuación empresarial.

Además, supone establecer una diferenciación entre las víctimas en función del tamaño de la empresa y la posibilidad de traslado o cambio a otro centro, en la mayoría de las corporaciones en España, integrada por pequeñas y microempresas, carecerán de esta posibilidad y, por consiguiente, de la extinción indemnizada en su caso.

- La suspensión prevista en el art. 45.1.n) ET (en la redacción dada por la LO 10/2022): por “decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género o de violencia sexual”. Esta suspensión con reserva de puesto de trabajo, en paralelo con la prevista para las víctimas de violencia de género, “tendrá una duración inicial que no podrá exceder de seis meses, salvo que de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima requiriese la continuidad de la suspensión. En este caso, el juez podrá prorrogar la suspensión por períodos de tres meses, con un máximo de dieciocho meses” (art. 38.1 LO 10/2022).
- El art. 49.1.m) –en la redacción dada por la LO 10/2022– prevé la extinción de la relación laboral “por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género o de violencia sexual”.

Desde luego, la trabajadora víctima de violencia sexual conserva la tradicional opción que ostenta toda persona trabajadora en orden a extinguir el contrato que le une a su empresa sin ningún tipo de causa y observando el preaviso que imponga el convenio colectivo de aplicación, si bien quedaría privado de la protección otorgada por la prestación por desempleo y sin indemnización alguna.

La superior protección otorgada a la trabajadora víctima de violencia sexual, aun cuando esta medida sea extrema y configurada como recurso último, no pretende garantizar la estabilidad laboral de la víctima, sino más bien su propia protección o asistencia personal cuando cualesquiera otras prevenciones hubieran fallado o resultaran susceptibles de no proporcionarla²⁵.

²⁴ Consejo Económico y Social: Dictamen 4 2020, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía integral de la libertad sexual.

²⁵ Aplicando dicho derecho a las víctimas de violencia de género, Quirós Hidalgo, J.G.: “La dimisión sui generis de la trabajadora víctima de violencia de género”, *AL*, núm. 11, 2008, p. 1327.

La opción de extinguir el contrato por parte de la trabajadora opera en cualquier tipo de contrato, común o especial, indefinido o temporal, con existencia o no de período de prueba y de modo preferente a las vías de extinción propias en el caso de los vínculos por tiempo determinado o sometidos a prueba. Incluso pactada la permanencia en el empleo, el bien jurídico protegido ha de prevalecer sobre el interés del titular de la unidad productiva en obtener un rendimiento positivo de la especialización profesional previamente ofrecida y no sería de aplicación la cláusula penal por finalización *ante tempus*²⁶. En fin, además de estar presente en todo tipo de vínculos laborales, permanece mientras la trabajadora conserve su *status* de víctima, pudiendo ejercitarse por ésta durante dicho período, sin sujeción a límite alguno y sin importar las veces que haya decidido extinguir por tal causa.

Esta causa de extinción, aplicando los criterios previstos en el caso de la violencia de género, precisa para su ejercicio de una declaración de voluntad por parte de la trabajadora a su empleador, sin precisar la causa exacta, solo su condición de víctima, sin necesidad de preaviso reglado y sin derecho por parte de ninguna de las partes a recibir indemnización alguna de su contraparte, tampoco dice que deba ser por escrito²⁷, aunque sea no solo deseable, sino exigencia de la LGSS para acreditar la situación legal de desempleo, pues, además, dicha finalización supone considerar a la víctima en situación legal de desempleo a la hora de solicitar la prestación.

Utilizando idéntico criterio que en el caso de las víctimas de violencia de género, parece necesario que la decisión de la trabajadora de extinguir su contrato de trabajo resulte clara e inequívoca. Se trata de un acto unilateral y constitutivo, pero también recepticio, en tanto el empresario ha de conocer la opción adoptada por la trabajadora y su condición de víctima de violencia sexual, si no la conocía ya con anterioridad. Si tal era el caso, no parece necesario reiterar la documentación al efecto, salvo que hubieran cambiado las fechas en las que desarrolla sus efectos. La prueba de su condición destruye la sospecha de dimisión y, en los casos más extremos, de abandono, y sirve, como se ha anunciado, para acceder a la prestación por desempleo. La norma no exige ningún medio específico para trasladar a la persona empleadora la decisión tomada, basta cualquier medio válido en Derecho; de forma verbal o escrita y enviada a la empresa por las vías a su disposición, incluidas, claro está, las telemáticas.

La norma sigue sin establecer plazo alguno, ni de ejercicio de esta opción/necesidad, ni de preaviso en su comunicación. La carencia de este último plazo queda sobradamente explicada, pese a los perjuicios que pueda ocasionar la

²⁶ Quirós Hidalgo, J.G.: “La dimisión sui generis de la trabajadora víctima de violencia de género”, cit., p. 1328.

²⁷ Espejo Megías, P.: “La tutela laboral del derecho a la libertad sexual: ¿una protección integral?”, cit., p. 117.

ausencia definitiva y abrupta de una de sus trabajadoras, en virtud de la superior protección que merecen los bienes jurídicos protegidos.

La trabajadora carece del derecho a cualquier tipo de indemnización por la extinción de su contrato y, por su parte, el empresario carece también de cualquier derecho a exigir compensación alguna por el perjuicio causado por la finalización de la relación *ante tempus* y sin notificación previa.

- Nulidad del despido regulada en los arts. 53.4.b) y 55.5.b) ET –en la redacción dada por la LO 10/2022– “de las trabajadoras víctimas de violencia de género o de violencia sexual por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral”.

La LO 10/2022 no modifica en idénticos términos el art. 108.2.b) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, el cual sí hace referencia a la nulidad en caso de despido de la trabajadora víctima de violencia de género por el ejercicio de sus derechos laborales, pero carece de idéntica previsión en relación con la trabajadora víctima de violencia sexual. Igual afirmación cabe realizar respecto al art. 122.2.d) del mismo texto legal referido al despido por causas objetivas.

Habiéndose de subsanar el olvido, de conformidad con los preceptos del ET, la disyuntiva es clara: el despido de quienes se encuentran en cualesquiera de las señaladas situaciones sólo puede ser nulo o procedente. Si la persona empleadora no ha logrado acreditar cumplidamente las causas de despido (bien disciplinario, bien objetivo) imputadas, procede aplicar automáticamente la nulidad de la extinción del contrato, sin entrar en argumentación alguna sobre discriminación.

Se ampara, así, a la trabajadora frente a despidos disciplinarios carentes de causa o despidos objetivos que enmascaren ésta cuando el mismo se produce respecto de quienes, desde su condición de víctimas de la violencia sexual, han ejercitado (entre otros), los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo. No sólo los anteriores, también de aquella empleada que utiliza los derechos concedidos por la norma al conjunto de personas trabajadoras, como la suspensión del contrato de trabajo a consecuencia de una incapacidad temporal, cuando la misma fuera debida a la violencia ejercida sobre ella.

La finalidad de la norma es doble, por un lado, evitar la represalia a la trabajadora por los posibles perjuicios o distorsiones ocasionados a la empresa por el ejercicio de los derechos legales; por otro, proporcionar a la víctima una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental. Todo ello lleva a entender que el precepto es configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de violencia (tal y como sucede con el embarazo), al margen de

que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación²⁸: “corolario de la construcción legal es que en estos casos no se exige a la trabajadora que aporte un principio de prueba del carácter discriminatorio de la decisión extintiva, sino simplemente la demostración de que el despido coincide cronológicamente con la situación descrita y legalmente protegida. Se desplaza hacia el empresario la totalidad de la carga probatoria y se exige que este acredite, para romper la presunción, la existencia de una causa disciplinaria sólida y bastante como para justificar una declaración de procedencia. De este modo, aun concurriendo una causa real y seria de carácter disciplinario que haya desencadenado la decisión extintiva, si la misma no se reputa suficiente a efectos de la calificación de procedencia, el despido producido durante estos periodos blindados se considerará nulo”²⁹.

Claro está, la nulidad del despido disciplinario de la víctima de violencia sexual no supone una carta blanca y el empresario podrá ejercer su poder disciplinario sobre ella en pie de igualdad con el resto de personas trabajadoras, y sancionarla en caso de cometer falta, incluso con la extinción de su contrato. No obstante lo anterior, la fundamentación del despido disciplinario realizado ha de ser suficientemente completa para descartar cualquier asomo de discriminación por tal causa. En idéntico sentido, la empresa podrá extinguir el contrato por causas objetivas a la trabajadora víctima de violencia sexual o incluir a dicha empleada dentro del proceso de despido colectivo. Sin embargo, pervive la sombra de sospecha en torno a la razón última de su selección cuando se trate de una extinción fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

También conviene parar la atención en aquella causa derivada de la disminución voluntaria y continuada del rendimiento normal o pactado que funda el despido disciplinario [art. 54.2.e) ET] o la ineptitud, esto es, la falta de habilidades o carencia de facultades para desempeñar la profesión, conocida o sobrevenida con posterioridad a la colocación definitiva en la empresa del objetivo.

Ante tal situación, la decisión extintiva fundada en estos motivos sería cuestionable, habida cuenta la voluntariedad se aprecia cuando no existan razones ajenas para la disminución del rendimiento, que sí acaecerían respecto de las víctimas de violencias sexuales, igual sucede con la ineptitud sobrevenida; y tal razonamiento forzaría a calificar como nulos ambos despidos. Quizá se podría aplicar en tales situaciones, para conciliar la deseada productividad del empresario y la estabilidad en el empleo de la víctima, alguna de las medidas de suspensión o reducción de jornada.

²⁸ Aplicando analógicamente lo previsto para la violencia de género, STCo 92/2008, de 21 de julio.

²⁹ Sempere Navarro, A.V. y Barrios Baudor, G.L.: “Protección en el ámbito social”, en AA.VV.: *Violencia de género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Cizur Menor (Thomson Reuters/Aranzadi), 2014, p. 494.

La norma no determina la extensión cronológica de la protección dispensada, la cual ha de comenzar, necesariamente, una vez la trabajadora ejercite alguno de los derechos en presencia y cesará una vez finalice su disfrute, pudiendo volver a nacer cuando ejercite otro³⁰. Parece conveniente apostar, de igual modo, por la calificación de nulidad de aquel despido cuando tenga lugar después del anuncio de la voluntad de disfrutar del permiso o de la excedencia³¹.

La declaración de nulidad del despido supone la condena “a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir” (art. 113 Ley 36/2011). Sin embargo, en ocasiones la opción por la readmisión no parece la más conveniente si el agresor ha sido su empresario u otro trabajador de la empresa que pudiere continuar en ella. La trabajadora optará, frente a una readmisión indeseada, por la extinción contemplada en la letra m) del art. 49 ET o bien por la causal (con la indemnización pertinente) del art. 50 ET.

De optar por esta última, retrasa aún más la anhelada finalización de su prestación de servicios y la demora a expensas de una nueva resolución judicial. En tal caso, parece necesario traer a consideración la posibilidad de agregar esta excepción a cuantas justifican instar la resolución sin mantenerse en el puesto de trabajo, siempre que generen una situación insoportable para el mantenimiento del vínculo, como acontece en este caso.

Tampoco sería desaconsejable la inclusión de alguna indicación expresa sobre la nulidad de cualquier sanción (diferente al despido disciplinario) que traiga causa en el ejercicio de los derechos laborales de la víctima de violencia sexual. En todo caso, así habrá de ser calificada porque supondría un castigo por la activación de una facultad legalmente reconocida y una discriminación por razón de sexo³².

- A continuación, el art. 38.3 LO 10/2022 bonifica la suscripción de un “contrato de interinidad” (*rectius*, sustitución) –de nuevo utiliza la referencia al contrato anterior a la reforma efectuada por el RD-Ley 32/2021– con una persona desempleada para sustituir a la trabajadora víctima de violencias sexuales con el 100 % de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, durante todo el período de suspensión de la trabajadora sustituida o durante seis meses en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo, si bien la duración máxima de esta última facultad es de doce meses, por lo que solo los primeros seis tendrían derecho a la bonificación

³⁰ Sempere Navarro, A.V. y Barrios Baudor, G.L.: “Protección en el ámbito social”, cit., p. 495.

³¹ Medina Castillo, J.E.: “El régimen extintivo del contrato de la trabajadora víctima de violencia de género. Aspectos procesales”, en AA.VV.: *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Granada (Comares), 2009, pp. 232 y ss.

³² Referida a la víctima de violencia de género en Rodríguez Escanciano, S.: *La familia en el ámbito jurídico-laboral*, Valencia (Tirant lo blanch), 2008, p. 275.

descrita. Cuando se produzca la reincorporación, la norma advierte que esta se realizará en las mismas condiciones existentes en el momento de la suspensión del contrato de trabajo, garantizándose los ajustes razonables que se puedan precisar por razón de discapacidad.

- El apartado 4 del art. 38 contiene una nueva previsión, con numerosas dudas en cuanto hace a su aplicación en la práctica, referida a las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de las violencias sexuales, las cuales se considerarán justificadas y, precisamente radica la novedad, serán remuneradas por la empresa cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad. Dicha previsión se introduce también en la LO 1/2004 respecto de las trabajadoras víctimas de violencia de género, aun cuando no se reforma el ET en el sentido descrito, por ejemplo, incorporando este derecho laboral dentro de los permisos retribuidos³³.

La norma contempla dos escenarios posibles, faltas de asistencia o puntualidad acreditada por los servicios de salud o por los servicios sociales, incluyendo los servicios médicos propios de la empresa³⁴. En cuanto a la causa concreta, parecen afectar sólo a aquéllas motivadas por la situación física o psicológica derivada de la situación de víctima, aun cuando la víctima, por su especial y grave situación, en ocasiones necesitará dejar de asistir al trabajo por otros motivos diferentes, como comparencias ante la policía o el juzgado, o ante distintas Administraciones Públicas para obtener ayudas verdaderamente necesarias, pero dichas ausencias quedarían extramuros de la justificación concedida *ex lege*³⁵. Por tal motivo, parece conveniente que los convenios colectivos o los planes de igualdad mejoren y amplíen el derecho examinado.

El procedimiento a seguir consistirá en la entrega a la persona empleadora, además de su acreditación como víctima de violencia sexual, el justificante de los servicios sociales o de salud en cada ocasión que lo requiriera; o bien podrá bastar, a juicio, en un primer momento, de la empresa, de una justificación de los servicios sociales en la cual acrediten la inestable y problemática situación de la trabajadora, indicando el comienzo y en su caso finalización³⁶. El plazo para comunicar dichas

³³ Álvarez Cuesta, H.: “Aspectos laborales de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”, cit. y Sáez Lara, C.: “Violencia sexual, mujer y trabajo”, cit., p. 30.

³⁴ Nevado Fernández, M.J.: “La protección de la trabajadora víctima de violencia de género”, *RL*, núm. 18, 2009, p. 26.

³⁵ Mateu Carruana, M^a.J.: *Medidas laborales, de protección social y de fomento del empleo para las víctimas de violencia de género*, Madrid (Dykinson), 2005, p. 50.

³⁶ Mateu Carruana, M^a.J.: *Medidas laborales, de protección social y de fomento del empleo para las víctimas de violencia de género*, cit., p. 49.

ausencias y para justificarlas no aparece en el texto legal, sin que el precepto especifique si previamente o con posterioridad, sino que parece preciso atender a las circunstancias del supuesto concreto pasadas por el tamiz de la buena fe.

5. LA REFORMA REALIZADA POR LA LEY 4/2023: LA ELIMINACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIAS SEXUALES EN EL ET

La Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, modifica los preceptos del ET en su disposición final 14ª con el fin de eliminar alguna la referencia a las víctimas de las violencias sexuales introducida por la LO 10/2022, sorprendente eliminación que pudiera encontrar explicación en la tramitación parlamentaria simultánea de ambas normas³⁷.

De este modo, la referencia a las víctimas de violencias sexuales queda eliminada de los arts. 37.8 (derecho a la reordenación, adaptación o reducción del tiempo de trabajo), 40.4 y 5 (derecho a la ocupación preferente de otro puesto en otro centro de trabajo), 45.1.n) (derecho a la suspensión del contrato), art. 49.1.m) (derecho a la extinción del contrato), 53.4.b) y 55.5.b) (nulidad del despido).

Conviene parar la atención en el cambio efectuado respecto a la movilidad geográfica, pues no sólo suprime a las víctimas de violencias sexuales, sino que también reduce la duración del cambio a seis meses y elimina la criticada indemnización (dado que se asume por la empresa sin que concurra culpa o negligencia por su parte³⁸) en caso de decisión de la víctima de extinguir el contrato en ese caso y no retornar al antiguo puesto ni continuar en el nuevo.

Sin embargo, la Ley Orgánica sigue reconociendo en su art. 38 estos derechos, si bien remitiéndose a la regulación efectuada en el ET ahora eliminada. Con todo, específicamente reconoce el derecho a las víctimas de violencias sexuales de una suspensión con derecho a reserva de puesto de trabajo de una duración máxima de la suspensión hasta los 18 meses, así como la justificación de las faltas y su remuneración (cuando así se considere) respecto de estas trabajadoras, junto con las medidas en materia de protección social.

Igualmente, perviven los derechos especificados *infra* respecto de las trabajadoras autónomas y la LETA sigue conteniendo los derechos previstos en

³⁷ Goerlich Peset, J.M.: “¿Qué ha pasado con los derechos laborales de las víctimas de violencia sexual?”, *Foro de Labos*, 7 de marzo de 2023, <https://www.elforodelabos.es/2023/03/que-ha-pasado-con-los-derechos-laborales-de-las-victimas-de-violencia-sexual/>.

³⁸ Nieto Rojas, P.: “Medidas laborales en la Ley de Garantía Integral de la Libertad Sexual”, *Foro de Labos*, 15 de septiembre de 2022, <https://www.elforodelabos.es/2022/09/medidas-laborales-en-la-ley-de-garantia-integral-de-la-libertad-sexual/>.

la LO 10/2023 para quienes trabajan por cuenta propia y han sido víctimas de violencias sexuales, generando una diferencia poco justificable entre ambas.

Cabe entender que la regulación futura transcurra por la ampliación del concepto de víctima de violencia de género, de tal modo que incluya dentro del mismo a las víctimas de violencias sexuales como subtipo o subcategoría específica sin necesidad de que agresor y víctima sean o hayan sido cónyuges o estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia (art. 1.1 LOVG). De este modo, las referencias a la víctima de violencia de género realizadas en la norma laboral acogerían en el sentido explicado en el anterior apartado también a las víctimas de violencias sexuales. Hasta el momento, sin embargo, esta reforma aún no se ha producido, generando inseguridad jurídica y desprotección la supresión realizada por la Ley 4/2023 a quienes más necesitadas de certezas y protección se hallan.

Por tales trascendentales motivos, y frente a las dificultades que acarrearía recurrir a la analogía o a una interpretación sistemática, la solución exige una nueva reforma legal que clarifique el estatus jurídico-laboral de las víctimas de violencia sexual³⁹.

6. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIAS SEXUALES

En aras a la protección integral de las víctimas de las violencias sexuales, y como dos caras de la misma moneda, la norma también aborda su protección y su inserción social (políticas activas y pasivas⁴⁰), habida cuenta de las dificultades que puede suponer tal situación y que pueden incidir en discriminaciones preexistentes. A estos efectos, el art. 39 LO 10/2022 prevé la inclusión de un programa de acción específico para las víctimas de violencias sexuales inscritas como demandantes de empleo en los planes anuales, mencionando específicamente la incorporación de medidas destinadas a favorecer el inicio de una nueva actividad por cuenta propia.

En la nueva Ley de Empleo (Ley 3/2023) no aparecen incorporadas las víctimas de violencias sexuales de forma específica como un colectivo con especiales dificultades de empleabilidad, únicamente son mencionadas indirectamente en el Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno regulado en el art. 13.3.d) Eje 4 cuando habla de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer.

Pero no basta solo con propiciar su integración laboral, es preciso atender a su protección social, y para ello introduce una nueva “ayuda” dentro del laberíntico

³⁹ Goerlich Peset, J.M.: “¿Qué ha pasado con los derechos laborales de las víctimas de violencia sexual?”, cit.

⁴⁰ Ramos Quintana, M.I.: “Violencia sexual y relaciones de trabajo: la libertad sexual de las mujeres y las nuevas garantías legales”, cit.

elencos ya existentes, (que quizá podría haberse incorporado dentro del ingreso mínimo vital), destinada a las víctimas de violencia sexual desempleadas o que hayan cesado su actividad por cuenta propia por tal motivo. La redacción del art. 39.2 parece establecer una diferencia entre ambas categorías, pues otorga el subsidio a las trabajadoras desempleadas que hayan sufrido violencias sexuales (sin que se exija aparentemente conexión entre el desempleo y la violencia), mientras que impone un vínculo de causalidad entre el cese de la actividad por cuenta propia y la violencia sexual sufrida.

El art. 41 concede una ayuda a las víctimas de violencias sexuales cuando carezcan de rentas y para su valoración establece un nuevo umbral (otro más) de pobreza: no han de tener rentas superiores, en cómputo mensual al salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. En el supuesto de víctimas de violencias sexuales dependientes económicamente de la unidad familiar, el límite queda situado en la no obtención de rentas superiores, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, a dos veces el salario mínimo interprofesional, pero la norma no define qué considera unidad familiar a estos efectos, si la regulada en las prestaciones no contributivas o en la prevista en el ingreso mínimo vital, por poner dos ejemplos. En este sentido, ya recomendaba el Consejo Económico y Social “subsancar esa carencia incorporando la consideración del número de integrantes de la unidad familiar a la hora del cálculo de las ayudas a percibir”⁴¹.

Cabe advertir las diferencias en el umbral exigido y en los requisitos personales a acreditar respecto a “la ayuda social prevista en el art. 27 de la LO 1/2004, dirigida a las víctimas de violencia de género que, además de carecer de rentas superiores al 75 % del SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, no participan en programas de empleo para su inserción profesional por presumirse que, debido a su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales, tendrán especiales dificultades para obtener un empleo”⁴².

En caso de acreditar la vulnerabilidad requerida, recibirán una ayuda económica equivalente a seis meses de subsidio por desempleo (80 % del IPREM) cuyo importe podrá percibirse, a elección de la víctima, en un pago único (parece razonable esta posibilidad de capitalización destinada a facilitar la recuperación y quizá el traslado y el inicio de una nueva vida), o en seis mensualidades, y prorrogarse por una sola vez si sigue sin superar los umbrales anteriores (cabe entender que de nuevo tendrá la opción de capitalizar, pero habiendo transcurrido los seis meses preceptivos de la concesión anterior).

⁴¹ Consejo Económico y Social: Dictamen 4 2020, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía integral de la libertad sexual.

⁴² Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: “Las medidas de Seguridad Social y otros instrumentos de protección social en la ley orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual (conocida de manera popular como Ley del sí es sí)”, cit., p. 23.

Además, esta ayuda se verá incrementada en caso de víctima con discapacidad en grado igual o superior al 33 %. En tal caso, el importe será equivalente a doce meses de subsidio por desempleo, prorrogables por una sola vez siempre que se mantengan las condiciones que dieron lugar a la concesión inicial; y si la víctima tiene personas a cargo (sin precisar si se refiere a cónyuge e hijos menores de 26 o mayores con discapacidad u otro concepto de unidad familiar), su importe podrá alcanzar el de un período equivalente al de dieciocho meses de subsidio, o de veinticuatro meses si la víctima o alguno de los familiares (sin acotar el grado de relación) que conviven con ella tiene reconocida oficialmente una discapacidad en grado igual o superior al 33 %. Dicha ayuda será igualmente prorrogable por una sola vez, siempre que se mantengan las condiciones que dieron lugar a la concesión inicial.

Estas ayudas serán compatibles con la percepción de las indemnizaciones acordadas por sentencia judicial, o, alternativamente, con cualquiera de las ayudas previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual; con las ayudas previstas en el RD 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo; con las ayudas establecidas en la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital; y con la percepción de las ayudas que establezcan las comunidades autónomas en este ámbito material. Sin embargo, no aclara este artículo si estas cuantías percibidas se computan a la hora de acceder a la ayuda para víctimas de violencia sexual o, viceversa, cómo computa ese ingreso a la hora de percibir la renta de activa, el ingreso mínimo o las rentas autonómicas, teniendo en cuenta que, salvo la primera de ellas, no existe previsión a tal efecto en las enumeradas. Ante la duda, habrá de acudir a cada una de las normas para interpretar los requisitos referidos a la carencia de rentas o la vulnerabilidad económica. Las incógnitas señaladas en la definición de esta ayuda precisan de su desarrollo reglamentario, al que se refiere el apartado 3 del art. 41.

En resumen, las víctimas acreditadas de violencia sexual tienen la consideración jurídica de víctimas de violencia de género a los efectos del artículo 2.2.c) del RD 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo (art. 41.5), por lo que podrán acceder a esta prestación conjuntamente con la ayuda o bien sucesivamente de cumplir el resto de condiciones exigidas para las víctimas de violencia de género.

Junto con la ayuda *supra* descrita, la LO 10/2022 refuerza la protección social de las víctimas de violencias sexuales en un triple sentido: de un lado, en relación con el desempleo; de otro, referidas a la prestación de orfandad y, por último, a las posibilidades de jubilación anticipada.

El art. 38.2 concede a las víctimas de violencias sexuales derecho a la protección por desempleo en los términos previstos en la LGSS. A estos efectos, la disposición final 16ª LO 10/2022 modifica el apartado 5 del art. 165 LGSS con el fin de considerar como período de cotización efectiva respecto a las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, nacimiento y cuidado de menor, desempleo y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave el período de suspensión con reserva del puesto de trabajo en supuestos no solo de violencia de género sino también de violencia sexual.

También la citada disposición modifica la relación de situaciones legales de desempleo contenida en el art. 267 LGSS. Así, la extinción del contrato por voluntad de la víctima de violencia sexual permite acceder (si cumple el resto de requisitos) a la prestación contributiva por la remisión que el citado precepto realiza al art. 49.1.m) ET; de igual modo, la suspensión del contrato por dicho motivo obtiene idéntico beneficio en virtud de la incorporación de este colectivo al art. 267.1.b.2º LGSS. Ambas situaciones quedan acreditadas por comunicación escrita del empresario sobre la extinción o suspensión temporal de la relación laboral, junto con la orden de protección a favor de la víctima o, en su defecto, junto con cualquiera de los documentos a los que se refieren el art. 37 LO 10/2022.

Sin embargo, la supresión realizada por la Ley 4/2023 del concepto de víctima de violencias sexuales en la extinción regulada en el art. 49.1.m) acarrea la necesaria eliminación de tal circunstancia como situación legal de desempleo.

Tal y como sucede con las víctimas de violencia de género, las víctimas de violencia sexual no ven minorada la duración de su prestación contributiva por desempleo si previamente han sido acreedoras de la misma a consecuencia de la suspensión prevista por tal causa. Si con posterioridad se produjera la extinción, dicho período no figura como consumido a los efectos de la prestación por desempleo (art. 269.2 LGSS).

En cuanto hace al compromiso de actividad, el servicio público de empleo competente tendrá en cuenta la condición de víctima de violencia sexual, a efectos de atemperar, en caso necesario, el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del compromiso suscrito (art. 300 LGSS).

La disposición final 16ª LO 10/2022 modifica el art. 207.1.d).7ª para considerar también involuntario el cese (y así posibilitar el acceso a la jubilación anticipada por causa no imputable a la persona trabajadora) producido por voluntad de la víctima de violencia sexual previsto en el art. 49.1.m) ET antes analizado. De nuevo, cabe recordar el efecto indirecto de la supresión de la extinción del contrato de las víctimas de violencias sexuales del elenco regulado en el citado art. 49.1.m) ET llevado a cabo por la Ley 4/2023, en tanto dejaría sin posibilidad efectiva de acudir a la jubilación anticipada involuntaria en tal caso.

En fin, el art. 54 LO 10/2022 reconoce el derecho, en los casos de muerte en el marco de alguna de las conductas calificadas como violencias sexuales en el art. 3.1 LO 10/2022, de los hijos e hijas de las víctimas, cualquiera de sea la naturaleza de su filiación, por naturaleza o por adopción, a percibir una pensión, o, en su caso, una prestación de orfandad. El Consejo Económico y Social había advertido cómo en el anterior enunciado se hacía referencia únicamente a la prestación, omitiendo la referencia a la pensión, circunstancia que sugería subsanar para aclarar de manera inequívoca el contenido del precepto⁴³. En la actual redacción aparece contenido ambas, la pensión de orfandad en caso de cumplir los requisitos generales previstos para la contributiva y la pensión de orfandad en los términos modificados del art. 224 LGSS.

Así, la modifica el tercer párrafo del art. 224.1 LGSS, para conceder la prestación de orfandad a cada uno de los hijos e hijas de la causante fallecida, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, cuando el fallecimiento se deba a la comisión contra la mujer de alguno de los supuestos de violencias sexuales determinados por la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, siempre que los hijos e hijas se hallen en circunstancias equiparables a una orfandad absoluta y no reúnan los requisitos necesarios para causar una pensión de orfandad. En tal caso, la cuantía de esta prestación será el 70 por ciento de su base reguladora, siempre que los rendimientos de la unidad familiar de convivencia, incluidas las personas huérfanas, dividido por el número de miembros que la componen, no superen en cómputo anual el 75 por ciento del Salario Mínimo Interprofesional vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

Falta todavía, en aras a proporcionar una protección social integral similar a la otorgada a las víctimas de violencia de género, la consideración de este colectivo dentro del ingreso mínimo vital. Así, convendría llevar a cabo una reforma (la enésima) o el imprescindible desarrollo reglamentario, con el fin de excepcionar el cumplimiento de la edad mínima de acceso de 23 años a quienes sean víctimas de violencia sexual; permitir lucrar esta prestación a las víctimas de violencia sexual que sean usuarias de una prestación de servicio residencial, sufragado con fondos públicos o privados, de carácter social, sanitario o socio-sanitario, con carácter no solo temporal sino también permanente, como sucede con las “mujeres víctimas de violencia de género o víctimas de trata de seres humanos y explotación sexual”; incluir como unidad de convivencia “especial” cuando una mujer, víctima de violencia sexual, haya abandonado su domicilio familiar habitual acompañada o no de sus hijos o de menores en régimen de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente; excepcionar para estas víctimas la exigencia de residencia legal en España durante el último año (como ocurre con las víctimas de explotación sexual); eliminar el requisito de vida independiente de una determinada

⁴³ Consejo Económico y Social: Dictamen 4 2020, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía integral de la libertad sexual.

duración para este colectivo o la duración mínima de convivencia de la unidad familiar. También la cuantía percibida habrá de ser modificada a semejanza de cuanto ocurre con las víctimas de violencia de género para percibir el complemento de monoparentalidad⁴⁴.

7. LA PROTECCIÓN DE LAS TRABAJADORAS AUTÓNOMAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIAS SEXUALES

La LO 10/2022, además de tener en cuenta a estas trabajadoras a efectos de inserción laboral, también extiende su protección a las trabajadoras autónomas, en especial a las económicamente dependientes, por cuanto hace al cese de actividad y a la posibilidad de suspender o adaptar su horario.

De este modo, el art. 38.5 configura el cese de su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral como cese temporal de la actividad y se les suspenderá la obligación de cotización durante un período de seis meses, que les serán considerados como de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social. Asimismo, su situación será considerada como asimilada al alta, tomando como base de cotización el equivalente al promedio de las bases cotizadas durante los seis meses previos a la suspensión de la obligación de cotizar.

Por su parte, la disposición final 11ª de la LO 10/2022 modifica varios preceptos de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo para amparar la violencia sexual igual que la situación de violencia de género. Así, el art. 14.5 concede el derecho a la trabajadora autónoma económicamente dependiente que sea víctima de violencias sexuales “a la adaptación del horario de actividad con el objeto de hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral”. No obstante, este derecho, teniendo en cuenta las características esenciales del trabajo por cuenta propia, excluido del ámbito de dirección y organización de otra persona física o jurídica, habría de estar presente en todas las actividades realizadas por cuenta propia, se dependa o no económicamente.

Aparece también en el art. 15.1.g) Ley 20/2007 como causa de extinción del contrato la decisión de la trabajadora autónoma económicamente dependiente que se vea obligada a extinguir la relación contractual como consecuencia de ser víctima de violencia de violencias sexuales. Y el art. 16.1.f) considera como causa debidamente justificada de interrupción de la actividad por parte de la trabajadora económicamente dependiente las fundadas en la situación de violencias sexuales, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.

⁴⁴ Por extenso, Álvarez Cuesta, H.: *La protección social frente a la pobreza*, Albacete (Bomarzo), 2023.

Por último, y en consonancia con los derechos *supra* concedidos, la disposición final 16.8ª LO 10/2022 modifica el art. 331.1.d) en orden a considerar como cese legal de actividad la violencia sexual determinante del cese temporal o definitivo de la actividad de la trabajadora autónoma, acreditada por la declaración escrita de la solicitante de haber cesado o interrumpido su actividad económica o profesional, a la que se adjuntará cualquiera de los documentos a los que se refieren el art. 37 LO 10/2022. Idéntica previsión contiene el art. 335 LGSS respecto de las socias trabajadoras de cooperativas de trabajo asociado, el art. 336 respecto de trabajadoras autónomas que desarrollen conjuntamente su actividad con otros.

En orden a la reanudación de una prestación o subsidio por desempleo, el art. 271.4.b) LGSS prevé, para las trabajadoras autónomas que la soliciten con posterioridad al plazo general de veinticuatro meses desde el inicio de la suspensión, el deber de acreditar que el cese en la actividad por cuenta propia tiene su origen en la concurrencia de violencia sexual, esto es, que necesitan percibir la prestación suspendida porque el trabajo por cuenta propia que estaban desarrollando durante dos años o más ha tenido que cesar por tal motivo.

8. LA PROTECCIÓN DE LAS FUNCIONARIAS PÚBLICAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIAS SEXUALES EN EL EBEP

El art. 40 La LO 10/2022 concede semejantes derechos a los ya examinados a las funcionarias públicas víctimas de violencias sexuales, quienes tendrán derecho a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica de centro de trabajo (art. 82 del EBEP modificado en tal sentido) y a la excedencia en los términos que se determinen en su legislación específica (art. 89.5 EBEP⁴⁵). Lógicamente, en atención a las especiales características del vínculo, no aparece en el elenco anterior el derecho a la extinción o cese por tal motivo.

También las “ausencias totales o parciales al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia sexual sufrida por una mujer funcionaria se considerarán justificadas y serán remuneradas cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o los servicios de salud, según proceda, sin perjuicio

⁴⁵ “Las funcionarias víctimas de violencia de género o de violencia sexual, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho a solicitar la situación de excedencia sin tener que haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos y sin que sea exigible plazo de permanencia en la misma. Durante los seis primeros meses tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaran, siendo computable dicho período a efectos de antigüedad, carrera y derechos del régimen de Seguridad Social que sea de aplicación. Cuando las actuaciones judiciales lo exigieran se podrá prorrogar este periodo por tres meses, con un máximo de dieciocho, con idénticos efectos a los señalados anteriormente, a fin de garantizar la efectividad del derecho de protección de la víctima. Durante los dos primeros meses de esta excedencia la funcionaria tendrá derecho a percibir las retribuciones íntegras y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo”.

de que dichas ausencias sean comunicadas por las funcionarias a su Administración a la mayor brevedad” (art. 40.2 LO 10/2022).

A efectos de reducción de jornada, y tal y como regula el art. 49.d) del Estatuto Básico del Empleado Público, las funcionarias públicas mantendrán sus retribuciones íntegras cuando reduzcan su jornada en un tercio o menos. La diferencia con las trabajadoras resulta significativa y por tal motivo no faltan voces que demandan igual “para que no exista esa diferente o, si se prefiere, desigual protección legal de unas y otras”⁴⁶.

La Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, en su disposición final 15^a, también elimina del EBEP las referencias realizadas a las víctimas de violencias sexuales y *supra* analizadas.

9. AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA Y TRABAJO PARA MUJERES EXTRANJERAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIAS SEXUALES

El art. 36 LO 10/2022 concede derecho a la residencia y trabajo en los términos previstos para las autorizaciones por circunstancias excepcionales previstas en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en aquellos supuestos no regulados en esta norma y que serán desarrollados reglamentariamente para las víctimas de violencias sexuales extranjeras en situación irregular, así como al disfrute de las prestaciones de Seguridad Social en los términos establecidos en la normativa de extranjería. Para ello, la disposición final 6^a modifica el art. 31.bis de la LO 4/2000, en orden a reconocer a las mujeres extranjeras, cualquiera que sea su situación administrativa, los derechos contenidos en la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, en caso de que sean víctimas de violencias sexuales, así como a las medidas de protección y seguridad establecidas en la legislación vigente.

En tales casos, la mujer extranjera podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a partir del momento en que se hubiera dictado una orden de protección a su favor o, en su defecto, informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia sexual. Dicha autorización no se resolverá hasta que concluya el procedimiento penal. De igual modo, “en el momento de presentación de la solicitud, o en cualquier otro posterior a lo largo del proceso penal, la mujer extranjera, por sí misma o a través de representante, también podrá solicitar una autorización de residencia por circunstancias excepcionales a favor de sus hijos menores de edad o que

⁴⁶ Espejo Megías, P.: “La tutela laboral del derecho a la libertad sexual: ¿una protección integral?”, cit., p. 115.

tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, o una autorización de residencia y trabajo en caso de que fueran mayores de dieciséis años y se encuentren en España en el momento de la denuncia” (art. 31.bis.3 LO 4/2000)⁴⁷.

10. REFORMA PENAL CON IMPACTO LABORAL

Por último, esta norma modifica dos preceptos del Código Penal (entre otros muchos), con indudable proyección laboral. De un lado, el art. 184.2 CP (“si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o sobre persona sujeta a su guarda o custodia, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de dieciocho a veinticuatro meses”) endurece las penas en materia de acoso sexual⁴⁸; de otro, la disposición final 4ª modifica el delito de acoso laboral⁴⁹ del art. 173 CP: “El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima. Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los tres párrafos anteriores, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años”.

⁴⁷ “Sin perjuicio de lo anterior, la autoridad competente para otorgar la autorización por circunstancias excepcionales concederá una autorización provisional de residencia y trabajo a favor de la mujer extranjera y, en su caso, las autorizaciones de residencia provisionales a favor de sus hijos menores de edad o con discapacidad, o de residencia y trabajo si fueran mayores de dieciséis años que se encuentren en España en el momento de la denuncia. Las autorizaciones provisionales eventualmente concedidas concluirán en el momento en que se concedan o denieguen definitivamente las autorizaciones por circunstancias excepcionales” (art. 31.bis.3 LO 4/2000).

⁴⁸ Consejo Económico y Social: Dictamen 4 2020, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía integral de la libertad sexual.

⁴⁹ Sobre las cifras de incidencia del acoso sexual laboral en España, Nieto Rojas, P.: “Medidas laborales en la Ley de Garantía Integral de la Libertad Sexual”, *Foro de Labos*, 15 de septiembre de 2022, <https://www.elforodelabos.es/2022/09/medidas-laborales-en-la-ley-de-garantia-integral-de-la-libertad-sexual/>.

DECISIONES JUDICIALES Y ‘RUIDO’: EL CASO DE LA INDEMNIZACIÓN COMPLEMENTARIA A LA LEGAL TASADA EN EL DESPIDO IMPROCEDENTE

IGNASI BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ

Profesor Agregado, acreditado a Catedrático, de Derecho del Trabajo
Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

EXTRACTO

Palabras clave: indemnización complementaria a la legal tasada; juicio, ruido

El debate alrededor de la posibilidad de compatibilizar la indemnización legal tasada con una compensación complementaria ha adquirido una especial relevancia a partir de la ratificación y la entrada en vigor de la Carta Social Europea Revisada y la interpretación de la misma que ha hecho el Comité Europeo de Derechos Sociales. Ante la inexistencia de un marco normativo explícito que aquilate cómo debe procederse y a la espera de un criterio interpretativo unificado, es muy probable que, más allá de las circunstancias particulares del caso, se dé una alta variabilidad en los criterios aplicados y, por ende, en las respuestas. Esta dispersión puede ser indeseada si no responde a una buena razón y, por este motivo, podría precipitar un número de desviaciones en las resoluciones judiciales superior al que sería deseable. En este caso, puede hablarse de ‘ruido’. Este concepto, *grosso modo*, puede definirse como una variabilidad no deseada en juicios que idealmente deberían ser idénticos.

El propósito de este trabajo, a partir de las investigaciones de Kahneman, Sibony y Sunstein, es abordar el concepto de ‘ruido’ y evaluar en qué medida las resoluciones judiciales que han abordado esta controversia son ruidosas. Este análisis, a caballo entre la dogmática jurídica y la psicología de la conducta, se estima que es oportuno porque al desvelar el comportamiento de los órganos jurisdiccionales, *a priori*, posibilita una arquitectura de las normas que permitiría mejorar estos juicios y reducir la indeseada dispersión judicial.

ABSTRACT

Keywords: *complementary compensation to the legal one fixed for unlawful dismissal, judgement, noise*

The debate around the recognition of the legal compensation assessed with compensation for damages has acquired special relevance since the ratification and entry into force of the European Social Charter (Revised) and the interpretation of it that the European Committee of Social Rights has made. In the absence of an explicit regulatory framework that assesses how to proceed and pending a unified interpretive criterion, it is very likely that, beyond the particular circumstance of the case, there will be a high variability in the criteria applied and, therefore, in the judicial answers. This dispersion can be unwanted if it does not respond to a good reason and, for this reason, might precipitate a higher deviation in the judicial resolutions than would be desirable. In this case, we can speak of ‘noise’. This concept, roughly, can be defined as unwanted variability in judgments that should ideally be identical.

This analysis, halfway between legal approach and behavioral psychology, is considered timely because by revealing the behavior of the jurisdictional bodies, a priori, it enables an architecture of the rules that would improve these judgments and reduce the unwanted dispersion judicial.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN: DECISIONES JUDICIALES, CONTEXTO Y RUIDO
2. INDEMNIZACIÓN COMPLEMENTARIA A LA LEGAL TASADA POR DESPIDO IMPROCEDENTE: ESTADO DE LA CUESTIÓN
3. CONCEPTO DE RUIDO Y TIPOLOGÍAS
4. SESGOS QUE PRODUCEN RUIDO
5. ESCALAS RUIDOSAS E INDEMNIZACIONES COMPLEMENTARIAS A LAS LEGALES TASADAS
6. UNA (PROPUESTA DE) APLICACIÓN PRÁCTICA DE ESTE MARCO CONCEPTUAL A LA JURISDICCIÓN SOCIAL
7. VALORACIÓN FINAL: EL RUIDO JUDICIAL EXISTE, ES NUMEROSO Y DEBE COMBATIRSE

1. INTRODUCCIÓN: DECISIONES JUDICIALES, CONTEXTO Y RUIDO

El debate alrededor de la posibilidad de compatibilizar la indemnización legal tasada por despido improcedente con una indemnización complementaria ha adquirido una especial relevancia a partir de la ratificación y la entrada en vigor de la Carta Social Europea revisada (CSer) y la interpretación que ha hecho el Consejo Europeo de Derechos Sociales (CEDS) del art. 24. Aunque todavía no existe un cuerpo de doctrina judicial consolidado a nivel interno, sí se han dado algunos testimonios relevantes que permiten delimitar lo que, *a priori*, parece que serán los principales posicionamientos en liza. A grandes rasgos, las posturas oscilan entre dos grandes polos: compensaciones vinculadas a una determinada idea de disuasión, por un lado; y las que se ajustan de forma tasada a la existencia y la prueba de un daño, por otro¹.

En la resolución de esta dicotomía podría ser determinante una tercera variable que tiende a pasar desapercibida. Es obvio que las circunstancias específicas de cada caso pueden justificar la existencia de respuestas judiciales diferenciadas. Sin embargo, como hipótesis, si se sometiera a diversos órganos jurisdiccionales un mismo caso (idéntico), muy probablemente, se apreciaría una variabilidad en las resoluciones superior a la que estaríamos dispuestos a aceptar. Incluso, si un juez tuviera que resolver un supuesto con idénticos elementos en momentos distintos, no es descabellado pensar que podría alcanzar conclusiones divergentes. Las heterogéneas circunstancias que conforman el *contexto* (por ejemplo –entre otras–, la situación personal y/o estado de ánimo, el cansancio, el momento del día que enjuicia cada supuesto y/o los casos similares que haya resuelto previamente) podría ser la causa de esta disparidad de juicios. Son muchas las muestras empíricas (como se expondrá) que así lo constatan.

¹ Una primera versión de este trabajo se presentó como comunicación a las *XXXII Jornades de Dret Social*, organizadas por la *Associació Catalana de Iuslaboristes* y el CGPJ (Barcelona, 29 y 30 de septiembre 2022).

Aunque se trata de una cuestión especialmente sensible y sin pretender cuestionar la profesionalidad de este colectivo, no hay ninguna evidencia que permita concluir que los integrantes del poder judicial estén exentos de los *atributos* (positivos y negativos) que ostentan el resto de seres humanos. Por consiguiente, y sin ánimo irrespetuoso, la visión del juez como una especie de *robot*, que se limita a aplicar mecánicamente una consecuencia jurídica a unos hechos y lo hace de forma refractaria a toda influencia externa y dominando absolutamente su *dimensión interna* (incluso, la que está por debajo del nivel consciente), es un ideal (ciertamente) alejado de la realidad².

De acuerdo con una sugerente y novedosa corriente analítica, esta variación en los juicios puede ser calificada como 'ruido'. Este concepto (sin perjuicio de lo que se expondrá posteriormente), puede definirse, *grosso modo*, como una variabilidad no deseada en juicios que idealmente deberían ser idénticos. La particularidad más sobresaliente de este fenómeno, como se expondrá, es que el influjo del *contexto*, por sus propiedades intrínsecas, es aleatorio, es decir, no es previsible.

El punto de partida de este ensayo es que estos factores (el *contexto*) pueden influir (e influyen) en el juicio del juzgador a la hora de determinar la indemnización complementaria a la legal tasada por despido improcedente. Hasta el extremo de que puede ser la causante de una significativa divergencia en las resoluciones. Vaya por delante que no se trata de un fenómeno exclusivo de las decisiones adoptadas en el entorno jurisdiccional: una disparidad en el diagnóstico de una enfermedad o en la corrección de un examen universitario, por poner dos ejemplos (entre otros muchos), también lo serían. El objeto de estudio es, fundamentalmente, tratar de diseccionar los factores que provocan el ruido en la interpretación del art. 24 CSEr.

El conocimiento de esta cuestión podría ser especialmente relevante, pues, podría darnos (interesantes) pistas para la articulación de una arquitectura de las normas que aspirara a corregir las posibles disfuncionalidades que se deriven de esta disparidad en las evaluaciones judiciales. Es razonable pensar que todo lo que nos acerque a este propósito debería ser positivo porque, asumiendo que los ciudadanos que acuden a la Justicia esperan que su caso sea enjuiciado por *el sistema*, esto es, con independencia del juez que conoce la causa (y de las *circunstancias* que le rodean, internas y externas), es claro que esta disparidad de criterios provocada por el *contexto* debería tratar de limitarse al máximo posible.

Como ha podido comprobar el lector, el enfoque que propone este estudio se encuentra a caballo de la dogmática jurídica y la psicología de la conducta. La afectación *en lo jurídico* de la dimensión introspectiva de las personas que conforman los órganos jurisdiccionales es tan relevante que sorprende que

² Como exponen Kahneman, D., Sibony, O. y Sunstein, C. R. (*Ruido*, Debate, 2021, p. 267), «las personas rara vez son conscientes de sus propios sesgos cuando son engañadas por ellos. Esta ausencia es de por sí un sesgo conocido como 'sesgo del punto ciego'».

no se les preste mayor atención (por la mejora que, como se ha apuntado, este conocimiento podría facilitarnos en la arquitectura de las normas). Es posible que esta propuesta suscite cierto escepticismo entre los juristas. Las motivaciones internas que precipitan los actos de las personas (especialmente, las que están por debajo del nivel consciente), por el momento, se encuentran tras el velo del conocimiento. Aunque la ciencia ha avanzado mucho, es obvio que sólo hemos sido capaces de rascar en la superficie: los resultados de muchas investigaciones son todavía provisionales y/o no son generalizables. No obstante, a pesar de ello, no deberíamos obviar la importancia (medular) de esta variable y, al menos, tratar de tener *en consideración* algunos hitos alcanzados.

En definitiva, el objeto de este estudio se ubica, al menos en el ámbito del Derecho del Trabajo, en el campo de *lo inexplorado*. Tomando como referencia estos factores, como expone O. Sacks (y que sigue a Helmholtz), en el fondo, es posible que la aproximación que les propongo se asemeje al deporte de escalada y a los intentos de alcanzar una cima: se hacen salidas en falso, se toman senderos que no lleven a ninguna parte y se hacen subidas en zigzag. Y todo ello sin olvidar que, tratándose de una *apuesta* que exige un cambio de rumbo no asentado, cabe la posibilidad de que este *viaje* acabe sin que pueda obtenerse nada *productivo* (y no se alcance la cima)³. En el fondo, con esta lectura les invito a una especie de *misión de reconocimiento* de carácter analítico: una *aventura* a lo desconocido.

El concepto de ruido ha sido objeto de un profundo análisis por D. Kahneman, O. Sibony, y C. R. Sunstein y su síntesis se erigirá en el eje medular de esta exposición. No obstante, se trata de una dimensión que afecta al juicio humano novedosa, pues, hasta la publicación de su estudio, no había recibido la atención que merece por parte de la ciencia. En todo caso, vaya por delante que, este carácter incipiente (y, quizás, provisional de alguna de sus conclusiones), en absoluto, resta valor a sus propuestas.

Y, cerrando esta introducción (necesariamente extensa dadas las particularidades del objeto de estudio), un último apunte: en las líneas que siguen, con carácter propedéutico, se aportarán algunas claves conceptuales para el desarrollo de la exposición que sigue. No es el propósito de este ensayo resumir el contenido de la citada obra referencial; y, por adelantado, les pido disculpas si, al describirlo (de forma inevitablemente breve dada la naturaleza de este trabajo), llevo a cabo una simplificación excesiva de sus aspectos fundamentales (y que me acabe alejando del planteamiento expuesto por los citados autores más de lo que sería deseable).

No obstante, con carácter previo, se expondrá el estado de la cuestión de la controversia que nos ocupa.

³ Sacks, O., *El río de la conciencia*, Anagrama, 2019, p. 199 y 135.

2. INDEMNIZACIÓN COMPLEMENTARIA A LA LEGAL TASADA POR DESPIDO IMPROCEDENTE: ESTADO DE LA CUESTIÓN

El art. 24 CSEr reconoce el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a «una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada». En términos muy similares, el art. 10 del Convenio núm. 158 de la OIT establece que, ante una terminación de la relación contractual injustificada, puede ordenarse el pago de una *indemnización* adecuada u *otra reparación* que se considere apropiada, si, dadas las circunstancias, no se ha optado por «anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador».

Hasta la fecha, el CEDS se ha pronunciado en 4 ocasiones rechazando la adecuación de los importes indemnizatorios en contextos normativos que establecen un tope máximo. En relación al sistema *indemnizatorio* finlandés, afirmó (Decisión 8 de septiembre 2016, núm. 106/2014, *Finnish Society of Social Rights v. Finland*), que «El límite máximo de la indemnización previsto en la Ley de contratos de trabajo puede dar lugar a situaciones en las que la indemnización concedida no sea proporcional a la pérdida sufrida».

En la Decisión de 11 de septiembre 2019 (núm. 158/2017), *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italia*, en relación al sistema italiano, afirma: «La Comisión señala que cualquier límite máximo de indemnización que pueda impedir que los daños sean proporcionales a los perjuicios sufridos y suficientemente disuasorios es, en principio, contrario a la Carta (...). Si existe un límite máximo de indemnización por daños pecuniarios, la víctima debe poder solicitar una indemnización por daños no pecuniarios a través de otras vías jurídicas y los tribunales competentes para la indemnización por daños pecuniarios y no pecuniarios deben decidir en un plazo razonable».

Repárese que la *disuasión* no es una dimensión que esté explícitamente recogida en la CSEr (ni tampoco en el Convenio núm. 158). No obstante, esto no ha impedido que el CEDS lo haya exigido en sus dos resoluciones posteriores. En la Decisión de 23 de marzo 2022 (núm. 160/2018), *Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (CGT-FO) v. France*; y *Confédération générale du travail (CGT) v. France*, concluye lo siguiente (en relación al sistema francés): «El Comité considera que los límites máximos previstos en el artículo L.1235-3 del Código del Trabajo no son suficientemente elevados para reparar el daño sufrido por la víctima y disuadir al empleador. Además, el juez tiene sólo un estrecho margen de maniobra en el examen de las circunstancias individuales de los despidos injustificados. Por esta razón, el daño real sufrido por el trabajador en cuestión relacionado con las circunstancias individuales del caso puede pasarse por alto y, por lo tanto, no repararse. Además, otros recursos legales se limitan a ciertos casos. Por lo tanto, el Comité considera, a la luz de todos los elementos anteriores, que no se garantiza el derecho a una compensación adecuada u otra reparación apropiada en el sentido del artículo 24.b de la Carta. En consecuencia, el Comité encuentra que existe una violación del artículo 24.b de la Carta».

Más recientemente, en la Decisión 5 de julio 2022 (núm. 175/19), *Syndicat CFDT de la métallurgie de la Meuse v. France*, ha reiterado este criterio⁴, añadiendo una advertencia a los órganos jurisdiccionales en relación a que el contenido de la CSEr no es meramente programático y que sus decisiones sí son vinculantes para los Estados Partes (pudiendo el art. 24 ser invocado por los trabajadores y por los empleadores en los litigios llevados ante los tribunales)⁵.

A nivel interno y a la espera de la resolución de las dos reclamaciones colectivas admitidas⁶, las reacciones judiciales, como se ha apuntado, han oscilado entorno a dos posturas fundamentalmente: compensaciones vinculadas a una determinada idea de disuasión, por un lado; y las que se ajustan de forma tasada a la existencia y la prueba de un daño, por otro.

Es representativa de la primera (aunque todavía no estaba vigente la CSEr), la SJS/26 Barcelona 31 de julio 2020 (proc. 384/2020), relativa a una extinción por causas objetivas que es calificada como improcedente. No obstante, en virtud del C158 OIT (interpretado conforme a la CSEr 1996), entiende que la indemnización legal tasada no es «suficientemente disuasoria» y, por ello, reconoce una indemnización complementaria de 60.000 € a compensar con la ya percibida, salvo readmisión. Por otra parte, la SJS/26 Barcelona 31 de julio 2020 (proc. 390/2020), en un asunto que participa de bastantes elementos comunes y siguiendo una argumentación similar, fija una indemnización de casi 49.000 € (9 meses de salario), también salvo readmisión. Y, en un tercer supuesto (a diferencia de los dos anteriores, desvinculado de la emergencia sanitaria), la SJS/26 Barcelona 28 de julio 2020 (rec. 848/2019), en un despido disciplinario de una trabajadora fija-discontinua reconocido como improcedente por la empresa, concede una indemnización complementaria de 3.162 € (9 meses de salario), salvo readmisión.

⁴ «El Comité consideró que los límites máximos de indemnización establecidos por el artículo L.1235-3 del Código del Trabajo no son lo suficientemente elevados para reparar el daño sufrido por la víctima y disuadir al empleador. Además, el juez tiene sólo un estrecho margen de maniobra en el examen de las circunstancias individuales de los despidos injustificados. Por ello, el perjuicio real sufrido por el trabajador en cuestión, vinculado a las circunstancias particulares del caso, puede no ser debidamente tenido en cuenta y, por tanto, no subsanado».

⁵ «la Carta establecía obligaciones en virtud del derecho internacional que eran jurídicamente vinculantes para los Estados partes y que el Comité, como órgano creado en virtud de un tratado, tenía la responsabilidad de evaluar jurídicamente si las disposiciones de la Carta se habían aplicado de manera satisfactoria. El Comité considera que corresponde a los tribunales nacionales decidir sobre la cuestión de que se trata (*in casu*, una indemnización adecuada) a la luz de los principios que ha expuesto al respecto o, en su caso, que corresponde al legislador francés dar a los tribunales nacionales los medios para sacar las consecuencias apropiadas en cuanto a la conformidad con la Carta de las disposiciones internas en cuestión».

⁶ Reclamación colectiva de UGT (España) por violación, por parte del Estado español, del artículo 24 de la Carta Social Europea Revisada (presentada en 11/2022) nº 207/2022 UGT c. España; y Reclamación colectiva de CCOO (España) por violación, por parte del Estado español, del artículo 24 de la Carta Social Europea Revisada (presentada en 05/2022) núm. 218/2022 CCOO c. España.

Finalmente, la SJS/1 Reus 16 de julio 2021 (proc. 650/2020) también ha aplicado la idea de la disuasión en el marco de una extinción injustificada durante la pandemia, aunque para determinar el importe económico se ha acudido a los salarios de tramitación *ex art.* 56.2 ET.

Como testimonio de la segunda postura apuntada (hoy, parece que predominante), debe mencionarse la STSJ Cataluña 23 de abril 2021 (rec. 5233/2020) – y que corrige el criterio de la SJS/26 Barcelona 31 de julio 2020 (proc. 384/2020) citada–. En esta sentencia (aunque la CSEr no estaba en vigor) se condiciona la percepción de esta indemnización complementaria a los siguientes requisitos: «por un lado, la notoria y evidente insuficiencia de la indemnización por resultar la misma manifiestamente exigua; por otro, que sea clara y evidente la existencia de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato (...) podrá fijarse otra superior que alcance a compensar los totales daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daño moral...) que el ilícito acto del despido haya podido causar». Si se dan estas circunstancias, afirma que, para evitar «posibles subjetivismos que conllevarían desconcierto entre los operadores jurídicos e incertidumbres jurídicas», podría reconocerse también la indemnización prevista en el art. 281.2 b) LRJS (esto es, quince días por año de servicio y un máximo de 12 mensualidades). No obstante, también admite que la «indemnización adecuada» en las citadas situaciones «pueda integrar también otros conceptos resarcitorios cuando la conducta extintiva del empleador cause perjuicios a la persona asalariada que superen el mero lucro cesante. Sin embargo, habrá que observar que dicha posibilidad se inserta en el marco del artículo 1106 CC – en relación al 1101 del mismo cuerpo legal– lo que exige que esos daños sean cuantificados en la demanda y acreditados en el acto del juicio, lo que descarta la mera aplicación de oficio por el órgano judicial»⁷.

Son diversas las resoluciones del TSJ de Cataluña ratificando este cuerpo de doctrina⁸; y algunos órganos jurisdiccionales (al menos, *obiter dicta*) se han adherido a este planteamiento⁹. La admisión de esta posibilidad, no obstante, no ha derivado en el reconocimiento automático de estas compensaciones (son

⁷ La SJS/26 Barcelona 21 de noviembre 2022 (rec. 294/2021), en un caso anterior a la entrada en vigor de la CSEr, tras declarar la improcedencia del despido (en aplicación del art. 2 RD Ley 9/2020, según la interpretación de la STS 19 de octubre 2022, rec. 2206/2021) y aplicar la doctrina de la STSJ Cataluña 23 de abril 2021 (rec. 5233/2020) citada, es la primera (que se tenga constancia) que ha reconocido la indemnización complementaria prevista en el art. 281.2 b) de la LRJS.

⁸ Criterio que se reitera en las SSTSJ Cataluña 20 de mayo 2021 (rec. 5234/2020); y 14 de julio 2021 (rec. 1811/2021); y 30 de mayo 2022 (rec. 538/2022). La primera revoca la SJS/26 Barcelona 31 de julio 2020 (proc. 390/2020) citada. Y la última hace lo mismo con respecto a la SJS/1 Reus 16 de julio 2021 (proc. 650/2020).

⁹ Véase (que se tenga constancia), las SSTSJ Galicia 27 de mayo 2022 (rec. 1631/2022); Navarra 24 de junio 2021 (rec. 198/2021); y CyL/Valladolid 1 de marzo 2021 (rec. 103/2021).

diversas las sentencias en las que se ha rechazado ante la falta de alegación y acreditación de los daños¹⁰). No obstante, la STSJ Cataluña 30 de enero 2023 (rec. 6219/2022), por primera vez, ha reconocido una compensación por el lucro cesante provocado por una extinción por causas objetivas que estima (controvertidamente) injustificada, justo antes de la tramitación de un ERTE de acuerdo con el derecho de la emergencia, y por la consiguiente imposibilidad de acceder a la prestación por desempleo¹¹.

En cualquier caso, para acabar de completar esta aproximación, también debe hacerse mención al hecho de que la doctrina judicial no es pacífica porque, antes de la entrada en vigor de la CSEr, son también diversas las resoluciones que (con buen criterio a mi entender¹²) han rechazado de forma explícita la posibilidad de exigir una indemnización complementaria¹³.

Desde mi punto de vista, hacer una valoración de la adecuación de la indemnización legal tasada teniendo en cuenta el carácter más o menos disuasorio,

¹⁰ SSTSJ Cataluña 11 de noviembre 2022 (rec. 3368/2022); 16 de septiembre 2022 (rec. 1959/2022); (2) 4 de julio 2022 (rec. 792/2022; y rec. 2350/2022); 13 de mayo 2022 (rec. 500/2022); STSJ Andalucía/Granada 19 de enero 2023 (rec. 1047/2022).

¹¹ Se trata de un caso de despido objetivo antes de la entrada en vigor del RD Ley 9/2020 y en el que la empresa abona una indemnización superior a la legal tasada. El TSJ entiende que la extinción es improcedente (en aplicación del art. 2 RD Ley 9/2020, según la interpretación de la STS 19 de octubre 2022, rec. 2206/2021, por la coyunturalidad de la medida) y abusivo porque la empresa a los pocos días ha planteado un ERTE. Reconoce indemnización complementaria a la legal tasada por el lucro cesante derivado de la no percepción de la prestación por desempleo que le hubiera correspondido si hubiera sido incluido en el ERTE. Un análisis crítico de esta resolución en Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Primera indemnización complementaria a la legal tasada en despido objetivo improcedente, calculada a partir del desempleo no percibido (STSJ Cataluña 30/1/23)”, BLOG DEL AUTOR [en línea], 7 de febrero 2023. Disponible en: <https://ignasibeltran.com/2023/02/07/primera-indemnizacion-complementaria-a-la-legal-tasada-en-despido-objetivo-improcedente-calculada-a-partir-del-desempleo-no-percibido-stsj-cataluna-23-1-23/> [consulta: 01/03/2023].

¹² Como expone la STSJ Madrid 17 de marzo 2021 (rec. 85/2021) -recogiendo el criterio de la STSJ CyL/Valladolid 18 de mayo 2016 (rec. 361/2016)-: «no cabe aplicar, como se hace en la sentencia de instancia, el artículo 24 de la Carta Social Europea revisada, puesto que se trata de un tratado internacional que no ha sido ratificado todavía por España y no está publicado en el Boletín Oficial del Estado. Por tanto la interpretación que pueda hacerse de dicho precepto por el Comité de Derechos Sociales del Consejo de Europa no es relevante para este litigio, porque el propio precepto no es aplicable. Cuando finalice el proceso de ratificación de la Carta Social revisada por España y el nuevo tratado sea objeto de publicación oficial podrá plantearse la naturaleza vinculante del ‘Derecho derivado’ resultante del tratado, esto es, de las resoluciones de órganos del Consejo de Europa como el Comité de Derechos Sociales». De hecho, la STS 29 de marzo 2022 (rec. 270/2022) a propósito del art. 52.d ET ha rechazado la aplicación de la CSEr a un despido anterior a su entrada en vigor.

¹³ La STSJ Andalucía/Granada 9 de junio 2022 (rec. 3127/2021), en un supuesto en el que no es aplicable la CSEr por motivos temporales, rechaza (siguiendo el razonamiento del ATC 35/2015, 17 de febrero 2015) que, a la luz del Convenio 158 OIT, pueda solicitarse una indemnización complementaria a la legal tasada. Ver también las SSTSJ CLM 1 de diciembre

nos lleva a unos senderos muy *resbaladizos* (y de una extraordinaria inseguridad jurídica). En términos de efectividad, la *disuasión* es un factor que tiene un carácter esencialmente subjetivo o introspectivo y, por este motivo, deberíamos tratar de huir de él (al menos desde un punto de vista jurídico). Además, las valoraciones que, a partir de los datos *visibles*, califican a la indemnización legal tasada como ineficaz (porque no contiene a los empresarios suficientemente), podrían estar afectadas por lo que se conoce como el *sesgo de supervivencia*¹⁴. La indemnización legal tasada tiende a calificarse como escasamente disuasiva a partir de los casos de extinción injustificada *visibles* (y no se tiene en cuenta los casos *en la sombra* en los que sí ha sido efectiva y el empresario, finalmente, no ha optado por la ineficacia contractual). El desconocimiento de este número *en la sombra*, dificulta la posibilidad de conocer con exactitud la efectividad disuasiva real. O, dicho de otro modo, apelar a la ausencia de efectividad para justificar un incremento de la indemnización, en puridad, se fundamenta en unos cimientos de arena. Por otra parte, el carácter *resbaladizo* de la disuasión radica en su dimensión subjetiva o introspectiva de su efectividad (pues, probablemente, depende de lo que, en términos de la economía, se denomina coste de oportunidad y éste, a su vez, depende de las alternativas más o menos holgadas que se tengan al alcance). Con estas líneas no se pretende negar que los empresarios estén efectivamente despidiendo sin causa, ni tampoco que su número pueda ser elevado. Simplemente se pretende constatar que, en la medida de lo posible, convendría evitar que estas compensaciones traten de buscar la disuasión (porque su delimitación jurídica inevitablemente será *líquida* –y, como se apuntará, además, podría ser una fuente de ruido–). En cambio, es más ajustado condicionar la indemnización complementaria que estaría admitiendo la entrada en vigor de la CSEr a la acreditación y prueba de los daños padecidos.

En todo caso, a la hora de determinar la *adecuación* de esta compensación complementaria debería tenerse en cuenta un elemento que podría ser determinante. Según el art. 24 CSEr, la *indemnización* (o *compensación* en los términos del CEDS) y la *otra reparación* se formulan como equivalentes. Esto suscita la pregunta de qué debe entenderse por este último concepto; y, especialmente, si ambos podrían combinarse de algún modo para alcanzar la citada *adecuación* (una parte en forma de *indemnización* y otra parte en forma de *otra reparación*).

2021 (rec. 1807/2020); Asturias 13 y 27 de julio 2021 (rec. 1389/2021; y rec. 1574/2021); 19 de octubre 2021 (rec. 1905/2021); 21 de diciembre 2021 (rec. 2295/2021); 29 de noviembre 2022 (rec. 1841/2022); País Vasco (2) 12 de enero 2021 (rec. 1507/2020; y rec. 1563/2020); 23 de marzo 2021 (rec. 360/2021); 5 de mayo 2022 (rec. 289/2022); 1 de junio 2021 (rec. 901/2021); y 12 de junio 2022 (rec. 1498/2022); Galicia 23 de marzo 2021 (rec. 360/2021); 8 de junio 2022 (rec. 2833/2022); 8 de septiembre 2022 (rec. 3073/2022); y Madrid 1 y 18 de marzo 2021 (rec. 596/2020; y rec. 136/2021); y 22 de septiembre 2022 (rec. 483/2022).

¹⁴ Véase, extensamente al respecto, Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Valor social del trabajo y el despido injustificado ‘agravado’”, REVISTA INTERNACIONAL Y COMPARADA DE RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO, núm. 10, vol. I, 2022 (39 – 68).

Es en este ámbito en el que, quizás, el Convenio núm. 158 podría jugar un papel importante (en aras a armonizar ambas normativas aplicables)¹⁵. Partiendo de la base de que, como se ha transcrito, el art. 10 también distingue entre *indemnización* y *otra reparación*, debe ponerse el foco en el contenido del art. 12.¹⁶ Según esta norma, es indiferente cómo se financia la situación derivada de la pérdida del empleo: puede asumir todo el coste el empresario (o por un fondo financiado por los empresarios); puede pagarse mediante *prestaciones* de la Seguridad Social (es decir, por entes públicos –sin que tampoco se predetermine cómo deben financiarse–); o bien, un modelo mixto (una parte el empleador y la otra las prestaciones públicas).

Esta riqueza en el planteamiento es muy interesante, pues, en el fondo, nada predetermina quién debe asumir el coste de la extinción del contrato. Será la resultante de una convención político-social. Muestra de ello, es que (como recordarán), para el caso del despido objetivo de determinadas empresas, durante un tiempo, el FOGASA asumía una parte importante de la indemnización. Y también responde a esta lógica el reparto del porcentaje en la cotización de la prestación por desempleo (y con independencia del origen imputable o inimputable de la causa extintiva).

Es obvio que, en función de cómo se haga el reparto de estos costes, pueden derivarse unos comportamientos u otros (y también la solvencia del responsable y la pronta y efectiva compensación del afectado puede variar en un caso u otro). La escala que propone el Convenio núm. 158 está formulada con tal flexibilidad que el ordenamiento nacional puede *posarse* en cualquier punto de la misma. Reitero, no queda predeterminado en modo alguno¹⁷.

¹⁵ De hecho, ya lo es en relación al art. 24 CSEr. Como expone el apartado 86 del *Rapport explicatif – STE 163 – Charte sociale européenne (révisée): «La disposition s’inspire de la Convention n° 158 de l’OIT (cessation de la relation de travail) de 1982».*

¹⁶ El art. 12 reza como sigue: «1. De conformidad con la legislación y la práctica nacionales, todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho: (a) a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores; o (b) a prestaciones del seguro de desempleo, de un régimen de asistencia a los desempleados o de otras formas de seguridad social, tales como las prestaciones de vejez o de invalidez, bajo las condiciones normales a que están sujetas dichas prestaciones; o (c) a una combinación de tales indemnizaciones o prestaciones. 2. Cuando el trabajador no reúna las condiciones de calificación para tener derecho a las prestaciones de un seguro de desempleo o de asistencia a los desempleados en virtud de un sistema de alcance general, no será exigible el pago de las indemnizaciones o prestaciones mencionadas en el párrafo 1, apartado a), del presente artículo por el solo hecho de que el trabajador no reciba prestaciones de desempleo en virtud del apartado b) de dicho párrafo. 3. En caso de terminación por falta grave podrá preverse la pérdida del derecho a percibir las indemnizaciones o prestaciones mencionadas en el párrafo 1, apartado a), del presente artículo por los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio».

¹⁷ El planteamiento de G. Calabresi (*El coste de los accidentes*, Ariel, 1984) es muy ilustrativa de todas las opciones que una arquitectura normativa de estas características habilita en términos de reparto de los costes, financiación y efectos en el comportamiento de los afectados en términos de racionalidad del agente y de la justicia social.

Ni el Convenio núm. 158 ni la CSEr establecen quién debe abonar (financiar) el coste de la pérdida del empleo. El CEDS exige que la tasación no impida que se aproxime al daño sufrido (pero su traducción económica puede compensarse y financiarse de muchas formas). Así pues, a la hora de valorar la *adecuación* de la indemnización, o bien, el carácter más o menos apropiado de la *otra reparación* que menciona el art. 10, parece que sí deben tenerse en cuenta las prestaciones o subsidios por desempleo a las que hace referencia el art. 12. O, dicho de otro modo, son elementos a considerar a la hora de hacer el balance de la situación en la que queda una persona que ha perdido su empleo. De hecho, la citada STSJ Cataluña 30 de enero 2023 (rec. 6219/2022), al tener en cuenta la prestación y el subsidio por desempleo (en concreto, la falta de ellos) para determinar el lucro cesante que justifica el reconocimiento de una compensación complementaria a la legal tasada, estaría validando (indirectamente) la aproximación que aquí se sostiene.

Es cierto que el art. 12, al referirse a la *indemnización* no la califica como adecuada o no (nada dice) y podría pensarse que este artículo va dirigido a otro tipo de motivo extintivo (distinto del que hace referencia el art. 10). Ciertamente, no lo creo. Nada en la redacción del primero permite concluir esta acotación.

También podría objetarse que una cosa es la CSEr y otra distinta el Convenio núm. 158 y que, por consiguiente, el contenido del art. 12 no puede emplearse para completar la interpretación que ha hecho el CEDS del art. 24 CSEr. No obstante, la armonización de ambas disposiciones no es facultativa¹⁸.

A la luz de todo lo expuesto y en la medida que no existe un marco normativo explícito (o, al menos, no lo suficientemente claro) que decante la decisión

¹⁸ Recogiendo este planteamiento, SJS/10 de Barcelona 14 de marzo 2023 (núm. 655/2022). Disponible en: <https://ignasibeltran.com/extincion-contrato-despido-improcedencia/#adecuada>. Resolución que también aporta algunas notas relevantes a los efectos de concretar el concepto de compensación “adecuada” (muy oportunas en este momento del debate): «Ello implica, en la valoración de dicha reparación complementaria por daños y perjuicios singulares y en términos relacionados en doctrina judicial citada, ponderar aspectos como el carácter exiguo de la indemnización a reconocer a la persona trabajadora como tasada por alguna de las vías expresamente prevista en la normativa interna, la naturaleza de la conducta empresarial en cuanto a su gravedad o incidencia en la vulneración de derechos, ordinarios laborales o fundamentales de la persona trabajadora y, especialmente al tratarse de un resarcimiento o compensación por daños y perjuicios derivados de la extinción del contrato de trabajo, exigir su alegación en demanda (en ningún caso sería aplicable de oficio), su fundamento a los efectos de poder ser reconocida dicha compensación singular así como su cómputo y, lógicamente, su prueba en el acto de juicio. En dicha exigencia de alegación y prueba del daño y perjuicio sufrido a indemnizar como complemento de las distintas indemnizaciones fijadas legalmente cabría valorar aspectos como los que algunas de las sentencias citadas destacan: la acreditación por la persona trabajadora de la pérdida de un empleo al haber aceptado una oferta de trabajo extinguida de forma antijurídica por el empleador con indemnización exigua; el acceso o no tras dicho despido de la persona trabajadora al mercado de trabajo postdespido; el posible abono de gastos por traslado que, como daño emergente, la persona trabajadora haya podido asumir, personalmente e incluso con miembros de su familia, al aceptar una oferta de trabajo extinguida sin indemnización legal “adecuada”; posibles daños psicológicos

por uno u otro, es probable que, hasta que no se unifique la doctrina, en los próximos meses, se observe una cierta variabilidad en los juicios emitidos por los órganos jurisdiccionales inferiores; y se oscile entre conceder o no un importe complementario y, para el caso de que se haga, con cuantías dispares.

En definitiva, con estos mimbres, se dan las condiciones *óptimas* para la proliferación del indeseado ruido. Es, pues, el momento de hablar de él.

3. CONCEPTO DE RUIDO Y TIPOLOGÍAS

Si nos piden evaluar dos veces la misma información (por ejemplo, cuando un profesor corrige un trabajo o un juez al determinar una pena de prisión), podríamos acabar dando respuestas diferentes. La existencia de estas dispersiones aleatorias no esperadas, en el fondo, evidencia que las personas «son incorregiblemente inconsistentes cuando hacen juicios sumarios sobre información compleja»¹⁹.

Lo que caracteriza a esta variabilidad es la existencia de estímulos inadvertidos (algunos prácticamente imperceptibles y/o quisquillosamente sutiles) que ejercen una influencia determinante en nuestros pensamientos y acciones. Con la particularidad de que estos influjos siempre fluctúan entre un momento y otro (y pueden precipitar un viraje)²⁰.

Esto significa que, al someter una controversia como la descrita en el apartado anterior a la Administración de Justicia, sin pretenderlo, los ciudadanos están participando en una doble *lotería*, porque (y espero no estar ofendiendo ninguna sensibilidad) la solución puede quedar anclada a una cuestión total (y doblemente) azarosa²¹: el reparto del caso entre los diversos órganos jurisdiccionales (primera lotería); y el momento en el que éstos conocen la causa (segunda lotería). Si se hubiera asignado el asunto a otro juzgador y/o el designado hubiera resuelto el asunto en otro momento, es altamente probable que no coincidiría. Esto puede ser una fuente de elevada (e indeseada) incertidumbre. Como tal, en los términos que se van a emplear en este trabajo (y como se ha avanzado), esta disparidad será calificada como ruido.

derivados de dicha extinción antijurídica por el empresario de la relación laboral; de admitirse como “otra reparación apropiada”, el derecho o no al acceso de la prestación o subsidio de desempleo... O cualquier otro elemento justificativo de padecer un daño y/o perjuicio, vinculado al despido antijurídico o en fraude de ley-abuso de derecho por el empresario y que acredite el reconocimiento del daño, la necesidad de su reparación derivado de la medida empresarial extintiva así como el cómputo de la cuantía de dicha reparación “apropiada”».

¹⁹ Kahneman, D., *Pensar rápido, pensar despacio*, Penguin Random House, Barcelona, 2012, p. 294.

²⁰ Kahneman, *Pensar rápido...*, *op. cit.*, p. 294 y 295.

²¹ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, 96 y 97.

El error en el juicio humano tiene, fundamentalmente, dos componentes. Uno es el ruido. El otro es el sesgo²². Mientras que, el primero es impredecible, el segundo (al que se hará referencia posteriormente) presenta una sistematicidad en la desviación que no concurre en el primero²³. El ruido es un fenómeno que debe ser combatido porque (como el sesgo) puede ser perjudicial²⁴. Y debe advertirse que puede serlo, aunque los juicios no sean verificables y el error no pueda medirse²⁵.

Para comprender su extraordinaria influencia en la toma de decisiones, con carácter propedéutico, debe delimitarse el objeto de estudio y, en particular, qué debe entenderse por *medición*. En términos generales, este concepto se refiere «al acto de utilizar un instrumento para asignar un valor de una escala a un objeto» (por ejemplo, cuando se mide una longitud con una cinta métrica). Esta acción lleva implícita la idea de exactitud (o, al menos, el intento de alcanzarla con los medios al alcance). El acto de hacer un juicio (por un médico, un profesor o un juez) participa también de estas notas características, porque se asigna un valor a una escala²⁶.

La búsqueda de *exactitud* que todo juicio persigue (entendida en términos de «acercarse a la verdad y minimizar el error»), lleva implícita la idea de una «expectativa de desacuerdo limitado»²⁷. El grado de dificultad del problema que se está evaluando (la apuntada medición) es lo que determinará el grado de desacuerdo aceptable (que, inevitablemente, dependerá de una percepción subjetiva). Esto lo distingue, por ejemplo, de las *cuestiones de hecho* (como la fórmula de un componente químico o la suma de 1+1). En estos casos, la disparidad en los juicios

²² Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 57 y 56.

²³ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 14. En otros ámbitos, como, por ejemplo, la estadística (o más precisamente, *teoría de la detección de señales* o *teoría estadística de la decisión*), el término «ruido» tiende a contraponerse al de «señal». Refiriéndose este último a los datos que operan como un indicador genuino del mundo y al primero como un dato que carece de fiabilidad o coherencia. Ver al respecto, Pinker, S., *Racionalidad*, Paidós, 2022, p. 239 y ss.; o Silver, N., *La señal y el ruido*, Atalaya, 2014.

²⁴ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 401. Anticipándome a posibles objeciones y como apuntan los citados autores (*op. cit.*, p. 41) es un error pensar que toda variabilidad en los juicios no deseada *no importa*, porque, tratándose de errores aleatorios (el método de reparto casi responde a esta lógica), estos acaban cancelándose entre sí. Lo anterior podría admitirse como válido si todos estos juicios fueran sobre un mismo caso o problema (por ejemplo, si tuviéramos que medir a ojo la longitud de un lápiz y lo hacemos en diversas ocasiones obteniendo la media). Sin embargo, esta no es una particularidad que esté presente en los conflictos jurídicos que son objeto de este estudio, pues, se trata de casos diferentes que, en función del juez que conoce la causa, pueden ser resueltos mediante juicios variables. Y, en estos supuestos, «los errores no se cancelan: se suman». Para facilitar la comprensión de esta idea, repárese en la siguiente situación: «si dos malhechores que deberían ser condenados a cinco años de prisión reciben sentencias de tres y siete años, nadie podrá decir que se ha hecho justicia».

²⁵ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 401.

²⁶ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 55.

²⁷ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 59.

no es tolerable (nadie aceptaría que el resultado de la citada suma fuera 5). También se distingue, en el otro extremo, de las *cuestiones de gusto* (como las disparidades de opinión sobre estilos musicales). La variabilidad en este tipo de valoraciones puede ser, incluso, bienvenida.

Conforme a este marco conceptual, un *juicio* puede describirse como una «medición en la que el instrumento es una mente humana». Apela, por consiguiente, a un concepto limitado, distinto, por ejemplo, del de *pensar*. Esto significa que, «si un juicio da un valor real, dos juicios diferentes no pueden ser ambos correctos». Por otra parte, es obvio que, pese a que el objetivo es la exactitud, alcanzar la perfección en la medición no es posible. Esto permite compartir una importante conclusión: en los juicios «siempre habrá errores, de los cuales unos se deberán al sesgo y otros al ruido».

Un elemento que puede ayudar a comprender el concepto de ruido es que pueden reconocerse decisiones *ruidosas* a pesar de que no sepamos cuál es la *respuesta* a un conflicto o, incluso, aunque sea imposible saberlo. Volviendo al ejemplo del principio, en la profesión médica no es infrecuente que se formulen diferentes diagnósticos para un mismo paciente; y puede observarse y analizarse este desacuerdo sin saber exactamente qué es lo que le sucede al enfermo. Lo mismo sería extrapolable a otras profesiones (como, por ejemplo, en la evaluación de un trabajo universitario o en las resoluciones de los Tribunales).

Dada la incertidumbre que caracteriza la sociedad contemporánea, la emisión de un juicio (en cualquier ámbito) es una tarea compleja. O, formulado de otro modo: el desacuerdo es inevitable cuando se emite una valoración de esta naturaleza²⁸. En definitiva, «dondequiera que haya juicio, hay ruido». Por consiguiente, está más generalizado de lo que podría intuirse. Lo que sucede es que la aleatoriedad intrínseca del ruido hace que el error sea impredecible, no pueda verse ni explicarse con facilidad. Normalmente, se observará (cuando sea posible) retrospectivamente y a partir de un análisis de la variabilidad estadística de juicios similares. Pero si no se hace, permanecerá oculto. De ahí que pueda ser calificado como un *enemigo invisible*. Lo que delimita un efecto, en cierto modo, paradójico, pues, «impedir el asalto de un enemigo invisible solo puede proporcionar una victoria invisible» (del mismo modo que lavarse las manos evita que entren en nuestro cuerpo agentes patógenos desconocidos). En cualquier caso, esta ignorancia no impide que sea (absolutamente) necesario prevenirse²⁹.

Los juicios que emiten los órganos jurisdiccionales en los casos objeto de estudio (en tanto que evaluativos) participan activamente de las características

²⁸ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 32, 33 y 45.

²⁹ De ahí que se refieran (Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 270) a la idea de la *higiene de las decisiones*. Esto es, la necesidad de «prevenir una gama no especificada de posibles errores antes de que estos se produzcan».

recién descritas y, además, aunque dependan de los valores y preferencias de quienes los hacen, es obvio que no son meras cuestiones de gusto u opinión³⁰. En cualquier caso, es claro que «no hay forma objetiva de determinar cuál es el 'valor real' de una sentencia para un caso particular»³¹. Y también lo es que cuanto más información se tenga sobre un determinado asunto, más ocasiones hay de que los jueces difieran entre sí (especialmente porque mayores serán las pistas en conflicto que habrá que ponderar).

Cuando se habla de ruido pueden identificarse diversos tipos. El *ruido de sistema* se refiere a la variabilidad no deseada en juicios que idealmente deberían ser idénticos³². Y es claro que, a diferencia de la diversidad deseada cuando se trata de exponer los gustos (por ejemplo, cuando se nos pregunta sobre un paisaje o una ciudad), no parece que las diferencias por encima del grado de desacuerdo aceptable sean bien recibidas en los juicios profesionales³³. Y, en el ámbito judicial, es obvio que esta inconsistencia «puede generar una injusticia rampante, elevados costes económicos y muchas clases de errores»³⁴.

En efecto, como apuntan Kahneman, Sibony y Sunstein (en una extensa cita, pero especialmente ilustrativa), «en cualquier sistema en el que se supone que los juzgadores son intercambiables y se asignan de forma casi alegatoria, los grandes desacuerdos sobre el mismo caso quebrantan las expectativas de justicia y coherencia. Si hay grandes diferencias en las condenas impuestas a un mismo tipo de acusado, estamos en el ámbito de las 'crueldades arbitrarias' que denunció el Juez Frankel³⁵. Incluso los jueces que creen en el valor de la individualización de las sentencias (...) estarán de acuerdo en que un nivel de desacuerdo que convierta un juicio en una lotería es problemático». Reflexión que complementan con esta otra (especialmente, contundente y que ya se ha recogido al inicio de este ensayo): «las personas que se ven afectadas por juicios evaluativos esperan que los valores que reflejan esos juicios sean los del sistema, no los de los juzgadores individuales»³⁶.

La idea de ruido no es incompatible con aquellas situaciones en las que debe emitirse una valoración *única*, esto es, a juicios singulares que no se van a repetir *exactamente* nunca más (porque, las circunstancias concurrentes no son reproducibles). Aunque es obvio que no hay forma de observar el ruido cuando no se

³⁰ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 67.

³¹ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 86 y 89.

³² Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 33.

³³ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 39.

³⁴ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 33.

³⁵ El Juez M. Frankel promovió en los EE.UU un movimiento para tratar de contener la variabilidad injustificada en las resoluciones judiciales (el ruido), culminando con la promulgación en 1984 de la Ley de Reforma de las Sentencias.

³⁶ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 68.

van a producir más valoraciones sobre el mismo problema, las fuentes del ruido (esto es, los factores que lo producen en las decisiones recurrentes) están constantemente presentes; especialmente, porque si se adopta una visión contrafáctica, es fácil concluir que esa misma persona que ha tomado una decisión única (o singular), hubiera podido alcanzar otra distinta³⁷.

Los componentes del *ruido de sistema* son, en esencia, dos: el *ruido de nivel* y el *ruido de patrón*. El primero es ampliamente conocido por los abogados y graduados sociales y acostumbra a identificarse con la *reputación* que tiene cada juez (del mismo modo que los profesores a la hora de evaluar también ostentan la suya entre los estudiantes). Esta característica (que vendría a describir una especie de rasgo de personalidad, alimentando con numerosas y difícilmente escrutables causas, pero que no tiene nada que ver con la justicia), incide en los juicios y describe una cierta desviación respecto de lo que sería la media de los de otros jueces. Y, por este motivo (y de acuerdo con los parámetros de este estudio), debe ser calificada como un *error* (en este caso, *de nivel*)³⁸.

En paralelo, si se analizara los juicios de cada juez y se obtuviera la media de sus evaluaciones, se observaría que, en algunos casos son más duros que su media personal, y en otros más indulgentes. Estas desviaciones (respecto de uno mismo), y que pueden ser más o menos conscientes, son calificadas como *ruido de patrón*. Y reciben esta denominación por Kahneman, Sibony y Sunstein porque «refleja un patrón complejo en las actitudes de los jueces hacia casos particulares. Un juez puede ser más duro que la media en general, pero algo más indulgente con los delincuentes de cuello blanco. Otro puede estar inclinado a castigar con ligereza, pero con mayor severidad cuando el delincuente reincide»³⁹. En definitiva, se trata de una variable estable, esto es, «subproducto de nuestra singularidad, de nuestra personalidad juzgadora»⁴⁰. Anteriormente, se ha hecho referencia a dos loterías a las que se enfrenta un ciudadano al que se le asigna un juez que le juzgará. Pues bien, como exponen los citados autores, la primera «selecciona un conjunto caleidoscópico de valores, preferencias, creencias, recuerdos, experiencias y asociaciones que son únicas de ese

³⁷ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 49 y 50. Para complementar esta idea, estos autores afirman (51), «si las decisiones singulares son exactamente tan ruidosas como las recurrentes, las estrategias que reducen el ruido en las decisiones recurrentes deberían mejorar también la calidad de las decisiones singulares». Y añaden: «desde la perspectiva de la reducción del ruido, ‘una decisión singular es una decisión recurrente que ocurre solo una vez’».

³⁸ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 89 y 90. Es importante puntualizar que las valoraciones que se recogen del estudio de estos autores (85 y ss.) se fundamentan en las conclusiones extraídas de un estudio realizado a partir de 16 casos hipotéticos y las entrevistas efectuadas a 208 jueces federales de EEUU a los que se les pidió que dictaran una sentencia (sería muy interesante que este estudio pudiera reproducirse en nuestro país a propósito del objeto de este estudio).

³⁹ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 91.

⁴⁰ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 240.

profesional en particular. Cada vez que alguien emite un juicio, lo hace también con su particular bagaje. Lo hace con los hábitos mentales que se formó en el ejercicio de la profesión y la sabiduría obtenida de los que fueron sus mentores. Se lleva consigo los éxitos que le hicieron ganar confianza y los errores que cuidadosamente procura no repetir. Y, en algún lugar de su cerebro, están las reglas formales que recuerda, las que olvidó y las que aprendió que era mejor ignorar. Ninguna persona es exactamente igual a él en todos estos aspectos; sus errores de patrón estables son exclusivos de él»⁴¹.

Finalmente, hay un tercer tipo de error, referido a circunstancias difícilmente predecibles y que también se caracterizan porque no son subsumibles a una única dimensión o categoría. Aunque resulte difícil de creer, el día de la semana en el que se celebra un juicio, la secuencia de casos previos y los que uno es capaz de recordar, el estado de ánimo, el cansancio y/o el estrés del evaluador o las circunstancias personales y/o de sus familiares más próximos, el último resultado de su equipo deportivo favorito o la mayor o menor temperatura exterior, son factores que pueden provocar una desviación en las evaluaciones (afirmación que, como se ha avanzado, ha sido contrastada empíricamente a partir de miles de casos⁴²). Esta variabilidad debida a efectos transitorios (y que puede tener un origen interno y/o externo a uno mismo), es calificada como *ruido de ocasión*⁴³. Y, precisamente, esta variable

⁴¹ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 228 y 229.

⁴² Por ejemplo (Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 28 y 29), «se ha comprobado que es más probable que los jueces concedan la libertad condicional al comienzo del día o después de una pausa para comer que inmediatamente antes de dicha pausa. Si los jueces están hambrientos, son más duros. Un estudio realizado sobre miles de decisiones tomadas por tribunales de menores encontró que, cuando el equipo de fútbol americano local pierde un partido el fin de semana, los jueces toman decisiones más duras el lunes (y, en menor medida, el resto de la semana). Los acusados negros se llevaron, con diferencia, la peor parte. Un estudio diferente examinó durante tres décadas un millón y medio de decisiones judiciales y encontró que, en los días que seguían a una derrota del equipo de fútbol americano de la ciudad, los jueces eran más severos que durante los días siguientes a una victoria. Un estudio de seis millones de decisiones tomadas por jueces en Francia durante doce años encontró que estos eran más indulgentes con los acusados en el día de su cumpleaños. (En el cumpleaños del acusado; sospechamos que los jueces podrían ser más indulgentes también en sus propios cumpleaños, aunque, por lo que sabemos, esa hipótesis no ha sido contrastada.) Incluso algo tan irrelevante como la temperatura exterior puede influir en los jueces. Una revisión de doscientas siete mil decisiones que tomaron los tribunales de inmigración en cuatro años encontró un efecto significativo de las variaciones diarias de temperatura: cuando fuera hacía calor, era menos probable obtener asilo. Si el solicitante sufre persecución política en su país de origen y busca asilo en otro, debe mantener la esperanza y tal vez rezar por que haga un día más fresco». O bien, (Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 105), «En Estados Unidos, los jueces de asilo político, por ejemplo, tienen un 19 por ciento menos de probabilidades de conceder asilo a un solicitante cuando los dos casos anteriores fueron admitidos».

⁴³ Como apuntan Kahneman, Sibony y Sunstein (*Ruido*, *op. cit.*, p. 104), «nadie es la misma persona en todo momento. Al variar el estado de ánimo (algo de lo que, por supuesto, somos conscientes), algunas características de la maquinaria cognitiva varían con él (algo de lo que 'no' somos plenamente conscientes). Si se nos muestra un problema de juicio complejo, nuestro estado de ánimo en ese momento puede influir en nuestro planteamiento del problema y en las conclusiones

inestable, hace referencia a la segunda de las loterías anteriormente descritas, porque «es la que escoge el momento en que una persona emite su juicio, el estado de ánimo en que se encuentra y otras circunstancias ajenas que no deberían afectar a su juicio, pero que lo hacen»⁴⁴.

La disección del ruido y de sus tipologías llevadas a cabo hasta el momento, debe ser complementada (siguiendo también con un propósito propedéutico) con una breve referencia a algunos tipos de sesgos que están presentes en los juicios, pues pueden ser los causantes de errores y, por consiguiente, de ruido. Extremo que ocupa el epígrafe que sigue.

4. SESGOS QUE PRODUCEN RUIDO

Partiendo de la base de que tenemos un tiempo y una capacidad cerebral limitados, los seres humanos se sirven de sencillas reglas generales (denominadas *heurísticas*⁴⁵) para facilitar la toma de decisiones⁴⁶. Estos atajos cognitivos llevan a las personas a cometer *errores predecibles* (y, por ende, sistemáticos), que reciben el nombre de *sesgos*.

Por ejemplo, cuando se nos formula una pregunta difícil, en ocasiones, tendemos a responderla acudiendo a una pregunta más fácil (que sí podemos responder). Para ilustrar esta forma de actuar (muy humana) reparen en las siguientes cuestiones: a la pregunta «¿Creo en el cambio climático?», no es infrecuente que la sustituyamos por otra más sencilla: «¿Me fío de las personas que dicen que existe?». O, la pregunta «¿Estoy satisfecho con mi vida en general?», podemos resolverla dando respuesta a la siguiente: «¿Cuál es mi estado de ánimo en este momento?». Pues bien, lo que trasciende de esta forma de proceder es que «la sustitución de una pregunta por otra conducirá a una respuesta que no otorga a los diferentes aspectos de las pruebas su peso adecuado, y una ponderación incorrecta de las pruebas da lugar de forma inevitable a un error»⁴⁷.

a que lleguemos, incluso cuando creamos que nuestro estado de ánimo no tiene esa influencia y aunque podamos justificar con Seguridad la respuesta que hemos dados. En suma, todos somos ruidosos». Por otra parte, lo que se conoce como *psicología de la escasez* (Mullainathan, S. y Shafir, E., *Escasez*, Fondo de Cultura Económica, 2016) también ha hecho importantes descubrimientos en relación con la afectación de la escasez de cualquier clase, y no sólo de tiempo, en la toma de decisiones y la reducción de la capacidad cognitiva. Lo que, obviamente, podría afectar a los jueces (por ejemplo, si la carga de trabajo es excesiva).

⁴⁴ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, 229.

⁴⁵ En concreto, este término (Kahneman, *Pensar rápido...*, *op. cit.*, p. 33) se refiere a un «procedimiento sencillo que nos ayuda a encontrar respuestas adecuadas, aunque a menudo imperfectas, a preguntas difíciles. La palabra tiene la misma raíz que *eureka*».

⁴⁶ Thaler, R. H., *Todo lo que he aprendido con la psicología económica*. Deusto, Barcelona, 2016, p. 52 y 53.

⁴⁷ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 187 y 188.

Junto al recién expuesto *sesgo de sustitución*, pueden concurrir otros con una incidencia notable en nuestros juicios (y, obviamente, en el de los jueces). Por ejemplo, no es infrecuente que se inicie «el proceso de juzgar con la inclinación a una conclusión en particular»⁴⁸. En estos casos, se tiende a reunir e interpretar «las pruebas de forma selectiva para preferir un juicio que ya creemos verdadero o que deseamos que lo sea». Este *sesgo de conclusión* (que puede tener diversas manifestaciones, como el conocido *efecto de anclaje*⁴⁹), también puede combinarse con nuestra tendencia a sacar conclusiones precipitadas a partir de muy poca información. Este sesgo de *coherencia excesiva* es particularmente relevante porque «nos formamos impresiones coherentes con rapidez y somos lentos en cambiarlas»⁵⁰.

En efecto, cuando la información es escasa, no tenemos problemas en complementarla rápidamente con datos que no tenemos e intuitivamente *saltamos* directamente a la conclusión que nos parece más verosímil. Y lo hacemos sin prestar excesiva atención sobre su exactitud⁵¹. Como apunta K. Schulz «crear cosas basadas en pruebas deficientes es el mecanismo que hace funcionar la milagrosa maquinaria de la cognición humana»⁵². En realidad, la coherencia de nuestra *historia resultante* es tan firme que mostramos una confianza ciega en su certeza. E, incluso, una vez alcanzada una primera impresión, nos costará renunciar a ella si nos facilitan más datos que la contradigan⁵³. De lo que se extrae otro efecto importante, pues, el orden en el que nos suministren la información puede condicionar nuestra opinión⁵⁴. Con la particularidad de que, en muchas ocasiones, esta puede llegar con un orden esencialmente aleatorio (provocando una variación también aleatoria de las impresiones iniciales).

Fíjense, por consiguiente, que el *sesgo de sustitución* (que lleva a una ponderación errónea de las pruebas), el *sesgo de conclusión* (que lleva a obviar las pruebas o a considerarlas de forma distorsionada) y la *coherencia excesiva* (que magnifica el efecto de las impresiones iniciales y reduce el efecto de la información

⁴⁸ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, op. cit., p. 189.

⁴⁹ Y que se refiere al efecto que tiene un número arbitrario en las personas que tienen que hacer un juicio cuantitativo.

⁵⁰ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, op. cit., p. 192.

⁵¹ Kahneman, *Pensar rápido...*, op. cit., 117 y 118.

⁵² Schulz, K., *En defensa del error*, Siruela, 2015, p. 113.

⁵³ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, op. cit., p. 194.

⁵⁴ Por ejemplo (Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, op. cit., p. 191), si tenemos que valorar a un candidato a un puesto ejecutivo de una empresa y es descrito como «*Inteligente, Perseverante, Astuto, Sin principios*», se obtiene una impresión distinta a si se le describe como «*Sin principios, Astuto, Perseverante, Inteligente*» (debido al cambio en el orden, en esta segunda descripción el candidato parece menos atrayente).

que la contradice), pueden (entre otros sesgos) producir ruido⁵⁵. Y es difícil pensar que los órganos jurisdiccionales (en tanto que integrados por seres humanos) sean absolutamente inmunes a sus efectos.

Frente a estos sesgos, tal y como exponen Kahneman, Sibony y Sunstein⁵⁶, caben algunas medidas para combatirlos. Sin pretender exponerlas todas en este momento, es claro que la inteligencia y el estilo cognitivo (entre otros, el planteamiento de las tareas de juicio reflexivas y el pensamiento crítico y abierto) son factores que reducen la propensión de las personas a los sesgos. Y, aunque los jueces participen de idéntica cualificación y experiencia, estas virtudes pueden marcar claramente la diferencia en sus juicios entre ellos. La existencia de directrices interpretativas también es un «poderoso mecanismo de reducción del ruido», especialmente «porque reducen directamente la variabilidad entre jueces en las sentencias finales» (aunque redundan negativamente en su discrecionalidad y, quizás, en la personalización de la respuesta al caso concreto). Finalmente, la adopción de decisiones por órganos colegiados también pueden mitigarlo (la variedad de capacidades se convierte en un activo, porque pueden cubrirse distintos aspectos del juicio), especialmente si se adoptan juicios independientes (esto es, emitidos sin conocer previamente la opinión de los demás miembros). De otro modo, las dinámicas de grupo pueden añadir ruido, pues (por ejemplo y entre otros efectos), se corre el riesgo a que la primera de las opiniones opere a modo de ancla y condicione el resto del juicio.

5. ESCALAS RUIDOSAS E INDEMNIZACIONES COMPLEMENTARIAS A LAS LEGALES TASADAS

Los dos epígrafes anteriores pretendían delimitar el objeto de estudio (el ruido-diferenciándolo del sesgo), su tipología (de sistema, de nivel, de patrón y de ocasión), así como alguno de los factores que pueden precipitarlos (*sesgos de sustitución, de conclusión y coherencia excesiva* que pueden provocar errores). Sin embargo, también puede suceder que las personas difieran en sus juicios evaluativos, no porque no estén de acuerdo en el fondo, sino porque utilizan la *escala de evaluación* de forma distinta⁵⁷. Recuérdese que el juicio «implica la traslación de una impresión a una escala». Por consiguiente, «si distintos jueces utilizan escalas diferentes, habrá ruido»⁵⁸.

⁵⁵ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 193.

⁵⁶ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 254 a 260 y, específicamente, p. 249 y 228.

⁵⁷ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 210 y 211.

⁵⁸ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 249.

Y esto enlaza directamente con los mecanismos indemnizatorios de naturaleza disuasoria (esto es, lo que se conoce como las indemnizaciones punitivas –complementarias a las compensaciones por daños y perjuicios–). Es decir, puede estarse de acuerdo sobre la severidad con la que se quiere *castigar* a un demandado, pero puede diferirse mucho en la forma de trasladar esta intención *punitiva* coincidente a una escala de euros⁵⁹. Y, es obvio que esto puede ocasionar ruido de sistema, especialmente, por el carácter imprevisible de su cuantía entre los órganos jurisdiccionales.

Con carácter previo a la cuestión sobre la disparidad en estas cuantías económicas, repárese que, si se aspira a la disuasión, el tipo de pregunta que debe resolverse es sumamente compleja («¿*Qué cantidad económica tendrá una carga disuasiva lo suficientemente intensa como para inhibir futuros comportamientos similares del enjuiciado o de potenciales terceros?*»). De hecho, la ambigüedad (e, incluso, contradicción) puede incrementarse si, en la determinación de esta cuantía, se aspira a medir el impacto de esta cantidad económica en las decisiones de futuras contrataciones de otros empresarios (y que traten de anticipar los posibles costes asociados a las mismas). En cualquier caso, adviértase que la tarea no sólo consiste en un juicio evaluativo (dirigido a determinar la cuantía económica a partir de una escala), sino también predictivo (pues, aspira a anticipar *efectivamente* posibles reacciones a futuro). Es obvio que se trata de una pregunta que contiene una gran cantidad de lo que se conoce como *ignorancia objetiva* (hay muchos aspectos sobre los que objetivamente no es posible obtener datos importantes)⁶⁰. En estos casos, es muy probable que, ante la dificultad para alcanzar una medición, el sesgo de sustitución intervenga y se sustituya una pregunta difícil por una fácil: «¿*Hasta qué punto estoy indignado con el comportamiento del causante del daño?*».

Es importante tener en cuenta⁶¹ que «la indignación es el principal motor de la intención punitiva, pero no es el único». En efecto, «aunque podemos saber si un comportamiento es indignante sin conocer sus consecuencias», es probable que no podamos establecer una pena sin tener una mínima información sobre las mismas (de algún modo, la intención punitiva es la resultante de indignación + daños sufridos)⁶².

⁵⁹ En este epígrafe, de nuevo, se sigue la exposición de Kahneman, Sibony y Sunstein (*Ruido, op. cit.*, p. 209 a 221) articulada a partir de un estudio sobre indemnizaciones punitivas llevado a cabo con 899 participantes a partir de 10 casos similares (expuestos con pequeñas variaciones a grupos más reducidos), todos ellos con demandantes que habían sufrido algún daño y que habían demandado a una empresa supuestamente responsable.

⁶⁰ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido, op. cit.*, p. 161.

⁶¹ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido, op. cit.*, p. 213 y 214.

⁶² Kahneman, Sibony y Sunstein (*Ruido, op. cit.*, p. 213): «Las intuiciones sobre la intención punitiva tiene un aspecto de castigo toscamente expresado en el principio del ojo por ojo. El afán de castigo explica que la ley y los jurados traten de forma diferente la tentativa de asesinato y el

Curiosamente, estas variables apenas inciden en la traslación de la intención punitiva a una escala de euros. En efecto, a la hora de establecer *por primera vez* una escala basada en el dinero, *sin ninguna referencia numérica al alcance*, las personas no tienen más remedio que acudir a una elección arbitraria⁶³. Repárese que, a diferencia de las indemnizaciones por daños y perjuicios vinculadas a vulneraciones de derechos fundamentales (cuya escala está asociada a los importes de la LISOS), no se tiene punto de referencia para las compensaciones que aspiran a disuadir. De modo que la existencia de múltiples señales (algunas, incluso, en contradicción) que exigen su ponderación crean una ambigüedad tan elevada que dificulta mucho el enjuiciamiento.

No obstante, aunque es claro que existe un límite en la exactitud de esta evaluación individual, el juzgador es capaz de alcanzar una solución que le lleve a sentirse cómodo con su propio juicio. Y lo que le da esta confianza complaciente es una *señal interna*, esto es, «una recompensa autogenerada por encajar los hechos y el juicio en una historia coherente». Sin embargo, como es fácil advertir, «la confianza subjetiva en nuestros juicios no está necesariamente relacionada con su acierto objetivo»⁶⁴. A pesar de ello, esto no impide que las personas tengan confianza en sus propios juicios. Y esto acontecerá siempre que concurren dos variables⁶⁵. Primera: la historia en la que uno cree debe ser enteramente coherente; y, segunda: no tiene que haber alternativas interesantes al alcance. Debiéndose añadir que «la completa coherencia se consigue cuando todos los detalles de la interpretación elegida encajan en la historia y se refuerzan mutuamente. Por supuesto, también se puede lograr la coherencia, aunque de forma menos elegante, ignorando o justificando lo que no encaja. Lo mismo ocurre con las interpretaciones alternativas».

Esta forma de proceder tiene una derivada de enorme trascendencia, pues, a partir de este instante, las personas que deben evaluar (en este caso, los jueces) emiten juicios de forma coherente utilizando su primera respuesta como anclaje y articulan una escala a partir de la misma (es lo que se conoce como *arbitrariedad coherente*). De hecho, se da la particularidad que en esta tarea inicial (esto es, en el juicio evaluativo *inicial*, llevado a cabo sin punto de referencia alguno) el evaluador puede ser sensible, incluso, a un número que un tercero le ofrezca al azar. No obstante, como se ha apuntado, una vez fijada la primera cuantía (el ancla), las personas mantienen una *coherencia arbitraria* en el tiempo (modulando el importe en función de la intención punitiva del evaluador dadas las particularidades de los casos que se le planteen).

asesinato; un aspirante a asesino que tanga la suerte de no lograr su objetivo será castigado con menos severidad».

⁶³ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 218.

⁶⁴ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 403.

⁶⁵ Kahneman, Sibony y Sunstein, *Ruido*, *op. cit.*, p. 225.

6. UNA (PROPUESTA DE) APLICACIÓN PRÁCTICA PARA COMBATIR EL RUIDO EN LA JURISDICCIÓN SOCIAL

La traslación de este planteamiento a (los escasos) casos que se ha abordado la cuestión sobre la indemnización complementaria a la legal tasada en caso de despido injustificado, arroja algunas valoraciones interesantes. Este epígrafe pretende trasladar este marco conceptual a la realidad de las resoluciones judiciales (con todas las cautelas y, siempre a expensas de mejor doctrina y/o nuevos avances en la ciencia).

Vaya por delante también que es obvio que los testimonios judiciales existentes al cierre de este trabajo no son significativos (al menos estadísticamente) y, por consiguiente, todavía no pueden ser representativos de patrones de conducta. En cualquier caso, son interesantes porque, de algún modo (en hipótesis), podrían responder a la secuencia argumentativa (teórica) recién descrita.

Por ejemplo, en las SSJS/26 de Barcelona 31 de julio 2020 (proc. 384/2020; y proc. 390/2020), recuérdese, relativas al despido injustificado de dos personas de la misma empresa al poco tiempo de ser contratadas, se establecen con una finalidad disuasoria compensaciones económicas complementarias a la legal tasada por un importe equivalente a 9 meses de salario (y que se traducen en 60.000 y 49.000 €, respectivamente). Y, en la SJS/26 Barcelona 28 de julio 2020 (rec. 848/2019), en un despido disciplinario en el que se admite la improcedencia, se reconoce una indemnización complementaria de 3.162 € (también 9 meses de salario). Salvo error u omisión, en la fundamentación de estas resoluciones no se indica por qué se escoge este punto de referencia, lo que sugiere que los sesgos anteriormente descritos (de sustitución, conclusión y/o coherencia excesiva) han podido tener alguna incidencia en esta evaluación (aunque parece inducirse con claridad que se ha sustituido una pregunta difícil por una más fácil). De hecho, a pesar de que los casos participen de elementos comunes (trabajadores que se trasladaron desde el extranjero para ser contratados y prestar servicios en Barcelona; y trabajadora fija-discontinua cuyo despido disciplinario es reconocido como improcedente por la empresa), tampoco se explica por qué debe alcanzarse idéntico punto de referencia (9 meses) en los tres casos. Esta circunstancia evidenciaría la inexistencia de *coherencia arbitraria*, pues, no hay una adaptación del importe en € en función de la intención punitiva. En efecto, repárese que los importes resultantes no son el reflejo de una escala en función de las circunstancias del caso (siempre se abona el mismo número de mensualidades). Algo similar ocurre con la SJS/1 Reus 16 de julio 2021 (proc. 650/2020), pues, al recurrir a los salarios de tramitación *ex art.* 56.2 ET es claro que se está, como mínimo, sustituyendo una pregunta difícil por otra más fácil. Aunque no se tiene constancia de más resoluciones siguiendo este criterio, la *automaticidad* que se desprende del mismo también podría calificarse como inexistencia de *coherencia arbitraria*. Por el mismo motivo que en los anteriores casos, aunque los importes resultantes pueden variar de un caso a otro,

no son el reflejo de una escalabilidad de la intención punitiva (aunque podría acabar siéndolo, pero debido al azar, si los más *graves* acumulan más días).

A su vez, la remisión de la STSJ Cataluña 23 de abril 2021 (rec. 5233/2020) al art. 281.2 b) LRJS, si bien, no habla de disuasión, repárese que, claramente, acude al sesgo de sustitución, pues, al fijar una escala con un mínimo y un máximo y posibilitar la compensación sin necesidad de acreditación y prueba de los daños padecidos, está sustituyendo una pregunta difícil por otra más fácil (traducida en los dos requisitos mínimos). El hecho de que el precepto se refiera a un supuesto de hecho alejado del que es objeto de enjuiciamiento es la corroboración más evidente de este proceso de sustitución⁶⁶.

A diferencia del criterio mantenido por el JS/26 de Barcelona y el JS/1 de Reus, el planteamiento descrito por el TSJ de Cataluña resulta algo menos complejo, pues, al no referirse a la disuasión, no es necesario añadir un juicio predictivo al juicio evaluativo. En efecto, aunque no cierre la puerta a que la *indemnización adecuada* supere la escala del art. 281.2.b LRJS, el hecho de que se condicione a la prueba y acreditación de los daños, en comparación, reduce las opciones de ruido (pues, el juicio es *menos* complejo). En definitiva, como se ha apuntado, al establecer una directriz interpretativa, reduce directamente la variabilidad entre jueces en las sentencias finales. A su vez, el propio art. 281.2.b LRJS incluye una escala, de modo que la intención punitiva puede adecuarse a la misma.

En cualquier caso, el propio TSJ de Cataluña, aunque sin emplear estos términos, es plenamente consciente del *ruido de sistema* que un modelo compensatorio que persiguiera la disuasión atesora. Cuando afirma que adopta este criterio para evitar «posibles subjetivismos que conllevarían desconcierto entre los operadores jurídicos e incertidumbres jurídicas», claramente está refiriéndose a la variabilidad indeseada que caracteriza al ruido. Y, desde este punto de vista es claro que, dada la indefinición normativa, es un criterio interpretativo más razonable, porque a la luz de todo lo expuesto en este trabajo es sustancialmente menos ruidoso. El hecho de que el lucro cesante se anude a las prestaciones o subsidios por desempleo (como se desprende de la STSJ Cataluña 23 de abril 2021, rec. 5233/2020) también acota el ruido, pues, no deja de fijar una escala cuantificable (en sentido positivo o negativo, en función de si se tiene derecho a su percibo o no).

⁶⁶ De hecho, la SJS/26 Barcelona 21 de noviembre 2022 (rec. 294/2021), aplicando esta doctrina, se muestra particularmente insatisfecha con este criterio al afirmar que «No obstante, no puede resistirse a apuntar, este juzgador, que la indemnización resultante tampoco puede considerarse suficientemente disuasoria. El criterio del art. 281.2 b) de la LRJS es objetivo; pero difícilmente podrá reparar el carácter exiguo de la indemnización legal del art. 56 del ET si su parámetro de cálculo es, igualmente, la antigüedad. Una indemnización nunca podrá ser considerada disuasoria si no llega a implicar un esfuerzo financiero para la empresa, y esto último, si no alcanza, al menos, el equivalente a tres meses de salario, no tendrá lugar. A pesar de ello, se asume, en favor de la seguridad jurídica, el criterio apuntado por el órgano judicial superior».

7. VALORACIÓN FINAL: EL RUIDO JUDICIAL EXISTE, ES NUMEROSO Y DEBE COMBATIRSE

El ruido es un enemigo no identificado y mayor de lo que podría pensarse; y, como se ha apuntado, combatirlo puede reportar evidentes beneficios (aunque, curiosamente, sin saber exactamente cuáles son). El carácter único de los casos de despido injustificado relacionados con la indemnización complementaria a la legal tasada podría inducir a pensar que la probable disparidad entre los órganos jurisdiccionales es un efecto que responde a la singularidad de cada asunto. No obstante, lejos de esta valoración, concurren elementos suficientes como para sospechar que estos juicios no están exentos de ruido y, por ende, estarían describiendo una variabilidad no deseada en las resoluciones de los casos, precipitando errores. Pretender que una indemnización complementaria aspire efectivamente a la disuasión amplificaría este efecto de forma desmesurada. O a una escala muy superior a la que el sistema judicial y los ciudadanos deberían tener que soportar. Acotarlos a los daños y perjuicios acreditados y probados, sin neutralizarlo por completo, contribuiría a mitigarlo.

Afirmar que en las decisiones de los órganos jurisdiccionales hay ruido, no es una crítica a este colectivo, sino la constatación de una consecuencia inevitable de la existencia de juicios (y de la condición *humana* de los integrantes de la carrera judicial). Y, para afrontar el ruido, lo primero que debe hacerse (aunque pueda resultar irritante) es reconocer su posibilidad. La adopción de medidas (como las brevemente descritas en este ensayo) que contribuyan a mitigar las dispersiones que son causadas por factores internos y externos del propio juzgador debería ser un objetivo prioritario de todo sistema jurídico que aspire a la seguridad jurídica y a la satisfacción equilibrada de los intereses de los ciudadanos.

Espero que lo brevemente expuesto en este trabajo pueda, de algún modo, contribuir a su consecución.

TELETRABAJO, VIOLENCIA Y ACOSO Y CONVENIO 190 OIT*

JUAN ANTONIO ALTÉS TÁRREGA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia

MARÍA JOSÉ ARADILLA MARQUÉS

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia

EXTRACTO

Palabras clave: Convenio 190 OIT; teletrabajo; violencia y acoso en el trabajo; prevención riesgos psicosociales

El presente estudio tiene como objetivo analizar la protección frente a la violencia y el acoso en el teletrabajo. Para ello, se toma como referente la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia y el Convenio 190 OIT sobre violencia y acoso en el trabajo de 21 de junio de 2019, al cual ya se ha adherido España. La Ley 10/2021, contiene referencias expresas al acoso y también a los riesgos psicosociales, lo que supone un avance en cuanto a la necesaria prevención de estas conductas en las empresas. No obstante, como se pone de manifiesto a lo largo del trabajo, siguen existiendo algunas deficiencias en su régimen jurídico que deben ser corregidas para acabar de adecuar nuestra normativa al diseño de prevención y protección que propone el Convenio 190 OIT.

ABSTRACT

Keywords: ILO Convention 190; Telework; violence and harassment at work; prevention of psychosocial hazards

This study aims to analyse protection against violence and harassment in telework. To do so, it takes as a reference point Law 10/2021 of 9 July on teleworking and ILO Convention 190 on violence and harassment at work of 21 June 2019, to which Spain has already acceded. Law 10/2021 contains express references to harassment and also to psychosocial risks, which is a step forward in terms of the necessary prevention of these behaviours in companies. However, as is made clear throughout this paper, some deficiencies in its legal regime need to be corrected to bring our legislation into line with the design of prevention and protection proposed in ILO Convention 190.

* Este trabajo es parte del proyecto de I+D+i PGC2018-094912-B-I00 (VITRAGE), financiado MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/ y “FEDER Una manera de hacer Europa”.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. VIOLENCIA, ACOSO Y TELETRABAJO: EL CIBERACOSO
3. PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN FRENTE AL ACOSO EN EL TELETRABAJO: RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE
 - 3.1. Las medidas de protección frente al acoso en el teletrabajo
 - 3.1.1. Medidas derivadas de la Ley Orgánica de Igualdad
 - 3.1.2. Los Planes de igualdad y los diagnósticos de situación: colectivos vulnerables especialmente protegidos
 - 3.2. Las medidas de prevención
 - 3.2.1. Factores específicos de riesgo en el teletrabajo
 - 3.2.1.1. El adecuado uso de las tecnologías de comunicación en el teletrabajo
 - 3.2.1.2. El aislamiento en el teletrabajo
 - 3.2.2. Concreción de las medidas de acción sobre prevención
4. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo pretendemos abordar el régimen jurídico de la protección de las personas teletrabajadoras frente a la violencia y el acoso, tomando como referencia la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (en adelante LTD) y el Convenio 190 OIT sobre violencia y acoso en el trabajo de 21 de junio de 2019, al cual ya se ha adherido España, si bien no entrará en vigor hasta el 25 de mayo de 2023¹.

Sin duda, por un lado, debe aplaudirse la preocupación de la Ley 10/2021 por este estigma social. Efectivamente, al diseñar la disposición normativa se ha tenido presente que el acoso constituye un riesgo para la salud en el trabajo que incide particularmente en el trabajo a distancia, dejando constancia de ello en la Exposición de Motivos. De esta manera, para justificar las limitaciones que se imponen al trabajo a distancia de los menores y de las personas trabajadoras con contratos formativos, se menciona la especial vulnerabilidad de estos colectivos a los *“riesgos vinculados con esta forma específica de organización (fatiga física y mental, aislamiento, problemas de seguridad y de acoso en el trabajo)”*. Además, se deja constancia que la violencia en el trabajo se puede ejercer de forma no presencial, como por desgracia se demuestra con las nuevas formas de ejercer a través del uso de las nuevas tecnologías. Ello se ha traducido en la inclusión en el texto dispositivo de la necesidad de proteger a las personas trabajadoras a distancia frente al acoso en el trabajo y, especialmente, en la modalidad de teletrabajo, que viene definido en la norma como el *“que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación”* (art. 2.b LTD).

¹ Instrumento de adhesión al Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, hecho en Ginebra el 21 de junio de 2019 (BOE-A-2022-9978).

Sin embargo, la regulación de la norma de esta materia presenta lagunas y deficiencias que serán objeto de estudio en este trabajo con el fin de aclararlas en la medida de lo posible².

Por otro lado, en tanto que la ratificación del Convenio 190 OIT por el estado español va a influir en toda la actual regulación sobre estas vicisitudes para adaptarla a los estándares marcados en esta norma internacional, este trabajo quiere dejar constancia de cuáles son esas deficiencias que nuestro legislador debe corregir. Seguramente, en función de la materia concreta nuestro ordenamiento jurídico ya presenta un régimen de protección adecuado que requerirá de pequeños ajustes, pero que no obstante pueden tener una importancia capital, como ocurre con algunos de los que vamos a tratar a continuación en relación con la prevención de la violencia y el acoso en el teletrabajo.

2. VIOLENCIA, ACOSO Y TELETRABAJO: EL CIBERACOSO

Uno de los aspectos más destacables de la denominada Industria 4.0 es la interconectividad digital que ha facilitado la comercialización de la actividad empresarial y que, *ad intra*, también ha permitido gestionar de manera mucho más ágil y eficiente el capital humano de las empresas, incluyendo el teletrabajo como una forma de llevar a cabo la prestación laboral.

Las ventajas de su uso en el entorno laboral son, evidentemente, muchas, pero parece igualmente evidente que el mal uso o el abuso en su utilización puede suponer un riesgo psicosocial para la salud de la persona trabajadora. Así, por un lado, desde un punto de vista estrictamente laboral, al desdibujarse las fronteras entre tiempo de trabajo y vida privada pueden suponer una intromisión empresarial en el tiempo de no trabajo, sobre todo cuando la prestación de servicios se realiza en la modalidad de teletrabajo mediante el uso de las TICs, lo que pretende corregirse mediante la positivación del derecho a la desconexión digital en el trabajo. Y, por otro lado, esta interconectividad ha sido la puerta de entrada de un novedoso tipo de conductas violentas en la empresa.

Efectivamente, en principio cabría pensar que el trabajo a distancia supone un freno a estas conductas, pues deja de compartirse el espacio físico en el que se

² Con carácter general se trata de una norma muy mejorable y muy criticada por la doctrina laboral, fruto de la precipitación con la que elaboró como consecuencia de la pandemia de la COVID-19 y de las medidas de aislamiento social que instauraron el teletrabajo como fórmula habitual de la prestación de servicios laboral. Durante este periodo temporal el teletrabajo aumentó del 5 % al 34 %. Este incremento afectó a una mayor proporción de mujeres que de hombres y provocó para estas peores condiciones como consecuencia de la doble carga o doble jornada laboral que asumen de forma mayoritaria, compaginando trabajo laboral remunerado y trabajo doméstico no remunerado. EUROFOUND, *Living, working and COVID-19, COVID-19 series*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2020.

desarrolla la relación laboral. Sin embargo, el uso desviado de las herramientas digitales que permiten este tipo de prestación de servicios provoca atentados contra los derechos fundamentales de los ciudadanos, que muchas veces contemplan indefensos como se pone en jaque su dignidad, mediante graves violaciones de sus derechos a la privacidad e intimidad y a la salud. Nos referimos evidentemente a la violencia digital y al ciberacoso.

Además, debemos partir del hecho de que el trabajo se realice fuera de la organización empresarial no conlleva una dejación de las obligaciones empresariales. La organización empresarial mantiene su deber de protección de la salud y el bienestar de las personas trabajadoras y, por ello, el teletrabajo debe entenderse incluido en la obligación preventiva del empresario frente a la violencia y el acoso, así como frente al ciberacoso como una manifestación de estas conductas.

En este sentido, el Convenio 190 OIT incluye en su ámbito de protección *“la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo”* (art. 3), es decir, como el propio Convenio explicita, no puede delimitarse el ámbito de aplicación por márgenes físicos de la empresa y temporales de la prestación de servicios y así enumera una serie de supuestos que no responden a estos parámetros que, en caso de que se produzcan estas conductas, deberán calificarse como violencia y acoso en el trabajo. Se trata de los comportamientos que se cometen en espacios públicos y privados cuando son un lugar de trabajo, lo que permite incluir el trabajo a distancia y el trabajo doméstico en el ámbito de protección. En este sentido se menciona expresamente como ámbito privado incluido *“el alojamiento proporcionado por el empleador”*, independientemente de que sea lugar de trabajo —como en el caso del trabajo doméstico o de cuidados que se realiza en régimen interno—. Igualmente, se extiende la protección frente a las conductas de violencia y acoso que tienen lugar en los espacios de la empresa o del centro de trabajo que no están destinados a la realización de la prestación de servicios, esto es, los lugares donde se abona el salario, lugares de descanso o comedores, o en los que se utilizan *“instalaciones sanitarias o de aseo y en los vestuarios; también los que ocurren en los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo”*, que suceden, por tanto, fuera del tiempo de trabajo, e, igualmente, cuando acaecen en *“los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo”*.

Además, se incorpora al concepto de violencia y acoso la conducta que se da *“en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación”*. En un contexto en el que cada vez cobra más importancia el trabajo digital, en el que existe poco o nulo contacto presencial, esta alusión permite recordarnos que estos nuevos contextos no están exentos de conductas de este tipo y que, más bien al contrario, propician las mismas, auspiciadas precisamente por

la falta de contacto físico. De esta manera, se incluye el ciberacoso laboral, cuando se desarrolle “a través del correo electrónico, mensajes o llamadas telefónicas, mediante la difusión de contenidos digitales que sean humillantes o vejatorios para el trabajador o de contenido sexual o que tenga connotaciones de tal tipo”³.

En nuestro ordenamiento jurídico, pese a la ausencia de referencias expresas, el ciberacoso debe entenderse comprendido como una manifestación más del acoso laboral, peculiar en cuanto al medio utilizado para ejercerlo, en tanto que, en la doctrina española y también en las resoluciones judiciales está asentada una interpretación para calificar como acoso laboral aquel que trasciende del ámbito espacial y temporal de la realización de la prestación laboral, entendiendo que lo relevante es su conexión, directa o indirecta en el trabajo.

De esta manera, al ciberacoso se le pueden atribuir los elementos que han servido para delimitar el acoso laboral. En este sentido la existencia del acoso laboral ha venido requiriendo de intencionalidad, de la producción de un daño y de la reiteración sistemática de la conducta. Sin embargo, los dos primeros elementos han perdido peso en la calificación del acoso laboral y han sido prácticamente desterrados tras la STC 56/2019, de 6 de mayo, que solo tiene en cuenta “si la conducta enjuiciada es deliberada o, al menos, está adecuadamente conectada al resultado lesivo (elemento intención); si ha causado a la víctima un padecimiento físico, psíquico o moral o, al menos, encerraba la potencialidad de hacerlo (elemento menoscabo) y si respondió al fin de vejar, humillar o envilecer o era objetivamente idónea para producir o produjo efectivamente ese resultado (elemento vejación)”⁴.

Pues bien, en el ciberacoso aún es más evidente la ausencia de estas características por la singularidad del medio en el que se producen, de la misma manera que aparecen desdibujados otros elementos propios del acoso como el elemento de poder, la reiteración de la conducta y la liquidez de las fronteras espacio temporales⁵. Efectivamente, mientras que el acoso “tradicional” suele ser un acoso vertical, en el sentido de relación de poder y no necesariamente jerárquica⁶, el ciberacoso se da mayoritariamente entre colegas. Además, el

³ Yagüe Blanco, S., “Violencia y acoso en el trabajo: un análisis del nuevo concepto a la luz del 190 Convenio de la OIT”. *Revista Inclusiones*, 8/2021, p. 575.

⁴ Sobre esta evolución en la jurisprudencia *vid.* Pons Carmena, M., “Acoso y violencia en el trabajo a la luz del Convenio OIT nº 190”, *Labos*, vol. 1 2/2020, pp. 42 y ss.; y Molina Navarrete, C., “La “des-psicologización” del concepto constitucional de acoso moral en el trabajo: ni la intención ni el daño son elementos del tipo jurídico”, *Revista de Derecho Social*, 86/2019, pp. 119 y ss.

⁵ Molina Navarrete, C., *El ciberacoso en el trabajo. Cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*, Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer 2019, pp. 61 y ss.; y Molina Navarrete, C., “Redes sociales digitales y gestión de riesgos profesionales: prevenir el ciberacoso sexual en el trabajo, entre la obligación y el desafío” [en línea], *Diario La Ley*, 9452/2019.

⁶ Sobre el tema Altés Tárrega, J. A., *El acoso sexual en el trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 129 y ss.

elemento de sistematicidad y de reiteración del comportamiento se difumina, pues, al realizarse a través de medios digitales, la conducta lesiva tiene la capacidad de encubrir al autor, de llegar a mucha más gente y de permanecer en el tiempo hasta que se produzca el borrado digital de la misma⁷. Finalmente, aunque ciertamente la laboralidad del acoso no se sustenta en un perímetro espaciotemporal, sino que viene determinada por un elemento funcional: la conexión de la conducta con la relación laboral⁸, en su versión digital la desaparición de estos contornos o fronteras resulta aún más patente, no importando para apreciar la laboralidad del ilícito, no ya sólo que se realice fuera del tiempo de trabajo y fuera del espacio de la empresa, con intervención incluso de personas ajenas a la empresa, sino que los dispositivos o medios usados para perpetrarlo sean de titularidad privada o que los contenidos se refieran incluso a aspectos personales ajenos al trabajo⁹. En este sentido, la STSJ Galicia (Social), de 3 de mayo de 2022, Rec. 1728/2022 ha calificado como acoso sexual el comportamiento del superior jerárquico de una trabajadora que, tras haber finalizado una relación sentimental entre ambos, la llamaba y le enviaba mensajes de *whatsapp* de carácter personal y fuera del horario de trabajo, pero que, no obstante, hacían “*difícil o insostenible la convivencia en el ámbito laboral*”.

De todas maneras, la presencia de estos elementos no convierte cualquier acto de violencia digital en un ciberacoso. En este entorno pueden surgir desde meros conflictos, hasta actos de violencia e intimidación y situaciones de acoso, aunque probablemente será más difícil distinguirlos¹⁰.

3. PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN FRENTE AL ACOSO EN EL TELETRABAJO: RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

El régimen jurídico aplicable en relación con el teletrabajo y la protección frente a la violencia y el acoso se encuentra en el art. 4 LTD, que contiene unas previsiones expresas en relación con las medidas de protección frente al acoso en cualquiera de sus variantes; y en los artículos 15 y 16 LTD en relación con la prevención de los riesgos psicosociales. Efectivamente, existe un unánime consenso en cuanto a que la violencia y el acoso constituyen riesgos psicosociales en el trabajo. Este tipo de riesgos fueron oficialmente dados a conocer en un informe de la OIT de 1984 sobre los factores psicosociales en el trabajo, determinando que los mismos consisten en “interacciones entre el trabajo, su medio ambiente, la satisfacción en el trabajo y las condiciones de su organización, por una parte, y por

⁷ Molina Navarrete, C., *El ciberacoso en el trabajo...*, op. cit., pp. 65 y ss.

⁸ Así se señala en Altés Tárrega, J. A., *El acoso sexual...*, op. cit. pp. 106 y ss.

⁹ Molina Navarrete, C., *El ciberacoso en el trabajo...*, op. cit., pp. 68 y ss.

¹⁰ Sobre el tema *vid.* los planteamientos y el análisis de las resoluciones judiciales existentes en Molina Navarrete, C., *El ciberacoso en el trabajo...*, op. cit., pp. 77 y ss.

la otra, las capacidades del trabajador, sus necesidades, su cultura y su situación personal fuera del trabajo, todo lo cual, a través de percepciones y experiencias, pueden influir en la salud y en el rendimiento y la satisfacción en el trabajo”¹¹. Así, esta Organización, sobre la base de estudios precedentes en la materia, proporcionaba la primera definición sobre los denominados riesgos psicosociales en el trabajo, reconociendo institucionalmente la necesidad de incorporarlos a las políticas preventivas junto con los riesgos físicos, químicos y biológicos del medio ambiente. Estos riesgos también son definidos, de forma más práctica en función de su resultado, como todos aquellos factores que pueden causar estrés laboral o un daño a la salud psíquica o mental en el trabajo¹². Con este reconocimiento, la concepción de la salud laboral se amplía; y, seguramente, queda margen para que siga haciéndolo, ya que desde 1948 la Organización Mundial de la Salud define la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”¹³.

Sin embargo, este reconocimiento como riesgos emergentes para la salud laboral, no conllevó su integración en la normativa de prevención de riesgos laborales. Así, por ejemplo, en el ámbito comunitario la Directiva Marco 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, que constituye la referencia para la normativa interna de los países de la Unión Europea, no alude a este tipo de riesgos y sigue centrada en la protección de los riesgos profesionales que se derivan derivados de factores físicos, químicos o medioambientales y no fue hasta el año 2004 cuando mediante el Acuerdo Marco Europeo sobre el Estrés Laboral adoptado por los interlocutores sociales¹⁴ se colmó este vacío. Lo mismo puede predicarse del ordenamiento jurídico español. La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (LPRL), mediante la que se traspone al derecho español la mencionada Directiva marco tampoco hace referencia a este tipo de riesgos. En cualquier caso, que no se mencionen en estas disposiciones normativas no impide su consideración como riesgos laborales y, por tanto, que deban ser previstos por las empresas para configurar su política preventiva. Debe tenerse en cuenta que el art. 12.2 LPRL establece

¹¹ OIT (1984), *Factores Psicosociales en el Trabajo: Naturaleza, incidencia y prevención. Informe del Comité Mixto OIT-OMS sobre Medicina del Trabajo, novena reunión Ginebra, 18-24 de septiembre de 1984*, Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo. Recuperado de: <http://www.factorpsicosociales.com/wp-content/uploads/2019/02/FPS-OIT-OMS.pdf>

¹² Velázquez Fernández, M. P., “Riesgos psicosociales e igualdad. La progresiva tendencia hacia la integración de ambas políticas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 433/2019, p. 139.

¹³ Así se señala en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que se adoptó el 22 de julio de 1946 y entró en vigor el 7 de abril de 1948.

¹⁴ El acuerdo fue suscrito el 8 de octubre de 2004 entre UNICE, UEAPME, CEEP y la Confederación Europea de Sindicatos.

el deber empresarial de “*garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo*”; y este amplio deber de seguridad comprende los riesgos con trascendencia sobre la psique de la persona trabajadora¹⁵. Este aspecto ha sido confirmado en el seno de la Unión Europea que mediante una Comunicación de la Comisión Europea de 2017 determinó expresamente que, “*de conformidad con las disposiciones existentes a nivel de la UE, los empresarios están obligados a proteger a los trabajadores contra los riesgos psicosociales y que estos riesgos deben tenerse debidamente en cuenta en el proceso de evaluación del riesgo*”; y ello con independencia de cuál sea la actitud adoptada frente a estos riesgos en la normativa de los países miembros¹⁶.

Pues bien, la violencia en el trabajo, cuando se realiza mediante intimidación, coacciones y amenazas, abusos o conductas de acoso, está considerada como un riesgo psicosocial que causa, no sólo daños a nivel psicológico (estrés y *burnout*, depresión y otros trastornos mentales y efectos sobre la salud social y conductual), sino también físicos (hipertensión, enfermedad cardíaca, cicatrización de heridas, trastornos musculoesqueléticos, trastornos gastrointestinales e inmunocompetencia deficiente, bronquitis, enfermedad coronaria, enfermedad mental, trastornos tiroideos, enfermedades de la piel, determinados tipos de artritis reumatoide, obesidad, tuberculosis, dolor de cabeza y migraña, úlcera péptica y colitis ulcerosa)¹⁷.

Sin embargo, la ausencia de referencias a los riesgos psicosociales en la normativa preventiva y la de la violencia y el acoso como una manifestación de los mismos conlleva que se descuide la perspectiva preventiva y se ponga el acento en la protección de las personas trabajadoras víctimas de estos comportamientos, esto es, en las medidas reactivas, cuya manifestación más importante son los denominados protocolos de protección.

No obstante, también hay que señalar que, en los últimos tiempos se han dado algunos pasos importantes en la buena dirección. Así, en primer lugar, hay que

¹⁵ La primera referencia legal a este tipo de riesgos se encuentra en Real Decreto 39/1997 de los Servicios de Prevención, donde aparecen como parte del contenido mínimo del programa de formación de los técnicos en prevención de nivel medio y superior. Sobre la evolución de este tipo de riesgos véase. Moreno Jiménez B., “Factores y riesgos laborales psicosociales: conceptualización, historia y cambios actuales”, *Medicina y Seguridad en el Trabajo: conceptualización, historia y cambios actuales*, 57/2011, pp. 4-19.

¹⁶ Comunicación de la Comisión Europea de 10 de enero de 2017 sobre Trabajo más Seguro y saludable para todos – Modernización de la legislación y las políticas de la UE de salud y seguridad en el trabajo” [COM(2017)12].

¹⁷ Sobre el tema *vid.* el Informe del Instituto Nacional De Seguridad Y Salud En El Trabajo, *El efecto sobre la salud de los riesgos psicosociales en el trabajo. Una visión general*, Madrid, 2018, fecha de consulta en <http://www.insst.es/catalogopublicaciones/>, publicado previamente en inglés Organización Mundial de la Salud en el año 2010 con el título *Health Impact of Psychosocial Hazards at Work: An Overview*.

mencionar la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de octubre de 2017, sobre la lucha contra el acoso y los abusos sexuales en la Unión Europea (2017/2897(RSP)). El considerando F de esta resolución establece “*que la violencia sexual y el acoso en el lugar de trabajo son un problema de salud y seguridad y que como tal deben ser considerados y ser objeto de medidas de prevención*”, por lo que, aunque sea en un texto sin eficacia jurídica directa, que se limita a “animar” a “*los Estados miembros de la Unión, así como a las empresas públicas y privadas, a que tomen medidas adicionales para prevenir eficazmente y poner fin al acoso sexual en el lugar de trabajo y en todas partes*”, se manifiesta claramente la conexión entre la prevención y la violencia y el acoso.

En segundo lugar, debemos referirnos al Convenio 190, cuya incorporación a nuestro ordenamiento jurídico debería contribuir de manera decidida a cambiar esta situación, puesto que el mismo se construye precisamente desde el punto de vista preventivo, considerando la violencia y el acoso como conductas que tienen “*por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico*” (art. 1.1.a), es decir, que afectan negativamente a la salud en el trabajo, entendido el concepto de salud en un sentido amplio, en consonancia con la ya mencionada definición que la OMS ofrece del mismo, y que deben erradicarse para conseguir como fin último “*respetar, promover y asegurar el disfrute del derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso*” (art. 4.1).

Para ello, “*todo Miembro deberá adoptar una legislación que exija a los empleadores tomar medidas apropiadas y acordes con su grado de control para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluidos la violencia y el acoso por razón de género, (...), en la medida en que sea razonable y factible*” (art. 9). Aparentemente, se produce una alineación con la doctrina anglosajona, que sitúa el límite de la intervención empresarial en la prevención de riesgos en la seguridad razonablemente factible o viable, lo que permitiría incluir en la ecuación el coste económico de la prevención, de manera que, cuando el esfuerzo económico para implementar las medidas preventivas es desproporcionado en relación con el resultado a obtener, el empresario no viene obligado a integrarlas en su acción preventiva¹⁸. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico la capacidad económica de la empresa se excluye a la hora de cuantificar el grado de prevención que debe alcanzarse: “*la máxima protección posible*”, el cual está determinado por la razonabilidad técnica como estándar de protección, de manera que el empresario actúa diligentemente cuando alcanza la máxima protección tecnológicamente posible a

¹⁸ Como se ha señalado, “*la OIT pareciera asumir que no cabe exigir al empleador adoptar acciones preventivas que requieran de altos costes (carga excesiva, desproporcionada) para la eliminación de un riesgo, la violencia y/o el acoso en el trabajo, cuya complejidad de factores concurrente para su acaecimiento haga implicar todas las medidas necesarias y adecuadas resulte irrazonablemente practicable*”, Molina Navarrete, C., *El ciberacoso en el trabajo...*, op. cit., p. 428.

la que tiene alcance en el mercado y no la que sus recursos financieros permiten. En cualquier caso, puesto que, como se ha mencionado, el ámbito de aplicación de la LPRL se extiende a los riesgos psicosociales, las medidas particulares a las que se alude en el art. 9 están ya integradas en la misma. Pese a ello, el Convenio 190 ayudará a superar el déficit que implica la ausencia de mención de los riesgos psicosociales, ya que deberá incluirse expresamente en la normativa la protección frente a los mismos y, particularmente, frente a la violencia y el acoso, además de crear normas que desarrollen cómo deberá llevarse a cabo esta protección¹⁹.

Además, en tanto que, como demuestran los estudios estadísticos, las mujeres están más expuestas a la violencia y al acoso, el Convenio 190 OIT, consciente de esta circunstancia, establece de forma transversal la necesidad de tener en cuenta siempre una perspectiva de género. Así se determina en el art. 4.2, al establecer que “*todo Miembro deberá adoptar, de conformidad con la legislación y la situación nacional y en consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, un enfoque inclusivo, integrado y que tenga en cuenta las consideraciones de género para prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo*”; y así se establece en particular en relación con los mecanismos de protección judicial y extrajudicial para las víctimas y en la asistencia, servicios y vías de recurso y reparación (art. 10.e); y en relación a las políticas de orientación, formación y sensibilización (art. 11.b).

En la actualidad, y ya desde hace unos años, el diseño de políticas preventivas con perspectiva de género con el fin de evitar las disfunciones que provoca un concepto de salud homogéneo, que no tiene en cuenta las diferencias biológicas y sociales de hombres y mujeres, se encuentra en una tendencia ascendente, como lo demuestra el amplio número de estudios, guías y protocolos sobre como implantarlas en las empresas y el Convenio 190, a tenor de lo señalado y, al menos, en relación con la prevención de la violencia y el acoso, debería impulsar aún más esta tendencia²⁰.

En tercer y último lugar, hay que traer necesariamente a colación otra Resolución del Parlamento Europeo que tiene incidencia específica en el trabajo a distancia y en el teletrabajo. Se trata de la Resolución del Parlamento Europeo de 5 de julio de 2022, sobre la salud mental en el mundo laboral digital (2021/2098(INI)), TA(2022)0279. En la misma, entre sus premisas de partida, se

¹⁹ En el mismo sentido, Molina Navarrete, C.: *El ciberacoso en el trabajo...*, op. cit., pp. 422 y ss.

²⁰ Sirvan como ejemplo los estudios de Rivas Vallejo, M. P., “Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral”. *Revista Del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 74/2008, pp. 227-285; Igartua Miró, M. T., “Prevención de riesgos laborales en clave de género en Andalucía”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº. 3, 2009, pp. 1313-1352; Castro Trancón, N., “Intervención normativa ante los riesgos psicosociales laborales con perspectiva de género”. *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, 44/2021, pp. 278308.

considera que los riesgos psicosociales son los riesgos sanitarios más prevalentes asociados al teletrabajo, que los problemas del lugar de trabajo que afectan a la salud mental incluyen el agotamiento profesional, el síndrome de desgaste profesional, el estrés, el acoso, la violencia y la estigmatización; y se observa que el acoso en línea tiende a afectar desproporcionalmente a los grupos más vulnerables y que la transformación digital no debe conducir al aislamiento y a la exclusión social. Asimismo se pide a los Estados miembros que ratifiquen el Convenio nº 190 de la OIT y a la Comisión que proponga una directiva sobre normas y condiciones mínimas para garantizar que todos los trabajadores puedan ejercer efectivamente su derecho a la desconexión y para regular el uso de herramientas digitales nuevas y existentes con fines laborales. En fin, entre otras cuestiones, esta Resolución destaca la importancia de incluir una política de lucha contra el acoso en las medidas de salud y seguridad en el mundo laboral digital y aboga por una intervención decidida destinada a la prevención de los riesgos psicosociales en el lugar de trabajo y en línea.

Por último, hay que referirse a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (en adelante LOGILS). Esta reciente norma sí hace la necesaria conexión entre riesgos psicosociales y prevención de riesgos laborales. En este sentido, en el art. 12, dentro de las distintas medidas de prevención y sensibilización en el ámbito laboral en relación con las conductas contra la libertad sexual y la integridad moral, establece, en su apartado primero, que las empresas deben *“arbitrar procedimientos específicos para su prevención”* y, más allá de esta obligación genérica, en su apartado segundo *in fine*, que *“las empresas deberán incluir en la valoración de riesgos de los diferentes puestos de trabajo ocupados por trabajadoras, la violencia sexual entre los riesgos laborales concurrentes, debiendo formar e informar de ello a sus trabajadoras”*. Teniendo en cuenta que mayoritariamente en el ámbito de las relaciones laborales la violencia sexual se manifiesta en forma de acoso, el precepto está incluyendo estos riesgos psicosociales en la evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva a la que se refiere el art. 16.2.a LPRL

3.1. Las medidas de protección frente al acoso en el teletrabajo

El artículo 4.4 LTD establece que, *“de conformidad con lo previsto en la normativa aplicable, las empresas deberán tener en cuenta las particularidades del trabajo a distancia, especialmente del teletrabajo, en la configuración y aplicación de medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral”*.

Sin duda, el hecho de que el precepto aluda a todos los tipos de acoso va a permitir extender las obligaciones hoy existentes en relación con el acoso sexual y el acoso por razón de sexo a todas ellas. Aun así, en atención al Convenio 190 OIT,

debería haberse incluido la protección de cualquier tipo de violencia en el trabajo y no sólo las que adoptan las características de un acoso.

Las medidas previstas legalmente en relación con la protección y prevención del acoso se concentran actualmente en dos preceptos: el art. 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOI) y el art. 46 de la misma norma en relación con los planes de igualdad de las empresas tendentes a alcanzar la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo.

Vamos a analizar por separado cada una de ellas.

3.1.1. Medidas derivadas de la Ley Orgánica de Igualdad

El art. 48 LOI, en su redacción original, además de obligar al empresario a *“promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo”*, determinaba dos clases de medidas: unas de carácter formativo e informativo, esto es *“la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación”* referidas en el apartado 1 y *“la sensibilización de los trabajadores”*, en relación con las obligaciones de los representantes de los trabajadores mencionada en el apartado 2; y otras que posibilitaban la actuación de la empresa frente a los actos de acoso que se produzcan en la misma, es decir las medidas *“para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo”*.

Ahora bien, en la actualidad, la DA 10ª.3 de la LOGILS ha dado nueva redacción a este precepto. Por un lado, ha actualizado las obligaciones de las empresas y los representantes de los trabajadores al sentir de dicha norma, de manera que los primeros *“deberán promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital”*; y los segundos *“deberán contribuir a prevenir la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, con especial atención al acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital, mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos”*. Por otro lado, ha eliminado la referencia a los canales internos de denuncia, aunque, en realidad, esta obligación simplemente ha migrado de norma, pues se mantiene por efecto del art. 12.1 LOGILS, el cual dentro de las medidas para prevenir y sensibilizar frente a los delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el ámbito de la empresa obliga a *“arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes*

hayan sido víctimas de estas conductas, incluyendo específicamente las sufridas en el ámbito digital?

A continuación, vamos a detenernos en ambos tipos de medidas para ver cómo deben de adaptarse a los casos de trabajo a distancia y, especialmente, al teletrabajo.

3.1.1.1. Políticas empresariales de sensibilización, información y formación

Dentro del primer grupo de medidas se encuentran las campañas de sensibilización, información y formación para crear una cultura de respeto e igualdad en las empresas. En este sentido, el establecimiento de códigos de conducta y la realización de campañas informativas o acciones de formación forman parte de las medidas empresariales que deberán negociarse con los representantes (art. 48.1 LOI), mientras que las acciones de sensibilización del personal laboral constituyen una obligación para la representación de las personas trabajadoras en su labor de contribuir a prevenir y evitar estos acosos (art. 48.2 LOI). En realidad, todas ellas tienen mucho en común, por lo que resulta recomendable que se elaboren de forma conjunta y coordinada entre la empresa y la representación de las personas trabajadoras, tanto la unitaria y sindical, como lo especializada en materia preventiva encarnada por los delegados de prevención.

Debe resaltarse la importancia y necesidad de estas medidas. Dificilmente se puede luchar contra estos comportamientos sin sensibilización, formación e información. Además, están integradas en el cumplimiento del deber de protección de la empresa que, a tenor del art. 19 LPRL, debe garantizar que los trabajadores reciban formación teórica y práctica en materia preventiva.

Sin embargo, también hay que señalar que se trata de mecanismos preventivos de perfil bajo, pues no impiden que se produzcan las conductas ni implican un análisis de la situación real en la empresa de cara a su prevención. Por ello, aunque relevantes, tienen un papel menor en relación con otras medidas preventivas y se corre el peligro de que se entiendan como acciones suficientes, es decir, que el establecimiento de procedimientos específicos para su prevención se vea reducido a meras declaraciones de intenciones y a la mecanización de la formación e información sobre la materia.

Las modificaciones operadas en el art. 48 LOI por la LOGILS determinan que estas labores de formación y sensibilización, aunque incidan especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo se extiendan a todas las conductas frente a la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, independientemente de su consideración como delito, lo que incluye expresamente el acoso moral o *mobbing*. En realidad, como venimos señalando, para cumplir con los compromisos del Convenio 190 OIT sería conveniente que se extendieran a todas las formas de violencia y acoso, tanto física como psíquica en la empresa y no solo a las que atentan contra la libertad sexual o la integridad moral.

Además, deben incorporarse entre los contenidos de estas campañas las formas telemáticas de violencia y acoso, siendo esto, desde luego, obligado en la adaptación de estas medidas a los supuestos de teletrabajo en atención a la obligación establecida en el art. 4.4 LTD, pero también en relación con la prevención genérica de las conductas de acoso en las empresas aunque no contemplen fórmulas de trabajo a distancia, pues tanto el actual art. 48 LOI, como el art. 12 Ley Orgánica 10/2022, se refieren expresamente a sus manifestaciones en el ámbito digital. Ciertamente, la formación para prevenir el ciberacoso en el trabajo no se puede circunscribir a los supuestos de teletrabajo, ya que estas fórmulas de comunicación son también habituales en el trabajo presencial; y, además, porque no se requiere necesariamente que tengan lugar en canales de comunicación propiamente laborales. Así, por ejemplo, medios de comunicación privados como los servicios de mensajería o las redes sociales pueden ser el vehículo para actuaciones violentas relacionadas con el trabajo y por tanto constitutivas de un ilícito laboral y, en su caso de un delito penal²¹. Un uso adecuado de los medios de comunicación digitales de la empresa y las redes sociales en el entorno laboral, además de situaciones de violencia y acoso digital, evitaría otros problemas que derivan en acciones disciplinarias contra los responsables, por el daño que causan a la empresa²². Además, la educación en el uso de estos medios de comunicación resulta necesaria, puesto que no parece haber una conciencia de mal uso de las mismas, sobre todo en los sectores más jóvenes de la población, por lo que las empresas deben potenciar una “alfabetización digital cívicamente responsable” de las personas empleadas²³.

3.1.1.2. Los protocolos de acoso

El segundo tipo de medidas está configurado por los denominados protocolos de acoso que se ponen en marcha una vez se ha producido la conducta con el fin de dar cauce a las denuncias y dar un tratamiento correcto al conflicto en el seno de la empresa tomando, en su caso, las medidas protectoras y sancionadoras oportunas. Aunque poseen un carácter eminentemente defensivo o reactivo, tienen también una función preventiva en cuanto que la adecuada protección y respaldo empresarial a la víctima funcionan como elemento de disuasión de futuras conductas. Este tipo

²¹ Baste recordar, en este sentido, el caso terrible, por sus consecuencias, caso Iveco que condujo al suicidio de una trabajadora víctima de ciberacoso laboral por la difusión entre sus compañeros de trabajo de conductas privadas (un video sexual íntimo) ajenas al trabajo, en determinadas redes sociales y que el Juzgado de Instrucción nº 5 de Alcalá de Henares acabó por archivar por falta de autor conocido. Sobre la vertiente laboral de este caso reflexiona ampliamente Molina Navarrete, C., *El ciberacoso en el trabajo...*, op. cit.

²² Sobre el tema Nores Torres, L. E., “Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones laborales”, *Revista de Información Laboral*, 7/2021, pp. 21 y ss.

²³ Molina Navarrete, C., *El ciberacoso en el trabajo...*, op. cit. p. 290.

de protocolos están muy generalizados y no todos sirven con la misma eficacia al fin propuesto²⁴.

Tomando como referencia algunos elementos comunes en todos ellos y la necesidad de adaptarlos a la situación de teletrabajo sería conveniente que estos protocolos, además de hacer mención a la normativa aplicable, ofrezcan las definiciones de violencia y acoso en el trabajo en sus distintas manifestaciones, incluyendo el ciberacoso, así como ejemplos de las conductas que provocan estos ilícitos. En este punto hay que traer a colación que, la obligación de incorporar canales internos de denuncia se ha trasladado al art. 12 LOGILS que hace expresa mención a las conductas contra la libertad sexual y la integridad en el trabajo “*sufridas en el ámbito digital*”, por lo que no sólo deberán tenerse en cuenta en los casos de teletrabajo por efecto de la LTD, sino en todos los protocolos de acoso, aunque no exista en la empresa la modalidad de trabajo a distancia.

Además, debe hacerse notar, que, por efecto de la LOGILS, como ocurría en relación con las acciones de formación y sensibilización, estos canales internos de denuncia se extienden obligatoriamente a los supuestos de acoso moral o *mobbing*, en cuanto que atentan al derecho a la integridad del trabajador. En realidad, la práctica demuestra que los protocolos ya atendían a estas formas de violencia, pero su reconocimiento legal es muy positivo y potenciará su inclusión en todos los protocolos que se adopten. Debe también tenerse en cuenta que el Convenio 190 OIT obliga a que en estos mecanismos internos de las empresas se atienda a todo tipo de violencia y no sólo los supuestos de acoso en cualquiera de sus modalidades²⁵.

Asimismo, deben concretarse los sujetos que pueden interponer una queja o denuncia, debiendo incluir obviamente a las víctimas, a la representación de los trabajadores (art. 48.2 LOI) y a cualquier otra persona trabajadora que tenga conocimiento de la situación ex art. 29.2.4 LPRL. Además, tomando como referencia el Convenio 190 OIT y la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y

²⁴ Como referencia de contenido de esta actuación preventiva cabría considerar como modelo válido el protocolo contra el acoso sexual y el acoso por razón de sexo elaborado por Emakunde Instituto Vasco de la Mujer para facilitarlo a las empresas del ámbito de actuación de Emakunde. Dicho protocolo fue actualizado en 2017 de acuerdo con la propuesta de un grupo de trabajo de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea y las sugerencias y aportaciones de Emakunde y de Osalan Instituto Vasco de seguridad y Salud Laboral. Al respecto López Rubia, M. E., “La actualización del Protocolo contra el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo de Emakunde Instituto Vasco de la Mujer”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 416/2017, pp. 141-166.

²⁵ La multiplicidad de conductas violentas conduce a preguntarnos si debe articularse un único procedimiento de denuncia común para todas ellas o diversos procedimientos en función de tipología de la conducta llevada a cabo. Sobre esta cuestión entiende la doctrina que resulta más adecuado establecer dos procedimientos distintos, uno de actuación exclusiva para el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, que por su tipología requieren un tratamiento diferenciado; y otro para el resto de situaciones de conflicto —López Rubia, M. E., “Los protocolos de acoso sexual y acoso por razón de sexo”, en AA. VV. (S. I. Pedrosa Alquezar, coord.), *Diseño e implementación de planes de igualdad en las empresas*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2020, p. 583—.

del Consejo de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, deberían establecerse medidas de garantía que impidan posibles represalias sobre los informantes²⁶; y el procedimiento a seguir para interponerlas, que, en caso de existir trabajo a distancia, debe contemplar la posibilidad de presentación telemática.

En muchos casos se establece un procedimiento formal y otro informal para situaciones de acoso menos graves. Sin embargo, estos últimos sólo deberían usarse para solventar conflictos derivados de comportamientos que no constituyen una situación de violencia y acoso, pero que, de persistir, darían lugar a dicha situación²⁷. Por otro lado, durante la tramitación del procedimiento formal, que será conducido por asesores confidenciales y deberá respetar el derecho a la intimidad de los sujetos implicados —sin perjuicio de que se dé publicidad a los resultados—, debe preverse la posibilidad de establecer medidas cautelares que eviten que la conducta siga ocurriendo, sin menoscabar los derechos de la víctima. En los casos de trabajo presencial ese tipo de situaciones se resuelve evitando que víctima y agresor coincidan en el centro de trabajo, mediante un cambio de puesto de trabajo o introduciendo modificaciones en los horarios de trabajo y, a estos efectos, habría que contemplar igualmente un cambio voluntario de la víctima de trabajo presencial a trabajo a distancia. En los casos en que la víctima haya sufrido la violencia o el acoso prestando sus servicios en la modalidad de teletrabajo, habrá que impedir el contacto digital con su agresor, lo que puede implicar cambios en la organización personal de la empresa.

Es importante que estos protocolos no sólo solucionen el conflicto individual, sino que actúen “sobre la fuente que crea la “toxicidad psicosocial” que aqueja el entorno para descontaminarlo”²⁸. Esto implicará velar para que el reingreso en la empresa se produzca en un entorno adecuado que permita desarrollar su prestación laboral en condiciones óptimas. Para ello puede ser necesario que la reincorporación plena se lleve a cabo de forma progresiva proporcionando, además, un acompañamiento en este proceso que deberá estar tutelado, tanto por personal de la propia empresa (compañeros, supervisores, jefes y mandos), como por los profesionales especializados²⁹.

²⁶ Sobre el tema Igartua Miró, M. T., “Los canales de denuncia internos (*whistleblowing*) como mecanismo de tutela frente al acoso laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, 447/2020, pp. 3739. Como señala la autora el acoso no queda incluido en su campo objetivo o material de actuación (art. 2), lo cual da lugar a una paradoja, pues si bien la Directiva no se aplica a los denunciantes de una situación de acoso, si les protege frente al mismo en caso de denuncia de alguna de las contravenciones del derecho de la Unión recogidas en el art. 2.

²⁷ López Rubia, M. E., “Los protocolos de acoso sexual...”, op. cit., p. 590.

²⁸ Molina Navarrete, C., *El ciberacoso en el trabajo...*, op. cit. p. 251.

²⁹ Altés Tárrega, J. A.; Estardid Colom, F., “Violencia y acoso en el trabajo: plasmación en las empresas y mecanismos de prevención” [en línea]. *Gestión Práctica de Prevención de Riesgos Laborales*, nº 202, 2022, p. 13/18.

3.1.2. Los Planes de igualdad y los diagnósticos de situación: colectivos vulnerables especialmente protegidos

La segunda previsión normativa específica en relación con el acoso sexual y el acoso por razón de sexo se contempla en relación con los planes de igualdad empresariales. En este sentido, actualmente el art. 45.2 LOI establece que las empresas de más de 50 trabajadores deberán negociar, elaborar y aplicar un plan de igualdad; y el art. 46.2 LOI determina que la prevención del acoso sexual y el acoso por razón de sexo debe incluirse entre las materias objeto de diagnóstico con carácter previo a la elaboración de dicho plan, por lo que se consideran una herramienta indispensable para obtener una foto de la situación de partida en materia de igualdad.

Ahora bien, el art. 8 del RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, determina que el plan de igualdad “*contendrá las medidas que resulten necesarias en virtud de los resultados del diagnóstico*”, si bien se pueden incorporar otras materias entre las que se menciona expresamente la violencia de género. Por tanto, el plan de prevención es obligatorio si se verifican situaciones de acoso y potestativo en el resto de los casos, aunque deberían implementarse igualmente en atención al deber de seguridad que impone a la empresa la LPRL. De hecho, como se ha señalado, pese a que responden a finalidades distintas, las medidas preventivas a integrar en el plan de igualdad pueden proceder de la evaluación y planificación de los riesgos psicosociales, sin que a ello obste el hecho de que la prevención en el plan de igualdad deba ser negociada, a diferencia de la que se deriva de la evaluación de riesgos; o que tengan ámbitos de aplicación distintos: puesto de trabajo en la evaluación de riesgos y la empresa en el plan de igualdad³⁰.

Sea como fuere, el diagnóstico de situación resulta muy útil como punto de partida para diseñar las medidas preventivas y, por ello, debe evitarse que consista en una mera verificación del cumplimiento empresarial de las obligaciones normativas antes mencionadas, esto es, si existe un protocolo de actuación y, en su caso, medidas formativas e informativas.

Así, habría que radiografiar la plantilla de la empresa para determinar si es más o menos vulnerable a estos comportamientos, indagar en su opinión sobre la política de la empresa y las necesidades de las personas trabajadoras en relación a estas materias; y determinar si el sector de actividad o el tipo de trabajo influye en una mayor exposición a la violencia y al acoso. Efectivamente, las estadísticas demuestran que existen colectivos más vulnerables que otros a sufrir violencia y acoso en el trabajo, de manera que estos comportamientos violentos son, por ejemplo, más frecuentes en personas trabajadoras que ocupan puestos que no

³⁰ López Rubia, M. E., “Los protocolos de acoso sexual...”, op. cit., p. 602 y 603.

requieren cualificación o en mujeres. Por ello, inevitablemente deberá aplicarse también una perspectiva de género, en tanto que, con carácter general, todas las conductas de violencia y acoso y no sólo el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, tienen un marcado sesgo de género. Esta perspectiva de género debe llevar a identificar los puestos de trabajo ocupados por mujeres, con el fin de dar cumplimiento a la obligación del art. 12.2 *in fine* LOGILS ya mencionada de evaluar e informar a las mismas de los posibles riesgos relacionados con la violencia sexual. Asimismo, habría que incluir en el grupo de colectivos especialmente sensibles a aquellos susceptibles de discriminación (raza, etnia, orientación sexual, personas con discapacidad...) y, en general, a quien resulta diferente ³¹.

En este sentido, la LTD en diferentes preceptos de su articulado hace referencia a ciertos grupos de personas a las que considera más vulnerables en esta forma de trabajo, al tiempo que les otorga ciertas prerrogativas.

En este sentido, en primer lugar, la norma despliega una especial protección para los menores; colectivo, al que, como se señala en la exposición de motivos, considera “*de especial susceptibilidad a los riesgos vinculados con esta forma específica de organización (fatiga física y mental, aislamiento, problemas de seguridad y de acoso en el trabajo)*”, por lo que garantiza que desarrollarán su prestación con un cincuenta por ciento de presencialidad (art. 3 LTD). Esta limitación también se extiende a las personas con contratos formativos, si bien, en estos casos, la protección, más que con la potencial vulnerabilidad como el caso de los menores, tiene que ver con la garantía del objeto del contrato³².

En segundo lugar, el art. 4.3 LTD atiende a aquellas personas cuyos condicionantes de sexo, edad, antigüedad, grupo profesional o discapacidad, les hacen más vulnerables ante la posibilidad de sufrir discriminación. Tal y como se desprende del precepto “*las empresas están obligadas a tener en cuenta a las personas teletrabajadoras o trabajadoras a distancia y sus características laborales en el diagnóstico, implementación, aplicación, seguimiento y evaluación de medidas y planes de igualdad*”, realizando “*los ajustes razonables*” que resulten procedentes, cuando estos puestos de trabajo estén ocupados por personas pertenecientes a estos colectivos con tal de asegurar la igualdad de trato y la prestación de apoyo. Además, como potenciales víctimas de conductas de acoso en todas sus manifestaciones, hay que tenerlos en cuenta en la configuración y aplicación de medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral (art. 4.4 LTD).

³¹ En este sentido, Altés Tárrega, J. A.; Estardid Colom, F., “Violencia y acoso...”, op. cit., p. 8/18.

³² Téngase en cuenta que la referencia a contratos en prácticas y para la formación y aprendizaje debe adaptarse al art. 11 ET tras la LEY 32/2021.

En tercer lugar, el apartado 2º del art. 4.4 LTD, se refiere a las víctimas de violencia de género, que deberán tenerse especialmente en cuenta en aras a la protección y garantía de derechos sociolaborales de estas personas. Sobre la violencia de género cabe recordar que se consideró que podía incrementarse durante el tiempo de confinamiento provocado por la pandemia, es decir, el hecho de “quedarse en casa” potencia para estas personas los riesgos de violencia³³. Por ello, desde la perspectiva del teletrabajo como modelo de organización del trabajo que permite “quedarse en casa” durante la jornada laboral, la LTD tiene en cuenta que las empresas valoren estas consecuencias en aras a la protección y garantía de sus derechos. A tal fin, la DF 3ª LTD dio nueva redacción al art. 37.8 ET, otorgando a las víctimas de violencia de género y ahora, por efecto de la DA 14ª LOGILS, también a las víctimas de violencia sexual, para hacer efectiva su protección o su derecho a una asistencia social integral, el derecho a realizar su trabajo total o parcialmente a distancia o a dejar de hacerlo si este fuera el sistema establecido, siempre que esta modalidad de prestación de servicios sea compatible con el puesto y funciones desarrolladas por la persona.

Así pues, el necesario diagnóstico en las circunstancias personales y riesgos específicos de colectivos concretos, que lleve a tomar medidas adecuadas, así como el establecimiento de límites temporales al trabajo a distancia, deben considerarse herramientas preventivas de los riesgos psicosociales presentes en el teletrabajo entre ellos los derivados de conductas de violencia digital que puedan incidir potencialmente más en unos colectivos que en otros. De esta manera, en la elaboración del diagnóstico de situación y/o del plan de prevención deberá tenerse en cuenta el número total de personas que teletrabajan, el tiempo de trabajo que ocupa esta modalidad de prestación de servicios, los centros de trabajo en los que se llevan a cabo y las unidades funcionales de las que dependen³⁴. Estas circunstancias deben ponerse en relación con la violencia y el acoso en el trabajo, ya que, por un lado, estas personas trabajadoras están seguramente más expuestas a estas conductas, tanto por su aislamiento del resto de la plantilla, como por la poca conciencia existente sobre las consecuencias del mal uso de los medios digitales.

3.2. Las medidas de prevención

Como ya hemos adelantado, en los artículos de la LTD dedicados a la prevención de riesgos no se encuentran alusiones expresas a las conductas de violencia y acoso. No obstante, en cuanto riesgos psicosociales será suficiente con la constatación

³³ Sobre este tema, y relacionado exclusivamente con la pandemia y el confinamiento puede verse Expósito F. y Cueto Moreno, C., “Intervención Judicial por causas de violencia de género en el periodo del COVID-19” en AA. VV. (C. León Llorente, edit.), *Teletrabajo y conciliación en el contexto de la covid-19*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2020, pp. 27 y ss.

³⁴ INSST. *Teletrabajo: criterios para su integración en el sistema de la Seguridad y salud en el trabajo (NTP I.165)*. Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, 2021, p. 4.

de que las particularidades del trabajo a distancia y más concretamente del teletrabajo pueden generar o potenciar ese riesgo para poder exigir a la empresa que atienda a su prevención, además en el caso de que se trate de teletrabajadoras entrará en juego la obligación preventiva del art 12.2 *in fine* LOGILS.

En la Exposición de Motivos de la LTD, se toma conciencia de aquellos aspectos más negativos de este método organizacional del trabajo, que presenta, entre sus posibles inconvenientes, *“tecnoestrés, horario continuo, fatiga informática, conectividad digital permanente, mayor aislamiento laboral, pérdida de la identidad corporativa, deficiencias en el intercambio de información entre las personas que trabajan presencialmente y aquellas que lo hacen de manera exclusiva a distancia”*, y otras posibles dificultades relacionadas con el entorno geográfico. Por esta razón, entre *“los objetivos de esta Ley”*, según la propia exposición de motivos está la de abordar *“los aspectos preventivos” relacionados básicamente con la fatiga física y mental, el uso de pantallas de visualización de datos “y los riesgos de aislamiento”*.

En el texto articulado son dos los artículos específicamente destinados a los aspectos preventivos. Por un lado, el art. 15 LTD, que señala que las personas que trabajan a distancia *“tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el trabajo”*, de conformidad con lo establecido en la LPRL y su normativa de desarrollo; y, por otro lado, el art. 16 LTD sobre los aspectos a tener en cuenta en la *“evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva”* del trabajo a distancia.

El art. 16 LTD, hace referencia a los que denomina *“riesgos característicos de esta modalidad de trabajo”* y alude a la necesidad de prestar especial atención a los *“factores psicosociales, ergonómicos y organizativos y de accesibilidad del entorno laboral efectivo”*; en particular, deberá tenerse en cuenta la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada. Como señaló la doctrina, en relación con el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, posteriormente convalidado por la LTD sin modificaciones, esta regulación supone un avance en relación con la regulación común de la LPR, pero realmente *“resulta poco innovadora respecto a lo que ya deriva de una interpretación sistemática y teleológica del art. 16 LPRL y escasamente “adaptada” a las especiales condiciones del teletrabajo”*³⁵. Ciertamente, la remisión a la LPRL que realiza el art. 15 LTD conlleva la aplicación a este tipo de trabajo de las amplias medidas de prevención que recoge esta legislación con el correlativo deber de la empresa de garantizar una protección eficaz en aras a la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio *“en todos los aspectos relacionados con el trabajo”* (art. 15 LPRL).

³⁵ Igartua Miró, M. T., “Teletrabajo y riesgos psicosociales: La imperiosa necesidad de reforzar la tutela preventiva”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 4/2021, p. 180.

Queda latente pues, como riesgos característicos del teletrabajo, los riesgos psicosociales, si bien, el precepto se queda corto cuando los vincula “*en particular*” al contexto de la distribución de los tiempos de trabajo y la necesaria garantía de descansos y desconexiones. Es evidente que una inadecuada gestión de los tiempos de trabajo y descanso son factores que en el teletrabajo juegan un papel muy importante como generadores de tales riesgos, pero no son los únicos factores que, mal gestionados, pueden desembocar en la generación de riesgos psicosociales, pues otras particularidades del teletrabajo han de ser también objeto de medidas de atención específica desde la esfera de la prevención y protección.

Así, por ejemplo, cobran especial importancia como un factor de riesgo psicosocial y, por tanto, con influencia en la violencia y el acoso las relaciones interpersonales en el trabajo (malas o escasas relaciones, ausencia de comunicación, conflictos personales...). Igualmente, han de valorarse otros factores como las características del puesto de trabajo o los ya mencionados aspectos organizacionales sobre tiempo de trabajo. Debe tenerse bien presente que entre estos factores de riesgo existe una patente relación de interdependencia. En este sentido, la sobrecarga de trabajo, los horarios prolongados, la falta de desconexión del trabajo, especialmente en condiciones de aislamiento, se convierten en factores que pueden incidir en las relaciones personales y crear un ambiente laboral que propicie conductas violentas³⁶.

En consecuencia, aunque no se explicita, la ley exige desplegar acciones preventivas en relación con la violencia y el acoso, más allá de afrontar estas situaciones meramente en el plano disciplinario y más allá de las campañas de sensibilización, información y formación y los mecanismos preventivos ya presentes en los planes de igualdad y en los protocolos de acoso a los que nos hemos referido anteriormente.

3.2.1. Factores específicos de riesgo en el teletrabajo

Por lo demás, deben tenerse en cuenta los dos factores de riesgo específicos a los que, como hemos visto, alude la Exposición de Motivos de la norma. Por un lado, la presencia de las tecnologías, elemento esencial y pieza conceptual del teletrabajo, herramienta principal de trabajo y comunicación, y por otro lado, otro aspecto del teletrabajo a tener en cuenta, por ser otro elemento esencial del mismo, son las condiciones de distanciamiento en que se desarrolla; por lo que el riesgo de aislamiento ha de ser considerado “*un riesgo característico de esta modalidad de trabajo*” que cabe atender necesariamente en la evaluación de los riesgos y en la planificación de la actividad preventiva.

³⁶ Altés Tárrega, J. A.; Estardid Colom, F., “Violencia y acoso en el trabajo...”, op. cit. p. 10/18.

3.2.1.1. El adecuado uso de las tecnologías de comunicación en el teletrabajo

Cuando las tecnologías se convierten en pieza clave fundamental del desarrollo de la prestación laboral a través del teletrabajo, la persona trabajadora se encuentra generalmente expuesta a que, a través estos sistemas y herramientas, se produzcan conductas de violencia en cualquiera de sus manifestaciones.

En el apartado precedente hemos dado cuenta de la necesidad de informar y sensibilizar a las personas trabajadoras en relación con el uso de estas tecnologías para prevenir el ciberacoso, implícitamente incluido en el art. 4.4 LTD, cuando alude a que las empresas deberán tener en cuenta, las “*particularidades del trabajo a distancia*”, “*especialmente del teletrabajo*”, “*en la configuración y aplicación de medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral*”. Por tanto, la LTD considera que las personas teletrabajadoras pueden verse inmersas en situaciones de violencia en el trabajo, en cualquiera de sus formas; y aunque no se utilice el término “ciberacoso”, obviamente no por ello se ha de considerar excluido, en tanto que, como se señaló anteriormente, no deja de ser una conducta de acoso llevada a cabo por medios digitales.

La regulación sobre el uso de dispositivos y medios digitales se completa con los artículos 17 y 18 LTD. El segundo de ellos, el art. 18, regula el derecho a la desconexión digital y en él se realiza la vinculación del uso de medios tecnológicos en el trabajo con el “*riesgo de fatiga informática*”, en términos similares a lo ya establecido en el art. 88 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD); se observa la conexión entre las tecnologías como herramienta intensa de trabajo y el aspecto organizativo del teletrabajo, que, mal gestionado o no garantizándose el derecho a la necesaria desconexión digital, puede generar riesgos en la salud de las personas teletrabajadoras.

El art. 17 LTD, por su parte, se preocupa de la garantía del derecho a la intimidad. Este precepto señala que los convenios o acuerdos colectivos podrán especificar los términos dentro de los cuales las personas trabajadoras pueden, por motivos personales, hacer uso de los equipos informáticos puestos a su disposición por parte de la empresa para el desarrollo del trabajo a distancia, “*teniendo en cuenta los usos sociales de dichos medios y las particularidades del trabajo a distancia*”. De forma similar, el art. 87 LOPD incide en el uso de medios digitales para garantizar el derecho a la intimidad, señalando también la necesidad de que queden determinados los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados y la necesaria información a las personas trabajadoras sobre los criterios de utilización de los mismos.

La referencia una vez más a las “*particularidades del trabajo a distancia*” en el contexto, en esta ocasión, de la garantía del derecho a la intimidad y la

expresa mención a los “*usos sociales*” de los medios tecnológicos, nos permite hacer la conexión con los posibles comportamientos de violencia digital, por lo que podría interpretarse que el art. 17 LTD tiene un alcance que va más allá de la mera ordenación del tiempo de uso de las herramientas informáticas y telemáticas puestas a disposición de la persona teletrabajadora por la empresa y de las posibilidades de ser utilizadas con fines privados y de cómo evitar que el control empresarial ejercido vulnere el derecho a la intimidad. Un uso no adecuado de las redes sociales, teniendo en cuenta las particularidades del trabajo a distancia —léase, las condiciones de aislamiento en que se desarrolla, que convierten a las personas teletrabajadoras en especialmente vulnerables— exige también a la negociación colectiva tenerlo en cuenta a la hora de delimitar el correcto uso de estas herramientas de comunicación digital.

Las repetidas llamadas legislativas que instan a tener en cuenta “*las particularidades del trabajo a distancia*” en diferentes preceptos y en el contexto de la prevención, llevan a que, en la identificación de los factores de riesgo que requiere todo modelo de prevención, deba tenerse en cuenta que el distanciamiento o aislamiento por sí solo puede ser por tanto un factor de vulnerabilidad en el teletrabajo, y el riesgo al ciberacoso en este sentido será mayor en determinados colectivos que puedan considerarse más vulnerables.

3.2.1.2. El aislamiento en el teletrabajo

El hecho mismo del aislamiento convierte a las personas teletrabajadoras en personas potencialmente expuestas a conductas de acoso cibernético o “*violencia digital*” que generalmente se producen a través de las redes sociales y que globalmente, al margen de las empresas y de la relación laboral, se han convertido en un riesgo social emergente que afecta por igual a todas las personas, pero que se manifiesta como específico en el teletrabajo³⁷.

En este sentido y para paliar esta situación la LTD posibilita que las que podríamos considerar personas teletrabajadoras de larga duración —cuando el teletrabajo se realiza durante toda la jornada y desde el mismo inicio de la relación laboral—, puedan acceder de forma prioritaria a ocupar puestos de trabajo que se realizan total o parcialmente de manera presencial (art. 8.2 LTD). En esta garantía está implícita la idea de prevención ante el riesgo de aislamiento derivado de la duración de la prestación de servicios bajo esta modalidad. En estas situaciones se configura una obligación empresarial de información de los puestos vacantes de carácter presencial que se produzcan, tanto a las personas teletrabajadoras como a la representación legal de las mismas.

³⁷ Martín Hernández, M. L., “El derecho a la seguridad y salud laboral en el teletrabajo” [en línea], *Trabajo y Derecho*, 12/2020, p. 6/20.

La negociación colectiva deberá jugar un papel importante en la prevención del riesgo de aislamiento y en la consideración de colectivos de vulnerabilidad especial. El art. 8.3 le atribuye grandes posibilidades en la regulación del trabajo a distancia, así, señala que los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer los “*mecanismos y criterios*” por los que la persona que desarrolla trabajo presencial puede pasar a trabajo a distancia o viceversa, así como “*preferencias vinculadas a determinadas circunstancias, como las relacionadas*” con la formación, la promoción y estabilidad en el empleo de personas con “*diversidad funcional*” o con “*riesgos específicos*”, la existencia de pluriempleo o pluriactividad o la concurrencia de determinadas “*circunstancias personales o familiares*”, así como la ordenación de las prioridades establecidas en la presente Ley. Asimismo, en la disposición adicional primera que deja en manos de los convenios colectivos un amplio margen en términos de complementariedad e incluso disponibilidad respecto a lo establecido en la LTD, se alude a la posibilidad de que puedan señalarse límites al trabajo a distancia, bien en forma de máximos a la jornada a distancia como en forma de mínimos de jornada en términos de presencialidad.

3.2.2. Concreción de las medidas de acción sobre prevención

La labor de la negociación colectiva en el diseño de este modelo de organización del trabajo va a tener una notable influencia en la operatividad de los aspectos preventivos. En cualquier caso, en atención a lo hasta ahora expuesto el plan de prevención debería al menos tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- Partiendo como dato objetivo de que las tecnologías son el método de conexión con el resto de la plantilla: considerar el ciberacoso un riesgo potencial.
- Partiendo, como modelo organizativo, de las condiciones de distanciamiento en que se desenvuelve: considerar el aislamiento también riesgo potencial de conductas de violencia y acoso.
- Y, puesto que estamos ante riesgos psicosociales, atender a las especiales condiciones y características de la propia persona que teletrabaja en tanto la conviertan en especialmente vulnerable a las citadas conductas de violencia y acoso.

Esta atención a la especial vulnerabilidad de las personas en relación a los riesgos de los específicos puestos de trabajo se contempla en la propia LPRL cuando señala en su art. 25 que “*el empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias*”; y, en relación con las mujeres teletrabajadoras, en el art. 12.2 *in fine* LOGILS.

En definitiva, deben contemplarse diferentes acciones que pueden jugar un papel importante en la prevención de riesgos psicosociales respecto de las personas teletrabajadoras, tales como:

- Acciones de diagnóstico sobre las condiciones y características de las personas antes de adoptar el acuerdo de teletrabajo a los efectos de detectar especial vulnerabilidad o sensibilidad.
- Acciones de seguimiento sobre la situación de bienestar de las personas que teletrabajan, de mayor intensidad ante personas con mayor vulnerabilidad o susceptibles de ser víctimas de acoso y violencia. Importante, la atención a la posible detección de víctimas de violencia de género y de violencia doméstica.
- Señalamiento de limitaciones temporales a los acuerdos de teletrabajo, imponiendo máximos al número de jornadas de teletrabajo generalizables a todo tipo de personal, con mayores garantías para personas más vulnerables.
- Perfeccionamiento y actualización de los protocolos de actuación tanto preventivos como en materia de igualdad, para incorporar actuaciones específicas respecto de las personas que teletrabajan.
- Especiales acciones y campañas de formación, información y sensibilización sobre las conductas de acoso en las empresas incorporando campañas de información y sensibilización sobre uso y abuso de las tecnologías en las relaciones y comunicaciones; las redes sociales, los grupos de chat, ya vengan o no organizados por la propia empresa para favorecer la comunicación entre el personal, han de ser objeto de una adecuada atención y un mal uso debe quedar reflejado e incorporado a las conductas sancionables, aunque se realicen al margen de tiempo y lugar de trabajo.

4. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo hemos puesto de relieve los aciertos y también las deficiencias de la normativa sobre el trabajo a distancia y, de forma más específica, sobre el teletrabajo, por lo que respecta a la protección frente a la violencia y el acoso. Fruto de este análisis, en síntesis, podría concluirse que, con carácter general, la buena acogida que debe tener el hecho de que LTD incluya la protección frente al acoso y la necesidad de tener en cuenta los riesgos psicosociales se empaña con la necesaria crítica que debe hacerse a que se mantenga una regulación estanca que no integra la violencia y el acoso en el trabajo en los riesgos psicosociales. Sin embargo, la legislación obliga a adoptar medidas preventivas y no sólo reactivas, y para ello resulta ineludible superar la visión instaurada entre los destinatarios de la norma, en base a la cual, en materia de prevención de la violencia y el acoso,

se cumple con la instauración de protocolos que se ponen en marcha cuando se producen estas conductas³⁸.

Ahondando en esta conclusión, y aunque ciertamente cabría extraer alguna más, debemos dejar constancia de las siguientes consideraciones:

En primer lugar, pese a que están en juego derechos protegidos como el derecho a la protección de la salud en el trabajo que deriva del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (art. 15 CE) y el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18 CE), se observa la ausencia en la LTD de mecanismos claros preventivos frente a riesgos psicosociales, como los derivados de conductas de violencia y acoso respecto de las personas teletrabajadoras. Estas ausencias deben superarse, en la organización del teletrabajo la empresa debe conocer los riesgos y tratar de prevenirlos. Además, las nuevas manifestaciones de la violencia requieren un especial esfuerzo por parte de los sujetos implicados en su erradicación. Desde luego, no será tarea fácil controlar e identificar las conductas de acoso que se expresan utilizando las redes sociales; el uso de las mismas tiene la dificultad añadida de la globalización del daño, ello lleva a que en una conducta de acoso en el entorno laboral que se difunde por redes, puedan intervenir y participar personas ajenas a la empresa y, además, todo ello ocurre normalmente fuera del tiempo y lugar de trabajo. La complejidad incluso de ejercer el control empresarial es patente y es un reto implementar medidas de prevención eficaces.

En segundo lugar, tampoco se contemplan medidas preventivas respecto a los factores de vulnerabilidad por aislamiento que pueden contribuir a conductas de violencia en el trabajo, pues, es la violencia misma la que se resiste a ser abordada desde la óptica de la normativa de prevención de riesgos, aspecto que, como se ha señalado, deberá cambiarse en un futuro próximo por efecto del convenio 190 OIT.

En tercer lugar, resulta necesario detectar las circunstancias personales y los riesgos específicos de colectivos concretos, que posibilite tomar medidas adecuadas, así como el establecimiento de límites temporales al trabajo a distancia, con el fin de prevenir los riesgos psicosociales presentes en el teletrabajo, entre ellos los derivados de conductas de violencia digital, que puedan incidir potencialmente más en unos colectivos que en otros. De esta manera, en la elaboración del diagnóstico de situación y/o del plan de prevención deberá tenerse en cuenta el número total de personas que teletrabajan, el tiempo de trabajo que ocupa esta modalidad de prestación de servicios, los centros de trabajo en los que se llevan a cabo y las

³⁸ Esta visión de la prevención de los riesgos psicosociales y sus factores causantes no tiene refrendo en la jurisprudencia como se desprende de la STS (Social), de 16 de febrero de 2016, S. 101/2016; y otras posteriores como la SSTS (Social), de 17 de mayo de 2018, S. 544/2018; y la STS (Social), de 29 de enero de 2019, S. 65/2019 —al respecto Molina Navarrete, C., *El ciberacoso en el trabajo...*, op. cit., pp. 222 y ss.-.

unidades funcionales de las que dependen³⁹. Estas circunstancias deben ponerse en relación con la violencia y el acoso en el trabajo, ya que, por un lado, estas personas trabajadoras están seguramente más expuestas a estas conductas, tanto por su aislamiento del resto de la plantilla, como por la poca conciencia existente sobre las consecuencias del mal uso de los medios digitales.

Y, en cuarto y último lugar, resulta necesario aplicar la perspectiva de género, perspectiva que, recordemos, el Convenio 190 OIT obliga a adoptar en la lucha y prevención de la violencia y el acoso en el trabajo y en general contra cualquier forma de discriminación. Así, junto con los factores psicosociales que se derivan de la organización empresarial, deberán tenerse en cuenta otros factores de riesgo psicosocial que afectan singularmente a las mujeres y que les obligan a tener mayor exigencia y control de las emociones. Estos factores se deben a patentes cuestiones culturales y sociales que están presentes en todos los ámbitos y también en el laboral. Son, por tanto, riesgos psicosociales que derivan de la condición de “mujeres en el trabajo”, como la inestabilidad e inseguridad laboral, la doble presencia y la mayor ocupación femenina en el sector servicios. En este sentido, se ha manifestado que *“las políticas interventivas y preventivas deben, de forma muy ambiciosa, ir más allá de las cuestiones puramente empresariales, que, por supuesto deben regularse de forma explícita en toda la normativa relativa a esta materia, alcanzando las diferentes actuaciones a todos los ámbitos sociales. Esta será la forma de producir cambios estructurales que se acaben traduciendo en una mejora de las condiciones laborales y sociales de las mujeres”*⁴⁰. Además, la aplicación de la perspectiva de género permitirá identificar y mitigar eficazmente estos riesgos ya que, como se ha señalado, *“incluso políticas que podrían parecer neutras desde el punto de vista del género pueden, de hecho, perjudicar a las mujeres por no tener en cuenta los aspectos de género. Por tanto, deben hacerse todos los esfuerzos posibles para lograr un impacto positivo”*⁴¹.

³⁹ INSSST. *Teletrabajo: criterios para su integración en el sistema de la Seguridad y salud en el trabajo (NTP I.165)*. Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, 2021, p. 4.

⁴⁰ Castro Trancón, N., “Intervención normativa ante...”, op. cit., p. 303.

⁴¹ Milena, A.; Koller, E., *Teletrabajo e igualdad de género (SOC/662)*. Bruselas: Comité Económico y Social Europeo, 2020.

EL CONVENIO 190 DE LA OIT SOBRE VIOLENCIA Y ACOSO EN EL TRABAJO Y SUS IMPLICACIONES EN EL ORDENAMIENTO LABORAL ESPAÑOL *

ANA M.^a MORENO MÁRQUEZ

Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Carlos III de Madrid

EXTRACTO

Palabras clave: Convenio 190 OIT; violencia; acoso; prevención de riesgos laborales

En este trabajo se analiza, por una parte, el contenido del Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo, y, por otra, qué cambios son necesarios en la normativa interna, ya que, una vez que ha sido ratificado por España, nuestro ordenamiento debe adaptarse a lo establecido en el mismo. De este modo, se parte de la regulación existente al respecto, así como de las interpretaciones judiciales y doctrinales, para, después, señalar qué modificaciones deberían introducirse.

ABSTRACT

Keywords: *ILO Convention 190; violence; harassment; occupational hazard prevention*

This paper analyzes, on the one hand, the content of ILO Convention 190 on violence and harassment at work, and, on the other hand, what changes are necessary in internal regulation, since, once ratified by Spain, our system must adapt to its provisions. In this way, the existing regulation on this matter is taken into account, as well as judicial and doctrinal interpretations, and then indicates what modifications should be introduced.

* Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación “Las prestaciones de trabajo en el sector agrario; con especial consideración al trabajo agrícola en la Comunidad Autónoma de Andalucía”, Proyecto I+D+I en el Marco del Programa Operativo FEDER Andalucía 2014-2020, con número de referencia 2004102301.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. LA AMPLITUD DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO 190 DE LA OIT
 - 2.1. Ámbito objetivo: violencia y acoso en el mundo del trabajo
 - 2.1.1. El concepto genérico de violencia y acoso en el mundo del trabajo
 - 2.2.1. El concepto de violencia y acoso por razón de género
 - 2.2. Ámbito subjetivo: trabajadores y otras personas en el mundo del trabajo
 - 2.3. El mundo del trabajo
3. EL DERECHO A UN MUNDO DEL TRABAJO LIBRE DE VIOLENCIA Y ACOSO
 - 3.1. La prohibición de la violencia y el acoso y la necesaria adopción de medidas preventivas
 - 3.2. El control de la aplicación de la legislación y las medidas a adoptar en los casos de violencia y acoso
4. CONSECUENCIAS DE LA RATIFICACIÓN POR ESPAÑA DEL CONVENIO 190 DE LA OIT: ¿ES NECESARIO INTRODUCIR CAMBIOS EN LA REGULACIÓN DE LA VIOLENCIA Y EL ACOSO EN EL TRABAJO?
 - 4.1. Las lagunas legales relativas al concepto de violencia y acoso en el trabajo
 - 4.1.1. La inexistencia de un concepto de violencia en el trabajo
 - 4.1.2. Las referencias al acoso y la necesidad de definir algunos tipos: acoso moral y ciberacoso
 - 4.2. La necesaria extensión de la protección a otros colectivos
 - 4.3. La introducción de mejoras para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo
 - 4.4. La intervención en los casos de violencia y acoso en el trabajo
5. VALORACIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN

El 21 de junio de 2019, en la 108ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, fue aprobado el Convenio nº 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el mundo del trabajo (Convenio 190)¹, acompañado de la Recomendación nº 206 de la OIT (Recomendación 206)² en la que se contienen una serie de orientaciones relativas a la aplicación de dicho Convenio. Un Convenio que entró en vigor, tal y como establece su art. 14, doce meses después de ser ratificado por dos Miembros, en concreto, el 25 de junio de 2021, una vez ratificado por Uruguay y por Fiji³; si bien, como es sabido, solo obliga a los Estados que lo ratifiquen, de modo que estos deberán introducir los cambios normativos que sean necesarios para adaptar su legislación a lo previsto en esta norma. Sin embargo, por el momento, son muy pocos los Estados que lo han ratificado, y ello a pesar de haber recibido un apoyo

¹ http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190

² https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R206

³ El 12 y el 25 de junio de 2020, respectivamente.

mayoritario tanto el Convenio (439 votos a favor, 7 en contra y 30 abstenciones) como la Recomendación (397 votos a favor, 12 en contra y 44 abstenciones). Pues bien, España es uno de los países que lo ha ratificado, en concreto, el 25 de mayo de 2022, aunque no entrará en vigor hasta el 25 de mayo de 2023⁴.

El Convenio 190 reconoce el derecho a un entorno laboral libre de violencia y de acoso, y fija un marco común a efectos de prevenir, eliminar y reparar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, partiendo de un enfoque amplio al respecto; como se verá, establece un extenso ámbito de aplicación, tanto desde el punto de vista objetivo, va más allá de la violencia y acoso ligadas al género, como de los sujetos a los que se dirige y del espacio en el que se aplica. En este sentido es conveniente destacar la relevancia de contar con una legislación adecuada para hacer frente a la violencia y al acoso en el trabajo, ya que, como se contempla en el propio preámbulo del Convenio, pueden constituir una violación o un abuso de los derechos humanos, afectan al derecho a la dignidad, al derecho a la integridad física, psíquica, sexual y moral de las personas, suponen una amenaza para lograr la igualdad de oportunidades y son incompatibles con el trabajo decente y, por tanto, son contrarios a varios de los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030; en concreto, al relativo al citado trabajo decente y crecimiento económico (objetivo nº 8), y al referido a igualdad de género (objetivo nº 5). De ahí la importancia de su ratificación.

Es cierto que el tratamiento normativo de la violencia y el acoso en el trabajo no se presenta como algo novedoso, puesto que, como es sabido, ya existe regulación, aunque tenga un carácter parcial, a nivel internacional, europeo y nacional. Sin embargo, como se podrá comprobar, el Convenio 190 es el primer instrumento normativo que regula de forma global la violencia y el acoso en el trabajo a nivel internacional. Lo importante, en este sentido, es, por una parte, analizar su contenido, y, por otra, determinar qué cambios son necesarios en nuestra normativa, puesto que, una vez que ha sido ratificado por España, nuestro ordenamiento debe adaptarse a lo establecido en el mismo, por lo que será preciso partir de la regulación existente al respecto, de las interpretaciones judiciales y doctrinales para, después, señalar qué modificaciones deberían introducirse.

2. LA AMPLITUD DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO 190 DE LA OIT

Como a continuación se podrá comprobar, el Convenio 190 tiene un ámbito de aplicación muy amplio, tanto desde el punto de vista objetivo, como subjetivo y espacial.

⁴ Vid. Instrumento de adhesión al Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, hecho en Ginebra el 21 de junio de 2019 (BOE de 16 de junio de 2022).

2.1. **Ámbito objetivo: violencia y acoso en el mundo del trabajo**

El Convenio 190 hace referencia a violencia y acoso en el mundo del trabajo, y, como se verá, incide en la violencia y el acoso por razón de género como amenaza para la igualdad de oportunidades.

2.1.1. *El concepto genérico de violencia y acoso en el mundo del trabajo*

El art. 1.1 Convenio 190 recoge el primer concepto de “violencia y acoso” en el mundo del trabajo que ha sido adoptado a nivel internacional. La OIT ya había venido desempeñando un importante papel en la lucha contra la violencia y el acoso, si bien solo era posible encontrar referencias a los mismos en determinados Convenios⁵ y en alguna Recomendación⁶; pero no había establecido un concepto de violencia y acoso como el que ahora se recoge en el citado Convenio 190. Al igual que tampoco existe un concepto similar en el ámbito europeo, y ello con independencia de que se contemple la obligación de garantizar la seguridad y salud en el ámbito laboral⁷; o de que se incorpore el concepto de acoso discriminatorio⁸, o de acoso sexual⁹; o de que se recojan descripciones de acoso y violencia en el

⁵ Como el Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales de 1989 (nº 169), en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100910.pdf; el Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos de 2011 (nº 189), en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:2551460; y el Convenio sobre trabajo marítimo de 2006, en su versión enmendada, en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_559728.pdf

⁶ Como la Recomendación sobre el VIH y el sida, de 2010 (nº 200), en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R200

⁷ Es cierto que la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para mover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo (Directiva 89/391/CEE) no contiene referencias a violencia, ni a acoso, aunque sí establece la obligación de garantizar la seguridad y salud en el ámbito del trabajo, por tanto, de prevenir los riesgos laborales entre los que se encuentran los riesgos psicosociales. En <https://boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1989-80648>

⁸ En la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (Directiva 2000/43/CE), en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0043>, y en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (Directiva 2000/78/CE), en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32000L0078>

⁹ En la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, de refundición de la normativa comunitaria relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (Directiva 2006/54/CE), en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32006L0054>

trabajo¹⁰, ya que, como se analizará, el Convenio 190 contiene una definición muy amplia.

Pues bien, el art. 1.1 a) Convenio 190 señala que “a efectos del presente Convenio: a) la expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género”. Un concepto en el que no se diferencia entre uno y otra, ni entre las distintas categorías de violencia y acoso. De este modo, es posible incluir una amplia variedad de situaciones, lo que permite que los diferentes Estados que ratifiquen el Convenio partan de un marco flexible a la hora de establecer una regulación. Un concepto que opera como mínimo y que permite su desarrollo por dichos Estados, que también podrán diferenciar, a su vez, acoso y violencia, así como las manifestaciones de una y otra.

Por tanto, son los Estados que ratifiquen el Convenio los que pueden definir estos conceptos de forma conjunta o separada (art. 1.2 Convenio 190), así como sus distintas manifestaciones en el ámbito laboral. Lo cierto es que la generalidad del concepto, su flexibilidad, permite integrar las distintas manifestaciones de acoso y violencia en el trabajo; lo que facilita la ratificación de la norma. Un concepto del que se pueden extraer una serie de notas:

- A) El carácter abierto de la norma. Como se puede comprobar, en esta primera definición de violencia y acoso no se contemplan categorías de una y otro, ni se especifican las conductas concretas, tan solo se hace referencia a “un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas”, si bien esas prácticas y comportamientos pueden tener por objeto, pueden causar, o ser susceptibles de hacerlo, daños de distinto tipo, esto es, “físico, psicológico o sexual”. Sí es cierto que, de forma excepcional, junto a esa definición genérica se hace referencia a una concreta categoría que se incluye en ese marco general de acoso y violencia en el mundo del trabajo, como es la violencia y el acoso por razón de género,

¹⁰ En concreto, en el punto 3 del Acuerdo marco europeo sobre acoso y violencia en el trabajo de 26 de abril de 2007 (en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52007DC0686>). Se abordan, por una parte, de forma diferenciada, para hacer referencia a acoso “cuando se maltrata a uno o más trabajadores o directivos varias veces y deliberadamente, se les amenaza, se les humilla en situaciones vinculadas al trabajo”, mientras que se hace referencia a violencia “cuando se produce la agresión de uno o más trabajadores o directivos en situaciones vinculadas con el trabajo”, por tanto, en el acoso se exige la reiteración, pero no en la violencia; y, por otra, se hace una mención conjunta a violencia y acoso para señalar que en ambos debe estar presente la intencionalidad ya que se indica “con la finalidad o el efecto de perjudicar la dignidad de la víctima, dañar su salud o crearle un entorno de trabajo hostil”, por lo que quedan al margen comportamientos inaceptables siempre que no exista intencionalidad.

que define expresamente y a la que más adelante se hará mención, pero, dado el carácter abierto de la norma, la violencia y el acoso pueden responder o no a motivos discriminatorios y si es así, la causa de discriminación puede ser el género, aunque también puede ser cualquier otra causa de discriminación prohibida. Al igual que la violencia y el acoso pueden obedecer a un móvil que no necesariamente debe ser discriminatorio, sino que las razones pueden ser diversas.

Pues bien, de este modo, se trata de tutelar las distintas categorías y manifestaciones de violencia y acoso, por lo que en el mismo es posible incluir la violencia física, psicológica, o sexual, el acoso sexual, por razón de género, pero también otros como el acoso moral o psicológico, etc.

Un concepto abierto que, además, permite que los países que ratifiquen el Convenio puedan definir violencia y acoso, tal y como señala el art. 1.1 Convenio 190, “como un concepto único o como conceptos separados”, es decir, pueden otorgar un tratamiento global al acoso y a la violencia, o abordarlos de forma separada, de modo que establezcan una regulación de las distintas manifestaciones de violencia y acoso¹¹. No hay que olvidar que en la mayoría de los países se emplean términos diversos y en muchos casos no se contempla la protección frente a las agresiones de carácter físico, que suelen quedar al margen del derecho laboral y se sancionan en el ámbito penal. De esta forma, con esta definición se otorga protección frente a esos comportamientos y prácticas inaceptables, así como frente a las citadas amenazas, englobando en el mismo concepto violencia y acoso, y se facilita a los Estados Miembros tanto la ratificación del Convenio, como la regulación y la adopción de las medidas al efecto. Puede parecer que si es así en realidad no se avanzará en términos de protección de los sujetos que sufren violencia y acoso, pero lo cierto es que la definición permite integrar una diversidad de conductas y que los Estados que ratifiquen el Convenio deberán de adoptar las medidas necesarias de protección frente a las mismas; lo que sin duda es positivo¹².

B) Comportamientos y prácticas que se manifiestan “una sola vez” o “de manera repetida”. Por tanto, el comportamiento, la práctica inaceptable, o la amenaza de uno u otra, no necesariamente deben reiterarse, pueden manifestarse una única vez, es decir, pueden ser aislados, de lo contrario,

¹¹ Vid. Velázquez Fernández, M. (2019), “El Convenio 190 de la OIT sobre Violencia y Acoso en el trabajo: principales novedades y expectativas”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, n.º 437-438, 2019, p. 124.

¹² Vid. Yagüe Blanco, S. “Convenio núm. 190 de la OIT sobre violencia y acoso: Delimitación de su ámbito de aplicación ante la posible ratificación por España”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, n.º 57, 2020, p. 520, en https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=423138&d=1

muchas conductas quedarían excluidas¹³, aunque, también se incluyen los casos en los que lo hacen de forma repetida, con un carácter continuo y sistemático. En este sentido, cabría cuestionarse si, dados los términos de la definición de violencia y acoso contenida en el Convenio, se debe interpretar que tanto la violencia como el acoso pueden tener o no ese carácter ocasional, cuando lo que ha venido caracterizando al acoso ha sido precisamente la reiteración. Hay que tener en cuenta que en una única definición se han incluido tanto violencia como acoso, y podría interpretarse que esto no debe implicar que al hacer referencia a acoso se esté asociando a una conducta, práctica o comportamiento que se manifiesta “una sola vez”, sino que esta referencia se vincula a la violencia y el acoso precisa que exista reiteración de esas conductas, prácticas o comportamientos¹⁴, pero lo cierto es que, como se ha señalado, “no se exige el elemento de reiteración”¹⁵.

- C) En cuanto a la intencionalidad lesiva, se ha cuestionado si debe o no concurrir, ya que se podría interpretar que no es necesaria esa concurrencia, o, por el contrario, que es precisa una finalidad dirigida a causar perjuicios a la víctima¹⁶; lo que es relevante a efectos de determinar si se trata o no de acoso o violencia laboral. En concreto, la norma señala “que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar un daño”, de modo que el

¹³ Vid. Franconi, A. “Un Convenio frente a la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo”, *Revista Ágora*, 13 de agosto de 2019, en <https://www.universitasfundacion.com/agora/acoso-en-el-mundo-del-trabajo/>.

¹⁴ Vid. Yagüe Blanco, S. “Convenio núm. 190 de la OIT sobre violencia y acoso: Delimitación de su ámbito de aplicación ante la posible ratificación...”, op. cit, p. 521: la norma trata de otorgar una protección no solo frente a “aquellas conductas violentas que, comúnmente, se identifican con el acoso laboral y en las que se han centrado los esfuerzos normativos, caracterizados por su carácter continuo y sistemático (a excepción del acoso sexual)”. En el mismo sentido, Rosenbaum Carli, F. “La ratificación del Convenio n° 190 de la OIT por Uruguay: contextos normativos y de estructura sindical”, en AAVV *Violencia y acoso en el trabajo. Significado y alcance del Convenio n° 190 OIT en el marco el trabajo decente (ODS 3,5,8 de la Agenda 2030)*, Correa Carrasco, M. y Quintero Lima, G. (dir.), Dykinson, 2021, p. 152: “parte de la doctrina uruguaya ya ha adelantado su postura interpretativa en relación a que con la expresión “una sola vez” utilizada por el Convenio, no se ha querido referir a que las situaciones de acoso puedan configurarse en un solo acto. Por el contrario, tal referencia estaría limitada a las situaciones de violencia en el trabajo”.

¹⁵ Vid. Pons Carmena, M., “Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio OIT 190”, *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 1, n°. 2, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2020, p. 38.

¹⁶ En este sentido, vid. Correa Carrasco, M. “El elemento teleológico (intencionalidad lesiva) en el concepto de violencia y acoso laboral contenido en el Convenio 190 OIT”, en AAVV *Violencia y acoso en el trabajo. Significado y alcance del Convenio n° 190 OIT en el marco el trabajo decente (ODS 3,5,8 de la Agenda 2030)*, Correa Carrasco, M. y Quintero Lima, G. (dir.), Dykinson, 2021, p. 20: “la existencia de violencia o acoso laboral requiere que dicho resultado haya sido propiciado de forma consciente y deliberada por parte de los agresores”.

elemento de intencionalidad puede o no concurrir¹⁷, es decir, la conducta puede tener por objeto producir un daño, o puede causarlo sin que exista dicha intencionalidad; e incluso ser susceptible de hacerlo, aunque no se produzca dicho daño¹⁸. Lo que supone que puede o no existir intencionalidad y puede o no producirse un daño. De este modo, se objetiva el concepto¹⁹. Un elemento que ya no estaba presente en las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, en las que se señala “que tenga como objetivo o consecuencia”²⁰; ni en la Directiva 2002/73/CE²¹, ni, posteriormente, en la Directiva 2006/54/CE en la que se indica “con el propósito o el efecto de (...)”. En definitiva, la intencionalidad no se configura en el Convenio como un elemento imprescindible.

2.1.2. El concepto de violencia y acoso por razón de género

Si bien es cierto que el Convenio 190 contempla la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, se puede observar cómo tanto en su preámbulo como en su articulado se incluye de forma expresa un enfoque de género, con el fin de prevenir y combatir la violencia y el acoso por razón de género. Hay que tener en cuenta que, tal y como se indica en el citado preámbulo, la violencia y acoso son una amenaza para la igualdad de oportunidades y, en este sentido, se parte de una realidad como es el hecho de que la violencia y el acoso por razón de género afectan de forma desproporcionada a las niñas y a las mujeres; lo que conecta con un desequilibrio en las relaciones de poder que históricamente se han venido estableciendo entre hombres y mujeres y, a su vez, con la vulneración del principio de igualdad y no discriminación, que precisamente se pone de manifiesto en este tipo de violencia y

¹⁷ Vid. Lousada Arochena, J. F., “El convenio 190 de la organización internacional del trabajo sobre la violencia y el acoso en el trabajo”, *Revista de Derecho Social*, nº. 88, 2019, p. 60.

¹⁸ Vid. Ribeiro Costa, A.C. “El contenido del Convenio n 190 de la Organización Internacional del Trabajo: definiciones y ámbito de aplicación – “Vino nuevo en odres viejos”?”, en AAVV *Violencia y acoso en el trabajo. Significado y alcance del Convenio n° 190 OIT en el marco el trabajo decente (ODS 3,5,8 de la Agenda 2030)*, Correa Carrasco, M. y Quintero Lima, G. (dir.), Dykinson, 2021, p. 34: “lo cierto es que, en la versión inglesa, las tres son alternativas: basta que o haya intención de causar daño, o cause daño, o sea susceptible de causar daño”.

¹⁹ Vid. Velázquez Fernández, P.M. “El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: principales novedades y...”, op.cit., pp. 125 y 126; “Consecuencias de la aplicación del Convenio 190 OIT sobre acoso y violencia en el trabajo en el ordenamiento español”, en AAVV *Violencia y acoso en el trabajo. Significado y alcance del Convenio n° 190 OIT en el marco el trabajo decente (ODS 3,5,8 de la Agenda 2030)*, Correa Carrasco, M. y Quintero Lima, G. (dir.), Dykinson, 2021, p. 288.

²⁰ Con respecto al acoso discriminatorio.

²¹ Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (Directiva 2002/73/CE), en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32002L0073>, actualmente derogada.

acoso. Por tanto, su erradicación es fundamental para alcanzar la igualdad y para ello, como se establece en el preámbulo, se han de abordar “las causas subyacentes y los factores de riesgo, entre ellos los estereotipos de género, las formas múltiples e interseccionales de discriminación y el abuso de las relaciones de poder por razón de género”.

De ahí que, por una parte, que el concepto de violencia y acoso por razón de género se incluya en el de violencia y acoso que se establece en el art. 1.1 a) Convenio 190, por tanto, se trata de comportamientos, prácticas inaceptables, o amenazas de dichos comportamientos y prácticas sin necesidad de que exista reiteración ni intencionalidad, y que en el art. 1.1 b) se especifique que esos comportamientos, prácticas o amenazas “van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género”, o “afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual”, es decir, se trata de una concreta categoría de violencia y acoso en la que, a su vez, se encuentra comprendido el acoso sexual. Y, por otra, que en el art. 4.2 del Convenio 190 se contemple la necesidad de que los Miembros adopten “un enfoque inclusivo, integrado y que tenga en cuenta las consideraciones de género” con el fin de prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

Ahora bien, al señalar el género no se trata de hacer referencia a las características biológicas, sino a aquellas que se aprenden, que están determinadas por factores culturales, históricos, que dan lugar a los mencionados estereotipos de género, de modo que se atribuyen de forma generalizada una serie de roles y características a hombres y mujeres, generando unas expectativas sobre lo que implica ser hombre o mujer. Así, aunque la violencia y el acoso por razón de género generalmente la sufren las mujeres, puesto que no se indica que se trata de violencia y acoso por razón de género contra la mujer y la definición que se contiene en el Convenio está redactada de forma neutra, la víctima también podrá ser un hombre, si bien dicha violencia y acoso habrá de vincularse a los citados estereotipos²².

2.2. Ámbito subjetivo: trabajadores y otras personas en el mundo del trabajo

Se puede afirmar que el ámbito subjetivo del Convenio 190 es muy amplio, ya que no solo protege a los trabajadores asalariados definidos como tales en la legislación y la práctica nacionales, sino que, tal y como se indica en su art. 2.1, también incluye a “otras personas en el mundo del trabajo”. En concreto, hace referencia a las personas que trabajan, “sea cual sea su situación contractual”, lo

²² Vid. Lousada Arochena, J.F. “El convenio 190 de la organización internacional del trabajo sobre la violencia y el acoso en el trabajo”, op. cit., p. 63: “la violencia o el acoso de género afectará a los hombres que se separen de sus roles de género (ovejas negras)”.

que se ha interpretado en el sentido de que se encuentran incluidos los autónomos²³, los falsos autónomos, así como todos aquellos que prestan servicios en la economía sumergida²⁴, personas en formación (no solo con contrato formativo, sino también becarios, estudiantes que realizan prácticas), incluyendo aprendices y pasantes; trabajadores despedidos, de modo que una vez extinguida su relación laboral también estarán protegidos frente a la violencia y el acoso; voluntarios; personas que buscan empleo y postulantes a un empleo; así como los individuos que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador, incluyendo a estos de este modo entre los posibles sujetos pasivos de la violencia y el acoso. Lo que conlleva el reconocimiento de que la violencia y el acoso frente a las que se otorga protección no solo se puede poner de manifiesto de forma horizontal, entre compañeros de trabajo de igual rango, o de manera vertical descendente, cuando procede de los superiores jerárquicos, sino también como violencia y acoso vertical ascendente²⁵. Además, en todo caso, con independencia del sector en el que se ubiquen, es decir, al margen de que se trate del sector público o privado, tanto en el marco de la economía formal como informal, y de que se encuentren en zonas urbanas o rurales (art. 2.2 Convenio 190); lo que es importante a efectos de protección. De modo que, con independencia de que determinadas relaciones no estén expresamente incluidas en las legislaciones laborales nacionales, los sujetos estarán protegidos. Como se puede comprobar, la protección se extiende a personas que están directamente relacionadas con el “mundo del trabajo”.

Al igual que en el caso de los sujetos protegidos, también se opta por un concepto amplio de sujeto activo, ya que se tiene en cuenta que la violencia y el acoso no solo pueden proceder de personas de la propia empresa, sino también de sujetos ajenos a la misma, de modo que se extiende a terceros a los que hace referencia el art. 4.2 Convenio 190 en el que se establece la obligación del Estado que lo ratifique de adoptar “un enfoque inclusivo, integrado y que tenga en cuenta las consideraciones de género para prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo”; un enfoque que “debería tener en cuenta la violencia y el acoso que impliquen a terceros, cuando proceda”. Terceros que señala el punto 8 de la Recomendación 206, como los posibles clientes, proveedores de servicios, usuarios, pacientes y el público en general.

²³ Cfr. Igartúa Miró, M^a. T. “Los canales de denuncia internos (whistleblowing) como mecanismo de tutela frente al acoso laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, n° 447, 2020, p. 43; Olarte Encabo, S. “Los principios fundamentales del Convenio 190 OIT: un análisis desde la perspectiva de género. La novedosa inclusión del trabajo de servicio doméstico”, en *AAVV Violencia y acoso en el trabajo. Significado y alcance del Convenio n° 190 OIT en el marco el trabajo decente (ODS 3,5,8 de la Agenda 2030)*, Correa Carrasco, M. y Quintero Lima, G. (dir.), Dykinson, 2021, p. 75.

²⁴ Cfr. Lousada Arochena, J.F. “El convenio 190 de la organización internacional del trabajo sobre la violencia y el acoso en el trabajo”, op. cit., p. 64.

²⁵ Vid. Yagüe Blanco, S. “Convenio núm. 190 de la OIT sobre violencia y acoso: Delimitación de su ámbito de aplicación ante la posible ratificación...” op. cit, p. 531.

2.3. El mundo del trabajo

Como se ha comprobado, los arts. 1 y 2 Convenio 190 determinan el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación haciendo referencia, respectivamente, a “la violencia y el acoso” y “a los trabajadores y otras personas”, en ambos casos, como se ha señalado, “en el mundo del trabajo”. Es el art. 3 Convenio 190 el que de nuevo hace mención al “mundo del trabajo”, precisamente para indicar que se aplica a “la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo”; frente a los que se protege a los citados trabajadores y a otras personas a las que ya se ha hecho mención. Por tanto, se vinculan con el trabajo recurriendo a diferentes criterios que permiten establecer una conexión entre la violencia y el acoso y el trabajo. Por una parte, a un criterio temporal, el tiempo en el que se desarrolla el trabajo; y, por otra, a un criterio de causalidad, bien porque exista una relación con el trabajo o porque tengan lugar como resultado del mismo; criterios que, a su vez, se combinan con un criterio espacial, ya que, a continuación, se detallan los lugares a los que se produce el acoso y, por tanto, a los que alcanza la protección: “en el lugar de trabajo”, ya sean espacios públicos o privados, lo que supone incluir cualquier lugar en el que se desarrolle el trabajo, de modo que puede tratarse de instalaciones de la empresa, pero también de los clientes, la calle, o el propio hogar u otro espacio en el caso del teletrabajo, o un domicilio como sucede en el trabajo doméstico; y en lugares que no están destinados al trabajo, pero sí tienen una relación directa con el mismo como ocurre con los espacios en los que se retribuye al trabajador, o donde este descansa o come, en instalaciones sanitarias, de aseo, así como en los vestuarios.

Del mismo modo se amplía el ámbito de protección frente a la violencia y el acoso más allá del estricto lugar de trabajo teniendo en cuenta la citada relación con el trabajo, extendiéndolo a los que tienen lugar “en los desplazamientos, viajes, eventos, actividades sociales o de formación” y ello al margen de que el tiempo se considere o no de trabajo, ya que lo que determina la protección en este caso es el hecho de tener relación con el trabajo o ser consecuencia del mismo; así como a las comunicaciones siempre que estén relacionadas con el trabajo, incluyendo en este supuesto las que tienen lugar por medio de tecnologías de la información y la comunicación, lo que supone que se incorpora el ciberacoso como expresión de violencia y acoso utilizando para ello las citadas tecnologías²⁶, a la vez que

²⁶ Vid. Ramos Quintana, M. “Enfrentar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo: la discusión normativa de la OIT”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 138, 2018, pp. 100-102; Molina Navarrete, C. - *El ciberacoso en el trabajo: cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*, La Ley, Wolter Kluwer, Madrid, 2019; - “Del acoso moral (moobing) al ciberacoso en el trabajo (network mobbing): viejas y nuevas formas de violencia laboral como riesgo psicosocial en la reciente doctrina judicial”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, nº 437-438, 2019, pp. 143-165; De Vicente Pachés, F.- *Ciberacoso en el trabajo*, Atelier, Barcelona, 2018; - “El Convenio 190 OIT y su trascendencia en la gestión preventiva de la violencia digital y ciberacoso en el trabajo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, nº 448, 2020, pp. 69-106; De

implica el reconocimiento de que la violencia y el acoso pueden producirse más allá del espacio físico en el que se desarrolla el trabajo, en concreto, en un entorno virtual, lo que, a su vez, supone que se tengan en cuenta las nuevas formas de realizar ese trabajo, como ocurre con el trabajo en plataformas digitales, con el trabajo a distancia, con el teletrabajo, etc.; en el alojamiento proporcionado por el empleador; así como en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo, un espacio en el que no se situaría la persona si no tuviera que realizar dicho trabajo. Por tanto, se trata de un concepto muy amplio.

3. EL DERECHO A UN MUNDO DEL TRABAJO LIBRE DE VIOLENCIA Y ACOSO

Los Miembros que ratifiquen el Convenio 190 han de “respetar, promover y asegurar el disfrute del derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso” (art. 4.1 Convenio 190), y para ello, como se ha indicado, es fundamental prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo adoptando “un enfoque inclusivo, integrado y que tenga en cuenta las consideraciones de género” (art. 4.2 Convenio 190). Un enfoque que conlleva la actuación en distintos ámbitos, incluyendo las políticas, la legislación en la materia, sin olvidar la importancia de la negociación colectiva; y que, por tanto, implica a los gobiernos, a los empresarios y trabajadores, así como a sus organizaciones (art. 4.3 Convenio 190).

3.1. La prohibición de la violencia y el acoso y la necesaria adopción de medidas preventivas

El art. 4.2 a) Convenio 190 señala cómo ese enfoque consiste, entre otros aspectos, en “prohibir legalmente la violencia y el acoso”. Prohibición en la que incide el Convenio cuando establece la obligación para todo Miembro que lo ratifique, de “adoptar una legislación que defina y prohíba la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, con inclusión de la violencia y el acoso por razón de género” (art. 7 Convenio 190). El legislador, como se ha indicado, puede optar por definir violencia y acoso, como un único concepto, o como conceptos separados

Stefano, V., Durri, I., Stylogiannis, C. y Wouters, M. “Actualización de las necesidades del sistema: Mejora de la protección frente al ciberacoso y a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo posibilitados por las TIC”, Documento de Trabajo de la OIT, Ginebra, 2020, en https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/departments-and-offices/workquality/WCMS_736237/lang--es/index.htm; Williams Jiménez, I. “El ciberacoso y la violencia y el acoso en empresas tecnológicas y su encuadre en el marco del Convenio 190 de la OIT”, en AAVV *Violencia y acoso en el trabajo. Significado y alcance del Convenio n° 190 OIT en el marco el trabajo decente (ODS 3,5,8 de la Agenda 2030)*, Correa Carrasco, M. y Quintero Lima, G. (dir.), Dykinson, 2021, pp. 215-246.

(art. 1.2 Convenio 190) prestando una atención específica a la violencia y acoso por razón de género. En el caso en el que los Estados no cuenten con una legislación al respecto, deberán establecerla, si bien puede suceder que ya la tengan, por lo que no sería necesario adoptarla. Sin embargo, no hay que olvidar los conceptos de violencia y acoso que se contienen en el Convenio 190, por lo que la definición o, en su caso, las definiciones de estos, deberán establecerse teniendo en cuenta los conceptos a los que se ha hecho referencia y, en particular, su alcance; lo que puede conllevar la modificación de la legislación. Pero si se quiere proteger a los sujetos que pueden ser víctimas de violencia y acoso no basta solo con establecer dicha prohibición, además, es preciso adoptar medidas preventivas.

Por una parte, medidas preventivas que han de ser implementadas por los Estados (art. 8 Convenio 190). En concreto, en primer lugar, se debe “reconocer la importante función de las autoridades públicas” con respecto a los trabajadores de la economía informal; función que señala la Recomendación 206 (punto 11), en la que se hace referencia al hecho de facilitarles la transición de la economía informal a la formal, y a la necesidad de que los Estados proporcionen recursos y asistencia tanto a estos como a los empleadores y a sus asociaciones con el fin de prevenir la violencia y el acoso; en segundo lugar, se parte del hecho de que puede haber determinados sectores, o ciertas ocupaciones y modalidades de trabajo en las que los trabajadores “y otras personas concernidas”, a las que hace referencia el art. 2 Convenio 190, pueden estar más expuestas a la violencia y al acoso, por lo que deben de identificarse, en consulta con las organizaciones de empresarios y trabajadores; y, por último, se han de adoptar medidas destinadas a la protección de una forma eficaz de esas personas.

Hay que tener en cuenta que la Recomendación incluye un listado no exhaustivo de sectores o grupos de trabajadores a los que se considera especialmente vulnerables. En particular, se contempla el trabajo nocturno, el trabajo doméstico, el que se desarrolla de forma aislada, a la vez que se mencionan determinados sectores entre los que se encuentra la hostelería, la salud, la educación, el transporte, los servicios esenciales, los servicios de emergencia y el ocio (punto 9); a los que igualmente cabría añadir otros colectivos como pueden ser personas con discapacidad, miembros de minorías religiosas o étnicas, el colectivo LGTBI, las trabajadoras embarazadas; o si se hace referencia a sectores, el agrario o el textil, entre otros, ya que, aunque inicialmente se planteó²⁷, no se ha establecido en el Convenio 190 un listado de sectores o grupos vulnerables. A los señalados, habría que sumar los sectores concretos que son más susceptibles de sufrir ciberacoso, como profesores, personal sanitario, periodistas, políticos, de banca, artistas,

²⁷ Vid. Ribeiro Costa, A.C. “El contenido del Convenio n 190 de la Organización Internacional del Trabajo: definiciones y ámbito de aplicación ...”, op. cit., pp. 45-50. En concreto, con respecto al colectivo LGTBI, vid. Pons Carmena, M., “Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio ...”, op. cit., pp. 45 y 46.

teletrabajadores, trabajadores que prestan servicios mediante plataformas digitales, entre otros²⁸. Sin olvidar a las víctimas de la violencia y acoso por razón de género (punto 17 Recomendación 206). Además, en la Recomendación 206, se hace una referencia expresa a la necesidad de adoptar medidas legislativas o de otra índole con el fin de proteger a los trabajadores y, sobre todo, a las trabajadoras migrantes contra la violencia y el acoso (punto 10). Lo que, a su vez, conecta con el mandato previsto en el art. 6 Convenio 190, en cuanto a la obligación de los Estados que lo ratifiquen de “adoptar una legislación y políticas que garanticen el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el empleo y la ocupación”, en relación con la situación de especial vulnerabilidad en la que se pueden encontrar determinados colectivos, como son “las trabajadoras, así como a los trabajadores y otras personas pertenecientes a uno o a varios grupos vulnerables, o a grupos en situación de vulnerabilidad que están afectados de manera desproporcionada por la violencia y el acoso en el mundo del trabajo”. En este sentido, en la Recomendación 206 también se establece que los Estados deberían velar por que esas medidas de prevención “no resulten en la restricción ni la exclusión de la participación” de dichos colectivos (punto 12).

Por otra parte, los empleadores también han de tomar medidas para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluida la violencia y el acoso por razón de género, así como el ciberacoso, de modo que los Estados que ratifiquen el Convenio deberán de adoptar una legislación que les exija el establecimiento de medidas preventivas para prevenir dicha violencia y acoso. Si bien, se especifica que dichas medidas deben ser “apropiadas y acordes con su grado de control (...), en particular, en la medida en que sea razonable y factible” (art. 9 Convenio 190). De esta forma, aunque, como se ha podido comprobar, se establece un ámbito de aplicación muy amplio, se pretende que “los gobiernos, empleadores y trabajadores, así como sus respectivas obligaciones tengan distintos grados de responsabilidad”²⁹. Pues bien, la legislación debe contemplar diferentes medidas vinculadas a la seguridad y salud en el trabajo, en concreto, (a) a la política, como la necesidad de adoptar y aplicar una política del lugar de trabajo relativa a la violencia y al acoso (en consonancia con la necesidad de “velar por que las políticas pertinentes aborden la violencia y el acoso” a la que se hace referencia en el art. 4.2 b) Convenio 190) que puede incluirse en la relativa a seguridad y salud en el trabajo; una política en la que, tal y como se establece en el punto 7 de la Recomendación 206, deberían participar los trabajadores y sus representantes

²⁸ Vid. De Vicente Pachés, F. “El Convenio 190 OIT y su trascendencia en la gestión preventiva de la violencia digital y ciberacoso...”, op. cit., pp. 74 y 90.

²⁹ Cfr. OIT *Acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Quinto punto orden del día. Informe V (1)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 108ª. Reunión, 2019, p. 6.

y no solo en su elaboración sino también en su aplicación y seguimiento³⁰; (b) a la gestión de la seguridad y salud en el trabajo, en la que se deberá tener en cuenta la violencia y el acoso, así como los riesgos psicosociales asociados; (c) a la evaluación de riesgos y a la planificación de la actividad preventiva, ya que se hace referencia a la necesidad de identificar los peligros y evaluar los riesgos de violencia y acoso, con participación de los citados trabajadores y sus representantes, y de adoptar medidas para prevenirlos y controlarlos; en este sentido la Recomendación 206 señala que a la hora de evaluar los riesgos deberían considerarse “los factores que aumentan las probabilidades de violencia y acoso”, en concreto, se indica que debería prestarse especial atención a los peligros y riesgos que se deriven de las propias condiciones y modalidades de trabajo, de su organización, de la gestión de los recursos humanos, de la discriminación, del abuso de las relaciones de poder, ya que no hay que olvidar las relaciones de jerarquía que se establecen en las empresas y el propio poder de dirección, de organización y sancionador del empresario en el marco de las relaciones de trabajo, así como las normas de género (que afectan especialmente a las mujeres en términos negativos, sobre todo en sectores masculinizados), culturales y sociales que fomenten la violencia y el acoso, tal y como puede ocurrir en los sectores a los que se ha hecho referencia, en los que en muchos casos se aceptan y, por tanto, se normalizan; y, por último, a los peligros y riesgos que impliquen a terceros (punto 8 Recomendación 206); factores que pueden combinarse en una persona o en un grupo de personas y, a su vez, incrementar la posibilidad de que los sujetos puedan ser víctimas de violencia y acoso, como puede suceder si se tiene en cuenta el género, la raza, la discapacidad, entre otros; y (d) a la información y formación, puesto que a los trabajadores y a otras personas concernidas se les debe informar y capacitar respecto de los peligros y riesgos de violencia y acoso identificados y de las medidas de prevención y protección adoptadas, así como sobre los derechos y responsabilidades en relación con la aplicación de la citada política.

En todo caso, para prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el trabajo es fundamental, tal y como se contempla en el art. 5 Convenio 190, que los Estados que ratifiquen este Convenio respeten, promuevan y cumplan “los principios y derechos fundamentales en el trabajo”, entre los que se menciona “el reconocimiento efectivo

³⁰ Además, como se establece en el citado punto 7 de la Recomendación 206, debería tener un determinado contenido: “a) afirmar que la violencia y el acoso no serán tolerados; b) establecer programas de prevención de la violencia y el acoso, si procede, con objetivos medibles; c) definir los derechos y las obligaciones de los trabajadores y del empleador; d) contener información sobre los procedimientos de presentación de quejas e investigación; e) prever que todas las comunicaciones internas y externas relacionadas con incidentes de violencia y acoso se tengan debidamente en consideración y se adopten las medidas que correspondan; f) definir el derecho de las personas a la privacidad y la confidencialidad, como se establece en el artículo 10, c), del Convenio, manteniendo un equilibrio con el derecho de los trabajadores a estar informados de todos los riesgos, y g) incluir medidas de protección de los denunciantes, las víctimas, los testigos y los informantes frente a la victimización y las represalias”.

del derecho a la negociación colectiva”³¹; un derecho que, por lo que aquí interesa, opera como instrumento para ello. Aspecto en el que incide la Recomendación 206, al señalar que los citados Estados deberían de adoptar medidas apropiadas con el fin de “fomentar” su reconocimiento a estos efectos, y, a su vez, “en la medida de lo posible”, con el fin de “mitigar el impacto de la violencia doméstica en el mundo del trabajo” (punto 4 a). Por tanto, los sujetos negociadores, tal y como se puede extraer del art. 12 Convenio 190, tendrán un papel esencial a la hora de aplicar las disposiciones del mismo y, en concreto, como señala la citada Recomendación 206, “para prevenir (...) la violencia y el acoso” (punto 4 a).

Además, hay que tener en cuenta que la orientación, la formación, como se ha señalado, y la sensibilización en materia de violencia y acoso en el mundo del trabajo, puede tener una importante función desde el punto de vista preventivo. En este sentido, cabe destacar cómo, entre los principios fundamentales, se hace referencia a la obligación del Estado de “desarrollar herramientas, orientaciones y actividades de educación y de formación”, así como a la “de sensibilización” (art. 5.2 g) Convenio 190), y ello al margen de que en el Convenio se aborden las mismas de forma independiente a los preceptos dedicados a la protección y prevención (art. 11) y de forma genérica al señalar que el Estado que ratifique el Convenio tiene el deber de “esforzarse por garantizar” que la citada violencia y acoso estén presentes en las políticas nacionales no solo en las relativas a la seguridad y salud en el trabajo, sino también a la igualdad y la no discriminación, así como a la migración; que se proporcione orientación, recursos, formación y otras herramientas relativas a violencia y acoso en el trabajo a empresarios y trabajadores y a sus respectivas asociaciones, y también a las autoridades competentes, integrando, en todo caso, tal y como señala la Recomendación 206, las consideraciones de género (punto 23 b); y que se emprendan iniciativas que incluyan campañas de sensibilización con las que se fomenten “lugares de trabajo seguros, salubres y armoniosos”, y se ponga de manifiesto que la violencia y el acoso son inadmisibles (punto 23 d).

De hecho, desde este punto de vista, las actuaciones de los Estados tienen como claros destinatarios a empresarios y trabajadores y sus respectivas asociaciones; lo que se reafirma en la Recomendación 206, en la que se hace referencia a “modelos de repertorios de recomendaciones prácticas y herramientas de evaluación de riesgos sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo” que consideren la situación de los trabajadores y de las personas más vulnerables (punto 23 c). Pero también a determinados sujetos que pueden asistir a aquellos para prevenir la citada violencia y acoso (punto 23 b); a colectivos concretos, como estudiantes y profesores, a partir de los planes de estudios y materiales didácticos al respecto (punto 23 e); y

³¹ En concreto, hace referencia al derecho a la libertad de asociación, al derecho a la negociación colectiva, a la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, a la abolición del trabajo infantil, a la eliminación de la discriminación y al fomento del trabajo decente y seguro.

a profesionales de la comunicación, con materiales destinados a los mismos, que a su vez, pueden influir en los ciudadanos en general (punto 23 f), como pueden hacerlo las mencionadas campañas de sensibilización dirigidas a la sociedad en general. En definitiva, actuaciones que pueden contribuir a prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo y que pretenden actuar en este sentido no solo sobre los sujetos vinculados a este ámbito, sino sobre la sociedad en general, en la medida en que existen relaciones de poder, normas sociales, culturales, de género que precisamente fomentan la violencia y el acoso (como se pone de manifiesto en el punto 23 a).

3.2. El control de la aplicación de la legislación y las medidas a adoptar en los casos de violencia y acoso

Como se ha señalado, es fundamental prohibir la violencia y el acoso y adoptar medidas de prevención, pero, además, es preciso ir más allá, los Estados deben contemplar otra serie de medidas dirigidas a “hacer un seguimiento y controlar la aplicación de la legislación nacional relativa a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo” (art. 10 a) Convenio 190), estableciendo mecanismos al efecto, o fortaleciendo aquellos con los que ya cuenten (art. 4.2 d) Convenio 190). De todos modos, hay que tener en cuenta que pueden producirse situaciones de violencia y acoso en el trabajo. Pues bien, en esos casos el Estado debe:

- Adoptar medidas para que las víctimas puedan tener acceso a vías de recurso y reparación³², así como a medidas de apoyo (art. 4.2 e) y 10 b) Convenio 190) y “a mecanismos y procedimientos de notificación y de solución de conflictos en los casos de violencia y acoso en el mundo del trabajo, que sean seguros, equitativos y eficaces” (art. 10 b) Convenio 190)³³. Como se puede observar, estas medidas se dirigen a las víctimas, si bien es importante señalar que también deberían destinarse a los autores de los actos de violencia y acoso,

³² En este sentido, la Recomendación 206 establece posibles medidas en cuanto a las citadas vías de recurso y reparación que podrían comprender el derecho a dimitir y percibir una indemnización; la readmisión del trabajador; una indemnización apropiada por los daños resultantes; la imposición de órdenes de aplicación inmediata para velar por que se ponga fin a determinados comportamientos o se exija la modificación de las políticas o las prácticas, y el pago de los honorarios de asistencia letrada y costas, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales (punto 14). También señala que en el caso en el que las víctimas de violencia y acoso en el mundo del trabajo sufrieran daños o enfermedades de carácter psicosocial, físico o de cualquier otro tipo, que den lugar a una incapacidad para trabajar, deberían de poder recibir una indemnización (punto 15).

³³ El art. 10.2 b) Convenio OIT hace referencia a distintos mecanismos y procedimientos: “(i) procedimientos de presentación de quejas e investigación y, si procede, mecanismos de solución de conflictos en el lugar de trabajo; (ii) mecanismos de solución de conflictos externos al lugar de trabajo; (iii) juzgados o tribunales; (iv) medidas de protección de los querellantes, las víctimas, los testigos y los informantes frente a la victimización y las represalias; y (v) medidas de asistencia jurídica, social, médica y administrativa para los querellantes y para las víctimas”.

en términos de reeducación, sensibilización, reinserción, para prevenir que en el futuro vuelvan a cometer ese tipo de actos. En este sentido, aunque en el Convenio 190 no se hace referencia a esas posibles medidas, lo cierto es que en la Recomendación 206 sí se tienen en cuenta a los autores, pero no solo a efectos de rendir cuentas de los mismos, ya que también se indica que deberían “contar con servicios de asesoramiento u otras medidas” con el fin de “evitar la reincidencia y, si procede, facilitar su reincorporación al trabajo” (punto 19).

- Establecer medidas destinadas a proteger “la privacidad de las personas que se encuentren implicadas”, así como “la confidencialidad, en la medida de lo posible y según proceda” (art. 10 c) Convenio 190).
- Prever sanciones (arts. 4.2 f) y 10.d) Convenio 190) y garantizar que existan medios de inspección e investigación efectivos, ya sea a través de la inspección de trabajo o de otros organismos competentes (art. 4.2 f) y h) Convenio 190).
- Garantizar el derecho del trabajador a alejarse de una situación de trabajo sin sufrir represalias u otras consecuencias indebidas, en los casos en los que exista un peligro para su vida, su salud o su seguridad como consecuencia de la violencia y acoso de la que es víctima, si bien, no en todo caso, ya que el peligro debe ser “grave e inminente”, además, debe establecerse el deber de informar en ese caso a la dirección (art. 10 e) Convenio 190).
- Junto a lo anterior también se establece el deber del Estado de adoptar medidas apropiadas en relación, por una parte, con la violencia y acoso por razón de género y, por otra, con la violencia doméstica. Pues bien, de este modo, aunque, como ya se ha indicado, el Estado debe adoptar medidas en los términos señalados para los supuestos de violencia y acoso, en este supuesto concreto de nuevo se hace referencia a ese deber con respecto a las citadas víctimas de violencia y acoso por razón de género en el mundo del trabajo. En particular, a la necesidad de prever que “tengan acceso efectivo a mecanismos de presentación de quejas y de solución de conflictos, asistencia, servicios y vías de recurso y reparación”, si bien incide precisamente en el hecho de que es “por razón de género”, de forma que ha de tenerse en cuenta a la hora de contemplar todos ellos, además de que sean seguros y eficaces (art. 10 h) Convenio 190). En este sentido, se puede observar cómo en la Recomendación 206 se hace mención a los mismos precisamente desde esa perspectiva de género, teniendo en cuenta la singularidad de este tipo de violencia y acoso y la necesidad de adoptar medidas específicas una vez que tiene lugar³⁴.

³⁴ En concreto, se establece que “deberían comprender” una serie de medidas. Así, con respecto a esos mecanismos de presentación de quejas y de solución de conflictos se hace referencia a: tribunales con personal especializado en asuntos de violencia y acoso por razón de género; una tramitación diligente y eficiente de los casos; asistencia y asesoramiento jurídicos para los

En cuanto a la violencia doméstica, cabe destacar que, tal y como se establece en el Preámbulo del Convenio 190, se contempla teniendo en cuenta que este tipo de violencia, aunque no se produzca en el mundo del trabajo, “puede afectar al empleo, la productividad así como la seguridad y salud”, de ahí que se considere la necesidad de “reconocer los efectos de la violencia doméstica y, en la medida en que sea razonable y factible, mitigar su impacto en el mundo del trabajo” (art. 10.f) Convenio 190). Es el Estado el que debe adoptar medidas apropiadas al respecto, si bien, como se establece en el citado Preámbulo, igualmente pueden contribuir a ello, así como a afrontarla y a abordar dicho impacto tanto las organizaciones de empleadores y de trabajadores como las instituciones del mercado de trabajo. En este caso en la Recomendación 206 también se hace mención a posibles medidas que se podrían establecer³⁵.

- Otra de las medidas que debe adoptar el Estado es velar por que tanto la inspección de trabajo, como otras autoridades tengan facultades para actuar cuando sea preciso en caso de violencia y acoso en el mundo del trabajo; lo que conlleva la posibilidad de dictar órdenes que sean inmediatamente aplicables, o que puedan conllevar la interrupción de la actividad laboral en el supuesto en el que exista un “peligro inminente para la vida, la salud o la seguridad de los trabajadores”, y ello sin perjuicio del posible recurso judicial o administrativo que pueda contemplarse (art. 10.h) Convenio 190).

Cabe destacar, por una parte, que esta medida está directamente relacionada con la necesidad de garantizar por parte de los Estados que existan medios de inspección e investigación efectivos en casos de violencia y acoso, entre los que se incluyen la inspección de trabajo y otros organismos competentes (art. 4.2 h) Convenio 190); y, por otra, que debe interpretarse que se trata de una referencia genérica a violencia y acoso, por lo que esas facultades se deben extender a la violencia y acoso por razón de género en el mundo del trabajo. Además, en este

denunciantes y las víctimas; guías y otros medios de información disponibles y accesibles en los idiomas de uso corriente en el país; y la inversión de la carga de la prueba, si procede, en aquellos procedimientos distintos de los penales (punto 16 Recomendación 206). Mientras que en cuanto a las medidas de apoyo, servicios y vías de recurso y reparación se mencionan: apoyo a las víctimas para reincorporarse al mercado de trabajo; servicios accesibles, según proceda, de asesoramiento e información; un servicio de atención telefónica disponible las 24 horas; servicios de emergencia; la atención y tratamiento médicos y apoyo psicológico; centros de crisis, incluidos los centros de acogida; y unidades especializadas de la policía o de agentes con formación específica para ayudar a las víctimas (punto 17 Recomendación 206).

³⁵ Se hace referencia a las siguientes: licencia para las víctimas de violencia doméstica; modalidades de trabajo flexibles y protección para las víctimas de violencia doméstica; protección temporal de las víctimas de violencia doméstica contra el despido, según proceda, salvo que el motivo del mismo no esté relacionado con la violencia doméstica y sus consecuencias; la inclusión de la violencia doméstica en la evaluación de los riesgos en el lugar de trabajo; un sistema de orientación hacia mecanismos públicos de mitigación de la violencia doméstica, cuando existan; y la sensibilización sobre las consecuencias de la violencia doméstica (punto 19 Recomendación 206).

sentido, es importante resaltar la necesidad de que los inspectores de trabajo tengan formación en materia de violencia y acoso en este ámbito, y, en particular, sobre cuestiones de género; lo que les permitirá, tal y como se establece en la Recomendación 206, “detectar y tratar” una y otro, incluyendo la citada violencia por razón de género, los riesgos psicosociales y la discriminación que se ejerza contra grupos de trabajadores vulnerables (punto 20)³⁶. Formación a la que, como se ha señalado, también se hace referencia en el art. 11 Convenio 190 y que debería tener como destinatarios no solo a los inspectores de trabajo, sino también a jueces, fiscales, agentes de policía y otros agentes públicos, así como a empresarios y trabajadores y a sus respectivas organizaciones con el fin de abordar los casos de violencia y acoso en el mundo del trabajo (punto 23 b) Recomendación 206).

Por último, no hay que olvidar que, como se ha señalado, los sujetos negociadores tienen un papel esencial en los casos de violencia y acoso, ya que la negociación colectiva se configura como un instrumento no solo para prevenir, sino también para “abordar la violencia y el acoso” una vez que se han materializado, incluyendo la referida “violencia doméstica”, como se ha indicado, por los efectos que puede tener en el mundo del trabajo, para “mitigar” su impacto (punto 4 a) Recomendación 206). Por tanto, desde este punto de vista, la negociación colectiva también podría contener medidas al respecto.

4. CONSECUENCIAS DE LA RATIFICACIÓN POR ESPAÑA DEL CONVENIO 190 DE LA OIT: ¿ES NECESARIO INTRODUCIR CAMBIOS EN LA REGULACIÓN DE LA VIOLENCIA Y EL ACOSO EN EL TRABAJO?

Teniendo en cuenta lo establecido en el Convenio 190, una vez que ha sido ratificado, es preciso cuestionarse hasta qué punto es necesario introducir cambios en la normativa interna en relación con la violencia y el acoso en el trabajo.

4.1. Las lagunas legales relativas al concepto de violencia y acoso en el trabajo

Como se ha indicado, el art. 7 Convenio 190 establece que “todo Miembro deberá adoptar una legislación que defina y prohíba la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, con inclusión de la violencia y el acoso por razón de género”; por su parte, el art. 1.2 Convenio 190 señala la posibilidad de que en la legislación

³⁶ Con respecto a dichos grupos más susceptibles de sufrir violencia y acoso, la citada Recomendación señala que los Estados deberían recopilar datos y estadísticas sobre violencia y acoso en el mundo del trabajo, desglosados por sexo, tipo de violencia y acoso, sector de actividad económica, contemplando, en concreto, los grupos vulnerables o en situación de vulnerabilidad que se ven afectados por esos actos de forma desproporcionada (punto 22 Recomendación 206).

nacional se definan violencia y acoso “como un concepto único o como conceptos separados”. Por tanto, se ha de definir y prohibir la violencia y el acoso, de uno u otro modo.

4.1.1. La inexistencia de un concepto de violencia en el trabajo

En nuestro ordenamiento interno no existe un único concepto de violencia y acoso, es cierto que, teniendo en cuenta lo señalado, esto no debe suponer un problema, ya que pueden establecerse conceptos separados de violencia y acoso. En concreto, con respecto a la violencia, cabe indicar que, aunque es posible encontrar referencias a la misma en los criterios previstos en las Notas Técnicas Preventivas del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo³⁷, y en los Criterios Técnicos de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social³⁸, no existe una norma en la que se establezca un concepto de violencia en el trabajo³⁹; algo que determina que no se le otorgue un tratamiento adecuado, sobre todo desde un punto de vista preventivo. Es cierto que en los convenios colectivos puede existir un tratamiento al efecto, cuestión distinta es su eficacia, ya que se puede observar que los sujetos negociadores se limitan en algunos casos a hacer referencia al riesgo de violencia, sin definirlo, estableciendo un protocolo de actuación que se ocupa de la gestión del conflicto⁴⁰; o a contemplar sanciones en los supuestos de violencia física por parte de los trabajadores⁴¹. Se

³⁷ NTP 489: Violencia en el lugar de trabajo (1998); NTP 891 y 892: Procedimientos de solución autónoma de conflictos de violencia laboral (I y II, respectivamente, 2011).

³⁸ Criterio Técnico 69/2009, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo (CT 69/2009); Criterio Técnico 87/2011, sobre actuaciones inspectoras en relación al riesgo laboral de atraco (CT 87/2011). Ambos en https://www.mites.gob.es/its/web/Atencion_al_Ciudadano/CRIT_TECNICOS/index.html.

³⁹ Al margen de que en el derecho penal se establezcan sanciones y que el art. 1.3 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOVG), defina este tipo de violencia y contemple derechos laborales y derechos de las funcionarias públicas.

⁴⁰ Vid., por ejemplo, Procedimiento de actuación previsto en el Convenio colectivo para las futbolistas que prestan servicios en clubes de la primera división femenina de fútbol, Resolución de 11 de agosto de 2020 (BOE de 15 de agosto de 2020). Se hace una referencia genérica a la información y sensibilización, formación y detección temprana, como medidas preventivas, para centrarse después en la gestión del conflicto; aspecto que desarrolla con detalle.

⁴¹ Vid. por ejemplo, art. 38.c.i) Convenio colectivo de Nokia Transformation Engineering & Consulting Services Spain, Resolución de 29 de julio de 2020 (BOE de 12 de agosto de 2020): se considera falta muy grave, con independencia de que los malos tratos se dirijan “a cualquier persona relacionada con la Empresa en el centro de trabajo”; art. 65.10 XX Convenio colectivo general de la industria química, Resolución de 7 de julio de 2021 (BOE 19 de julio de 2021, CCI Química): se considera falta muy grave los malos tratos “a los jefes, compañeros, subordinados, familiares de cualquiera de ellos o a la propia empresa”; art. 51 Convenio colectivo nacional para las industrias de pasta alimenticias, Resolución de 26 de marzo de 2021 (BOE de 12 de abril de 2021): contempla como falta muy grave “los malos tratos (...) a los superiores, compañeros y

olvida la violencia que procede de otros sujetos y a la que se ven expuestos los trabajadores, sobre todo en ciertos sectores, por ejemplo, educación, sanidad, etc, aunque, de forma excepcional, se puede encontrar alguna referencia para algún sector, como es el caso de la banca, en la que, aunque no se define, sí se contempla dicha violencia como riesgo laboral; en concreto, se menciona “el riesgo de atraco, agresiones o cualquier modalidad de violencia externa ejercida por personal ajeno a la empresa”⁴².

Sí que se puede destacar que, recientemente, el legislador ha definido en el art. 3.1 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (LO 10/2022), las denominadas violencias sexuales como “cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital”, en concreto, con respecto a este ámbito se hace referencia a “la difusión de actos de violencia sexual, la pornografía no consentida y la infantil en todo caso, y la extorsión sexual a través de medios tecnológicos”. A la vez que ha señalado expresamente que se consideran violencias sexuales los delitos contra la libertad sexual, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual. Como se verá, el legislador establece medidas para su prevención y sensibilización contra las mismas en distintos ámbitos entre los que, por lo que aquí interesa, se incluye el laboral.

Sin embargo, como se puede constatar, este concepto se limita a un tipo concreto de violencia de la que son víctimas “mujeres, niñas y niños” (art. 3.2 LO 10/2022), a la que se vinculan las citadas medidas, dejando así al margen cualquier otro tipo de violencia. Por tanto, sería necesario establecer un concepto legal de violencia teniendo en cuenta lo previsto en el Convenio 190, y, en particular, de violencia física, puesto que en el caso de las conductas de violencia psicológica se ha venido considerando que dentro de estas se encuentran recogidos el acoso sexual, el acoso moral y el acoso discriminatorio⁴³, que también se pueden producir en el ámbito digital, y, como a continuación se analizará, algunos de estos conceptos sí se recogen en las normas.

subordinados”; art. 36.B) 8 II Convenio colectivo del Grupo Vodafone España, Resolución de 29 de enero de 2021 (BOE de 9 de febrero de 2021): se considera como falta muy grave la “violencia física o cualesquiera malos tratos (...) a superiores o a subordinados, a las personas que trabajen en la Empresa, a los clientes de la misma o a personas ajenas a la Empresa que concurran a los locales o instalaciones de la empresa”; art. 62.6 Convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE de 29 de julio de 2022): se contempla entre las faltas muy graves “los malos tratos de palabra u obra, abuso de autoridad o falta grave al respeto y consideración al empresario, personas delegadas por éste, así como demás personas trabajadoras y público en general”.

⁴² Cfr. art. 61.7 XXIV Convenio colectivo del sector de la banca, Resolución de 17 de marzo de 2021 (BOE de 30 de marzo de 2021).

⁴³ Vid. lo señalado al respecto en el CT 69/2009.

4.1.2. Las referencias al acoso y la necesidad de definir algunos tipos: acoso moral y ciberacoso

Se puede comprobar cómo en nuestro ordenamiento se hace referencia en distintas normas al derecho a la protección frente al acoso. En concreto, en el 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 (ET) se establece, entre los derechos de los trabajadores, el derecho “al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo” (art. 4.2.e ET). Por tanto, se prohíbe el acoso por razones discriminatorias y también el acoso sexual. Al igual que se puede observar en el art. 4.3. c) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (LETA); así como en el art. 14 h) 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 (EBEP) en el que junto al acoso sexual y por razón de sexo, se hace referencia al acoso moral y laboral, a la vez que en esta última norma se recoge entre las faltas disciplinarias muy graves de los empleados públicos, tanto el acoso discriminatorio, por los motivos señalados, como “el acoso moral, sexual”, y “el acoso laboral” (art. 95.2 b) y o) EBEP). Además, no hay que olvidar que tanto el ET, la LETA y el EBEP, reconocen el derecho a la integridad física de los colectivos a los que se aplican estas normas, así como a una adecuada política de prevención de riesgos laborales (arts. 4.2 c y d) ET; 4.3 a), b) y e) LETA; y 14.i) y l) EBEP). Ahora bien, ninguna de estas normas contempla qué debe entenderse por los citados tipos de acoso.

No obstante, es posible encontrar definiciones de acoso en otras normas. En concreto, en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social⁴⁴; ley en la que se contempla el acoso por causas discriminatorias, definido como “toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo” (art. 28 d)). Por su parte, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI)⁴⁵, también define el acoso sexual como “cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando

⁴⁴ Norma que incorporó a nuestro ordenamiento interno las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE.

⁴⁵ Por la que se transpone al ordenamiento español la Directiva 2002/73/CE y la Directiva 2004/113/CE, del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro; refundidas en la Directiva 2006/54/CE.

se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo” (art. 7.1 LOI) y el acoso por razón de sexo como “cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo” (art. 7.2 LOI). También hay que señalar que el art. 2.f) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, define el acoso discriminatorio en personas con discapacidad como “toda conducta no deseada relacionada con la discapacidad de una persona que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”⁴⁶. Al igual que también define el acoso discriminatorio el art. 6.4 de la

⁴⁶ Además, no hay que olvidar que la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP) tipifica distintos tipos de acoso, en concreto, por lo que aquí interesa, entre los delitos que atentan contra la integridad moral de las personas, el acoso laboral (art. 173.1, párrafo segundo CP), y entre los delitos contra la libertad sexual, el acoso sexual (art. 184 CP). Con respecto al acoso laboral cabe señalar que se trata de un tipo penal que se introdujo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el CP, en cuya Exposición de Motivos se indica que se entiende por tal “el hostigamiento psicológico u hostil en el marco de cualquier actividad laboral o funcional que humille al que lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad. Con ello quedarían incorporadas en el tipo penal todas aquellas conductas de acoso producidas tanto en el ámbito de las relaciones jurídico privadas como en el de las relaciones jurídico-públicas”. Pues bien, el art. 173.1 CP indica que serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años “los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima”. Por tanto, el legislador establece un concepto restrictivo de acoso laboral a efectos penales, de modo que para que se considere que existe deben concurrir una serie de requisitos que constituyen los elementos del tipo penal: debe tratarse de actos hostiles o humillantes; es precisa la reiteración de la conducta, se exige un comportamiento sistemático, prolongado en el tiempo, por lo que no se ajustan a este requisito conductas que se producen sin esa sistematicidad, cuando se manifiestan en ciertas ocasiones a lo largo de un periodo prolongado de tiempo; a su vez, esos actos deben desarrollarse en el marco de una relación laboral o de servicio funcional; debe haber abuso de superioridad por parte del sujeto activo, por lo que quedan al margen del ámbito penal tanto los casos de acoso horizontal, como verticales ascendentes; los hechos deben ser graves, por lo que habrá de estar a las circunstancias de cada caso; y, además, se exige dolo, esto es, intencionalidad como elemento subjetivo, no cabe imprudencia. Vid. Sempere Navarro, A.V. “Restrictivo concepto de “acoso laboral” a efectos penales”, *Revista de jurisprudencia laboral*, n.º 2, 2021, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-0000001237; De Vicente Pachés, F. Estrategia procesal idónea para la defensa frente al acoso en el trabajo: ¿jurisdicción penal o laboral? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 45/2021, de 21 de enero, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, n.º 461-462, 2021, pp. 224-236. Con respecto al delito de acoso sexual (art. 184 CP), en concreto, se indica que “el que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios o análoga, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de seis a doce meses o multa de diez a quince meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de doce a quince meses”. Como se puede comprobar, son elementos del tipo: la solicitud de favores sexuales por parte del sujeto activo; la existencia de una relación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el

Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (ley 15/2022), como “cualquier conducta realizada por razón de alguna de las causas de discriminación previstas en la misma con el objetivo o la consecuencia de atentar contra la dignidad de una persona o grupo en que se integra y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”. Causas a las que hace referencia el art. 2.1 Ley 15/2022, en concreto, “por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede afirmar que en el ordenamiento interno ya existen definiciones relativas al acoso, en las que se presta una especial atención a las modalidades discriminatorias, por lo que puede parecer que, en este sentido, dados los términos en los que se contemplan esas definiciones, el Convenio 190 no va tener gran impacto, pero lo cierto es que si se considera que una vez ratificado el Convenio se debe partir de un concepto de acoso en todas sus modalidades, necesariamente ha de definirse el acoso moral o psicológico ya que el legislador no ha establecido una definición de este tipo de acoso⁴⁷. Tampoco existe jurisprudencia del TS en la que se defina el acoso moral, son los Tribunales Superiores de Justicia los que han venido determinando cuando existe acoso, aunque no parten de un concepto unificado. En muchos casos hacen referencia a acoso en términos restrictivos, de modo que limitan la tutela, por lo que muchas conductas se ven excluidas, sobre todo porque se viene exigiendo la concurrencia

ámbito laboral, docente, de prestación de servicios o análoga; y la situación intimidatoria, hostil o humillante, en los términos indicados, que el comportamiento del sujeto activo provoca a la víctima del mismo. En las situaciones en las que existe una superioridad laboral o jerárquica, y en los supuestos en los que concurren determinadas circunstancias de vulnerabilidad en la víctima, por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, las penas se van a ver incrementadas (art. 184.2 y 4 CP). En todo caso, hay que considerar el hecho de que el derecho penal está reservado a las conductas más graves, de modo que, teniendo en cuenta lo señalado, no parece adecuado trasladar lo establecido en este ámbito al laboral. Vid. Igartúa Miró, M^a. T. “Los canales de denuncia internos (whistleblowing) como mecanismo de tutela frente al acoso...”, op. cit., pp. 47 y 48: “sin que resulten trasladables los requisitos de permanencia, gravedad o, incluso, prevalimiento plasmados en la norma penal e interpretados por la jurisprudencia al ámbito que nos ocupa”.

⁴⁷ En este sentido, en la Resolución del Parlamento Europeo de 20 de septiembre de 2001 sobre acoso moral en el lugar de trabajo se pide “a los Estados miembros que, con vistas a luchar contra el acoso moral y sexual en el lugar de trabajo, revisen la legislación existente y, en su caso, la complementen, así como que examinen la definición de acoso moral y elaboren una definición uniforme”, y a “la Comisión que estudie de posibilidad de clarificar o ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva marco sobre la salud y la seguridad en el trabajo, o incluso de elaborar una nueva directiva marco, como instrumento para combatir el acoso moral”, lo que no se ha llevado a cabo.

de la intención de dañar⁴⁸ por parte del agresor como “elemento constitutivo del acoso”⁴⁹, e incluso, junto a dicha intención, la producción de un daño⁵⁰. En este sentido, hay que recordar que el art. 1.1 Convenio 190 hace referencia a “comportamientos y prácticas inaceptables”, o “amenazas de tales comportamientos y prácticas” (...) “que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar un daño”, de forma que, como se ha señalado, puede o no concurrir el elemento de intencionalidad de producir un daño, y puede que se produzca o no el daño. De este modo, no son exigibles ni la intencionalidad ni el daño.

Sí existe definición en la NTP 476, en la que se hace referencia al hostigamiento psicológico en el trabajo: mobbing (1998)⁵¹. Una definición muy restrictiva de la que se ha partido en muchas sentencias⁵², lo que ha determinado que no se proteja a los sujetos que sufren este tipo de acoso en los términos establecidos en el Convenio 190, y ello a pesar de que el concepto se actualizó en la NTP 854 relativa a acoso psicológico en el trabajo: definición (2009), introduciendo una definición menos restrictiva y más próxima a la prevista en el Convenio 190⁵³. También es cierto que en algunos convenios colectivos se recogen definiciones de acoso y, en concreto, de acoso moral, si bien, en algunos casos, en los mismos términos que la

⁴⁸ Lo que se puede constatar, por ejemplo, en sentencias recientes: STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 22 de febrero de 2021 (rec. 37/2021); SSTSJ de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 26 de febrero de 2021 (rec. 574/2020), de 9 de marzo de 2022 (rec. 325/2021); y STSJ de Galicia, de 21 de marzo de 2022 (rec. 177/2022).

⁴⁹ Vid. Velázquez Fernández, M. “Algo está fallando cuando más del 70% de las demandas por acoso laboral se desestiman”, *PorExperiencia, Revista de Salud Laboral de ISTAS-CCOO*, n.º 81, 2019, en <https://porexperiencia.com/entrevista/algo-esta-fallando-cuando-mas-del-70-de-las-demandas-por-acoso-laboral-se-desestiman>

⁵⁰ Como, por ejemplo, se puede apreciar en las SSTSJ de Cataluña, de 11 de diciembre de 2020 (rec. 3811/2020), 12 de enero de 2021 (rec. 3282/2020); y en las SSTSJ de Madrid, de 9 de diciembre de 2020 (rec. 664/2020), de 29 de abril de 2021 (rec. 248/2021): “no acreditando que sufriera un daño psicológico al no haber necesitado tratamiento profesional”.

⁵¹ En concreto, se define como “situación en la que una persona o un grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema (en una o más de las 45 formas o comportamientos descritos por el *Leymann Inventory of Psychological Terrorization*, LIPT), de forma sistemática (al menos, una vez por semana), durante un tiempo prolongado (más de 6 meses), sobre otra persona en el lugar de trabajo, según definición de H. Leymann. En castellano, se podría traducir dicho término como “psicoterror laboral” u “hostigamiento psicológico en el trabajo”.

⁵² De hecho, se hace mención expresa a la citada NTP 476, por ejemplo, en las SSTSJ de Castilla-La Mancha, de 6 de septiembre de 2004 (rec. 623/2004), 14 de abril de 2005 (rec. 191/2005), 25 de junio de 2009 (rec. 248/2009); 12 de mayo de 2016 (rec. 1857/2015); en las SSTSJ de Cataluña, de 22 de diciembre de 2004 (rec. 2717/2004), 2 de junio de 2006 (rec. 9204/2005); y en la STSJ de Cantabria, de 29 de julio de 2015 (rec. 245/2015).

⁵³ Así, se definió como “exposición a conductas de violencia psicológica, dirigidas de forma reiterada y prolongada en el tiempo, hacia una o más personas por parte de otra/s que actúan frente aquella/s desde una posición de poder (no necesariamente jerárquica). Dicha exposición se da en el marco de una relación laboral y supone un riesgo importante para la salud”.

prevista en la citada NTP 854⁵⁴; en otros, de forma similar, se incide en el hecho de que la conducta, la práctica o el comportamiento se realice de modo sistemático o recurrente⁵⁵, así como en la prolongación en el tiempo⁵⁶; y, en otros, se añade la finalidad vinculada a la producción de un daño⁵⁷. De este modo, aunque se puede constatar que en muchos casos los sujetos negociadores han definido el acoso moral, no siempre lo han hecho en los mismos términos. Puede que algunas de esas definiciones estén muy próximas a lo establecido en el Convenio 190, pero también se puede observar que otras se alejan de la misma, sobre todo por el hecho de ser más restrictivas, dejando de ese modo al margen prácticas y comportamientos que, de acuerdo con lo previsto en el Convenio 190, serían constitutivos de acoso moral.

Con independencia de lo anterior, cabe destacar que tanto la STJUE de 13 de julio de 2018 (asunto Micaela Curto, Parlamento Europeo T-275/17) como la posterior STC 56/2019, de 6 de mayo, distinguen entre la conducta de acoso, señalando que es preciso que sea deliberada (es decir, consciente, voluntaria, no el resultado de hechos accidentales), y el fin de la misma, la intencionalidad de causar un daño a la víctima, puesto que no es un elemento exigible, no es preciso que se demuestre que existe dicha intencionalidad, como tampoco es necesario que exista un daño⁵⁸; lo que supone un cambio importante con respecto a la concepción

⁵⁴ Vid., por ejemplo, anexo 6.2 III Convenio colectivo para las empresas integradas en la unidad de negocio de Abertis Autopistas de España, Resolución de 26 de enero de 2021 (BOE de 5 de febrero de 2020).

⁵⁵ Vid., por ejemplo, Disposición adicional quinta.3 IV Convenio colectivo del grupo VIPS, Resolución de 3 de agosto de 2020 (BOE de 14 de agosto de 2020); Disposición adicional sexta.1 Convenio colectivo estatal de industrias lácteas y sus derivados, Resolución de 7 de junio de 2022 (BOE de 17 de junio de 2022), en adelante CC Industrias lácteas y sus derivados.

⁵⁶ Vid., por ejemplo, art. 81 III Convenio colectivo marco estatal del sector ocio educativo y animación sociocultural, Resolución de 10 de marzo de 2021 (BOE 22 de marzo de 2021); art. 90 IV Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores, Resolución de 4 de febrero de 2021 (BOE de 18 de febrero de 2021), Disposición adicional sexta.1 CC Industrias lácteas y sus derivados.

⁵⁷ Vid., por ejemplo, art. 65.18 CCI Química; art. 38 Convenio colectivo del Grupo Importaco Frutos Secos, Resolución de 25 de agosto de 2021 (BOE 6 septiembre 2021); art. 34 del III Convenio colectivo de Cimodin, SL, Resolución de 18 de mayo de 2021 (BOE 28 de mayo de 2021); Disposición adicional primera del VIII Convenio colectivo de Unión de Detallistas Españoles, Sociedad Cooperativa, y Trípede, SA, Resolución de 26 de abril 2021 (BOE de 13 de mayo de 2021); anexo II X Convenio colectivo nacional para las industrias de pastas alimenticias, Resolución de 26 de marzo de 2021 (BOE de 12 de abril de 2021); anexo 6.3 a II Convenio colectivo de Solplast, SA, Resolución de 29 de enero de 2021 (BOE de 9 de febrero de 2021); art. 33.1 Convenio colectivo del Grupo Bebidas Naturales (Bebidas Naturales, SL, Aguas de Cortes, SA, Agua de Bronchales, SA, Fuente Arevalillo, SL y Font Teix, SA), Resolución de 21 de julio de 2020 (BOE de 1 de agosto de 2020); art. 60 IV Convenio colectivo del grupo de empresas Distribuidora internacional de Alimentación, SA y Dia Retail España, SAU, Resolución de 2 de julio de 2020 (BOE de 15 de julio de 2020); Disposición adicional sexta.1 CC Industrias lácteas y sus derivados.

⁵⁸ Vid. FD (77) de la STJUE de 13 de julio de 2018 (asunto Micaela Curto, Parlamento Europeo T-275/17): “por tanto, no es necesario probar que los comportamientos, palabras, actos, gestos o escritos controvertidos se hayan realizado con la intención de atentar contra la

judicial del acoso moral⁵⁹. Pero, en todo caso, como se ha indicado, sería preciso que el legislador definiera acoso moral, haciendo referencia al elemento subjetivo de la conducta de acoso, es decir, al hecho de que no es exigible la intencionalidad, para evitar interpretaciones restrictivas de los Tribunales; al igual que sería preciso señalar que tampoco es necesario que exista un daño. Cuestión distinta es el hecho de que la concurrencia de elementos como la intencionalidad, la producción de un daño, o la propia gravedad de los actos se consideren a la hora de establecer las sanciones correspondientes. Además, teniendo en cuenta la proximidad de la definición contenida en la citada NTP 854 con respecto a la prevista en el Convenio 190, y el hecho de que en la misma se contemplen determinadas conductas que pueden permitir identificar en este caso que existe riesgo de este tipo de acoso⁶⁰, estas podrían considerarse por el legislador para tratar de concretar, de forma no exhaustiva, los posibles “comportamientos” y “prácticas inaceptables” a los que se hace referencia en el art. 1.1 Convenio 190⁶¹, al igual que las previstas en los convenios colectivos en los que, como se ha señalado, se establece una definición idéntica o similar a la contemplada en dicha NTP.

personalidad, la dignidad o la integridad física o psíquica de una persona. En otras palabras, puede haber acoso psicológico sin que se haya demostrado que el acosador haya pretendido, mediante sus acciones, desacreditar a la víctima o degradar intencionadamente sus condiciones de trabajo. Basta con que estas acciones, siempre y cuando fueran realizadas voluntariamente, hayan dado objetivamente lugar a las referidas consecuencias (véanse las sentencias de 5 de junio de 2012, Cantisani/Comisión, F71/10, EU:F:2012:71, apartado 89, y de 17 de septiembre de 2014, CQ/Parlamento, F12/13, EU:F:2014:214, apartado 77 y jurisprudencia citada). Y el FJ 5, de la STC 56/2019, de 6 de mayo: “Respecto de la intencionalidad, hay que tener en cuenta que, con carácter general, la protección constitucional de los derechos fundamentales no puede quedar supeditada a “la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control”, pudiendo bastar “la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido por la norma” (SSTC 11/1998, de 13 de enero, FJ 6; 124/1998, de 15 de junio, FJ 2; 126/1998, de 15 de junio, FJ 2; 225/2001, de 26 de noviembre, FJ 4; 66/2002, de 21 de marzo, FJ 3, y 80/2005, de 4 de abril, FJ 5; y 12/2019, de 28 de enero, FJ 5). En cuanto al menoscabo, no es preciso “que la lesión de la integridad moral se haya consumado, sino que a efectos de que el derecho invocado se estime lesionado basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse” (STC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 4; en el mismo sentido: SSTC 35/1996, de 11 de marzo, FJ 3, 220/2005, FJ 4).”.

⁵⁹ Vid. al respecto, Molina Navarrete, C. “La «des-psicologización» del concepto constitucional de acoso en el trabajo: ni la intención ni el daño son elementos del tipo jurídico”, *Revista de Derecho Social*, n.º 86, 2019, pp. 119-143.

⁶⁰ Ataques a la víctima con medidas organizativas; ataques a las relaciones sociales de la víctima; ataques a la vida privada de la víctima; amenazas de violencia física; ataques a las actitudes de la víctima; agresiones verbales; rumores.

⁶¹ Cfr. Molina Navarrete, C. “Impacto en España del Convenio 190 OIT para la tutela efectiva frente a la violencia en el trabajo: obligados cambios legales y culturales”, en AAVV *Violencia y acoso en el trabajo. Significado y alcance del Convenio n.º 190 OIT en el marco el trabajo decente (ODS 3,5,8 de la Agenda 2030)*, Correa Carrasco, M. y Quintero Lima, G. (dir.), Dykinson, 2021, p. 101.

Del mismo modo, sería necesario definir el ciberacoso laboral partiendo de la definición de violencia y acoso laboral recogida en el Convenio 190, si bien, teniendo en cuenta, como se ha indicado, que la violencia y el acoso laboral se pueden producir “en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación”, a las que hace referencia el art. 3 d) Convenio 190, cuyo uso determina que los sujetos se sitúen en una nueva realidad en el ámbito laboral en la que, tal y como se puede constatar en la práctica, las propias tecnologías se pueden transformar en instrumento y medio de violencia y acoso en sus distintas modalidades (sexual, por razón de sexo, moral, por razón de género, etc); basta para ello con acudir a la doctrina judicial para comprobar la diversidad y amplitud de comportamientos y prácticas inaceptables que deberían ser erradicadas⁶². En este sentido, se puede constatar cómo el legislador ha partido de esta nueva realidad en el art. 4.4 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (LTD) en el que se establece la obligación de las empresas de tener en cuenta las particularidades del trabajo a distancia, especialmente del teletrabajo, con respecto a la configuración y aplicación de medidas contra el acoso (sexual, por razón de sexo, por causa discriminatoria y laboral); al igual que en el citado art. 3.1 LO 10/2022, para indicar que la violencia sexual, en la que se incluye el acoso sexual, se puede producir en el ámbito digital. Si bien, también se puede comprobar que el legislador no define el ciberacoso.

Es importante definir el ciberacoso laboral, sobre todo porque, aunque en el Convenio 190 queda claro que las comunicaciones deben estar relacionadas con el trabajo, se pueden plantear cuestiones como si los medios utilizados para ello deben pertenecer a la empresa o pueden ser privados; o si es preciso que se produzca en tiempo y lugar de trabajo o no. Lo cierto es que en el Convenio 190 no se especifica la titularidad de los citados medios, lo que determina que se pueda interpretar que es indiferente; lo mismo sucede con respecto al tiempo y lugar, ya que el hecho de que esos comportamientos y prácticas inaceptables se produzcan por esos medios conlleva que el ciberacoso pueda tener lugar en cualquier momento y lugar. En realidad, suele ser lo más habitual en la práctica, además hay que recordar que en el art. 3 Convenio 190 se hace referencia a “la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo”. Pues bien, el hecho de contar con una

⁶² Con respecto a los pronunciamientos judiciales, así como su amplitud y diversidad, vid. De Vicente Pachés, F. *Ciberacoso en el trabajo*, op. cit.; “El Convenio 190 OIT y su trascendencia en la gestión preventiva de la violencia digital y ciberacoso...”, op. cit., pp. 96-106; Molina Navarrete, C. *El ciberacoso en el trabajo: cómo identificarlo, prevenirlo y...*, op. cit. En cuanto al caso Iveco, vid. Molina Navarrete, C. “Redes sociales digitales y «ciberacoso sexual en el trabajo»: ¿Qué lecciones del «caso Iveco» para los departamentos de RRHH en una era digital?”. *CEF Laboral social*. Julio 2019. <https://www.laboral-social.com/ciberacoso-laboral-caso-iveco-gestion-prevencion-riesgos-obligacion-responsabilidad-empresarial.html>; Williams Jiménez, I. “El ciberacoso y la violencia y el acoso en empresas tecnológicas y su encuadre en el marco del Convenio...”, op. cit., pp. 226-233.

definición de ciberacoso no significa que por ello se vayan a eliminar sin más esos comportamientos y prácticas inaceptables, pero puede servir para clarificar, para concienciar a empresarios y trabajadores de la necesidad de que sean erradicadas, y para facilitar la interpretación por parte de los tribunales.

Cuestión distinta será determinar cuáles son los concretos comportamientos y prácticas porque, dada la amplitud de los mismos, no es posible establecer un listado cerrado, más aún si se tiene en cuenta que las tecnologías de la comunicación e información están en constante evolución, lo que supone que aquellos también pueden cambiar, de modo que un listado de ese tipo podría quedar inmediatamente obsoleto. No obstante, sí podría ser adecuado que el legislador estableciera un listado abierto de los comportamientos y prácticas inaceptables de ciberacoso. En este sentido, aunque el ciberacoso no es una materia de la que se suelen ocupar los sujetos negociadores, sí es posible comprobar que en algún caso ya lo han hecho, lo han definido, aunque en términos más restrictivos que los establecidos en el Convenio 190⁶³, dejando por ello al margen conductas que podrían ser constitutivas de ciberacoso de acuerdo con lo previsto en el citado Convenio, si bien, cabe destacar cómo hacen referencia a violencia psicológica, y, además, incluyen un listado abierto de prácticas más frecuentes y comunes al efecto⁶⁴, que podría considerar el legislador español para señalar las que pueden ser constitutivas, entre otras, de ciberacoso teniendo en cuenta lo previsto en el Convenio.

4.2. La necesaria extensión de la protección a otros colectivos

Como se ha podido comprobar, el Convenio 190 tiene un ámbito de aplicación muy amplio. En este sentido, hay que recordar que la Directiva 89/391/CEE define

⁶³ Anexo V.2.18 a) del II Convenio colectivo de empresas vinculadas Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU, Resolución de 23 de octubre de 2019 (BOE de 13 de noviembre de 2019, Acuerdos de modificación y prórroga del citado Convenio, Resolución de 19 de agosto de 2021, BOE de 1 de septiembre de 2021, II CC Empresas vinculadas), en el que se define como “todo comportamiento de violencia psicológica, de comportamientos humillantes o vejatorios que adoptan múltiples formas, realizado a través de medios tecnológicos de amplio contenido, realizado generalmente, por uno o varios superiores o compañeros y compañeras de trabajo (ámbito laboral), de forma, ocasional o única pero de gran intensidad dañosa, o recurrente y sistemática y, con el fin de destruir a la persona trabajadora acosada (en su salud, en su integridad física y psíquica)”.

⁶⁴ Anexo V.2.18 b) del CC Telefónica: “Distribuir en internet imágenes o datos delicados o comprometidos, dar de alta en sitio web para estigmatizar o ridiculizar a la víctima, crear un perfil falso en nombre de la víctima con demandas sexuales, usurpar identidad de la víctima para hacer comentarios ofensivos, dar de alta el email de la víctima para convertirla en blanco de spam y contacto con desconocidos, acceder al ordenador de la víctima, distribuir falsos rumores de la víctima sobre un comportamiento reprochable de forma que quienes lo lean reaccionen y tomen represalias en contra de la víctima perjudicada, enviar mensajes ofensivos, hostigadores, amenazantes e incomodar y perseguir a la víctima en espacios de internet que frecuenta, uso del teléfono móvil como instrumento de acoso o acciones de presión permanente a través de TICs para actuar conforme a las solicitudes del acosador”.

al trabajador como “cualquier persona empleada por un empresario, incluidos los trabajadores en prácticas y los aprendices, con exclusión de los trabajadores al servicio del hogar familiar”, de modo que se aplica a los trabajadores dependientes, con la citada excepción, por tanto, a los sujetos que realizan cualquier tipo de actividad bajo la dirección y organización de otro sujeto y a los que se debe proteger de los riesgos que se generan a partir de la realización de un trabajo. Pues bien, el legislador español en el art. 3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL) ha delimitado quienes son los sujetos protegidos y lo ha hecho a partir de un determinado vínculo jurídico. Es decir, no basta con realizar un trabajo subordinado, bajo las órdenes y la dirección de otra persona, sino que ha de hacerse en el marco de una relación laboral, tal y como se contempla en el ET, o de carácter administrativo o estatutario; o como socio de las sociedades cooperativas cuya actividad consista en prestar su trabajo personal. Por tanto, los sujetos se encuentran protegidos a partir de un determinado vínculo jurídico y ello con independencia de que realicen su labor en el ámbito público o privado y del concreto sector. De esta forma, nuestro ordenamiento protege de forma generalizada a estos sujetos frente a los riesgos laborales, entre los que se incluyen los psicosociales. Es cierto que en la LPRL no es posible encontrar una referencia expresa a violencia ni a acoso, al igual que se constata en la Directiva 89/391/CEE, si bien, no hay que olvidar que el empresario tiene el deber de proteger a los trabajadores frente a los riesgos laborales (art. 14.1 LPRL), y en este caso se trata de riesgos psicosociales derivados del trabajo⁶⁵ a los que sí se hace referencia en otras normas, como se puede apreciar, por ejemplo, en el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP).

Con respecto a lo señalado, hay que indicar que tras la modificación de la LPRL por el artículo primero del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, de mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar (RDL 16/2022), una vez suprimo el apartado 4 del art. 3 LPRL (en el que se les excluía), estas personas están incluidas en el ámbito de aplicación de la LPRL. Lo cierto es que el art. 7.2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, ya venía estableciendo la obligación del titular del hogar familiar de cuidar de que el trabajo de sus empleados se desarrolle en las debidas condiciones de seguridad y salud, y que para ello “adoptará medidas eficaces, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico”. Por tanto, el legislador ya reconocía que las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar están expuestas a una serie de riesgos y contemplaba

⁶⁵ Además, no hay que olvidar que se ven afectados derechos fundamentales como la integridad moral y física (at. 15 CE) en relación con la dignidad (art. 10 CE), el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminar (art. 14 CE, arts. 4.2 c) y 17 ET), y el derecho a la intimidad. Es decir, se trata de conductas pluriofensivas que violan los mencionados derechos.

la obligación de adoptar dichas medidas, pero sin un contenido concreto, con los consiguientes efectos negativos en la práctica⁶⁶. Si bien, el RDL 16/2022, aunque ha modificado los arts. 5 y 11 de esta norma, no ha introducido cambios en el citado art. 7.2, por lo que sigue manteniendo la misma redacción. En este sentido, sería preciso modificar la norma y desarrollar su contenido en general en materia de prevención de riesgos laborales, y, en particular, con respecto a la violencia y el acoso que puede sufrir este colectivo, estableciendo obligaciones específicas para el empleador, así como las singularidades en cuanto al establecimiento de mecanismos de control. De todos modos, aunque no se ha modificado dicho artículo, el artículo primero del RDL 16/2022 ha añadido la disposición adicional decimotava a la LPRL en la que, precisamente, se señala que en el ámbito de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar dichas personas tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud laboral, para, a continuación, incidir en un aspecto concreto, “especialmente en el ámbito de la prevención de la violencia contra las mujeres, teniendo en cuenta las características específicas del trabajo doméstico, en los términos y garantías que se prevean reglamentariamente a fin de asegurar su salud y seguridad”. Por tanto, está pendiente el desarrollo reglamentario, lo que es fundamental para prevenir las situaciones de violencia y acoso que sufre este colectivo, de modo que sea efectiva la extensión de la protección.

Al margen de lo indicado, el problema que se plantea es la exclusión del ámbito de aplicación de la LPRL de otros sujetos a los que, tal y como se ha señalado, el Convenio 190 incluye en su ámbito. En este sentido, también hay que considerar que el art. 9 del Convenio 190 establece que “todo Miembro deberá adoptar una legislación que exija a los empleadores tomar medidas apropiadas y acordes con su grado de control para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluidos la violencia y el acoso por razón de género, en particular, en la medida en que sea razonable y factible”. Por tanto, la ratificación del Convenio determina que se deba proteger a sujetos que, a pesar de realizar una labor de la que se pueden derivar una serie de riesgos, entre los que se encuentra la posibilidad de ser víctimas de violencia y/o acoso, no tienen uno de los vínculos jurídicos a los que hace referencia el art. 3 de la LPRL, como puede ocurrir, por ejemplo, con las personas en formación cuando no tienen uno de los vínculos que señala esta norma, como pueden ser los becarios; o con los voluntarios; o con los que realizan su labor en el marco de la economía informal. Al igual que se debe proteger a los trabajadores despedidos, o a los que buscan empleo, ya que, aunque es cierto que en uno y otro caso no realizan una labor, sí están vinculados al “mundo del

⁶⁶ Tan solo se señalaba que “el incumplimiento grave de estas obligaciones será justa causa de dimisión del empleado”. Vid. Olarte Encabo, S. “Los principios fundamentales del Convenio 190 OIT: un análisis desde la perspectiva de género...”, op. cit., p. 87: lo que “atenta directamente contra las exigencias de tutela y protección de las víctimas de violencia y acoso en el ámbito del empleo doméstico exigidas por el Convenio 190”.

trabajo” que menciona el Convenio y que también opera como marco a la hora de delimitar las personas protegidas. Así, aunque los sujetos no tengan uno de los vínculos jurídicos a los que hace referencia el art. 3 de la LPRL, su protección a estos efectos puede ser responsabilidad del empresario si se sitúan en su ámbito de organización y dirección, y, por tanto, deberá tomar las citadas medidas acordes a su grado de control⁶⁷. En definitiva, la ratificación del Convenio hace precisa la extensión de la protección a estas personas⁶⁸.

4.3. La introducción de mejoras para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo

Como se ha señalado, los Estados deben establecer una legislación dirigida a prevenir la violencia y el acoso en el trabajo, incluido el ciberacoso, en la se ha de contemplar una serie de medidas. Destaca en este caso, la política de prevención

⁶⁷ Vid. Subdirección General para el Emprendimiento, la Igualdad en la Empresa y la Negociación Colectiva, en colaboración con Fabregat Monfort, G. *Protocolo para la prevención y actuación frente al acoso sexual y acoso por razón de sexo en el ámbito laboral. Manual de referencia*, octubre, 2021, en https://www.igualdadenaempresa.es/asesoramiento/acoso-sexual/docs/Protocolo_Acoso_Sexual_y_Por_Razon_De_Sexo.pdf. Como se puede comprobar, en la línea con lo establecido en el Convenio 190, entre las personas a las que se les aplica el protocolo se incluye a aquellas “que, no teniendo una relación laboral, prestan servicios o colaboran con la organización, tales como personas en formación, las que realizan prácticas no laborales o aquellas que realizan voluntariado”; a la vez que reproduce lo establecido en el art. 3 del Convenio 190.

⁶⁸ Aunque no necesariamente debe de implicar que se modifique la LPRL, ya que la protección se puede establecer en otras normas. De hecho, en el art. 8.f) de la Ley 6/1996, de 15 de enero, del voluntariado, actualmente derogada, se indicaba que “las organizaciones que cuenten con la presencia de voluntarios” deberán garantizar “la realización de sus actividades en las debidas condiciones de seguridad e higiene en función de la naturaleza y características de aquéllas”, sin embargo la vigente Ley 45/2015, de 14 de octubre, de voluntariado, no lo contempla, por lo que debería modificarse para proteger a este colectivo. Por su parte, el art. 12 LO 10/2022 hace referencia a la prevención y sensibilización en el ámbito laboral para evitar las violencias sexuales y, en concreto, en el apartado 2 indica que las empresas “podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de las personas trabajadoras”; medidas como elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, realización de campañas informativas, protocolos de actuación, o acciones de formación. Pues bien, de esas medidas puede beneficiarse la totalidad de la plantilla de la empresa, al margen del tipo de contrato, y también, por lo que aquí interesa, el voluntariado y las personas becarias, así como quienes presten sus servicios a través de contratos de puesta a disposición. De esta forma, a estos efectos se extiende la protección a otros colectivos, aunque, como se puede comprobar, no es obligatorio que las empresas establezcan esas medidas. También se puede observar cómo en algún caso se ha extendido la protección por parte de los sujetos negociadores, aunque de forma muy limitada y con respecto a la aplicación del protocolo de actuación en determinados supuestos de acoso. En concreto, en el II CC Empresas vinculadas, en el que se contempla el Procedimiento de actuación en supuestos de acoso laboral, sexual y por razón de sexo en el trabajo en relación con el ámbito de aplicación de dicho procedimiento se indica: “Dado que el fin de este protocolo es preventivo y correctivo, se considerará de forma absolutamente excepcional, la inclusión de los becarios en su ámbito de aplicación, sin que ello modifique en ningún caso la naturaleza formativa y extralaboral de su relación con la Empresa”. Si bien, como se puede comprobar, no es habitual que se les incluya.

en el lugar de trabajo en la que se aborden la violencia y el acoso y en la que han de participar los trabajadores y sus representantes; la gestión de la seguridad y salud en el trabajo en la que se ha de tener en cuenta la violencia y el acoso, así como los riesgos psicosociales asociados; y la evaluación de riesgos de violencia y acoso y la planificación de la actividad preventiva para prevenirlos y controlarlos. Pues bien, lo cierto es que en España ya se cuenta con una legislación en la que se abordan todos estos aspectos, aunque, podría afirmarse que se hace de una forma genérica o implícita, como se puede apreciar, por ejemplo, en la LPRL, ya que las referencias específicas en la normativa preventiva a los riesgos psicosociales son escasas.

En concreto, como se ha indicado, en el RSP se considera expresamente este tipo de riesgos; de hecho, como es sabido, entre las disciplinas preventivas se incluye la psicología aplicada. También se hace referencia a la misma en el art. 3.2 y en los anexos II, III y IV de la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre, por la que se desarrolla el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en lo referido a la acreditación de entidades especializadas como servicios de prevención, memoria de actividades preventivas y autorización para realizar la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas. En la Orden ESS/1451/2013, de 29 de julio, por la que se establecen disposiciones para la prevención de lesiones causadas por instrumentos cortantes y punzantes en el sector sanitario y hospitalario se contempla la obligación del empresario “de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo, incluyendo los factores psicosociales y la organización del trabajo” (art. 4.3); además, entre los aspectos a tener en cuenta a la hora de llevar a cabo la evaluación de riesgos se mencionan los “factores psicosociales laborales”; y, para prevenir determinados riesgos, se hace referencia a “la elaboración de una política de prevención global y coherente que abarque (...) los factores psicosociales relacionados con el trabajo” (art. 6.2, 1, 1º). Y en el art. 16.1 LTD, en el que se señala que “la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva del trabajo a distancia deberán tener en cuenta los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, poniendo especial atención en los factores psicosociales (...)”.

De forma más específica, el legislador establece obligaciones para prevenir determinadas conductas. En concreto, las empresas deben “promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital” (art. 48 LOI, art. 12.1 LO 10/2022, art. 2.1 Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, en adelante, RD 901/2020); y deben “arbitrar procedimientos específicos para su prevención” (art. 12.1 LO 10/2022). Ambas

obligaciones también se contemplan para las administraciones públicas, los organismos públicos y los órganos constitucionales, haciendo referencia con respecto a la segunda obligación a la necesidad de “arbitrar procedimientos o protocolos específicos para su prevención” (art. 13.1 LO 10/2022). Por su parte, en el art. 62 LOI también se establece la obligación de las Administraciones públicas de negociar con la representación legal de las trabajadoras y los trabajadores un protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo⁶⁹. Además, con respecto a los planes de igualdad, hay que destacar que la “prevención del acoso sexual y por razón de sexo” es una de las materias que debe contener el diagnóstico (art. 46.2 i) LOI), de hecho, el procedimiento de actuación frente a los mismos forma parte de la negociación de dichos planes (Anexo RD 901/2020). Así mismo, las empresas están obligadas a “incluir en la valoración de riesgos de los diferentes puestos de trabajo ocupados por trabajadoras, la violencia sexual entre los riesgos laborales concurrentes, debiendo formar e informar de ello a sus trabajadoras” (art. 12.2 LO 10/2022). De todos modos, como se puede comprobar, estas obligaciones tienen un alcance limitado, en la medida en que tan solo se dirigen a prevenir un determinado tipo de violencia y acoso.

Pues bien, teniendo en cuenta lo señalado, se puede observar que sería preciso contar con una regulación específica desde el punto de vista preventivo en la que se abordara con mayor profundidad la violencia y el acoso en el trabajo, incluidos la violencia y el acoso por razón de género, así como el ciberacoso, y los riesgos psicosociales asociados, su identificación y evaluación, y en la que, a su vez, se especificaran los grupos más vulnerables, y se establecieran medidas preventivas. En cuanto a los colectivos más vulnerables en el propio Convenio 190, como se ha analizado, se hace referencia a “trabajadores y otras personas pertenecientes a uno o a varios grupos vulnerables” (art. 6), aspecto que se deberá considerar por el legislador. Además, se deberá tener en cuenta que, tal y como se pone de manifiesto en el Convenio 190, la violencia y el acoso por razón de género afectan de forma desproporcionada a las mujeres, que, en muchos casos, van a prestar servicios en los sectores a los que se ha hecho mención en los que se observa esa mayor vulnerabilidad, condición que, al mismo tiempo, puede coincidir con otras como, por ejemplo, la de inmigrante; lo que puede determinar la necesidad de reforzar su protección desde el punto de vista de la prevención de la violencia y el acoso⁷⁰.

Como se ha indicado, el Convenio 190 hace referencia a la necesidad de establecer una política del lugar de trabajo; una política que debería definirse y concretar qué aspectos deberían integrarse en la misma teniendo en cuenta

⁶⁹ Un protocolo que debe comprender, como mínimo, una serie de principios, por lo que aquí interesa, entre los que cabe destacar el compromiso de “prevenir y no tolerar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo”.

⁷⁰ Cfr. Molina Navarrete, C. “Impacto en España del Convenio 190 OIT para la tutela efectiva frente a la violencia en el trabajo...”, op. cit., pp. 98 y 114.

lo señalado en el punto 7 de la Recomendación 206. En este sentido, se puede constatar que se debe de ir más allá de establecer la no tolerancia de la violencia y el acoso, sería necesario que se contemplasen programas de prevención con objetivos y compromisos concretos. Es cierto que, como se ha señalado, las empresas, las administraciones públicas, los organismos públicos y los órganos constitucionales, tienen la obligación de arbitrar procedimientos específicos o protocolos, si bien para prevenir la comisión de determinados delitos y conductas, especialmente el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, dejando así al margen otros tipos de violencia y acoso. En este sentido, si se quiere evitar la violencia y el acoso en el trabajo debería establecerse su obligatoriedad en términos generales, y no solo para los citados tipos de acoso⁷¹; protocolos que, en la práctica, como después se verá, en ocasiones, a pesar de no ser obligatorio, se han ocupado de otros tipos de acoso.

De todos modos, lo más relevante a estos efectos debe ser su eficacia. No basta con contar con un protocolo, que, como ocurre en muchos casos, también haga referencia a la violencia, o a otros tipos de acoso, como el acoso moral, si se quiere prevenir la violencia y el acoso⁷², esos protocolos no deberían centrarse, como en ocasiones se puede comprobar en la práctica, en el procedimiento a seguir una vez que se ha producido esa situación de violencia y/o acoso, no es suficiente con contar con un protocolo enfocado a la solución de conflictos⁷³, ni con un protocolo que confunda la gestión preventiva con la disciplinaria⁷⁴. Por tanto, sería necesario, mejorar el contenido de estos protocolos, en lugar de optar en muchos

⁷¹ Vid. al respecto, Velázquez Fernández, M. “Consecuencias de la aplicación del Convenio 190 OIT sobre acoso y violencia...”, op. cit., p. 303.

⁷² Vid. García Coca, O. “La articulación jurídica y el contenido de los protocolos de acoso por razón de sexo y género”, en cuanto a la prevención en los protocolos, pp.103-105, si bien señala que “parece que la naturaleza de los protocolos de acoso es más reparadora que preventiva teniendo en cuenta el análisis realizado de algunos de ellos” (p. 85), y Barcelón Cobedo, S. “Instituciones laborales tuteladoras frente al acoso sexual y por razón de sexo”, p. 187: “se podría decir que su puesta en marcha no es sino manifestación de que la prevención ha fracasado”, ambos en *AAVV Protocolos de acoso laboral por razón de sexo y género como forma de combatir la discriminación*, Gómez-Millán Herencia, M.J. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

⁷³ Vid., por ejemplo, art. 61. Protocolo frente a actuaciones de acoso sexual, moral o por razones de sexo, Convenio colectivo de CEOLI Centro Especial de Empleo, SL, para los centros de trabajo de Toledo y Jaén, Resolución de 3 de septiembre de 2021 (BOE de 17 de septiembre de 2021); anexo III Protocolo contra el acoso moral. Convenio colectivo de la empresa Ahorramas, S.A. y las empresas vinculadas: Comercial Hermanos Vallejo, S.A., Comercial Monte Igueldo, S.L., Comercial Sierra, S.L., J y M 44, S.A., Majuan, S.L., Monelja, S.L., Rotterdam, S.L. y Rubio Martín, S.L., Resolución de 21 de julio de 2020 (BOE de 1 de agosto de 2020); art. 73 Protocolo de actuación ante situaciones de acoso sexual, por razón de sexo y acoso moral, Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión inmobiliaria, Resolución de 27 de diciembre de 2019 (BOE de 13 de enero de 2020).

⁷⁴ Cfr. Molina Navarrete, C. “Impacto en España del Convenio 190 OIT para la tutela efectiva frente a la violencia en el trabajo...”, op. cit., p. 110.

casos por fórmulas estandarizadas carentes de operatividad⁷⁵, adoptándolos a las singularidades de las empresas, de los sectores y colectivos a los que se dirigen, incidir en la dimensión preventiva de estos protocolos y extenderlos a cualquier tipo de violencia y acoso en el trabajo, contemplando asimismo el ciberacoso y por ello el uso de las tecnologías de la información y de la comunicación con el fin de prevenirlo. Lo relevante no debe ser cumplir formalmente con la citada obligación, sino su eficacia, su carácter preventivo⁷⁶, de acuerdo con lo establecido en el Convenio 190, que debe predominar frente a la lógica del conflicto, de su gestión, y de la sanción. Además, es necesario que los citados procedimientos o protocolos sean difundidos para que sean conocidos por todas las personas trabajadoras de la empresa, y por los sujetos a los que el citado Convenio extiende la protección.

Junto a lo anterior, no hay que olvidar la necesidad de establecer acciones de sensibilización frente a la violencia y el acoso. Es cierto que en el art. 12.2 LO 10/2022 se establece la obligación de las empresas de promover la sensibilización, obligación que también se contempla en el art. 13.2 LO 10/2022 para las administraciones públicas y sus organismos vinculados y dependientes, y que en el art. 48.2 LOI se otorga a los representantes de los trabajadores un papel relevante a estos efectos preventivos, precisamente “mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras”, si bien en ambos casos, la sensibilización tiene un alcance limitado, ya que se trata de sensibilizar frente a las violencias sexuales, y, en concreto, frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo, por lo que sería necesario extender estas obligaciones con respecto a todo tipo de violencia y acoso. Además, sería preciso establecer acciones de concienciación y sensibilización dirigidas no solo de las personas trabajadoras, y a los sujetos a los que extiende la protección el Convenio 190, sino a la sociedad en general, con campañas destinadas al efecto, así como una intervención en términos de política educativa.

Además, cabe destacar que, a efectos preventivos de la violencia y el acoso, también son relevantes, la información y la formación de los trabajadores al respecto. En este sentido, hay que tener en cuenta lo previsto en el art. 48.1 LOI y el art. 12.2 LOI con respecto a la adopción de una serie de medidas, en concreto, la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, y la realización de campañas informativas o acciones de formación, que pueden dirigirse precisamente a la prevención de “delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital”. De todos modos, se

⁷⁵ Cfr. Molina Navarrete, C. “Impacto en España del Convenio 190 OIT para la tutela efectiva frente a la violencia en el trabajo...”, op. cit., pp. 97.

⁷⁶ En algunos casos, sí se puede apreciar cómo se incluyen ciertas medidas preventivas, vid., por ejemplo, art. 119 CCI Química; art. 36 del Convenio Colectivo del Campo de la provincia de Huelva, Resolución de 22 de octubre de 2018 (BOP Huelva de 8 de noviembre de 2018). Si bien, también se puede comprobar que se reproducen exactamente las mismas medidas en uno y otro, con excepción de una que se añade en este último.

señala que “se podrán establecer” este tipo de medidas que en todo caso “deberán negociarse” con la representación de las personas trabajadoras. Por tanto, no es obligatorio establecerlas y solo se dirigen a la prevención de los citados delitos y conductas; de ahí el alcance limitado de esta previsión⁷⁷. Sin embargo, por el contrario, sí se indica la obligación de promover la información por parte de las administraciones públicas y sus organismos vinculados y dependientes para la protección integral contra las violencias de género al personal a su servicio (art. 13.2 LO 10/2022).

Pues bien, estas acciones en todo caso a efectos preventivos deberían contemplarse de forma obligatoria y extenderse a otros tipos de violencia y acoso en el trabajo, más allá de los señalados, incluido el ciberacoso. Con respecto a este último es importante que las empresas cuenten con normas de uso tanto de internet como de redes sociales y para ello, como ya se puede apreciar, los sujetos negociadores pueden tener un papel esencial para prevenir la violencia y el acoso digital⁷⁸. A pesar de lo señalado, y aunque se indica que “las empresas podrán establecer medidas” entre las que señala las citadas “acciones de formación” (art. 12.2 LO 10/2022), lo cierto es que sí se establece la obligación de las empresas de ofrecer “formación para la protección integral contra las violencias sexuales a todo el personal a su servicio” (art. 12.2 LO 10/2022); obligación que también se contempla para las administraciones públicas y sus organismos vinculados o dependientes (art. 13.2 LO 10/2022). Por tanto, hay que distinguir esas acciones de formación de la obligación de ofrecer formación, si bien, esa obligación de nuevo se establece de forma limitada, ya que solo aborda esas violencias; una formación que debería extenderse a los distintos tipos de violencia y acoso, incluidos los que tengan lugar en el ámbito digital.

4.4. La intervención en los casos de violencia y acoso en el trabajo

El legislador también establece la obligación de las empresas de “arbitrar procedimientos específicos” no solo para la prevención de los citados delitos y conductas, especialmente, el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, sino también “para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido víctimas de estas conductas, incluyendo específicamente las sufridas en el ámbito digital” (art. 12.1 LO 10/2022); obligación que también se contempla para las administraciones públicas, los organismos públicos y los órganos constitucionales, en concreto, “arbitrar procedimientos o protocolos específicos para su (...) detección temprana” y “denuncia”, incluyendo asimismo

⁷⁷ No obstante, no hay que olvidar lo establecido en los arts. 18.1 y 19 LPRL.

⁷⁸ Vid., por ejemplo, el artículo 168 del II CC Empresas vinculadas, relativo a la utilización de dispositivos digitales corporativos, *software* y aplicativos, correo electrónico, sistema de mensajería y herramientas sociales y colaborativas, acceso a internet.

el “asesoramiento a quienes hayan sido víctimas de estas conductas” (art. 13.1 LO 10/2022). En este sentido, hay que tener en cuenta que el art. 62 LOI también hace referencia al citado protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo y entre los principios mínimos que ha de comprender menciona el tratamiento reservado de las denuncias y la identificación de las personas responsables de atender a quienes formulen la queja o denuncia. Por tanto, el legislador ya ha previsto el establecimiento de canales de comunicación interna para este tipo de conductas. En todo caso, como se viene señalando, estos procedimientos o protocolos tienen un alcance limitado, por lo que sería preciso ampliar la obligación de las empresas de arbitrarlos no solo para dar cauce a las denuncias vinculadas al acoso sexual y por razón de género, sino a los distintos tipos de violencia y acoso, incluyendo el ciberacoso.

En la práctica, como se ha indicado, en algunas empresas se ha incluido en el protocolo algún otro tipo de acoso⁷⁹, sin que haya sido necesario establecer diferentes protocolos en función del tipo de acoso en el trabajo. Lo que puede ser adecuado si se contempla la posibilidad de presentar las citadas denuncias o reclamaciones por quienes consideren que han sido víctima de violencia o acoso, sin necesidad de que el sujeto tenga que determinar previamente de qué tipo de violencia o acoso se trata, de modo que para la presentación de la denuncia o queja se establezca una única fórmula, al margen de que en el mismo se contemplen los diferentes tipos y sus posibles manifestaciones y se puedan establecer distintos procedimientos a seguir. De esta forma se facilitará la comunicación de esas situaciones de violencia y/o acoso, lo que no suele ocurrir, evitando que la víctima tenga que considerar previamente cual sería el procedimiento concreto a seguir en función del tipo de violencia o acoso⁸⁰, con independencia de que después se determine si existe o no violencia y/o acoso, y su tipo, a la vez, que se hará posible reaccionar y adoptar las medidas oportunas ante la probable situación para que cesen las prácticas inadecuadas y también para evitar que se vuelva a producir.

Ahora bien, también sería preciso que el legislador estableciera un contenido mínimo con respecto a los citados protocolos. En concreto, los aspectos básicos que han de contemplarse en estos, incluyendo los relativos a la tutela del denunciante,

⁷⁹ Como el acoso laboral, moral o *mobbing*, vid., por ejemplo, Disposición adicional duodécima del Convenio colectivo para el sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado y marico para los años 2021-2024, Resolución de 28 de julio de 2022 (BOE de 11 de agosto de 2022); art. 54 del Convenio colectivo de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, Resolución de 19 de julio de 2022 (BOE de 29 de julio de 2022).

⁸⁰ Vid. Velázquez Fernández, M. “Consecuencias de la aplicación del Convenio 190 OIT sobre acoso y violencia...”, op. cit., p. 303: “exigir a la persona que denuncia la calificación de los hechos como acoso tiene ya de por sí un efecto disuasorio en la utilización de estos procedimientos y también un efecto de estigmatización para la persona denunciada. Así lo demuestra una práctica reiterada en la que muchos de estos procedimientos, una vez elaborados y publicados en cada empresa, nunca han llegado a utilizarse o han producido a su vez un nuevo conflicto de difícil solución”.

la privacidad y la garantía de confidencialidad ante la denuncia de la víctima o de otra persona que tenga conocimiento de la situación de violencia o de acoso, con el fin de evitar cualquier tipo de represalia. En el art. 10 c) Convenio 190 se hace referencia a la protección de la privacidad de las personas implicadas y de la confidencialidad “en la medida de lo posible”. En todo caso, todos los trámites que se realicen deberían de ser confidenciales. Sin olvidar la necesidad de establecer un seguimiento, de evaluar la eficacia del protocolo, e introducir mejoras si fuera preciso; lo que no suele contemplarse en la práctica⁸¹.

De todos modos, hay que tener en cuenta que en el art. 10.b) Convenio 190 no solo se hace referencia a procedimientos de notificación y, en su caso, si procede, de solución de conflictos en los casos de violencia y acoso en el lugar de trabajo, sino también a mecanismos de solución de conflictos externos al mismo. Lo que ya se contempla, por ejemplo, en el Acuerdo interprofesional gallego sobre procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo⁸². Por tanto, en este caso es fundamental el papel de los sujetos negociadores. También es importante considerar a estos efectos las funciones de conciliación, mediación y arbitraje que tiene atribuidas la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (art. 12.3 Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, LOIT); en concreto, en la práctica, con respecto al acoso la función de mediación, siempre que se cuente con la aceptación de las partes.

En cuanto al control y vigilancia de la legislación laboral hay que recordar que, precisamente, entre los cometidos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social está el de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y del contenido de los acuerdos y convenios colectivos en diferentes ámbitos entre los que cabe destacar la prevención de riesgos laborales (art. 12.1 b) LOIT), y que esta cuenta con Criterios Técnicos específicos como el CT 69/2009, el CT 87/2011, a los que se ha hecho referencia, y el Criterio Técnico 104/2021, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en riesgos psicosociales⁸³. Además, no hay que olvidar que los Inspectores de trabajo pueden adoptar en esos casos medidas de carácter preventivo y correctivo, tales como advertencia, requerimiento, y la propia la paralización inmediata de los trabajos o labores que impliquen un riesgo grave e inminente para la salud de los trabajadores (art. 22 LOIT, art. 9.1 f) y 44 LPRL, si bien también hay que tener en cuenta lo

⁸¹ Vid. Molina Navarrete, C. “Impacto en España del Convenio 190 OIT para la tutela efectiva frente a la violencia en el trabajo...”, op. cit., p. 112.

⁸² Resolución de 26 de diciembre de 2019, de la Secretaría de Empleo. DOG 12 de febrero de 2020. Vid. art. 7.1 b) y arts. 36 a 38.

⁸³ En https://www.mites.gob.es/itss/web/Atencion_al_Ciudadano/CRIT_TECNICOS/index.html. Además, de la Guía explicativa y de buenas prácticas para la detección y valoración de comportamientos en materia de acoso y violencia en el trabajo, Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en https://portal.ugt.org/saludlaboral/observatorio/doc_interes/buenaspracticasyviolencia_0003.pdf

previsto al efecto en el art. 21 LPRL en cuanto a la interrupción de la actividad y abandono del lugar de trabajo en los casos de riesgo grave e inminente), ni el hecho de que pueden iniciar el correspondiente procedimiento sancionador mediante la extensión de acta por las infracciones comprobadas (art. 52.1 a) Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), arts. 1.2 y 13.1 RSP).

En este sentido, cabe destacar que la LISOS contempla infracciones y sanciones para determinadas conductas de acoso, si bien, como se verá, cabría introducir mejoras al respecto. En concreto, entre las infracciones muy graves se tipifica el acoso discriminatorio, esto es, “el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo”, si bien debe producirse “dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección del empresario”, al margen de quien sea el sujeto activo, además debe tener conocimiento del acoso y no haber adoptado medidas para impedirlo (art. 8.13 bis LISOS) y “el acoso sexual” que, como el anterior, debe producirse dentro del citado ámbito, con independencia del sujeto activo del mismo (art. 8.13 LISOS), si bien en este supuesto es irrelevante si el empresario tenía o no conocimiento del acoso y, por tanto, si ha adoptado o no medidas.

No se menciona expresamente el acoso en otras infracciones, pero esto no significa que no se incluya, de hecho, se considera infracción muy grave “los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores” (art. 8.11 LISOS), actos entre los que se incluye el acoso moral o psicológico (como atentado “a la consideración debida a su dignidad”, art. 4.2 e) ET), si bien, como se puede constatar, no se hace referencia a este tipo de acoso; podría precisarse e incluirse expresamente. En relación con lo señalado, también se puede comprobar que en el art. 7.10 LISOS se tipifica como infracción grave “los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el art. 4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, salvo que proceda su calificación como muy graves”. Pues bien, como se puede apreciar, la tipificación con respecto a las infracciones graves es distinta según el tipo de acoso. Como se ha indicado, en cuanto al acoso sexual la empresa es responsable siempre que se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de las mismas, tal y como se establece en el art. 8.13 LISOS, pero en el caso del acoso moral solo son punibles, de acuerdo con lo previsto en el art. 8.11 LISOS, aquellas conductas que lleva a cabo directamente el empresario, si se trata de una persona distinta del empresario, o si la empresa no ha tomado medidas para evitarlo, es decir, para proteger y garantizar el mencionado derecho a la consideración debida de la dignidad (por ejemplo, no han activado el protocolo a pesar de disponer

del mismo) esas conductas quedarían encuadradas en el art. 7.10 LISOS como infracción grave⁸⁴.

También se puede observar cómo, aunque no se menciona el acoso, de forma implícita se contemplan los riesgos psicosociales, tal y como se aprecia con respecto al incumplimiento de la obligación de integrar la prevención en la empresa (art. 12.1 a) LISOS); de la obligación de llevar a cabo las evaluaciones de riesgos, sus actualizaciones y revisiones, los controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores, o no realizar las actividades preventivas que fuesen necesarias (art. 12.1 b) LISOS); de la obligación de realizar la planificación de la actividad preventiva, o de llevar a cabo su seguimiento; o el incumplimiento de obligaciones en materia de formación e información acerca de los riesgos del puesto de trabajo y sobre las medidas preventivas aplicables (art. 12.8 LISOS); o el incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, cuando cree un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores afectados (art. 12.6 LISOS). Es cierto que, con respecto a esta última infracción se contempla un listado de materias, entre las que no se hace referencia a la violencia, ni al acoso, si bien, se trata de un listado ejemplificativo, por lo que se puede afirmar que igualmente están incluidos y ello al margen de que a efectos de mejora fuese acertado hacer una referencia expresa a los mismos. En todo caso, sería deseable que se estableciesen de forma expresa los incumplimientos específicos relativos a la normativa preventiva en relación con la violencia y el acoso, incluido el ciberacoso; de hecho, a pesar de que de forma implícita puede entenderse comprendidos en los señalados, si se tiene en cuenta lo establecido en el Eje 1.2 del Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023, se considera que existen “lagunas” al respecto, en concreto, “en relación a los incumplimientos normativos en materia, por ejemplo, de procedimientos de prevención del acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo”⁸⁵.

La víctima también puede actuar frente a las situaciones de violencia y acoso⁸⁶, tal y como se contempla en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora

⁸⁴ Vid. Velázquez Fernández, M. “Consecuencias de la aplicación del Convenio 190 OIT sobre acoso y violencia...”, op. cit., p. 305, señala que se incluirían los incumplimientos del art. 48 LOI.

⁸⁵ Vid. Resolución de 29 de noviembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de noviembre de 2021, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023.

⁸⁶ En todo caso, hay que recordar que en los arts. 9 y 10 LOI se hace referencia, en el primero, a la indemnidad frente a represalias que puedan sufrir una persona “como consecuencia de presentación de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato”; y, en el segundo, a un sistema de reparaciones o indemnizaciones, y de sanciones disuasorias con el fin de prevenir las conductas discriminatorias.

de la jurisdicción social (LRJS)⁸⁷. En concreto, cabe destacar cómo se establecen normas específicas con respecto al acoso (arts. 2.f), 95.3, 96.1, 151.5, 286.2 y 297.2 LRJS), entre las que se encuentran las relativas al proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 177.1 y 4, 180.4 LRJS) al que es posible acudir para que cese la conducta, y para reclamar indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. Además, la víctima puede solicitar la extinción de la relación laboral de acuerdo con lo establecido en el art. 50.1 c) ET (“cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario”), de modo que, una vez que se pruebe judicialmente la gravedad del incumplimiento empresarial, tendrá derecho a las indemnizaciones previstas para el despido improcedente (art. 50.2 ET). Además, no hay que olvidar que el empresario puede ejercer su poder disciplinario y despedir al trabajador de acuerdo con lo establecido en el art. 54 ET en el que se regula el despido disciplinario basado en un incumplimiento grave y culpable, en concreto en el art. 54.2 g) ET ya que se considera incumplimiento contractual “el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa”⁸⁸.

En cuanto a la violencia doméstica y a la necesidad que se contempla en el Convenio 190 de mitigar su impacto en el mundo del trabajo, no se puede exigir responsabilidad al empresario con respecto a una situación que queda fuera de su ámbito de control⁸⁹. Sin embargo, el empresario sí puede adoptar una serie de medidas que ya se contemplan de forma exhaustiva en la legislación española en términos de derechos laborales para las víctimas de violencia de género (art. 21 LOVG, y arts. 11.4 b), 14.3, 37.8, 40.4, 45.1.n), 49.1.m), 53.4.b), 55.4.b) ET)⁹⁰; unas medidas que, en gran parte, se han extendido a las víctimas de violencias sexuales, con independencia del ámbito en el que hayan tenido lugar (arts. 37.8, 40.4, 45.n), 49.m), 53.4 b), 55.4 b) ET, art. 38.1 y 4 LO 10/2022)⁹¹. Ahora bien, en cuanto a la violencia de género, cabe señalar que el art. 1 de la LOVG, limita el sujeto pasivo de este tipo de violencia ya que, como es sabido, se trata de mujeres que sufren violencia en el marco de una relación afectiva⁹², por lo que no se aplicarían

⁸⁷ Y, como se ha señalado, en el CP.

⁸⁸ Vid., el análisis detallado de estas vías de actuación realizado por Barcelón Cobedo, S. “Instituciones laborales tuteladoras frente al acoso sexual y por razón de sexo”, op. cit., pp. 197-212.

⁸⁹ Vid. Velázquez Fernández, M. “Consecuencias de la aplicación del Convenio 190 OIT sobre acoso y violencia...”, op. cit., p. 295.

⁹⁰ Y para las funcionarias, vid. arts. 24 y 25 LOVG, arts. 49 d), 82.1), 89.1 d) y 5 EBEP.

⁹¹ Y a las funcionarias, vid. arts. 49 d), en este caso, también a “las funcionarias víctimas de violencia sobre la mujer”, 82.1, 89.1d) y 5 EBEP y 40 LO 10/2022.

⁹² Así como el sujeto activo, ya que se trata de violencia ejercida “por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares

en otros casos en los que los sujetos, hombres o mujeres, sufren violencia en el ámbito doméstico o intrafamiliar⁹³, al margen de lo que se considera el mundo del trabajo, si bien dichas medidas podrían extenderse a estos sujetos. Además, tanto la violencia de género, como la violencia doméstica podrían tenerse en cuenta en la evaluación de riesgos, y, en su caso, la adopción de medidas preventivas; al igual que se podrían llevar a cabo acciones de sensibilización sobre este tipo de violencias y sus consecuencias; y facilitar información sobre medidas y servicios públicos con el fin de apoyar a las víctimas. En este sentido, hay que recordar que los planes de igualdad pueden incorporar medidas relativas a violencia de género (art. 8.3 RD 901/2020), lo que ya se puede observar en la práctica, por ejemplo, se contemplan acciones tales como la elaboración de una Guía Práctica para la gestión de la violencia de género en la empresa, así como su difusión entre las personas que tienen competencias relativas en gestión de personas; de un catálogo de derechos y medidas de mujeres en situación de violencia de género y su difusión; creación de una Comisión de Asistencia a las víctimas de violencia de género y su difusión; colaboraciones con asociaciones, ayuntamientos, etc., para la contratación de mujeres víctimas de violencia de género⁹⁴.

5. VALORACIONES FINALES

Como se ha podido comprobar, la regulación en el ordenamiento jurídico español en materia de violencia y acoso en el mundo del trabajo, teniendo en cuenta asimismo la relativa a la violencia y el acoso por razón de género, se caracteriza, sobre todo, por su fragmentación, su tratamiento en diversas normas, y por la existencia, a su vez, de diferentes lagunas en distintos aspectos, con los problemas que todo ello conlleva. La ratificación del Convenio 190 determina la necesidad de introducir modificaciones en el ordenamiento jurídico español con respecto al tratamiento de la violencia y el acoso en el trabajo para cubrir las citadas lagunas, ampliar y extender la protección a otros colectivos, mejorar y desarrollar la regulación para su prevención, determinar los grupos más vulnerables, y, especialmente, las medidas que es preciso adoptar al respecto. En este sentido, sería acertado contar con una regulación en la que se abordara de forma específica

de afectividad, aun sin convivencia”, ya sea la que se ejerce sobre las propias mujeres o, con el fin de causarles daño o perjuicio a estas, sobre sus familiares o sus allegados menores de edad.

⁹³ Vid. art. 173.2 CP.

⁹⁴ Todas estas medidas se contemplan en los siguientes Planes de Igualdad: Plan de igualdad Berry Farms, S.L. 2020-2023 (Boletín Oficial Huelva (BOH), 27 de noviembre de 2020); Plan de igualdad Erilla Fruit, SL 2020-2023 (BOH, 10 de enero de 2021); I Plan de Igualdad 2020-2023 de Fran y Lolo, S.L. (BOH, 11 de febrero de 2021); Plan de Igualdad de Frutas Santa Isabel, S.L. 2020-2023 (BOH, 12 de febrero de 2021); I Plan de Igualdad 2020-2023 de El Pilonar, S.C.A. (BOH, 11 de marzo de 2021).

la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, sobre todo desde el punto de vista preventivo.

La prevención es el aspecto que el Convenio 190 enfatiza frente al enfoque reparador, una vez que se ha producido la situación de violencia y/o acoso, al contrario de lo que, como se ha podido constatar, se produce en los protocolos de acoso sexual y por razón de sexo y en aquellos en los que se hace referencia a otros tipos de acoso en los que su vertiente preventiva se ignora en la mayoría de los casos para centrarse en la reparadora. Es cierto que es importante que las empresas cumplan con su obligación de arbitrar procedimientos para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular los sujetos que hayan sido objeto de acoso sexual, o de acoso por razón de sexo, obligación que se debería extender a cualquier tipo de violencia y acoso en el trabajo, pero, sobre todo, es fundamental que promuevan condiciones de trabajo que los eviten; de ahí que sea preciso incidir en la vertiente preventiva de los protocolos y no solo en el procedimiento a seguir cuando tiene lugar la violencia y/o el acoso en el trabajo.

En relación con la necesidad de incidir en la vertiente preventiva, hay que señalar que en la actuación 5.1 del citado Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023 relativa a la Planificación de actuaciones inspectoras, se hace referencia a la intensificación de “las actuaciones en materia de acoso sexual y acoso por razón de sexo, prestando especial atención a la planificación llevada a cabo para prevenir y erradicar dichas situaciones”; lo que se acompaña de “acciones de sensibilización y formación del personal de la ITSS con funciones inspectoras en materia de violencia contra las mujeres por razón de género en el entorno laboral”. Todo ello ha de destacarse de forma positiva, si bien la intensificación de las actuaciones debería dirigirse a la prevención de todo tipo de violencia y acoso en el trabajo, al igual que las acciones de formación y sensibilización.

ACCIDENTE DE TRABAJO Y TELETRABAJO: UNA RELACIÓN DIFÍCIL *

IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO**

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

EXTRACTO

Palabras clave: Accidente de trabajo; teletrabajo; presunción; causalidad; accidente in itinere; recargo de prestaciones

El notable incremento del teletrabajo es una de las consecuencias de la pandemia sanitaria provocada por el COVID. El legislador proporcionó un nuevo marco jurídico, aparentemente omnicompreensivo, pero que ha omitido cualquier referencia a la calificación de las contingencias que pueda sufrir un teletrabajador a efectos de las prestaciones de seguridad social. Las reglas legales ya tradicionales contenidas en la LGSS, y matizadas por una rica doctrina jurisprudencial, no siempre se acomodan bien a una prestación de servicios con notables particularidades. Esas reglas se construyeron sobre la base de la responsabilidad objetiva del empresario por los daños que sufre el trabajador en las dependencias empresariales y como consecuencia de su actividad. El teletrabajo modifica esa premisa, porque el trabajador presta servicios en un contexto sobre el que el empleador no siempre puede actuar y sobre el que el trabajador, en ocasiones, disfruta de una amplia libertad de decisión. El presente estudio valora el impacto de esa configuración en la aplicación del concepto de accidente de trabajo, proponiendo la elaboración de reglas específicas adaptadas a esa modalidad.

ABSTRACT

Keywords: *Accident at work; telework; presumption; causal link; accident on the way to work; social security surcharge*

Telework has widespread since the COVID pandemic. Consequently, there is a new legal framework, apparently exhaustive, but it does not actually contain any indications concerning the qualification of the risks that affect the workers in order to enjoy the corresponding social security benefits. The concept of accident at work is key. The existing legal rules, and the rich case law, are not always useful enough due to the singular features of this kind of work. Those rules were built on the strict liability of the employer for the damages suffered by the workers at the employer premises and as a consequence of the job. Telework does not properly fit with that approach, because the worker carries out the activity in a completely different context. The powers of the employer could not always reach there and the teleworker sometimes enjoys a wide freedom of decision. This paper assesses how telework and its features affect the application of the concept of accident at work and concludes that new and adapted rules are required to provide consistency throughout the whole legal framework.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i que lleva por título “El impacto de los cambios tecnológicos, económicos y sociales”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y dirigido por María Antonia Castro Argüelles e Iván Antonio Rodríguez Cardo (referencia: PID2020-118499GB-C32).

** Experto nacional en la *European Labour Law Network*.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL EMPRESARIO COMO EXPLICACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DE LA PROGRESIVA AMPLIACIÓN DE LAS FRONTERAS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO
3. LA IMPRESCINDIBLE MODULACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE ACCIDENTE LABORAL PARA SU ACOMODO AL TELETRABAJO
4. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN EL TELETRABAJO: RASGOS CONFIGURADORES
5. LOS REDUCIDOS ESPACIOS PARA EL ACCIDENTE *IN ITINERE*
6. UNA CUESTIÓN CONEXA: EL RECARGO DE PRESTACIONES
7. CONSIDERACIONES FINALES: HACIA UN CONCEPTO PROPIO DE ACCIDENTE EN EL TELETRABAJO QUE PROTEJA ADECUADAMENTE AL TRABAJADOR Y NO PENALICE ARTIFICIALMENTE AL EMPRESARIO Y A LA MUTUA

1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, el art. 156 LGSS se ocupa de regular el «concepto de accidente de trabajo» y proporciona sus dos elementos clave: la relación de causalidad y la presunción. Por supuesto, la relación de causalidad, si concurre, es determinante, pues la existencia de un nexo causal entre el daño y el trabajo implica que el accidente debe calificarse como contingencia profesional en todo caso. Sin embargo, no siempre resulta sencillo detectar esa causalidad, no sólo porque pueden haber contribuido al daño multitud de factores, sino porque averiguar con certeza la concreta causa que ha provocado la lesión simplemente no es viable en ciertos escenarios. Con buen criterio, por tanto, el art. 156.3 LGSS establece una presunción *iuris tantum* ya tradicional, a partir de la cual «son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo». Lógicamente, la prueba de la ausencia de relación de causalidad romperá la presunción.

No procede en este momento desarrollar el alcance de la presunción, ni el de la relación de causalidad, que se han construido gracias a una sobresaliente labor jurisprudencial y que han merecido destacados análisis doctrinales¹. Baste señalar que la entrada en juego de la presunción exime al trabajador de demostrar la relación

¹ Entre muchos otros, vid. Alonso Olea, M., *Instituciones de Seguridad Social*, IEP, Madrid, 1974, pp. 45 y ss.; García Murcia, J., “El continuo desbordamiento y expansión del concepto de accidente de trabajo”, en AESSS, *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Tomo I, Laborum, Murcia, 2020, pp. 39 y ss.; Chacartegui Jávega, C., *El concepto de accidente de trabajo: su construcción por la jurisprudencia*, Bomarzo, Albacete, 2007, pp. 14 y ss.; Fernández Avilés, J.A., *El accidente de trabajo en el sistema de Seguridad Social (su contradictorio proceso de institucionalización jurídica)*, Atelier, Barcelona, 2007, pp. 21 y ss.; Martín Valverde, A., “El concepto de accidente de trabajo en la legislación y la jurisprudencia españolas: Régimen general, autónomos, autónomos dependientes, agrarios”, *Actualidad Laboral*, nº 22, 2008, pp. 2670 y ss.; Romero Ródenas, M., *El accidente de trabajo en la práctica judicial*, Bomarzo, Albacete, 2015, pp. 15 y ss.

de causalidad, lo que se justifica por razones puramente lógicas desde una perspectiva laboral, toda vez que no han de imputarse al azar, al menos apriorísticamente, los sucesos que tienen lugar en tiempo y lugar de trabajo. El trabajador se encuentra dentro del círculo rector y de organización del empresario, quien debe dominar el medio en el que se desarrolla la actividad laboral y asume legalmente el deber de preservar la salud y la integridad física de sus trabajadores².

Como es fácil de comprender, el concepto de accidente de trabajo se ha elaborado tomando como modelo un entorno clásico o tradicional. La importancia del tiempo y del lugar de trabajo como parámetros de la presunción, y en buena medida de la causalidad, aunque sea de manera indirecta, conducen a un concepto de accidente de trabajo que apuesta por elementos de carácter prioritariamente estático, fácilmente comprobables o medibles y que, de alguna manera, proporcionan pautas seguras para dar respuesta a la mayor parte de supuestos de hecho.

Esos pilares se resquebrajan cuando la contingencia se actualiza en entornos con particularidades, lo que cada vez es más usual debido, por un lado, a la paulatina expansión del concepto de accidente de trabajo, que ha desbordado el ámbito del trabajo asalariado y alcanza a escenarios inicialmente muy extraños para esta figura, como el trabajo por cuenta propia (art. 316.2 LGSS y art. 26.1 de la Ley 20/2007); y, por otro, a la creciente heterogeneidad de las formas de prestación de servicios por cuenta ajena, que en ocasiones pueden quedar muy alejadas del modo en el que se desarrolla el trabajo en la industria y en las fábricas. La proliferación de nuevas actividades profesionales y los avances tecnológicos han dado lugar a realidades multiformes, a maneras de producir y trabajar con singularidades propias que afectan, entre otros elementos, tanto al tiempo como al lugar de trabajo, lo que genera problemas de articulación relevantes con algunas reglas tradicionales.

El teletrabajo no es, desde luego, el único escenario donde ello ocurre, ni el concepto de accidente de trabajo es la institución jurídica que se ve afectada en exclusiva. Sin embargo, la aplicación de las reglas sobre el accidente de trabajo a esa manera de trabajar resulta muy ilustrativa, porque demuestra que no siempre es fácil, ni quizá posible, adaptar instituciones clásicas a nuevas realidades por la vía de la exégesis, principalmente cuando los fundamentos y la esencia de esas instituciones no son fácilmente extrapolables a algunos contextos que se erigen sobre premisas muy diferentes.

Obviamente, en la medida en que el legislador no proporcione reglas específicas sobre el accidente de trabajo para ese escenario, y la Ley 10/2021, de 9 de julio,

² Vid. Menéndez Sebastián, P., y Rodríguez Cardo, I.A., “Contingencias de origen profesional: accidente de trabajo y enfermedad profesional”, en León García-Izquierdo, A. (Ed.), *Intervención psicosocial para una prevención de riesgos laborales inclusiva*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2020, pp. 271 y ss.

de trabajo a distancia, no introduce ninguna peculiaridad, debe acudir al art. 156 LGSS y a la jurisprudencia tradicional. La aplicación automática de este acervo ha derivado en resoluciones judiciales que, por su novedad, resultan sorprendentes, hasta el punto de que han sido noticia en los medios de comunicación. No se trata de que esas situaciones no pudieran haber acontecido con anterioridad, y que por tanto haya que enfrentarse a realidades totalmente extrañas y desconocidas. El teletrabajo, y por extensión el trabajo a distancia, no constituye un fenómeno reciente, pero su escasa utilización en la práctica explica, por un lado, un nivel reducido de litigiosidad en general, y, por otro, y con evidente conexión, que los tribunales, y en particular el Tribunal Supremo, no hayan tenido que lidiar a menudo con la calificación de las contingencias derivadas de esa actividad profesional. La generalización del teletrabajo, y con ello, por elementales razones de probabilidad, el mayor número de lesiones producidas, o pretendidamente acaecidas, «con ocasión o por consecuencia» de esa actividad, incrementan el interés y la necesidad de proporcionar pautas precisas sobre la aplicación a esta particular forma de prestación de servicios del concepto de accidente de trabajo, tanto en relación con la presunción como de la relación de causalidad.

2. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL EMPRESARIO COMO EXPLICACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DE LA PROGRESIVA AMPLIACIÓN DE LAS FRONTERAS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO

Resulta innegable que la configuración actual del concepto de accidente de trabajo ha desbordado notablemente sus contornos originales. Con anterioridad a la primera ley sobre accidentes de trabajo en España, la Ley Dato de 30 de enero de 1900, las contingencias profesionales estaban protegidas sobre bases civilistas³, que proporcionaban una tutela insuficiente porque la reparación de los riesgos derivados del trabajo no debe supeditarse a la concurrencia de culpa empresarial⁴.

³ Vid. Alonso Olea, M., y Tortuero Plaza, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, Decimoctava Edición, Civitas, Madrid, 2002, pp. 66 y ss.; Velarde Fuertes, J., “El nacimiento de la Seguridad Social con Dato en 1900: panorama político, social y económico que lo rodeó en España”, *RMAS*, nº 24, 2000, pp. 13 y ss.

⁴ La reparación de los accidentes de trabajo seguía las pautas generales del Código Civil, y «en la mayor parte de los casos la solución civil dejaba desprotegido al obrero accidentado, que era una víctima cualificada por su situación de dependencia y debilidad económica, sobre todo de la que quedaba incapacitada para el trabajo»; cfr. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Seguridad Social, riesgo profesional y accidente de trabajo”, *Relaciones Laborales*, nº 1, 2000, pág. 1. La relevancia de la Ley de Accidentes de 1900 es enorme, pues menos de una década atrás se defendía ardorosamente la tesis subjetivista; vid. López Puigcerver, J., “Los accidentes de trabajo”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, nº 1, 1892, pp. 97-99 y 311-316. Y todo ello porque el Estado liberal se resistía a desaparecer, y «en un ambiente político como el de la España de la Restauración, más propicio a los refugios doctrinales que a las respuestas pragmáticas, la resistencia a dar este

La Ley de 1900 propiciaría un avance decisivo al decantarse por la responsabilidad objetiva del empresario en todo accidente de trabajo⁵, con el fundamento de que quien obtiene el beneficio de la labor ajena también ha de soportar sus riesgos⁶.

La responsabilidad objetiva, con el incuestionable apoyo de la presunción, han permitido, en cierta forma, superar las barreras naturales del accidente de trabajo, toda vez que deben encajarse en ese concepto cualesquiera lesiones acaecidas o enfermedades manifestadas en el lugar de trabajo, a salvo que se pruebe que no guardan relación alguna con la actividad profesional. La jurisprudencia no ha sido particularmente generosa en la apreciación de esa prueba en contrario, de modo que acontecimientos ciertamente fortuitos han merecido la misma tutela que accidentes provocados estrictamente por el trabajo. Esa es, en verdad, la voluntad del legislador, como demuestra la configuración legal de la relación de causalidad, que concurre cuando el accidente se produzca tanto «por consecuencia» como «con ocasión» del trabajo, signo absolutamente inequívoco de la apuesta por un concepto extenso.

Es una toma de posición que se apoya indudablemente en la naturaleza misma de la relación laboral y en sus caracteres intrínsecos. El trabajador asalariado adquiere tal condición por encontrarse dentro del círculo rector y de organización del empresario, pues, en último término, en ello consiste la dependencia como nota característica de la relación laboral. El Derecho del Trabajo parte de la premisa de que el empleador es el titular de los medios de producción y el encargado de organizar la actividad laboral (art. 20 ET), mientras que el trabajador debe sujetarse a sus órdenes e instrucciones y realizar la actividad en el lugar, en el momento y del modo que el empleador decida (art. 5 ET). El empleador, además, está sujeto a un «deber de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales» (art. 14.1 LPRL), pues, conviene insistir, es el titular de la empresa y el que decide

paso de la legislación protectora del trabajo a los adultos había de ser grande»; cfr. Martín Valverde, A., “La formación del Derecho del Trabajo en España”, Estudio Preliminar a la obra AA.VV., *La Legislación Social en la Historia de España. De la Revolución Liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pág. LXV. Poniendo asimismo de manifiesto las deficiencias del Derecho Civil en este ámbito, vid. Borrajo Dacruz, E., “Fundamento de la protección por accidente de trabajo: balance y perspectiva. (Notas introductorias al estudio de la Ley de 1900)”, en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*, Fraternidad Muprespa, Madrid, 2000, pp. 81 y ss. En el mismo sentido, Martínez Girón, J., *Una introducción histórica al estudio de las fuentes del derecho español de la Seguridad Social*, Imprenta Paredes, Santiago de Compostela, 1990, pp. 25 y ss.

⁵ «Cuando aún se discutía en las naciones más adelantadas de Europa esta pugna entre ambas teorías, la del riesgo profesional y la clásica de la culpa, nuestra legislación se situó desde luego en las avanzadas del progreso jurídico, y la industria española, para honra suya, aceptó sin dificultad alguna la doctrina más justa, aunque resultase la más onerosa»; cfr. López Núñez, A., *Veinticinco años de legislación social*, Biblioteca Marvá, Madrid, 1928, pág. 20.

⁶ Como señalaba su exposición de motivos, los accidentes de trabajo deben ser «uno de los gastos de la producción, a cargo, naturalmente, del empresario o patrono»; vid. Montoya Melgar, A., “La Seguridad Social española: notas para una aproximación histórica”, *Revista de Trabajo*, n° 54-55, 1976, pág. 11.

cómo se ha de trabajar. Aun cuando la afirmación pueda pecar de simplista, puede tomarse como punto de partida que el empresario es el responsable de aquello que suceda en su empresa. Esa es la razón que está asimismo en el trasfondo de la responsabilidad del empresario por los actos de sus empleados (art. 1903 CC).

Este es un diseño que, por más que pueda dar lugar a algún resultado disfuncional, producto de la siempre compleja tarea de acomodar supuestos de hecho heterogéneos a normas generales, ha funcionado, y sigue funcionando, de forma satisfactoria, porque no es ya, o no es sólo, que se deba procurar la tutela debida a quien sufre una contingencia profesional, sino también que la calificación de un determinado siniestro como accidente de trabajo lleva aparejadas una serie de responsabilidades de cierta intensidad para el empleador, y que aconsejan, también desde un punto de vista económico, cumplir con la normativa de prevención. Por decirlo de otra forma, no siempre la legislación laboral incorpora elementos suficientemente disuasorios, y si algunas sanciones/consecuencias del incumplimiento no se ajustan correctamente, puede resultar más rentable la inobservancia que la adopción de medidas dirigidas a evitar el daño. Desde esta perspectiva, el concepto de accidente de trabajo (muy amplio) y las consecuencias del incumplimiento de las medidas de prevención (razonablemente severas) son dos factores que conviene tener muy presentes en el análisis del grado de protección que ofrece la legislación laboral.

Sin embargo, desde un plano dogmático no deberían aceptarse ampliaciones del concepto de accidente de trabajo que no se asienten sobre bases suficientemente sólidas, y que por tanto no permitan efectuar análisis serios y con el debido rigor. Tanto la presunción como la relación de causalidad exigen la concurrencia de requisitos jurídicos que no pueden ignorarse, pues de lo contrario el propio concepto de accidente de trabajo quedaría desfigurado y no se contaría con pautas sólidas de interpretación hacia el futuro. De algún modo, así está sucediendo con la aplicación del concepto de accidente de trabajo en el contexto del teletrabajo, pues ya son varias las sentencias de juzgados y tribunales superiores de justicia que ofrecen una respuesta sorprendente por las características del supuesto de hecho. Como es natural, esas decisiones se apoyan en la jurisprudencia construida por el TS, ya sea a efectos de la presunción, ya de la relación de causalidad, y ofrecen argumentaciones en apariencia coherentes, y de todo punto impecables si el accidente se hubiera producido en las dependencias empresariales, precisamente por la responsabilidad objetiva que ha de asumir el empleador. En cambio, cuando es el trabajador el que elige el lugar de prestación de servicios la situación debe analizarse bajo parámetros distintos.

En efecto, no es ya cuestionable, y no ha de serlo, que a partir del juego de la presunción y de una interpretación extensa de la relación de causalidad procede la calificación como accidente de trabajo de hechos más o menos fortuitos que sucedan en el entorno laboral. Los daños provocados por caídas, tropiezos o resbalones en el lugar de trabajo, por ejemplo, encajan sin dificultad en el concepto

de contingencia profesional aun cuando pueda mediar cierto grado de imprudencia del trabajador o aun cuando no pueda imputarse maldad o negligencia alguna al empleador. Y tampoco es obstáculo que el daño se produzca fuera de los estrictos límites de la jornada laboral (v.gr., pausa para el bocadillo) si cabe apreciar una mínima relación con el trabajo⁷. La responsabilidad objetiva del empresario por los hechos que se producen en un entorno cuya organización y control le corresponde es el fundamento que explica y justifica esta progresiva, y nada irreflexiva, extensión del concepto de accidente de trabajo.

Sin embargo, el trabajo a distancia en general, y el teletrabajo en particular, obligan a una aproximación mucho más cauta, porque la «posibilidad de que el trabajador decida sobre el lugar de trabajo y, en particular, de que trabaje para una empresa desde su propio domicilio o a distancia de la sede empresarial, supone un cambio de óptica radical respecto de los criterios más genuinos y tradicionales en la configuración de la legislación laboral»⁸, y también afecta a la calificación de las contingencias que pudiera sufrir el trabajador. La ductilidad del lugar y del tiempo de trabajo en ciertas modalidades de prestación de servicios no permite una extrapolación automática de las soluciones jurisprudenciales ya asentadas.

Téngase en cuenta que el teletrabajo admite distintas fórmulas. Como muestra, la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, ha introducido reglas expresas en relación con la entrada en España de los que se han dado en llamar “nómadas digitales”, que, gracias a las nuevas tecnologías y a las características de la prestación de servicios, que no exigen presencialidad, pueden teletrabajar desde cualquier lugar del mundo con independencia de dónde se ubique la sede física de su empleador. De ahí que se facilite la entrada en España de estas personas, en el bien entendido de que acceden con el objetivo de vivir, pero no de encontrar un trabajo, de modo que sólo son autorizadas para residir. Evidentemente, pueden continuar desempeñando servicios para su empleador radicado en el extranjero, pero no es esa una preocupación de la legislación de extranjería, toda vez que no se ve afectada la situación nacional de empleo.

Ese es un ejemplo suficientemente ilustrativo, pues permite hacerse cargo de que el teletrabajo admite formatos variopintos, en constante evolución habida cuenta asimismo de los avances tecnológicos y de los distintos intereses en juego, de modo que el teletrabajador podría prestar servicios en ubicaciones en apariencia poco apropiadas a partir de una óptica tradicional, desde su domicilio, a un hotel, un establecimiento comercial, un bar, un parque o cualquier otro lugar que admita

⁷ Vid. STS de 20-4-2021 (recurso 4466/2018), en relación con un esguince de muñeca ocasionado por una caída producida en una cafetería durante la pausa de descanso en el trabajo.

⁸ Cfr. García Murcia, J., “El nuevo marco legal del trabajo a distancia”, en Pérez De Los Cobos Orihuel, F., y Thibault Aranda, X. (Dir.), *El trabajo a distancia*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pág. 34.

la conexión mediante el dispositivo digital correspondiente. Además, y no es cuestión baladí, los medios materiales/tecnológicos podrían no ser proporcionados por la empresa, sino propiedad del trabajador, según los casos. Aun cuando fueran sufragados por el empleador, no siempre serán elegidos por este, y tampoco es sencillo para la empresa realizar un control constante sobre el uso, y en su caso un mantenimiento.

Todas estas características dan lugar a un escenario complejo para la valoración de las contingencias a efectos de seguridad social. Por lo pronto, se suscitan preguntas que no cuentan con una respuesta automática. En primer término, ¿cómo puede el empresario controlar o prevenir los riesgos de un entorno que no organiza y sobre el que carece de capacidad de disposición? Y, en segundo lugar, y de forma conexas, ¿sobre qué bases puede asentarse la imputación de una responsabilidad objetiva? A poco que se reflexione sobre estos interrogantes, parece evidente que las premisas sobre las que se ha construido el concepto de accidente de trabajo requerirán de una adecuada modulación para ajustarse a las peculiares características del teletrabajo. Ello no supone que el empleador haya de quedar exonerado de responsabilidad por los siniestros acaecidos en el transcurso de esa actividad, pero sí, a buen seguro, que es necesario articular parámetros adaptados y coherentes con esta modalidad.

3. LA IMPRESCINDIBLE MODULACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE ACCIDENTE LABORAL EN EL TELETRABAJO

Como es conocido, la jurisprudencia ha adoptado criterios razonablemente flexibles en la apreciación de las circunstancias que dan lugar a la presunción, por más que hay advertido de forma reiterada que los dos parámetros decisivos –tiempo y lugar de trabajo– han de concurrir de forma simultánea, lo que supone, por ejemplo, que la presunción no opera en los accidentes acaecidos en vestuarios o en zonas de descanso en el centro de trabajo, máxime si la jornada no ha comenzado o ya ha concluido⁹. No obstante, esa regla general cuenta con excepciones, pues la presunción sigue activa durante la denominada “pausa para el bocadillo” (art. 34.4 ET) aun cuando no siempre alcance la consideración de tiempo de trabajo efectivo¹⁰.

La entrada en juego de la presunción suele contar con tanta fuerza que la prueba en contrario resulta prácticamente utópica en la mayor parte de ocasiones. A la postre, la razón de que el trabajador se encuentre en dependencias empresariales es el desempeño de la actividad laboral, y el accidente, al menos si se trata de un accidente en sentido estricto, se produce «con ocasión o por consecuencia del

⁹ Vid. STS de 22-12-2010 (recurso 719/2010).

¹⁰ Vid. STS de 27-1-2014 (recurso 3179/2012).

trabajo» de manera habitual. En el caso de accidentes durante la ejecución de la actividad, la presunción facilita el procedimiento, al hacer innecesaria la prueba, pero no suele modificar el resultado desde una perspectiva meramente dogmática.

En realidad, el mayor impacto de la presunción se ha producido en el campo de las enfermedades, que el art. 156 LGSS también permite calificar como accidentes de trabajo cuando sean ocasionadas o agravadas por el trabajo (amén de las intercurrentes) y no merezcan la calificación de enfermedades profesionales. Muchas enfermedades de etiología común se manifiestan durante el desempeño de la actividad profesional y no siempre es sencillo (y/o posible) demostrar que el trabajo es la causa directa de la enfermedad. La jurisprudencia ha dulcificado notablemente la rigidez del precepto legal, de modo que no es necesario que el trabajo se convierta en la causa exclusiva de la enfermedad, sino que es suficiente que sea un factor, entre otros, para la producción del daño; pero, y sobre todo, ha extendido la presunción a las enfermedades que se manifiestan durante el tiempo y en el lugar de trabajo¹¹, de manera que la prueba en contrario corresponde a la entidad gestora, a la mutua o al empresario, y comoquiera que esa prueba encierra a menudo dificultades insuperables, la presunción se consolida y la contingencia se califica como profesional¹².

Esta aproximación, más o menos introductoria o superficial, permite hacerse cargo de que, tal y como se ha construido, la aplicación de la presunción al teletrabajo debe suscitar dificultades. Por lo pronto, la correcta delimitación del tiempo y del lugar de trabajo presenta ciertas aristas, aun cuando el acuerdo entre el empresario y el trabajador haya de proporcionar pautas. Esta es una modalidad con características propias, y en la que el tiempo de trabajo se erige, al menos a estos efectos, como un factor mucho más decisivo que el lugar de trabajo. La importancia de la ubicación física del teletrabajador se relativiza, como se indicó en relación con los “nómadas digitales”. En cierto modo, si el trabajador puede desempeñar sus tareas prácticamente desde cualquier lugar del mundo, seguramente cabría considerar que el “lugar” de trabajo es un entorno virtual. La *lex loci laboris*, por utilizar una terminología tradicional, ya no se corresponde con un espacio físico predeterminado, con un centro de trabajo tradicional

Es una cuestión que ya se ha planteado en relación con la ley aplicable al contrato de trabajo y a la relación de seguridad social, porque el riesgo de *dumping social* en situaciones de teletrabajo internacional es notorio, y que desde luego puede provocar consecuencias en otros ámbitos, como la calificación de las

¹¹ Vid. STS de 22-12-2010 (recurso 719/2010).

¹² Vid. Menéndez Sebastián, P., “Deconstrucción del concepto de accidente de trabajo. ¿Quién y qué hay que probar en cada caso?” *RTSS (CEF)*, nº 427, 2018, pp. 19 y ss.

contingencias de seguridad social¹³. En tanto que la ley aplicable sea la española, la presunción de accidente de trabajo habría de prescindir del lugar concreto en el que se halle el trabajador. La presunción se activaría por el mero hecho de que el accidente sobrevenga durante el tiempo de trabajo.

No obstante, esa conclusión habría de matizarse en atención a lo pactado en el acuerdo de teletrabajo, que podría delimitar con mayor precisión el lugar de trabajo. Cabría pensar, por ejemplo, en situaciones en las que el trabajador sólo esté facultado para prestar servicios en los ámbitos previamente convenidos con el empresario, y, en su caso, a través de los dispositivos proporcionados por este. Una extralimitación por parte del trabajador supondría un incumplimiento del acuerdo de trabajo a distancia, y por tanto no se justificaría que el ordenamiento amparase al trabajador extendiendo el alcance de la presunción más allá de sus fronteras naturales. Dicho de otro modo, la presunción de accidente de trabajo podrá contar con una extensión variable en atención a las mayores o menores facultades de disposición del teletrabajador sobre el lugar de prestación de servicios¹⁴.

Por su parte, la delimitación del tiempo de trabajo podría encerrar una cierta complejidad, en particular si se prima la consecución de resultados/objetivos sobre la “presencia virtual” o el tiempo de conexión. A efectos prácticos, la obligación de registro horario (art. 14 Ley 10/2021 en relación con el art. 34.9 ET) ha de proporcionar un apoyo decisivo¹⁵, porque ha de presumirse que la información contenida en el registro es veraz y, salvo prueba en contrario, de ella debe extraerse el tiempo de trabajo que ha de computar con efectos diversos, entre ellos el alcance de la presunción de accidente de trabajo. Deben tomarse en consideración, claro está, las peculiaridades de cada prestación de servicios, y también que el tiempo de trabajo implica la efectiva realización de trabajo y no se satisface con obligaciones de mera disponibilidad, de manera que la presunción no alcanza, por ejemplo, a las guardias localizadas¹⁶.

¹³ Vid. Sanguineti Raymond, W., “La difícil problemática social y jurídica del teletrabajo transnacional”, *Trabajo y Derecho*, nº 98, 2023 (smarteca); Martín-Pozuelo López, Á., *El teletrabajo transnacional en la Unión Europea. Competencia internacional y ley aplicable*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 60 y ss.

¹⁴ Vid. García Torres, A., “El accidente de trabajo en el teletrabajo: retos y perspectivas”, *Revista Justicia Social*, nº 1, 2022, pp. 112-113; Ayerra Duesca, N.J., “Lagunas de torno a la calificación de accidente de trabajo en la modalidad de teletrabajo”, *Lan Harremanak*, nº 48, 2022, pp. 118 y ss.; Moreno Romero, F., “Accidente trabajo y sus elementos de presunción en el teletrabajo”, en Pérez De Los Cobos Orihuel, F., y Thibault Aranda, X. (Dir.), *El trabajo a distancia*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 491 y ss.

¹⁵ Vid. Gil Plana, J., “El tiempo de trabajo en el trabajo a distancia”, en Pérez De Los Cobos Orihuel, F., y Thibault Aranda, X. (Dir.), *El trabajo a distancia*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 245 y ss.

¹⁶ Vid. STS de 9-12-2003 (recurso 2358/2002).

Al igual que sucede con el lugar de trabajo, el acuerdo entre empresario y trabajador cuenta con un espacio de juego, toda vez que podrá delimitar con mayor o menor precisión las cuestiones relativas a jornada y horario, o proceder a una configuración más flexible que ponga el acento en el número total de horas de trabajo, pero no tanto en el momento en que hayan de realizarse. Se impone, así pues, un análisis casuístico que valore todas las circunstancias concurrentes, pues el teletrabajo no es una fórmula monolítica que deba desarrollarse a partir de parámetros totalmente prefijados e inmutables, sino que admite variantes notablemente flexibles, o al menos así habría de ser si aspira a ganar protagonismo. Además, también ha de prestarse atención a las peculiaridades técnicas en cada supuesto, pues cabría la posibilidad de sistemas que admitieran la conexión permanente entre el dispositivo y el servidor empresarial, y ello no podría derivar en una activación permanente de la presunción.

Sea como fuere, dos precisiones parecen necesarias. En primer lugar, la tolerancia empresarial ha de desplegar los efectos pertinentes, pues, sea cual sea el tenor literal del acuerdo de teletrabajo, si el trabajador presta servicios en tiempos y lugares en principio no admitidos, pero el empleador conoce esa circunstancia —o debiera conocerla, al menos en relación con el tiempo gracias al registro horario— y no muestra oposición, no cabe imputar al trabajador un incumplimiento, de modo que la presunción podría activarse eventualmente. Y, en segundo lugar, con o sin presunción, el desempeño efectivo de la prestación de servicios es un elemento de ordinario determinante para la apreciación del nexo causal entre el daño y el trabajo.

Pese a todas esas cautelas, nada insignificantes, y aun a riesgo de proceder a una excesiva simplificación, parece razonable que la presunción despliegue sus efectos siempre que el teletrabajador se encuentre prestando servicios, salvo circunstancias excepcionales. Se evitaría con ello la litigiosidad aparejada al concepto de lugar de trabajo, que no ha sido menor respecto de accidentes producidos o enfermedades manifestadas en dependencias como los vestuarios o el aparcamiento de la empresa. Esas cuestiones pasarían a un segundo plano en el teletrabajo, aunque lo cierto es que, de algún modo, esta problemática tradicional en ocasiones se resolvía de manera confusa, y casi artificial, pues en esos siniestros no podía aplicarse de ordinario la presunción (sea o no lugar de trabajo el trabajador estaba fuera de su jornada), pero tampoco ello suponía un obstáculo de envergadura para la apreciación de la relación de causalidad, pues el trabajador se hallaba en ese lugar en ese preciso instante por razón de su trabajo. La pausa para el bocadillo proporciona un ejemplo claro. La especial preocupación y cuidado de los tribunales en la aplicación de la presunción no tiene tanto que ver con la pulcritud dogmática como con cuestiones netamente procesales, y en particular con la distribución de la carga de la prueba. Ante la entrada en juego de la presunción la calificación como accidente de trabajo deviene prácticamente inevitable, pues la prueba en contrario es poco menos que diabólica en la generalidad de los casos.

En el contexto del teletrabajo, la presunción no debe activarse, en primer lugar, con anterioridad al comienzo de la prestación de servicios y, en segundo, una vez concluida la jornada, por más que el trabajador permanezca en el lugar de trabajo, lo que será usual cuando el teletrabajo se desarrolle en el domicilio. Por supuesto, cabe introducir las matizaciones pertinentes respecto de pausas cortas, sobre la base de la jurisprudencia tradicional, pero en este escenario la prueba en contrario debe ser apreciada conforme a parámetros algo distintos, pues la extensión del concepto de accidente de trabajo, y también de la presunción, se fundamenta en la responsabilidad objetiva del empleador derivada de lugar en el que se realiza el trabajo y de los medios utilizados.

Esa es una precisión relevante respecto de daños producidos por la realización de actividades cotidianas no vinculadas directamente con la ejecución del trabajo pero que tienen lugar durante el tiempo y en el lugar donde se desarrolla la actividad. En general, ante siniestros de esa índole acaecidos en un entorno laboral ordinario se aplicaría la presunción, y en último término procedería la calificación como accidente de trabajo. En cambio, en el contexto del teletrabajo resulta imprescindible efectuar una valoración más sosegada. Por supuesto, cabe elaborar argumentos para concluir que la presunción desaparece, pues en el momento concreto de producirse el daño el trabajador no se encontraba prestando servicios efectivos, sino en un descanso, aunque fuera por decisión propia. Esa es una interpretación, no obstante, de un excesivo rigor. Ningún parámetro exegético razonable permite destruir la presunción ante una pausa o parada de muy corta duración, y menos cuando responde a actividades cotidianas o a la satisfacción de necesidades fisiológicas¹⁷.

No obstante, una interpretación demasiado generosa de la presunción conduce a un riesgo cierto de desbordamiento del accidente en el teletrabajo, pues la aplicación de la presunción de forma generalizada en el teletrabajo, y las dificultades para la empresa, la mutua y la entidad gestora de encontrar pruebas en contrario que requerirían acceso y análisis de dependencias privadas y protegidas por elementales derechos fundamentales, relegarían a la relación de causalidad a un papel menor, cuando habría de merecer, en un diseño correcto de esta institución jurídica, un rol protagonista.

En este terreno de la presunción parece más sensato abogar por un criterio cercano al que en los últimos años se ha venido utilizando para el accidente en

¹⁷ Vid. SJS nº 1 de Cáceres de 26-10-2022 (procedimiento 273/2022), en relación con la caída de una teletrabajadora en el pasillo de su casa cuando se disponía a reanudar su actividad tras una visita al aseo. El juzgado nº 9 de Sevilla, en sentencia de 20-12-2022, también calificó como contingencia profesional la caída del teletrabajador por las escaleras de su propia vivienda durante su jornada cuando se disponía a coger agua, tal y como ha informado la prensa <https://www.canalsur.es/noticias/andalucia/sevilla/un-juzgado-de-sevilla-considera-accidente-laboral-una-caida-en-teletrabajo/1895989.html>.

misión. Frente a la doctrina tradicional, que se decantaba por una cobertura casi absoluta de todo suceso producido durante la misión, en sus pronunciamientos más recientes el TS diferencia entre la misión en sentido estricto, el desplazamiento y cualesquiera otros momentos y actividades, restringiendo la presunción a la ejecución del trabajo¹⁸. Ello no supone la desprotección durante los desplazamientos, por la cobertura del accidente *in itinere*, ni durante esos otros momentos y actividades, pero en esas situaciones el trabajador habrá de asumir una mayor carga probatoria. No en vano, la entrada en juego de la presunción exige al trabajador de demostrar una conexión entre el daño y el trabajo, mientras que la verificación de la relación de causalidad permite calificar como accidentes de trabajo siniestros que se producen fuera del lugar y/o tiempo de trabajo. Una distinción basada en parámetros similares a la del accidente en misión resultaría particularmente oportuna para el teletrabajo, con los matices que procedan, porque no se encuentra justificación para extender de forma desmesurada el alcance de la presunción, toda vez que resulta casi inviable la prueba en contrario.

En cualquier caso, habrá de ser el teletrabajador el que demuestre que el daño se ha producido durante el tiempo y en el lugar de trabajo, lo que también planteará problemas de prueba. En particular, ha de clarificarse el valor que se va a conceder al relato del teletrabajador, pues de ordinario será la única persona presente en el momento de acontecer la lesión y es la parte más interesada en la calificación de la contingencia como profesional¹⁹. No es una cuestión menor, como pone de manifiesto alguna sentencia reciente que decide no conceder credibilidad a la versión del teletrabajador sobre la producción del daño (lesión en el hombro), aunque, cierto es, entremezclando consideraciones relativas a la presunción (no acreditación del lugar concreto donde se produjo esa lesión), con argumentos más propios de la relación de causalidad («tampoco se ha acreditado que realmente el accidente fuera moviendo una pantalla de ordenador y no haciendo otra cosa ajena a su trabajo»)²⁰.

Como es evidente, una interpretación como la aquí propuesta reduciría el campo de juego de la presunción, lo que fundamentalmente afectaría a la calificación como contingencia profesional de las enfermedades padecidas por el trabajador²¹,

¹⁸ Vid. SSTS de 23-6-2015 (recurso 944/2014) y de 7-2-2017 (recurso 536/2015).

¹⁹ Vid. Selma Penalva, A., “El accidente de trabajo en el teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas”, *Temas laborales*, n.º 134, 2016, pp. 142 y ss.; San Martín Rodríguez, A., “Los principales retos del accidente de teletrabajo”, en AESSS, *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Tomo II, Laborum, Murcia, 2020, pp. 332-333.

²⁰ Vid. STSJ de Galicia de 25-2-2022 (recurso 2399/2021).

²¹ Vid. Poquet Catalá, R., “El encaje del infarto como accidente de trabajo en el teletrabajo”, *e- Revista Internacional de la Protección Social*, n.º 2, 2021, pp. 173 y ss.

pues deberían conectarse más intensamente con el trabajo²². No obstante, y bien mirado, la prestación de servicios en entornos organizados por el empresario incrementa indudablemente el riesgo respecto de ciertas dolencias, riesgo que es diferente –no necesariamente inferior, pero sí distinto– en el teletrabajo, donde de ordinario no se justifica una presunción automática favorable a la calificación como contingencias profesionales de enfermedades de etiología común. Dicho de otro modo, y con finalidad meramente ejemplificativa, cuando una dolencia cardiaca o un ictus se manifieste en el domicilio del teletrabajador debería requerirse una prueba de causalidad algo más elaborada que en el supuesto de actualización en dependencias empresariales, porque el contexto es muy distinto y la aplicación de la presunción puede conducir a una sobreprotección del trabajador sin una base suficientemente sólida.

4. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN EL TELETRABAJO: RASGOS CONFIGURADORES

La construcción del concepto de accidente de trabajo en la jurisprudencia se ha caracterizado por una notable *vis expansiva*, que afecta no sólo al alcance de la presunción, flexibilizando la apreciación tanto del tiempo como del lugar de trabajo, sino también a la determinación del nexos causal. La razón, y conviene insistir en ello, es la responsabilidad objetiva del empresario por las situaciones o daños producidos en la empresa. Si esa responsabilidad objetiva desaparece, los parámetros de valoración necesariamente deberían modificarse, y así sucede en el teletrabajo, toda vez que el empleado cuenta con una capacidad de decisión y organización de la que no dispone dentro de las instalaciones empresariales, mientras que el empleador, inversamente, ve reducidas sus posibilidades de control e intervención.

Sin perjuicio de excepciones, el teletrabajador disfruta, con carácter general, de más capacidad que un trabajador presencial para autogestionar los tiempos, y quizá también los espacios, siempre en el contexto de lo convenido en el acuerdo del trabajo a distancia. Es más relevante el cumplimiento de los objetivos que el lugar de prestación, y en ocasiones que el tiempo, de modo que la relación de causalidad no se rompe automáticamente, o no debiera romperse, ante cualquier interrupción de la actividad, o por el hecho de que el trabajador se encuentre prestando servicios en un lugar o durante un tiempo no convenido o no habitual.

Por supuesto, esas circunstancias podrían afectar a la presunción, y por tanto incidir en la carga de la prueba, pero no son *per se* determinantes para la apreciación o exclusión de la relación de causalidad, que se mueve bajo parámetros

²² Vid. SSTs de 23-1-2020 (recurso 4322/2017), de 4-4-2018 (recurso 2191/2016), de 6-7-2015 (recurso 2990/2013) y de 27-1-2014 (recurso 3179/2012).

distintos. Como es sabido, el nexo causal no requiere que la lesión se produzca necesariamente «por consecuencia» del trabajo, sino que se justifica asimismo cuando el daño tenga lugar «con ocasión» del trabajo, es decir, cuando el trabajo es una condición para que se produzca el daño, pero no una causa en sentido estricto²³. Esta doctrina jurisprudencial, conocida como «ocasionalidad relevante», supone, por un lado, que los factores que producen la lesión no son inherentes o específicos del trabajo, y, por otro, que el trabajo, y las actividades o acciones naturales o habituales durante la prestación de servicios, se convierten en una condición esencial para la producción del daño, pues sin ellos no se produciría la exposición a los agentes o factores lesivos²⁴.

De este modo se explica, seguramente, que el concepto de accidente de trabajo haya podido sufrir alguna ampliación o reducción, modulación si se quiere, en atención al contexto concreto en el que se desarrolla la actividad. Resulta ilustrativo el caso del trabajo en el mar, en el que cabría incluso detectar paralelismos con el teletrabajo, toda vez que coinciden el centro de trabajo y el domicilio del trabajador durante el periodo de embarque, y el tiempo de trabajo no siempre se encuentra perfectamente delimitado, pues en ocasiones el trabajador del mar puede verse obligado a reanudar la prestación de servicios para atender avatares o imponderables diversos²⁵. No resulta extraño, así pues, que hayan merecido la calificación de contingencia profesional («accidente de mar») determinados siniestros producidos en el buque, o incluso en sus inmediaciones, aun cuando el trabajador no se encontraba propiamente prestando servicios, ni en su puesto de trabajo, ni tampoco en su lugar de trabajo *stricto sensu*²⁶. Es más, en el caso de marineros embarcados se ha calificado como accidente de trabajo desde un simple proceso febril a dolencias de incuestionable etiología común²⁷.

En cierto modo, podría llegar a entenderse que esta jurisprudencia proporciona pautas para abordar el concepto de accidente en el teletrabajo. Se apostaría, en ese caso, por una opción de máximos, ofreciendo cobertura prácticamente a cualquier accidente producido o a casi cualquier enfermedad manifestada en el lugar donde el teletrabajador desarrolle su actividad, principalmente si ese es un lugar fijo y, más en concreto, su domicilio. La confusión entre el lugar de trabajo y el lugar de residencia daría lugar a una sustancial ampliación de la relación de causalidad, que convertiría en contingencia profesional cualquier daño acaecido en el lugar de trabajo.

²³ Vid. STS de 6-7-2015 (recurso 2990/2013).

²⁴ Vid. STS de 13-12-2018 (recurso 398/2017).

²⁵ Vid. STS de 6-7-2015 (recurso 2990/2013).

²⁶ Vid. STS de 16-7-2014 (recurso 2352/2013).

²⁷ Vid. STS de 4-2-2015 (recurso 197/2014).

Esa es una opción que se antoja excesiva, pues por más paralelismos que puedan encontrarse entre el trabajo en el mar y el teletrabajo, las diferencias resultan mucho más significativas. Las evidentes limitaciones para desarrollar una vida personal ordinaria en caso de trabajadores embarcados, o en otras situaciones similares en las que el trabajador se ve obligado a vivir en el lugar de trabajo (piénsese en trabajadores que prestan servicios en plataformas marinas), no concurren en el teletrabajo, en el que el trabajador cuenta, de ordinario, con un margen de libertad, en términos de organización vital y de tiempos, probablemente mayor que en una actividad laboral común. En suma, el trabajo en el mar o en plataformas marinas, entre otros supuestos, se caracteriza por su especial penosidad y/o peligrosidad, y por ello se justifica una ampliación razonable de la cobertura de los riesgos profesionales ante la indefinición de la frontera entre lo personal y lo profesional, o, más bien, ante los condicionamientos notables para el desarrollo de la vida personal.

En cambio, y aun cuando la línea fronteriza entre actividades privadas y profesionales pudiera verse difuminada en ocasiones, el teletrabajo no constituye *per se* una actividad penosa y/o peligrosa, ni el teletrabajador debe afrontar adversidades de tal calibre que potencialmente impliquen un riesgo vital, ni tampoco que exijan una respuesta inmediata a cualquier hora, ni que obliguen necesariamente a supeditar al trabajo la organización de tiempos privados o aspiraciones vitales. Por supuesto, el teletrabajo puede articularse a través de guardias o tiempos de disponibilidad en servicios de atención continuada (*v.gr.*, asistencia o asesoramiento en el manejo de programas informáticos), pero el bien jurídico protegido no suele implicar amenazas para la vida, y menos para el trabajador, ni conlleva la necesidad de residir en lugares extraños a los habituales y no decididos por el propio empleado.

El hecho de que el trabajo en el mar resulte un término de comparación inadecuado no significa que la aplicación del concepto de accidente de trabajo al trabajo a distancia, y al teletrabajo en particular, no requiera de cierta modulación, pero esa modulación exige una aproximación distinta, particular, adaptada a sus rasgos característicos. Por lo pronto, no parece particularmente relevante a efectos de la relación de causalidad el lugar concreto en el que el daño se haya producido. Sin duda, el hecho de que el trabajador realice la actividad en un lugar distinto del convenido podría afectar a la presunción, pero no estrictamente a la causalidad, a salvo de supuestos de imprudencia temeraria, extraordinariamente poco frecuentes. La lesión podría manifestarse en distintas dependencias del hogar del teletrabajador, en un cibercafé, en un parque o en un hotel, sin que ello excluya *per se* el nexo causal, a salvo de que el lugar concreto haya resultado determinante en la producción del daño. A modo de ejemplo, piénsese en un teletrabajador que presta servicios a través de un dispositivo portátil y que sufre un daño debido a una explosión por defectos del propio aparato. El lugar en el que el trabajador se encuentre resultará de todo punto irrelevante, porque el daño se habría producido

en cualquier escenario, de modo que, aun cuando eventualmente pudiera discutirse la presunción, no cabría negar la relación de causalidad²⁸.

Sin embargo, y como ya se adelantó, deben merecer una interpretación más restrictiva los sucesos totalmente fortuitos o casuales que no conectan con la ejecución del trabajo. La doctrina judicial ya ha proporcionado ejemplos ilustrativos, como el referido a un teletrabajador que, durante su jornada y en su domicilio, deja de trabajar momentáneamente, «se dirige a la cocina y coge una botella de agua, que se le resbala y al caerse le ocasiona lesiones en la mano izquierda»²⁹. Esas circunstancias motivarían la calificación como accidente de trabajo si tuvieran lugar en un entorno laboral más tradicional, pues, por un lado, se aplicaría la presunción y, por otro, no parece factible encontrar prueba en contrario suficiente ni imputar la causalidad a factores externos al trabajo. Sobre esas premisas, la sentencia equipara la situación con la de un trabajador que temporalmente deja su puesto de trabajo y «sufre una caída, por ejemplo dirigiéndose al WC o en su interior; o cuando se desplaza a un lugar habilitado por la empleadora para servirse una bebida y/o un producto alimenticio», considerando, por tanto, que se trata de «actividades normales en la vida laboral».

Como se indicó, el teletrabajo obliga a valorar estas situaciones a partir de parámetros distintos. En el supuesto descrito, y conviene insistir en ello, no es cuestión menor que el trabajador utiliza una botella de cristal, y lo hace por decisión propia. No cabe imputar al empleador que haya proporcionado esa botella, ni tampoco que no hubiera realizado una evaluación de riesgos apropiada (consta que tuvo lugar una autoevaluación por parte trabajador, extremo sobre el que se volverá en un epígrafe posterior). En verdad, difícilmente el empleador puede impedir que el trabajador elija el recipiente que contiene su bebida. Si tal circunstancia se produjera en las instalaciones de la empresa, aun cuando el propio trabajador hubiera adquirido la botella, cabría imputar al empleador cierto grado de culpa *in vigilando* por no impedir su uso, por no contar con lugares adecuados para su ubicación, por no instalar suelos de superficie menos rígida o por cualquier otra razón, pues, en definitiva, el entorno laboral podría haber incrementado el riesgo. Pero en el ámbito doméstico una intromisión empresarial de tal calibre habría de considerarse de todo punto excesiva, pues el empleador carece de cualquier capacidad de decisión sobre los recipientes o utensilios que el trabajador utilice en la cocina de su hogar.

Cabe traer a colación la doctrina del TS que admitió la calificación como contingencia profesional de los daños provocados tras una caída en el trabajo a consecuencia de un ataque de epilepsia. La presunción pudo romperse debido a que

²⁸ Vid. García Torres, A., “El accidente de trabajo en el teletrabajo: retos y perspectivas”, *Revista Justicia Social*, nº 1, 2022, pág. 103.

²⁹ Cfr. STSJ de Madrid de 11-11-2022 (recurso 526/2022).

la epilepsia carecía de relación alguna con el trabajo, pero el Tribunal diferencia entre la epilepsia (enfermedad común) y las consecuencias de la caída, que entiende que podrían haberse evitado o reducido si el trabajador se encontrase en un entorno distinto del laboral, con más capacidad de decisión sobre su actividad y sobre los objetos que le rodean, incluido el suelo³⁰. La capacidad de decisión y organización del empresario en las instalaciones de las que es titular conlleva, así pues, una mayor responsabilidad en los daños que sufra el trabajador, pero, a la inversa, esa responsabilidad habría de minorarse cuando es el trabajador el que dispone de capacidad de decidir.

Es probable que la respuesta a ese mismo supuesto hubiera sido diferente si el accidente lo hubiera sufrido un teletrabajador en su domicilio, o cuando menos la calificación como contingencia profesional no podría construirse sobre los mismos argumentos. Además, el teletrabajo puede desarrollarse prácticamente en cualquier entorno, desde espacios públicos a privados. Piénsese, por ejemplo, que el corte con los restos de una botella de cristal que rompe de manera fortuita acontece, no ya en el domicilio del trabajador, sino en un establecimiento de hostelería donde el teletrabajador está prestando servicios. O que el trabajador resbala en un suelo deslizante recién fregado cuando se dirige al baño, bien sea en su domicilio, bien sea en cualquier otro lugar en el que se encuentre teletrabajando. En ninguna de esas situaciones cabe extrapolar automáticamente la jurisprudencia tradicional sobre el accidente de trabajo, pues los resultados son claramente insatisfactorios por artificiales.

La ampliación del concepto de accidente de trabajo a los daños producidos por hechos fortuitos, propiamente accidentales, o quizá incluso incidentales, se justifica sin dificultad cuando tienen lugar en dependencias empresariales, o en cumplimiento de alguna misión encomendada por el empleador y dentro de los contornos de la orden empresarial, por mor de la responsabilidad objetiva que asume el empresario. Sin embargo, cuando esos daños sobrevienen en un contexto en el que es el propio trabajador el que toma decisiones, o en cualquiera donde el empleador cuente con escasa o nula capacidad de influencia, desaparece la base que permite imputar responsabilidades.

En este sentido, se echan en falta reglas legales expresas sobre la relación de causalidad, pues parece difícil extender al teletrabajo algunas líneas jurisprudenciales muy consolidadas. Por ejemplo, se ha advertido, con carácter general, que puede apreciarse la relación de causalidad aun cuando el daño haya tenido lugar por la influencia o actuación de un amplio espectro de elementos externos, desde máquinas o utensilios a circunstancias físicas, tales como irregularidades en el terreno o caídas de objetos. Es más, se califican como accidentes de trabajo los daños derivados de la actuación de otras personas en el centro de trabajo, incluso en casos de atropello

³⁰ Vid. STS de 27-2-2008 (recurso 2716/2006).

o atraco³¹. Se trata de criterios no extrapolables en principio al teletrabajo. Resulta de todo punto evidente que no cabe considerar como contingencia profesional el asalto que un teletrabajador sufre en su domicilio, por ejemplo, aun cuando se encontrase prestando servicios en ese momento, a salvo de que el objetivo de los delincuentes tuviera relación directa con la actividad profesional. Y tampoco será de ordinario viable determinar la causalidad respecto de los actos de salvamento en los que participe un teletrabajador [art. 156.2.e) LGSS]³².

El análisis casuístico resulta imprescindible –y ha de tenerse en cuenta el grado de influencia del empleador en relación con el lugar de prestación de servicios y las condiciones en las que se ejecuta el trabajo³³–, pero los parámetros de valoración deberán reformularse para su correcta adaptación al teletrabajo. Simplemente a modo ejemplificativo cabe plantear tres escenarios de incertidumbre. En primer lugar, la apreciación del nexo causal en caso de daños provocados por herramientas de trabajo no proporcionadas por el empleador, ni autorizadas por este (y que no reciban mantenimiento periódico del empleador), sino adquiridas por el propio trabajador o que el trabajador utiliza para la prestación del servicio (v.gr., pantalla de ordenador sin tecnología adecuada para minimizar el impacto de la radiación o sillas no ergonómicas, y no sólo pantallas o sillas en el domicilio, sino cualesquiera otras, como las de cibercafés o similares, que quedan fuera del alcance del control del empleador). Al margen de la presunción, el contenido del acuerdo de trabajo a distancia y la tolerancia empresarial, como se advirtió, pueden jugar un papel decisivo, pero no son los únicos factores a considerar, porque la elección inadecuada del trabajador también es un elemento relevante.

En segundo lugar, el accidente producido en un lugar distinto del convenido entre empresario y trabajador, pero desde el que el trabajador desarrolla la actividad por disponer de medios para ello. Más allá de las dificultades que eventualmente pudieran plantearse a efectos de presunción –cabría entender que el incumplimiento del acuerdo de trabajo a distancia impide considerar como lugar de trabajo cualesquiera otras ubicaciones distintas de la pactada–, en términos de causalidad podría no haber dudas sobre el nexo entre el trabajo y el daño producido. Por utilizar un ejemplo similar al anterior, el daño podría ser provocado por el mal funcionamiento de un dispositivo sufragado y proporcionado directamente por el empleador. Si el cambio de lugar de trabajo no ha resultado determinante para la actualización del daño, no se encuentran verdaderos motivos para negar la calificación como contingencia profesional, porque ni concurre dolo o imprudencia

³¹ Vid. STS de 20-11-2014 (recurso 2399/2013).

³² Vid. Cervilla Garzón, M.J., y Jover Ramirez, C. (2015), “Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, nº 4, pág. 22.

³³ Vid. García Torres, A., “El accidente de trabajo en el teletrabajo: retos y perspectivas”, *Revista Justicia Social*, nº 1, 2022, pág. 113.

temeraria, ni el incumplimiento del acuerdo excluye la aplicación de la legislación de seguridad social.

Y en tercer lugar, la consideración de riesgos con particularidades propias, como los psicosociales, que presentan rasgos singulares en el teletrabajo (y no siempre el empresario o la prevención de riesgos pueden actuar efectivamente, sobre todo ante circunstancias que son producto de decisiones o dinámicas vitales, personales y/o familiares)³⁴. Como se desarrollará en un epígrafe posterior, la calificación como accidente de trabajo suele derivar de litigios en los que está en juego la efectiva protección del trabajador, pero en ocasiones se olvida la responsabilidad que se genera para otros actores implicados, empresas y mutuas principalmente. Parece conveniente arbitrar mecanismos que, en supuestos fronterizos, permitan dispensar una protección que el legislador estime adecuada para el trabajador, sin que ello derive en la asunción de responsabilidades por sujetos que en nada han participado en la producción del accidente o en el incremento de sus consecuencias.

5. LOS REDUCIDOS ESPACIOS PARA EL ACCIDENTE *IN ITINERE*

El art. 156.2 a) LGSS incluye en el listado de accidentes de trabajo los producidos *in itinere*, esto es, «los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo». No es un supuesto al que alcance técnicamente la presunción, pero la relación de causalidad resulta evidente y notoria, porque el trabajo es la razón que motiva el desplazamiento. La práctica ha demostrado, no obstante, que la claridad del precepto legal resulta más aparente que real. En términos resumidos, el concepto de accidente *in itinere* se construye a partir de dos elementos, el lugar de trabajo y el domicilio del trabajador, que son los dos puntos entre los que ha de discurrir el trayecto que debe realizar el trabajador para acudir al lugar de trabajo o retornar a su domicilio³⁵.

Más concretamente, la jurisprudencia advierte que la finalidad principal y directa del viaje debe estar determinada por el trabajo (elemento teleológico); que el accidente debe producirse en el trayecto habitual y normal entre el domicilio al lugar de trabajo o viceversa (elemento geográfico); que el siniestro ha de producirse dentro del tiempo prudencial que normalmente se invierte en el trayecto (elemento cronológico), de forma que el recorrido no se vea alterado por desviaciones o alteraciones temporales anormales o excesivas (el umbral suele fijarse en 30 minutos) y que no obedezcan a motivos de interés particular; y que el trayecto se

³⁴ Vid. Igartua Miró, M. T., “Teletrabajo y riesgos psicosociales: la imperiosa necesidad de reforzar la tutela preventiva”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, nº 3, 2021, pp. 175 y ss.; Selma Penalva, A., “El accidente de trabajo en el teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas”, *Temas laborales*, nº 134, 2016, pág. 141.

³⁵ Vid. STS de 15-4-2013 (recurso 1847/2012).

realice en el medio habitual de transporte, o cuando menos en uno que no genere un riesgo desmedido (elemento de idoneidad del medio)³⁶.

Por supuesto, en presencia de una abundante casuística es posible encontrar modulaciones más o menos generosas, porque el nexo causal no se rompe cuando «la conducta normal del trabajador responde a patrones usuales de convivencia o comportamiento del común de las gentes»³⁷, ni tampoco cuando el trabajador realiza «alguna gestión intermedia razonable»³⁸. En particular, se ha considerado accidente *in itinere*, por ejemplo, el producido al bajar las escaleras –comunes– del portal del inmueble en el que está situada la vivienda³⁹; la caída dentro de la finca propiedad del trabajador cuando se disponía a acudir al trabajo tras finalizar la comida⁴⁰; el accidente de tráfico un domingo por la noche en el trayecto desde el domicilio familiar en el que descansaba el trabajador los fines de semana hasta el lugar de residencia en los días laborables, donde el trabajador vivía durante la semana por razones de proximidad a su centro de trabajo⁴¹; el daño derivado de un robo con violencia sufrido por una trabajadora al regresar del centro de trabajo a su domicilio, sin que existiese relación previa entre la víctima y el autor del robo⁴²; el padecido por un trabajador que se desvía de su trayecto para recoger, como era habitual, a unos compañeros de trabajo, pese a existir un intervalo de varios minutos en los que no constaba el paradero o las actividades del afectado⁴³; o el accidente de tráfico que sufre una trabajadora al regresar a su domicilio pese a que no inicia el trayecto directamente, sino que antes de coger el autobús se dirige a un centro comercial para hacer la compra⁴⁴.

Sobre estas bases, es fácil de comprender que la calificación como accidente *in itinere* se enfrenta a dificultades de entidad cuando tratan de aplicarse esas reglas al teletrabajo⁴⁵. Por supuesto, las distintas variedades de teletrabajo pueden dar lugar a respuestas diferentes, sin que necesariamente resulten contradictorias, y, a buen seguro, la mayor o menor flexibilidad con las que se defina el lugar y el tiempo

³⁶ Vid. STS de 17-4-2018 (recurso 1777/2016).

³⁷ Vid. STS de 17-12-1997 (recurso 923/1997).

³⁸ Vid. STS 14-2-2017 (recurso 838/2015).

³⁹ Vid. STS 26-2-2008 (recurso 1328/2007).

⁴⁰ Vid. STS 14-02-2011 (recurso 1420/2010).

⁴¹ Vid. STS de 26-12-2013 (recurso 2315/2012).

⁴² Vid. STS 14-10-2014 (recurso 1786/2013).

⁴³ Vid. STS 14-2-2017 (recurso 838/2015).

⁴⁴ Vid. STS 17-4-2018 (recurso 1777/2016).

⁴⁵ Vid. Selma Penalva, A., “El accidente de trabajo en el teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas”, *Temas laborales*, nº 134, 2016, pp. 154 y ss.; De Las Heras García, A., *El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas*, CEF, Madrid, 2016, pp. 298 y ss.; Poquet Catalá, R., “Accidente de trabajo *in itinere* en el teletrabajo: su difícil conjunción”, *Revista internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, nº 4, 2017, pp. 51 y ss.

de trabajo podrán resultar determinantes. A modo de ejemplo, si el teletrabajador está obligado a prestar servicios en una ubicación concreta (*v.gr.*, su domicilio particular) durante una jornada prefijada e inamovible, parecería razonablemente sencillo calificar como accidente *in itinere* el acaecido durante el retorno a casa si este se produce inmediatamente antes de la hora de inicio de jornada.

Sin embargo, incluso en esos supuestos cabría ofrecer argumentos en contra, toda vez que la protección del accidente *in itinere*, que de algún modo es una extensión del concepto original, pues no se contemplaba en la Ley Dato, se justifica porque el motivo del desplazamiento es el trabajo en sí mismo, y por ello se requiere la conexión entre dos puntos (trabajo y domicilio) que en principio deben encontrarse predeterminados. Precisamente, la inexistencia de alguno de esos dos puntos es lo que impide extrapolar automáticamente la jurisprudencia tradicional sobre accidente *in itinere* al teletrabajo, ni siquiera aquella que diferencia entre el domicilio y el lugar de residencia por razones laborales, porque en esa situación no se modificaba estructuralmente el concepto, sino que únicamente se producía la variación temporal o coyuntural de uno de los puntos de conexión, pero en todo caso el trabajador debía desplazarse del trabajo al domicilio.

En cambio, en el teletrabajo esos dos elementos o bien no existen como tales, porque son el mismo, o bien se configuran con un alto grado de indefinición, en particular el lugar de trabajo, que incluso podría ser elegido libremente por el trabajador. En el primer caso, coincidencia del lugar de trabajo y de residencia, el desplazamiento del trabajador podría estar motivado por el trabajo —extremo que requiere prueba—, pero el lugar desde el que retorna y el motivo de la salida del hogar (y a la vez centro de trabajo) carecerá de ordinario de cualquier conexión con el trabajo, e incluso el desplazamiento podría producirse horas antes del comienzo de la jornada y por trayectos (y medios de transporte) diferentes todos los días. Se justifica con ello la exclusión del accidente de trabajo, como ha advertido el Tribunal Federal Alemán respecto de una teletrabajadora que se accidentó al volver a su domicilio tras llevar a su hija a la guardería⁴⁶. En el segundo caso, el teletrabajador podría elegir no sólo el lugar para desempeñar la actividad, sino quizá incluso el momento, por disfrutar de una jornada flexible. La aplicación más o menos rigurosa de los elementos antes indicados, en particular el cronológico, el teleológico y el geográfico, deriva en la práctica imposibilidad de extender el accidente *in itinere* al teletrabajo.

En verdad, parece imprescindible reconstruir completamente el concepto de accidente *in itinere* si se pretende que sea operativo en este escenario tan particular, y aun así no parece contar con adecuado encaje jurídico en aquellas situaciones en

⁴⁶ Vid. Arufe Varela, A., “Un caso de derecho comparado sobre desprotección del teletrabajo frente al accidente de trabajo *in itinere*, desde la perspectiva de la conciliación de familia y trabajo”, en AESSS, *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Tomo I, Laborum, Murcia, 2020, pp. 61 y ss.

las que el trabajador reside y trabaja en el mismo lugar, porque no es posible que se produzca un desplazamiento entre el lugar de trabajo y el lugar de residencia. De manera significativa, ese es el criterio legal para los trabajadores autónomos, pues el art. 316.2 LGSS (y también el art. 26.1 de la Ley 20/2007) admite el accidente *in itinere* para trabajadores por cuenta propia, si bien advierte que «se entenderá como lugar de la prestación el establecimiento en donde el trabajador autónomo ejerza habitualmente su actividad siempre que no coincida con su domicilio y se corresponda con el local, nave u oficina declarado como afecto a la actividad económica a efectos fiscales».

En el caso del teletrabajo, es obvio que cabrían interpretaciones más flexibles cuando la actividad se desarrolle en un lugar distinto del domicilio, pero aun así la consideración de tales accidentes como *in itinere* resulta técnicamente compleja, al requerir una flexibilización del concepto de tal calibre que provocaría cierta incoherencia. Habría que explicar por qué ha de mantenerse el rigor con el que tradicionalmente se ha contemplado esta figura para el trabajador ordinario si a su vez se dulcifica de tal manera para el teletrabajador que sólo se exija prueba de que acude al trabajo, sin prestar atención al cuándo, al dónde y al cómo. La extensión del accidente *in itinere* al teletrabajo supone, en cierto modo, desnaturalizar el concepto.

Obviamente, no existe mayor dificultad en calificar como accidente de trabajo el producido durante el trayecto que un teletrabajador realiza para visitar clientes, o para acudir a reuniones en la sede de la empresa o para cumplir con las tareas encomendadas por el empleador, porque ninguna de esas situaciones, en puridad, encaja en los contornos del teletrabajo, sino que más bien merecen la consideración de actividades presenciales, algunas de carácter móvil. En todos esos casos debe dispensarse la oportuna protección, bien por la vía del accidente *in itinere*, bien por la vía del accidente en misión.

Sin embargo, el teletrabajo, en sentido estricto, no es un escenario particularmente propicio para el accidente *in itinere*, ni siquiera aceptando como hipótesis que el teletrabajador debe disfrutar de esa protección porque el art. 156.2.a) LGSS no contempla exclusiones. Aun cuando algún tribunal extranjero haya calificado ciertos siniestros acaecidos en el domicilio de un teletrabajador como accidentes *in itinere*, atendiendo a que la prestación de servicios se desarrollaba en una habitación habilitada para despacho, que podría considerarse como centro de trabajo, y que el daño se había producido en el trayecto dentro del domicilio hacia esa dependencia (v.gr., caída por las escaleras en una vivienda de dos plantas), resulta evidente que no se trata de un accidente *in itinere*⁴⁷.

⁴⁷ Vid. García Torres, A., “El accidente de trabajo en el teletrabajo: retos y perspectivas”, *Revista Justicia Social*, nº 1, 2022, pp. 110 y ss., en relación con la sentencia del Tribunal Federal de lo Social de Alemania de 8-12-2021 (B2U4/21 R, ECLI:DE:BSG:2021:081221UB2U421R0), disponible en

Por supuesto, a partir de la presunción, o a través de la prueba de la relación de causalidad, cabría calificar ese daño como accidente de trabajo, pero en modo alguno esa situación encaja una modalidad concebida para trayectos externos y no para eventos dañosos producidos en el propio domicilio del trabajador, resultando notablemente artificial esa separación interna entre lugar de residencia y lugar de trabajo en atención a la concreta dependencia, distinción que puede contar con utilidad en materia de obligaciones preventivas (art. 16.1 de la Ley 10/2021), pero no en la delimitación del concepto de accidente de trabajo. Salvo situaciones notablemente excepcionales (*v.gr.*, teletrabajador que resida en una finca con varios inmuebles, edificios o construcciones y preste servicios en uno distinto del que utiliza como domicilio), calificar como centro o lugar de trabajo exclusivamente la habitación en la que se realiza la actividad es un criterio notablemente reduccionista, y no ha de ser determinante a efectos de la presunción, ni mucho menos de la configuración del accidente *in itinere*. Ningún criterio de interpretación razonable permite equiparar el pasillo del propio hogar con la ruta hacia el trabajo.

Ahora bien, todas estas dificultades no deben suponer que el teletrabajador disfrute de una protección inferior a la del trabajador ordinario, o, en mejor expresión, que determinados accidentes producidos inmediatamente antes o inmediatamente después de la jornada de trabajo no pudieran merecer la calificación como accidente de trabajo. En ausencia de una modulación adecuada del concepto de accidente *in itinere* para el teletrabajo parece conveniente que los accidentes producidos en el trayecto al lugar de prestación de servicios –que, como se ha dicho, podría ser elegido libremente por el trabajador– únicamente se califiquen como accidente de trabajo si se demuestra la relación de causalidad.

Como se sabe, el accidente *in itinere* no disfruta de la presunción del art. 156.3 LGSS, pero aun así es una modalidad especial, porque el trabajador no ha de probar que la prestación laboral ha causado el accidente, sino que se dirigía al trabajo desde su domicilio, o viceversa, trasladando entonces el grueso de la prueba a quien se oponga a la calificación como accidente de trabajo. No es técnicamente una presunción, pero se aproxima en buena medida⁴⁸. Estos beneficios probatorios, sin embargo, no habrían de extenderse automáticamente al teletrabajador, precisamente por la peculiaridad de esta modalidad.

En este sentido, el teletrabajador habría de demostrar que efectivamente se dirigía a prestar servicios, o en su caso retornaba del trabajo al domicilio, pero en unos términos de exigencia probatoria más elevados que en el accidente *in itinere*, dedicando especial atención a los tiempos y a los espacios, que requieren de la elaboración de reglas concretas. En principio, en situaciones en las que el

https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/2021_12_08_B_02_U_04_21_R.html.

⁴⁸ Vid. STS 20-2-2006 (recurso 4145/2004).

teletrabajo deba ceñirse a un lugar o a un horario determinado podrá resultar más sencillo demostrar que el trabajador estaba realizando el trayecto por motivos laborales.

No obstante, en el teletrabajo desarrollado en el propio domicilio únicamente parece admisible la calificación como accidente de trabajo del producido al ir al lugar de trabajo (antes del comienzo de la jornada), pero nunca al volver (después de su finalización). En efecto, cuando el teletrabajador debe iniciar su prestación de servicios en su domicilio a una hora concreta el accidente producido al retornar a casa en un período próximo a ese horario (el elemento cronológico adquiere relevancia, porque si media excesivo tiempo entre el regreso y el inicio de la jornada se retornaría al domicilio y no propiamente al lugar de trabajo) podría calificarse como contingencia profesional, aunque el lugar desde el que se retorna no esté prefijado o predefinido y la actividad que desarrollaba el trabajador fuera puramente personal. Sin embargo, una vez concluida la jornada desaparece cualquier conexión con el trabajo, de modo que la salida del domicilio/lugar de trabajo ya responde a razones que no conectan con la actividad laboral, y por tanto no se está acudiendo ni retornando al trabajo.

Lógicamente, cuanta mayor flexibilidad se admita en la configuración del teletrabajo y mayor libertad disfrute el teletrabajador para elegir el momento y el lugar de prestación de servicios, más difícil resultará probar la conexión del desplazamiento con el trabajo. En efecto, si el accidente se produce fuera del tiempo de trabajo y no se ha prefijado el comienzo y el final de la jornada, sólo el propio trabajador conoce si estaba recorriendo un trayecto para dirigirse a su domicilio o al lugar en el que pretendía prestar servicios ese día, o si se disponía a realizar una gestión personal o una actividad de ocio, y por ello no cabe aplicar presunciones, sino que incumbe al propio trabajador la prueba de que el desplazamiento venía motivado por razones laborales.

6. UNA CUESTIÓN CONEXA: EL RECARGO DE PRESTACIONES

La reparación de las consecuencias derivadas de un accidente de trabajo no queda constreñida al reconocimiento de una prestación de Seguridad Social, sino que las contingencias profesionales pueden generar otras responsabilidades, no sólo en el ámbito civil y en el de las sanciones administrativas y penales, sino también en el marco de esa particular figura conocida como recargo de prestaciones⁴⁹. En efecto, el art. 164.1 LGSS considera al empresario responsable del pago de ese recargo, cuya cuantía oscila de un 30 a un 50 por ciento de la prestación

⁴⁹ Vid. Menéndez Sebastián, P., “El recargo de prestaciones y su compleja convivencia procesal con las responsabilidades penales y administrativas derivadas de accidente de trabajo”, *RMESS*, nº 138, 2018, pp. 483 y ss.

económica correspondiente, «cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador».

Esta es una previsión de carácter general que en principio podría alcanzar a todo trabajador asalariado, pero que siempre se ha encontrado con obstáculos aparentemente insuperables en determinados ámbitos, por ejemplo en el trabajo realizado en un hogar familiar. No se trata, en verdad, de una cuestión de encaje teórico del recargo, sino de aplicabilidad y exigibilidad de las medidas de prevención de riesgos laborales. Y, desde luego, no es una problemática a la que el teletrabajo pueda ser ajeno, por razones muy evidentes.

Por lo pronto, la Ley de trabajo a distancia, en sus artículos 15 y 16, reconoce el derecho de estos trabajadores «a una adecuada protección en materia de seguridad y salud» y remite a la LPRL y a sus desarrollos reglamentarios. Como previsiones particulares, se advierte que «la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva del trabajo a distancia deberán tener en cuenta los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, poniendo especial atención en los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos y de accesibilidad del entorno laboral efectivo», y tomarán en consideración «la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada» (art. 16.1).

Sin embargo, estos buenos propósitos se encuentran con barreras difíciles de superar, y el legislador es plenamente consciente de ello. Asumiendo que el teletrabajo se desarrollará en muchas ocasiones en el domicilio del propio trabajador, el art. 16 de la Ley de trabajo a distancia advierte que «la evaluación de riesgos únicamente debe alcanzar a la zona habilitada para la prestación de servicios, no extendiéndose al resto de zonas de la vivienda o del lugar elegido para el desarrollo del trabajo a distancia». Esa evaluación, como es natural, requeriría el acceso del personal competente a la vivienda del trabajador, pero la inviolabilidad del domicilio reconocida constitucionalmente (art. 18.2 CE) supedita esa entrada al consentimiento. Por ello el art. 16.2 de la Ley de trabajo a distancia se decanta por una opción menos estricta, la autoevaluación del trabajador, pues «de no concederse dicho permiso, el desarrollo de la actividad preventiva por parte de la empresa podrá efectuarse en base a la determinación de los riesgos que se derive de la información recabada de la persona trabajadora según las instrucciones del servicio de prevención»⁵⁰.

⁵⁰ Vid. Sánchez-Urán Azaña, Y., “Obligación empresarial de protección de la salud en el trabajo a distancia”, en Pérez de los Cobos Orihuel, F., y Thibault Aranda, X. (Dir.), *El trabajo a distancia*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 409 y ss.; Montoya Medina, D., “Teletrabajo y

A buen seguro, esa será la situación ordinaria en la práctica, de modo que no sólo la implementación de las medidas de prevención se produce de manera notablemente más laxa que en un entorno ordinario, sino que no habrá, en términos generales, posibilidades reales de que el empleador controle el cumplimiento de esas medidas por parte del trabajador. No es ya cuestión de valorar el eventual grado de imprudencia del trabajador, que por lo general no debería apreciarse con la misma rigurosidad en los contornos del hogar que en el centro de trabajo –si el legislador explícitamente relaja las consecuencias de la imprudencia profesional, con mayor motivo se justifica una solución similar para la imprudencia «doméstica»–, sino de constatar que el empleador carece, en términos generales, de posibilidades de control, medición y evaluación de la efectividad de esas medidas, e incluso de su correcto funcionamiento y adecuado mantenimiento, lo que obliga a extraer las consecuencias pertinentes.

A modo meramente ilustrativo, no es ni siquiera razonable plantear que el empleador cuente con facultades para imponer al trabajador la presencia de un extintor en una de las dependencias de su hogar; o para verificar la existencia y funcionalidad de salidas de emergencia, que quizá ni siquiera puedan implementarse técnicamente por razones de infraestructura; ni, mucho menos, para exigir el cambio o reparación de muebles, estanterías o elementos decorativos que pudieran generar un riesgo, porque esas decisiones forman parte intrínseca de la libertad de decisión del trabajador en el seno del hogar.

Desde otra perspectiva, tampoco es sencillo exigir al empleador que cumpla escrupulosamente con la obligación del art. 15.4 LPRL («la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador»), pues por lo general carecerá de facultades materiales de control y de instrumentos adecuados en situaciones de teletrabajo.

prevención de riesgos laborales”, *REDT*, n.º 243, 2021 (BIB 2021\3932); Alegre Nueno, M., “La prevención de riesgos laborales en el trabajo a distancia”, en López Balaguer, M., *El trabajo a distancia en el RDL 28/2020*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 217 y ss.; Fernández-Costales Muñiz, J., “La prevención de riesgos laborales y sus nuevas exigencias y retos frente al avance de la digitalización y las nuevas tecnologías”, *RTSS (CEF)*, n.º 452, 2020, pp. 83 y ss.; Mella Méndez, L., “La seguridad y salud en el trabajo”, en AAVV., *Trabajo a distancia y teletrabajo: estudios sobre su régimen jurídico en el Derecho español y comparado*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 171 y ss.; Barceló Fernández, J., “Las empresas ante el reto de una prevención y cobertura adecuada de los riesgos profesionales”, en AESSS, *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Tomo II, Laborum, Murcia, 2020, pp. 70 y ss.; Sabadell i Bosch, M., y García González-Castro, G., “La difícil conciliación de la obligación empresarial de evaluar los riesgos con el teletrabajo”, *Oikonomics*, n.º 4, 2015, pp. 45 y ss.; González Díaz, F.A., “La prevención y protección de riesgos laborales de las personas trabajadoras a distancia”, en Alzaga Ruíz, I., Sánchez Trigueros, C., y Hierro Hierro, F.J. (Dir.), *El trabajo a distancia: una perspectiva global*, Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 497 y ss.; Gómez Abelleira, F.J., *La nueva regulación del trabajo a distancia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 95 y ss.

Aun cuando desde la doctrina⁵¹ y desde la propia Inspección de Trabajo se ha realizado un esfuerzo notable por implementar medidas que permitan aplicar eficazmente la prevención de riesgos laborales al teletrabajo⁵², los obstáculos prácticos, y también jurídicos, son evidentes, no sólo para el empleador, sino también para la propia Inspección, toda vez que las actuaciones inspectoras en el domicilio del trabajador requieren bien su «expreso» consentimiento –no siendo suficiente un «consentimiento previo, general e irrevocable»⁵³, bien «la oportuna autorización judicial»⁵⁴.

Esas dificultades se agudizan, qué duda cabe, cuanto mayor flexibilidad se admita. La eventual libertad del trabajador para prestar servicios en un lugar de su elección (*v.gr.*, parque, cafetería, hotel, etc., y más claro aún en el caso de “nómadas digitales”, que podrían encontrarse en otro país) conduce a escenarios imposibles para la efectividad de las medidas de prevención. Dicho de otro modo, el estricto cumplimiento de esas medidas exigiría una evaluación previa de los lugares de prestación de servicios, lo que es directamente incompatible con la flexibilización del lugar de trabajo, máxime cuando el empleador carece de capacidad de disposición sobre espacios ajenos de los que no es titular. Por consiguiente, o no se admite que el teletrabajador pueda prestar servicios en un establecimiento hostelero, por ejemplo, y no parece que una prohibición legal general sea compatible con el espíritu del trabajo a distancia (el art. 7 de la Ley, en su apartado f, reconoce en principio al trabajador el derecho a elegir el lugar de trabajo, aunque no cabe duda de que no será una decisión impuesta, sino más bien acordada con el empresario, o al menos aceptada expresa o tácitamente por este), o deben relajarse notablemente las exigencias de la prevención de riesgos laborales, que de alguna manera quedan en manos de la prudencia y sensatez del trabajador.

Estos obstáculos para la adecuada aplicación de las medidas de prevención de riesgos –que se evidenciaron durante la pandemia al aceptarse legalmente el cumplimiento de las medidas preventivas «a través de una autoevaluación

⁵¹ Vid. Luque Parra, M., y Ginès i Fabrellas, A., *Teletrabajo y prevención de riesgos laborales* CEOE, Madrid, 2016, pp. 112 y ss.; Moreno Cáliz, S., y Martín Alba, S., “Aplicación y control de la normativa de prevención en los domicilios particulares”, *Aranzadi Social*, n° 10, 2004 (BIB 2004\1529); Mella Méndez, L., “Valoración crítica del RD-ley 28/2020, en especial sobre la protección de la salud en el trabajo a distancia”, en Rodríguez-Piñero Royo y Todolí Signes, A. (Coord.), *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 173 y ss.

⁵² Vid. Nota Técnica de Prevención 1165, sobre «Teletrabajo: criterios para su integración en el sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo», disponible en <https://www.insst.es/el-instituto-al-dia/teletrabajo-criterios-para-su-integracion-la-gestion-de-la-sst>.

⁵³ Cfr. Selma Penalva, A., “El accidente de trabajo en el teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas”, *Temas laborales*, n° 134, 2016, pág. 148.

⁵⁴ Cfr. art. 13 Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

realizada voluntariamente por la propia persona trabajadora»⁵⁵—, o más bien para la atribución de responsabilidades al empresario, pueden provocar, en la práctica, la imposibilidad de imponer el recargo de prestaciones en este ámbito del teletrabajo. Por supuesto, algunas situaciones no parecen engendrar retos insuperables, pues las deficiencias relativas a determinadas herramientas de trabajo (*v.gr.*, pantallas de ordenador sin tecnología adecuada para minimizar el impacto de la radiación) o mobiliario (*v.gr.*, sillas no ergonómicas) permiten imputar esas responsabilidades. Sin embargo, otras muchas quedarán fuera del alcance de las facultades de control y disposición del empleador, pese a que están siendo objeto de creciente preocupación en los últimos tiempos.

Los riesgos psicosociales, que pueden incrementarse en situaciones de teletrabajo⁵⁶, resultan suficientemente ilustrativos. El empleador, en el marco de esa responsabilidad objetiva que le corresponde ante las situaciones que se produzcan en su empresa, debe adoptar las medidas pertinentes para evitar o, en su caso, reducir esos riesgos, aunque es claro que las actuaciones en ese ámbito son todavía incipientes. Ahora bien, si ya plantea retos notables la identificación e implementación de medidas efectivas en relación con riesgos que a menudo están conectados con aspectos personales y emocionales del trabajador, y no son producto exclusivamente del trabajo, es mucho más complejo abordar esa situación cuando el trabajo se desarrolla en un entorno ajeno al empleador.

Al margen de que ciertas problemáticas vinculadas a la salud mental, como el estrés, responden de ordinario a múltiples factores, la buena voluntad del legislador no siempre es fácil de canalizar en la práctica. En este sentido, los empleadores han de cumplir con el art. 12 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que exige promover condiciones de trabajo que eviten «conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo». La extensión de esta obligación al teletrabajo genera dificultades de gran entidad, pues, aun cuando la empresa decidiera poner todo su esfuerzo, no parece viable que pueda valorar de forma mínimamente precisa y con datos el riesgo de violencia sexual, ni que esté en disposición de implementar medidas eficaces para evitarlo. Ni siquiera será posible de ordinario actuar efectivamente frente al acoso, o al ciberacoso, salvo limitación de las posibilidades de uso de los dispositivos electrónicos utilizados por el trabajador, lo que, en puridad, parece un contrasentido en estas situaciones, amén

⁵⁵ Art. 5 del Real Decreto-ley 8/2020.

⁵⁶ Vid. Rodríguez Escanciano, S., “Los riesgos psicosociales en el teletrabajo a domicilio bajo las coordenadas de la nueva economía *Low touch*”, en AESSS, *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Tomo II, Laborum, Murcia, 2020, pp. 669 y ss.; Gala Durán, C., «La compleja relación entre teletrabajo y accidente de trabajo (comentario a la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 3 de Girona de 12 de noviembre de 2020, proc. 524/2020)», *La Administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, n.º 7, 2021 (BIB 2021\4134).

de una medida poco eficaz, pues el teletrabajador dispondrá de otros dispositivos de su propiedad para acceder a internet.

En suma, la imposición de un recargo de prestaciones en situaciones de teletrabajo resultará verdaderamente excepcional en la práctica, porque el recargo no se genera automáticamente ante el incumplimiento de medidas de prevención, sino que presupone que dicho incumplimiento ha resultado determinante para la producción del daño o para la agravación de las consecuencias de la contingencia profesional. Sería pues imprescindible una modificación legal –o elaboración de un criterio jurisprudencial *ad hoc*– que imponga al empleador obligaciones preventivas más estrictas, o cree presunciones específicas a favor del recargo en determinadas situaciones (*v.gr.*, daños producidos por herramientas de trabajo), o incluso que automatice el recargo ante el incumplimiento de las medidas de prevención, sean o no determinantes para el resultado final, a modo de promoción del cumplimiento de la legislación preventiva. De lo contrario, y en un contexto en el que el empleador no tiene capacidad para cerciorarse de que determinadas herramientas o utensilios están en buen estado, ni puede proceder a un mantenimiento adecuado, sino que ha de confiar en la autoevaluación del trabajador, la imposición de un recargo de prestaciones se encuentra con grandes obstáculos. La culpa *in vigilando* podría convertirse en un título de imputación, pero en una prestación de perfiles tan particulares y con reglas legales sobre prevención tan laxas, no parece que esas obligaciones del empleador puedan dar lugar a responsabilidades de entidad, que, a la postre, contarían con difícil justificación, porque se penalizaría al empresario por la inobservancia de obligaciones que en puridad no puede cumplir.

7. CONSIDERACIONES FINALES: HACIA UN CONCEPTO PROPIO DE ACCIDENTE EN EL TELETRABAJO QUE PROTEJA ADECUADAMENTE AL TRABAJADOR Y NO PENALICE ARTIFICIALMENTE AL EMPRESARIO Y A LA MUTUA

Como ha quedado patente, la traslación del concepto de accidente de trabajo, tal y como ha sido construido por la jurisprudencia, plantea serias disfunciones en su aplicación al teletrabajo. Tanto la presunción, por las peculiaridades del tiempo y del lugar, como la relación de causalidad, por la dificultad de extender la responsabilidad objetiva del empresario más allá de sus fronteras naturales y a un entorno que no puede controlar, requieren de una necesaria adaptación si se pretende, por un lado, que el teletrabajador disfrute de una protección equivalente a la de un trabajador ordinario, y, por otro, que el propio concepto de contingencia profesional no quede desfigurado.

En términos estrictamente técnicos, no es razonable que el ordenamiento proporcione una «hiperprotección» al teletrabajador⁵⁷, transmutando en contingencias profesionales daños de origen común. Ni a la inversa, porque no se encuentran razones de peso para convertir el teletrabajo en una actividad en la que se presume que cualquier contingencia es ajena al trabajo porque acontece o se manifiesta fuera de las instalaciones empresariales. Desde la perspectiva del empleador, parece también evidente que sus obligaciones deben acomodarse al contexto, de modo que no deba afrontar responsabilidades artificiales o desmedidas, pero tampoco quede exonerado aduciendo que más allá de sus instalaciones no dispone de facultades de control ni posibilidades reales de intervención.

No es, en verdad, el único escenario en que el que pueden producirse anomalías, pero cada vez resulta más evidente que la extensión, quizá desmedida en ocasiones, del concepto de accidente de trabajo provoca cierto desajuste entre los derechos del trabajador y las obligaciones y responsabilidades del empresario. Ese concepto se ha construido, en general, para precisar los requisitos de acceso a prestaciones, pues, como se sabe, los daños derivados de contingencia profesional siempre merecen protección, gracias al alta presunta o de pleno derecho (art. 166.4 LGSS) y a la no exigencia de períodos de carencia (art. 165.4 LGSS), a diferencia de las contingencias comunes, que requieren el alta y, en caso de enfermedad común, un período previo de cotización. En ese escenario, el TS se ha mostrado particularmente generoso, pero en ocasiones ha olvidado, o quizá ignorado deliberadamente, que la calificación de determinados daños como contingencia profesional puede dar lugar a otras responsabilidades o perjuicios. De hecho, la calificación como accidente de trabajo modifica el sujeto que habrá de asumir el coste de la prestación, que se imputará, directa o indirectamente, a las mutuas, y no a la entidad gestora. Además, el número de accidentes de trabajo en la empresa es un dato relevante a efectos de sistemas de cotización basados en modelos *bonus-malus* o de obtención de distintivos o reconocimientos que acrediten el compromiso con la prevención (y que pueden resultar determinantes por motivos de imagen pública para el éxito de ciertos contratos o negocios).

Por consiguiente, estas situaciones particulares en las que se considere que el trabajador merece una protección adecuada, pero en las que no resulta del todo satisfactorio imputar responsabilidad al empleador, por tratarse de circunstancias que no siempre se encuentran bajo su control, deberían canalizarse por vías diferentes. En los últimos tiempos se ha explorado la técnica de «asimilación» con el accidente de trabajo, en particular en relación con el COVID⁵⁸, lo que permite, precisamente, ofrecer al trabajador la protección pertinente, pero a cargo de la

⁵⁷ Cfr. Arrieta Idiákez, F.J., “¿Está actualmente justificada la hiperprotección del accidente de trabajo?”, en AESSS, *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Tomo I, Laborum, Murcia, 2020, pp. 201-202.

⁵⁸ Vid. art. 5 Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo.

entidad gestora. A partir de esta asimilación determinadas contingencias comunes se benefician de una protección reforzada. Es una opción que, en apariencia, no puede derivar de la aplicación judicial, pues una variación de las reglas de imputación de responsabilidades de esa índole sobrepasaría los límites de la actividad interpretativa, al menos a partir de criterios razonables, lo que supone que el legislador debería intervenir expresamente. Lógicamente, no se trata de asimilar a contingencia profesional cualesquiera daños sufridos por el teletrabajador, sino únicamente aquellos que pueden contar con una razonable conexión con el trabajo, pero en los que resulta forzado imputar responsabilidad al empleador o a la mutua. La mayor parte de riesgos psicosociales, por ejemplo, o los accidentes cotidianos o puramente domésticos producidos en el domicilio durante las pausas del trabajo (v.gr., corte con la botella de cristal rota) encajarían sin dificultad en esta figura, proporcionando la adecuada cobertura al trabajador y no generando responsabilidades artificiales ni consecuencias negativas no totalmente justificadas para otros sujetos.

Las enfermedades de etiología aparentemente común manifestadas durante la prestación de servicios –lo que en muchos casos sólo podrá determinarse por la declaración del propio teletrabajador– quizá podrían merecer una consideración similar, pues en la mayoría de ocasiones su calificación como accidente de trabajo deriva de la aplicación de la presunción, y no de una verdadera conexión con la actividad realizada. Piénsese en enfermedades cardíacas, que a menudo se califican como contingencias profesionales con independencia de que el historial de salud previo demuestre factores de riesgo múltiples. La doctrina judicial debería valorar que en situaciones de teletrabajo el empleador carece de facultades para impedir o limitar hábitos o conductas de riesgo, a diferencia de lo que ocurriría si el trabajador se encontrase en un centro de trabajo ordinario (v.gr., consumo de alcohol, tabaco o hábitos alimenticios poco saludables e incompatibles con la dolencia padecida)⁵⁹. Una opción como la aquí propuesta, la asimilación a contingencia profesional, permitiría conciliar los intereses en juego. No obstante, una modificación legal de ese calado no se adivina en el horizonte.

⁵⁹ Vid. STSJ del País Vasco de 15-9-2020 (recurso 809/2020), acerca de un comercial que falleció en su domicilio a consecuencia de infarto de miocardio. Constan antecedentes de tabaquismo activo, obesidad y varias dolencias cardíacas. El trabajador, comercial –y no técnicamente trabajador a distancia–, debía comenzar su jornada a las 8 de la mañana y sufrió un infarto a las 8.30, aún en su domicilio. Aunque realizaba tareas administrativas en su hogar, gran parte de su actividad consistía en visitar clientes. La sentencia considera que el trabajador se encontraba en tiempo de trabajo y asume que se hallaba en el lugar de trabajo, sin que conste realmente que estuviera prestando servicios en ese momento. En un sentido análogo, vid. STSJ de Aragón de 18-1-2022 (recurso 875/2021), en relación con un infarto sufrido por una docente media hora después de terminar una reunión laboral telemática.

LA REGULACIÓN EUROPEA DEL SALARIO MÍNIMO EN LA DIRECTIVA (UE) 2022/2041 DE 19 DE OCTUBRE*

MILENA BOGONI

Prof. Contratada Doctora Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla – La Mancha

EXTRACTO

Palabras clave: Salario mínimo; Derecho de la Unión Europea; pobreza laboriosa; política social

El aumento significativo de la definida “pobreza de los ocupados” obliga a las instituciones europeas y los gobiernos de los Estados miembros a plantear políticas y estrategias de lucha a la precariedad laboral y salarial. Concretamente en lo que a la política salarial se refiere recientemente se ha aprobado la Directiva (UE) 2022/2041 de 19 de octubre sobre salarios mínimos adecuados en la Unión Europea que establece entre sus objetivos principales “garantizar el derecho a un remuneración suficiente”, tal y como aparece reconocido en diferentes instrumentos jurídicos internacionales. La regulación europea en materia de salario mínimo es sin duda algo interesante, novedoso y merecedor de un análisis específico ya que, además, plantea desafíos técnicos y jurídicos de compleja resolución, al estar esta acción en el linde entre el Derecho de la Unión Europea y Derecho interno de los Estados miembros y teniendo que articularse en el respeto de la autonomía colectiva a nivel supranacional y especialmente nacional.

ABSTRACT

Keywords: *Minimum wage; European Union Law; working poverty; social policy*

The significant increase in the defined “in-work poverty” obliges the European institutions and the governments of the Member States to propose policies and a strategy to combat job and wage precariousness. Specifically as far as wage policy is concerned, Directive (EU) 2022/2041 of October 19 on adequate minimum wages in the European Union has recently been approved, which establishes among its main objectives “to guarantee the right to sufficient remuneration”, as recognized in different international legal instruments. The European regulation on minimum wage is undoubtedly something interesting, novel and deserving of a specific analysis since, in addition, it poses technical and legal challenges of complex resolution, as this action is on the border between European Union Law and, Law of the Member States and having to be articulated in respect of collective autonomy at a supranational and especially national level.

* Esta publicación se inserta en el marco del Proyecto de Investigación sobre “La incidencia del Derecho de la Unión Europea en las futuras reformas laborales” (PID2021-122254OB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

INDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. LEGISLAR SOBRE SALARIOS DESDE LA UNIÓN EUROPEA: LA PROTECCIÓN DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA TRABAJADORA COMO EJE DE ACCIÓN
 - 2.1. El salario mínimo y su definición en los diferentes ordenamientos jurídicos europeos
 - 2.2. La función del salario mínimo en la Unión Europea: ¿Una cuestión de competencias?
3. ANÁLISIS CRÍTICO DEL CONTENIDO DE LA DIRECTIVA (UE) 2022/2041 DE 19 DE OCTUBRE
 - 3.1. La definición del salario mínimo adecuado: el Plan de Acción para la negociación colectiva y el procedimiento de fijación de salarios mínimos legales
 - 3.2. La actualización salarial y el seguimiento: garantías para la eficacia del derecho 3.3. Monitoreo, recogida de datos y disposiciones finales. La cláusula de no regresión y disposiciones más favorables como cláusula de cierre
4. POSIBLE IMPACTO DE LA DIRECTIVA EN DIFERENTES ESCENARIOS. EL CASO ITALIANO Y ESPAÑOL COMO EJEMPLOS
 - 4.1. Italia y la regulación del *salario* ¿Hacia una normativa nacional de regulación del salario mínimo?
 - 4.2. La regulación del salario mínimo legal en España después de la Directiva (UE) 2022/2041, de 19 de octubre
5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Cuando el 19 de octubre de 2022 se aprueba la Directiva sobre salarios mínimos adecuados en la Unión Europea la atención de los *iuslaboralistas* europeos se centra en este nuevo fruto del derecho social europeo. Las expectativas son bastante altas y también las perplejidades ya que el campo en el que esta Directiva se estrena es un “campo minado”, es decir un espacio en el que hay que moverse con mucha delicadeza debido al complejo equilibrio competencial dibujado por los Tratados respecto a la política social europea en general, y la política salarial en particular.

Lo que más llama la atención de esta Directiva, desde un principio, es el hecho de que con la misma se pretende tratar uno de los aspectos actualmente más complejo del escenario actual que es el de la “pobreza laboriosa” o, como la define la propia Unión Europea, la “pobreza de los ocupados”. Es indudable que en las últimas décadas en la Unión Europea hay un mayor número de “trabajadores pobres”, es decir trabajadores que aun teniendo un empleo, éste no cumple con la función básica de garantizar el acceso a un nivel de vida digno. La falta de dignidad de estos empleos se debe, sin duda, a una complejidad de factores entre los cuales destacan la precariedad y temporalidad y, por supuesto, los bajos niveles de la retribución¹. Este umbral de pobreza abarca además cada vez niveles más

¹ Carril Vázquez, X.M., “Pobres con trabajo: una categoría estadística en la Unión Europea y un colectivo sin entidad jurídica en España, al menos en su Derecho del Trabajo y Seguridad Social”, en *Documentación Laboral* n. 122/2021, pp. 73-88.

inesperados, situándose en la Unión Europea alrededor de un 9 %, según estadísticas publicadas por la Oficina Estadística de la Unión Europea (EUROSTAT), y en un preocupante 17,9 % en España, según datos publicados por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE)². No es por tanto de extrañar que las instituciones europeas planteen una intervención en esta materia con el fin de abordar desde el derecho europeo una cuestión que también se está empezando a tratar desde el derecho nacional de muchos Estados miembros.

La cuestión se analiza desde un enfoque muy concreto, que no deja de sorprender pero que encaja en la forma que tiene la Unión Europea de abarcar las cuestiones de política social, es decir desde la lucha al *dumping* social y desde la necesidad de garantizar una competencia justa, libre y equilibrada en el mercado común europeo. Sin duda, es bastante interesante el hecho de que, esta vez, parece que el punto de partida es cierta autocrítica respecto a otros enfoques del pasado en la gestión de otras crisis económicas. De hecho, la Unión Europea afirma que “durante las recesiones económicas, el papel de unos salarios mínimos adecuados en la protección de los trabajadores con salarios bajos es particularmente importante, ya que estos trabajadores son más vulnerables a las consecuencias de dichas recesiones” y sigue afirmando que el camino hacia una recuperación económica sostenible e integradora, que conduce a un incremento del empleo de calidad, debe ser respaldado desde las instituciones europeas³. Además, está muy presente el reciente impacto de la pandemia de COVID-19 y se afirma como imprescindible “evaluar la adecuación de los salarios en los sectores con salarios bajos que han demostrado ser esenciales y de gran valor social durante la crisis”. El objetivo que plantea la Directiva es, por tanto, muy ambicioso ya que se basa en la determinación de lo que se puede y debe considerar como un salario mínimo *adecuado* a nivel europeo, implicando una armonización al alza muy compleja, si se tiene en cuenta la capacidad de acción real de la Unión Europea.

Este artículo, por tanto, tiene la humilde pretensión de, a partir de la claridad de este objetivo, dibujar los márgenes de esta importante Directiva europea, dilucidar el significado profundo de esta acción a través de un análisis lo más preciso posible de su contenido, sin olvidar las problemáticas y potencialidades de este instrumento normativo. Todo esto se llevará a cabo a través de un estudio desarrollado en tres partes. En la primera, se ofrecerá –junto con una fotografía crítica de la cuestión salarial en los diferentes Estados miembros de la Unión Europea– una propuesta de lectura sobre el impacto de las limitaciones competenciales introducidas por el art. 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), especialmente teniendo en cuenta la exclusión de competencia de la UE en materia salarial proclamada por el art. 153.5 TFUE. En la segunda parte, se analizará el contenido concreto de la Directiva, intentando resaltar los *claroscuros* de su

² Ambos datos se refieren al 2020.

³ *Considerando* 9 de la Directiva (UE) 2022/2041, de 19 de octubre.

propuesta. Finalmente, en la tercera, se realizará un pequeño estudio comparado sobre el posible impacto de la Directiva en dos Estados miembros concretos, cuales son Italia y España. El recorrido finalizará con unas reflexiones conclusivas que intentarán resumir los aspectos más importantes de esta regulación y abrir el necesario e inevitable debate sobre su futura transposición.

2. LEGISLAR SOBRE SALARIOS DESDE LA UNIÓN EUROPEA: LA PROTECCIÓN DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA TRABAJADORA COMO EJE DE ACCIÓN

2.1. El salario mínimo y su definición en los diferentes ordenamientos jurídicos europeos

El salario y su definición representan, sin duda, unos de los temas más clásicos del Derecho del Trabajo y mantienen en el tiempo una centralidad absoluta en la configuración de los diferentes modelos de relaciones laborales de los países miembros de la Unión Europea. Cada ordenamiento ha dibujado su propia fórmula jurídica intentando, desde diferentes perspectivas, emancipar la cuestión salarial de la simple monetización de tiempo y trabajo. Es, así entendido, uno de los ejes centrales en función de los cuales se plasma el contrato de trabajo y en muchos ordenamientos jurídicos europeos, como es el caso del español, es uno de los cuatro rasgos esenciales que determinan la existencia de una relación laboral por cuenta ajena. El salario es algo más que una simple compensación económica a cambio de un trabajo realizado ya que, tanto en fuentes internacionales como en las diferentes fuentes nacionales (*in primis* las Constituciones de los Estados miembros), se resalta el carácter de “medio suficiente de vida para el trabajador y su familia”. Esto invita necesariamente a matizar este concepto, configurando el marco regulador en materia salarial –fijado en cada Estado miembro, en función de las diferentes sensibilidades histórico-políticas– como el instrumento a través del cual “se extrapola” la cuantificación del salario del libre mercado de oferta y demanda entre persona trabajadora y empleadora, construyendo una serie de garantías, reglas y procedimientos que delimitan y condicionan la negociación misma. Entre estos condicionantes uno de los más comunes e importantes es la definición de un salario mínimo (legal o convencional).

El salario, por tanto, se coloca tradicionalmente al centro de la arquitectura laboral en su relación directa con la tutela de la dignidad de la persona trabajadora (y de su familia). A través del salario mínimo se establece el nivel por debajo del cual se entiende que, en ese ordenamiento jurídico, el trabajo no constituye un medio económico suficiente para satisfacer las necesidades vitales esenciales de la persona trabajadora y por tanto cumple, conjuntamente con otros elementos, un papel

fundamental en la capacidad de marcar la frontera entre trabajo digno e indigno⁴. El ordenamiento jurídico, además, en su función protectora de la dignidad de la persona, se compromete a garantizar que todo trabajador y trabajadora, empleada en el marco de su territorialidad jurídica, no pueda ser retribuida con salarios inferiores al mínimo acordado, legalmente o contractualmente, convirtiendo este “pacto jurídico para la dignidad” en una base legal fundamental para la articulación de toda política salarial⁵.

Sin embargo, es indudable que en el conjunto de los Estados miembros es posible identificar diferentes elementos que dibujan un escenario altamente complejo de definición, siendo muchas las diferencias y matices que se pueden relevar en esta materia. La definición del salario, y aún más la del salario mínimo, es materia tradicionalmente interna, intrínsecamente conectada con el corazón pulsante del ordenamiento jurídico laboral nacional y siempre ha sido altamente complejo poder realizar una tarea comparativa y se ha revelado sustancialmente imposible imaginar una labor armonizadora hacia una regulación común de esta cuestión. Cada sistema de regulación salarial establece –en total autonomía e independencia respecto a los demás ordenamientos jurídicos, incluido hasta la fecha, el ordenamiento jurídico europeo– los criterios y las fuentes relevantes. Elementos como el ámbito de fijación, la cuantía o las fuentes de regulación varían profundamente según el Estado miembro que se pretenda analizar y esta diversificación, aunque acompañada como se verá por ciertos “mínimos comunes denominadores”, es especialmente relevante a la hora de entender los objetivos y el impacto posible de la Directiva aprobada a finales de 2022. El salario mínimo, en efecto, suele tener una definición unitaria a nivel nacional y aplicable en términos generales a todas las tipologías de trabajadores y a todas las categorías profesionales, así como en todos los sectores productivos, aunque no en todos los países de la Unión Europea es así⁶. Y aquí está uno de los primeros matices diferenciadores que merecen ser resaltados.

⁴ Aquí entra en juego concepto de “pobreza laboriosa” desarrollado ya por la doctrina económica y jurídica e incorporado con fuerza en el debate español a raíz de Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Trabajadores pobres y derecho del trabajo”, en *Diario-La Ley* n. 7245/2009.

⁵ Es interesante ver como algunos autores hablan de la importancia vital que tiene el salario mínimo en cuanto a través su definición se puede condicionar las mismas reglas de competencia del mercado de trabajo. Por un lado, “previniendo o remediando a las distorsiones del mercado, de manera que se equilibre la demanda y oferta de trabajo” o, por otro lado, funcionando como base para la competencia entre empresas y trabajadores. De esta manera, “si por un lado el salario mínimo opera como correctivos del mercado de trabajo, por otro lado, se convierte en un factor constitutivo del mismo” (traducción propia), en Adams, Z., “La proposta di direttiva UE relativa ai salari minimi adeguati: ripensare la funzione sociale dei salari minimi”, en *Diritto delle Relazioni Industriali* n. 2/2021, p. 284.

⁶ Esto es posible comprobarlo en los informes, de libre acceso, publicados por Eurostat en su página web, concretamente véase: <https://ec.europa.eu/eurostat/web/labour-market/earnings/main-tables>

Según datos publicado por EUROSTAT, en febrero de 2022, el salario mínimo está fijado a nivel nacional en veintiuno de los veintisiete Estados miembros de la UE. Concretamente es así en Bélgica, Bulgaria, República Checa, Alemania (desde el 1 de enero de 2015), Estonia, Irlanda, Grecia, España, Francia, Croacia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Malta, los Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía, Eslovenia y Eslovaquia. Sólo seis Estados miembros, por tanto, no tienen un salario mínimo prefijado y unificado a nivel intersectorial y territorial y se trata, concretamente, de Dinamarca, Italia, Chipre, Austria, Finlandia y Suecia (así como en Suiza y Noruega, si se tiene en cuenta el entero Espacio Económico Europeo). En el caso de Chipre el salario mínimo está marcado por el Gobierno sólo en el caso de determinadas categorías de trabajadores, mientras que en los demás países es la negociación colectiva sectorial la encargada de establecer las reglas en esta materia. Dejando a un lado el caso de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Suecia y Noruega) y centroeuropeos con peculiaridades como es el caso de Austria o Suiza, llama especialmente la atención el caso de Italia y no es casual que en este país es donde más impacto doctrinal ha tenido la reciente aprobación de la Directiva 2022/2041 de 19 de octubre sobre salarios mínimos adecuados en la Unión Europea. Sobre el caso italiano y las posibles implicaciones que esta Directiva tendrá sobre la cultura y estructura salarial italiana se volverá al final de este artículo, con el fin de plantear un análisis de las principales cuestiones que la intervención legal europea deja abiertas en la fase de transposición, en la que nos encontramos actualmente.

Allá donde se establece un salario mínimo nacional e intersectorial, de hecho, se hace con la clara pretensión de crear un concepto lo más amplio e inclusivo posible, capaz de operar como referencia en la negociación salarial de todos los niveles y categorías. Un concepto dibujado a trescientos sesenta grados con el que marcar el ritmo de la negociación salarial y, en cierta medida la política socio-económica del país. Esta definición puede operarse por ley o, a través una atribución competencial a los actores sociales, reconociendo a la autonomía colectiva un papel fundamental en la fijación de este concepto. Siempre según datos publicados en EUROSTAT, de los veintiún Estados miembros que cuentan con un salario mínimo intersectorial a nivel nacional la mayoría de los países optan por una fuente legal de regulación. Esto es así en Bulgaria, República Checa, Alemania, Estonia, Irlanda, España, Francia, Croacia, Lituania, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía, Eslovenia y Eslovaquia. Mientras que sólo en los restantes dos países la regulación se produce en el marco de la autonomía colectiva, gracias a procedimientos de negociación colectiva. Es el caso, concretamente, de Grecia y de Bélgica (aunque en este caso, una vez concluido el procedimiento de negociación colectiva y firmado el acuerdo, éste necesita adquirir fuerza legal a través de un Real Decreto)⁷. En la mayoría de los países donde se prefiere la

⁷ Véase para mayores detalles: https://ec.europa.eu/eurostat/cache/metadata/Annexes/earn_minw_esms_an1.pdf

fuente legal, normalmente esta fuente es una norma reglamentaria emanada por el Gobierno y es además muy habitual que esta regulación incluya un procedimiento participativo previo de los interlocutores sociales o de órganos que los representan, convirtiendo en este sentido, en muchos casos, la legislación en materia de salario mínimo en un procedimiento de legislación negociada o concertada⁸. Lo que es interesante, en este sentido, es poder ver cómo la preferencia hacia una fórmula u otra, patrimonio histórico y tradicional de los propios Estados miembros, tiene consecuencias importantes no sólo en la definición de la estructura de las relaciones laborales –individuales y, por supuestos, colectivas– sino también, más allá del Derecho del Trabajo en sentido estricto, marcando el ritmo de los equilibrios económicos y sociales, fuera y dentro del contexto productivo de cada realidad nacional.

La cuantía del salario mínimo, además, es muy variable y se puede comprobar que hay países en los que se queda por debajo de los 1.000 euros mensuales mientras que en otros supera holgadamente los 1.500 euros. Según los datos publicados por EUROSTAT es posible diferenciar tres grupos de países. En primer lugar, los que sitúan el salario mínimo por debajo de los 1.000 euros (Portugal, Grecia, Malta, Lituania, Republica Ceca, Estonia, Eslovaquia, Polonia, Croacia, Hungría, Rumania, Letonia y Bulgaria). Este sería el grupo más numeroso ya que incluye a trece Estados miembros y la cuantía en este caso oscilaría entre los 363 euros de Bulgaria y los 823 de Portugal. En segundo lugar, estaría el grupo de países en los que establece un salario mínimo comprendido entre 1.000 y 1.500 euros, en cuyo caso encontraríamos a dos Estados miembros (España y Eslovenia) con mínimos salariales que se colocan muy poco por encima de los mil euros en ambos casos (1.080 euros en España y 1.074 euros en Eslovenia). Por último estaría el grupo de los países que establecen el mínimo salarial por encima de los 1.500 euros y esto ocurre en seis países de la UE que son Luxemburgo, Bélgica, Irlanda, Países Bajos, Alemania y Francia. Sus salarios mínimos nacionales varían entre los 1.646 euros de Francia, hasta los 2.313 euros de Luxemburgo que, actualmente, es el Estado miembro con el salario mínimo más alto de toda la Unión Europea⁹.

⁸ Esto ocurre, por ejemplo en Bulgaria donde el salario mínimo se aprueba por el Gobierno siguiendo las recomendaciones previas de los interlocutores sociales y teniendo en cuenta las eventuales restricciones presupuestarias del Estado, en República Checa, Polonia, Estonia o Lituania, donde, concretamente, se elabora la normativa de regulación del salario mínimo nacional siguiendo las recomendaciones del Consejo Económico y Social correspondiente. En estos casos la apertura de una mesa previa de negociación o concertación con los actores sociales responde a un mandato legal o constitucional específico al que se añadirían los supuestos en los que los diferentes Gobiernos, por decisión e iniciativa propia, deciden presentar en las diferentes mesas de diálogo social con carácter previo a la fijación del salario mínimo legal. Es este por ejemplo el caso de España, donde especialmente en los últimos años la emanación del Real Decreto sobre salario mínimo ha sido precedido por un amplio debate, con éxitos y bloqueos interesantes, en la mesa de diálogo social.

⁹ Véase https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Minimum_wage_statistics#General_overview

El análisis del dato cuantitativo, sin embargo, no sería completo si no se acompañara de una importante matización, relacionando la cuantía del salario con el índice de los precios en los diferentes países. Sólo así, efectivamente, es posible reconstruir la capacidad adquisitiva real de cada salario mínimo en el contexto económico y en el mercado en el que opera. En función de la relación entre salario mínimo y precios –capaz de traducir la cuantía abstracta en capacidad adquisitiva real, a través del indicador conocido como “EPA (Estándar de Poder Adquisitivo)”– es posible diferenciar los Estados miembros en dos grandes grupos. El primer grupo incluiría los países en los que el salario es superior a los 1.000 euros–EPA donde se situarían Luxemburgo, Bélgica, Alemania, Países Bajos, Francia, Irlanda, Eslovenia, España, Polonia y Lituania. Su salario mínimo, ajustado al estándar de poder adquisitivo, varía entre los 1.015 euros-EPA de Luxemburgo y los 1.748 euros-EPA de Lituania. En el segundo grupo estarían los demás países como Grecia, Rumania, Portugal, Malta, Croacia, Hungría, República Checa, Estonia, Eslovaquia, Bulgaria y Letonia. En este caso el salario mínimo oscilaría entre los 630 euros-EPA de Letonia y los 952 euros-EPA de Grecia. Si bien, por tanto, las grandes diferencias en términos absolutos, que se evidenciaban entre los diferentes territorios de la Unión Europea sin utilizar el indicador EPA, se reducen significativamente, es evidente que sigue habiendo cierto desnivel entre territorios con salarios mínimos altos y salarios mínimos tendencialmente bajos, traduciéndose esto en un elemento para la reflexión sobre el reparto de riqueza tanto internamente al país –donde la fijación del salario mínimo no tendrá el mismo impacto en todas las categorías y clases sociales, concentrándose los niveles salariales más bajos en categorías y clases sociales concretas– como en el conjunto de la Unión Europea, marcando claramente espacios de mayor concentración y distribución de riqueza, respecto a otros que quedan más marginalizados, aumentándose también, en este sentido, el agravio comparativo entre territorios y economías.

Si, por tanto, miramos a la forma y al contenido que adquieren los diferentes sistemas de regulación del salario mínimo en la Unión Europea, sería fácil quedarnos con la idea de que, al tratarse de un tema tan variado y dotado de tan complejos matices, su espacio jurídico natural es, exclusivamente, el nacional. Sin embargo, la Unión Europea acaba de plasmar en una Directiva, la 2022/2041 de 19 de octubre, un planteamiento ambicioso, del cual lleva tiempo rumoreándose, y que, si bien, como se verá, no acaba desarrollando totalmente un (tal vez imposible) objetivo armonizador, puede provocar cierto impacto en la regulación del salario a nivel europeo. Cabe preguntarnos, a estas alturas, por qué la Unión Europea ha dado este importante paso y con qué objetivos, cómo ha resuelto la complejidad de su cuestión competencial y, finalmente, con qué consecuencias directas e indirectas para el Derecho social europeo y el Derecho del Trabajo de los Estados Miembros. En este sentido la lectura del texto de la Directiva puede resultar esclarecedora para comprender la función que esta norma pretende reconocer a la regulación europea del salario mínimo y, por tanto, su impacto en las diferentes estructuras salariales nacionales.

2.2. La función del salario mínimo en la Unión Europea: ¿Una cuestión de competencias?

La propuesta para elaborar una Directiva en materia de salario mínimo se presentó por parte de la Comisión Europea el 28 de octubre de 2020¹⁰ y, finalmente, ha sido objeto de aprobación definitiva el 19 de octubre de 2022¹¹. El largo camino de aprobación, recorrido para llegar a este documento, empieza, además casi un año antes de la propuesta formal de Directiva ya que es, efectivamente, en enero de 2020 cuando la Comisión Europea activa el procedimiento de diálogo social regulado por los arts. 154 y 155 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Esta primera fase de “toma de contacto”, en el que los interlocutores sociales son consultados sobre la oportunidad y necesidad de intervenir jurídicamente, es especialmente interesante porque es el momento en la que se delimita el ámbito concreto de acción de la Unión Europea¹². Sin intención de ahondar en el tema de la competencia compartida en materia social, ya que por su amplitud y complejidad ha sido profundizada en estos años por una ilustre doctrina¹³ y es una de las cuestiones más conocidas en el estudio del derecho social europeo, es importante entender que la Comisión Europea promueve el procedimiento de consulta sobre la base del reparto competencial del art. 153 TFUE. Teniendo en cuenta que el art. 153 TFUE excluye tajantemente la competencia de la Unión Europea en materia salarial, es interesante ver cómo la Comisión sitúa en el centro de su propuesta “la mejora de las condiciones de vida y trabajo, a través de una lucha contra la pobreza en la relación de trabajo y el desarrollo de condiciones de igualdad para las empresas en el mercado único”, llevando, en definitiva, el tema del salario mínimo adecuado al terreno de la lucha al *dumping social* y la *pobreza de los ocupados*¹⁴.

Son, de hecho, las diferentes organizaciones empresariales en la fase de consulta las que reiteran su contrariedad a una posible iniciativa vinculante en

¹⁰ COM (2020) 682 final.

¹¹ En este largo recorrido no hay que olvidar el papel cumplido por el Parlamento europeo, resaltado por el análisis de Rojo Torrecilla, E., en “Salarios mínimos adecuados en la Unión Europea. En la recta final de la aprobación de la Directiva”, disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/09/salarios-minimos-ade cuados-en-la-union.html>

¹² Gómez Muñoz, J. M. , “La intervención del derecho de la Unión Europea en materia de salario mínimo”, en Cruz Villalón, J. (coord.) *Políticas de rentas salariales: salario mínimo y negociación colectiva*, Bomarzo, 2022, pp. 63-88.

¹³ Entre otros véase Aparicio Tovar, J., *Introducción al derecho social de Unión Europea*, Bomarzo, Albacete, 2006; Miranda Boto, J.M., *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, Aranzadi ed., Pamplona, 2009.

¹⁴ En este sentido en la Comunicación, COM (2020) 682 final, de 28 de octubre, se recopila un comentario esclarecedor formulado por la presidenta Úrsula Von der Leyen en el discurso sobre el estado de la Unión de septiembre de 2020, en el que declaró lo siguiente: «Lo cierto es que, para demasiadas personas, trabajar ya no sale a cuenta. El *dumping* salarial destruye la dignidad del trabajo, penaliza al empresario que paga salarios dignos y falsea la competencia leal en el mercado único. Esta es la razón por la que la Comisión presentará una propuesta legislativa para ayudar a los

materia salarial, alegando, justamente, la falta de competencia de la Unión Europea en esta materia. Las mismas organizaciones empresariales, sin embargo, argumentan la ausencia de este problema en el supuesto de una intervención no vinculante, así como su posible apoyo en este caso. Es a partir de esta primera fase de consulta que la Comisión europea baraja las diferentes opciones. Por un lado, la elaboración de una Directiva en materia de condiciones de trabajo (con un contenido aún por definir) o, por otro lado, una recomendación del Consejo dirigida a guiar los Estados miembros hacia una regulación de las condiciones de trabajo orientada a garantizar salarios mínimos adecuados¹⁵.

La cuestión de la competencia aparece desde el primer momento, por tanto, como elemento esencial y capaz de condicionar el camino que lleva al texto jurídico que finalmente se aprueba en octubre de 2022 y, efectivamente, no puede que ser relevante en el análisis que se está proponiendo en estas páginas. Sabemos que la vía finalmente elegida por la Comisión Europea es la de una Directiva y que los actores sociales en la segunda fase del diálogo social renunciaron a abrir la vía de la negociación de un acuerdo, determinando que esta Directiva acabe teniendo la forma de una Directiva clásica. Sin embargo, sigue siendo fascinante plantearnos ciertas preguntas de fondo relacionadas con esta cuestión. En definitiva, cabe preguntarnos si la cuestión competencial ha matizado, condicionado y definido los objetivos de la Directiva (UE) 2022/2041, moviendo y modulando la perspectiva de acción de la Unión Europea, en esta materia tan concreta, hasta encajar su estrategia en el campo establecido por los Tratados.

La Comisión Europea aclara, ya en el texto final y definitivo de la Directiva (UE) 2022/2041 de 19 de octubre, que de conformidad con el art. 153, apartado 5, del TFUE, la intervención legislativa europea “no pretende armonizar el nivel de los salarios mínimos en toda la Unión ni establecer ningún mecanismo uniforme para fijar los salarios mínimos”. El *Considerando 19* sigue diciendo que la Unión “tampoco interfiere con la libertad de los Estados miembros de establecer salarios mínimos legales ni de fomentar el acceso a la protección del salario mínimo establecida en los convenios colectivos, de conformidad con el Derecho y los usos nacionales y las especificidades de cada Estado miembro y con pleno respeto a las competencias nacionales y el derecho de los interlocutores sociales a celebrar convenios”. El campo de acción de la Unión Europea en las políticas sociales, por tanto, circunscrito por las exclusiones, sigue siendo definido por otros principios entre los cuales resalta el principio de subsidiariedad, que especialmente en materia salarial tiene una importancia esencial, garantizando la participación

Estados miembros a establecer un marco para el salario mínimo. Todo el mundo debe tener acceso a un salario mínimo, ya sea a través de convenios colectivos, ya sea en el marco de unos salarios mínimos legales».

¹⁵ Así se relata en Delfino, M., “Proposta di Direttiva, tutela giuridica dei salari e nodi della contrattazione collettiva in Italia”, en *Diritto delle Relazioni Industriali* n. 2/2021, p. 433.

del legislador nacional (subsidiariedad vertical) y de los interlocutores sociales a través mecanismos propios de la autonomía colectiva (subsidiariedad horizontal)¹⁶. La Comisión, de esta manera, incorpora la cuestión de la competencia a su planteamiento, no sin ciertas afirmaciones de peso, que claramente sirven para que no se le acuse, en ningún momento, de sobrepasar ningún límite. De hecho, en el preámbulo de la Directiva puede leerse también que “la presente Directiva no establece la cuantía de la remuneración, que entra dentro del derecho de los interlocutores sociales a celebrar convenios a escalas nacional y es competencia de los Estados miembros”.

Es así como, desde la misma Directiva (especialmente en el art. 1), se empieza a construir la regulación del salario europeo a través de estos tres ejes esenciales que son dictados por la intervención de la Unión Europea, los Estados miembros y los actores sociales y que se traducen en una búsqueda constante de coordinación entre normas europeas, legislación nacional y autonomía colectiva. Esta conexión entre diferentes niveles y subjetividades de intervención se explicitan en la Directiva, especialmente, a través de la previsión de un “plan de acción” obligatorio, pensado para aquellos Estados miembros que regulan el salario a través de la negociación colectiva, y sobre el cual volveremos con más detenimiento en el apartado siguiente.

En definitiva, lo que plantea la Directiva en esta materia es moverse en “la estrecha linde entre retribución entendida como condición de trabajo, y por tanto incluida entre las materias competencias de la UE, y retribución *tout court*, reconducible a las prerrogativas de los Estados miembros”¹⁷ (en su doble articulación de legislación y autonomía colectiva). Es así como la diferenciación doctrinal entre el concepto de “retribución-obligación social”, relacionado con las condiciones de trabajo, y el de “retribución-compensación económica”¹⁸ sirve para reconducir la acción de la UE a un espacio de política social puro, a una dimensión social ampliada y reforzada en la que la importancia de la Directiva 2022/2041 es más política que jurídica, escenificando “una corrección clara respecto a las políticas seguidas y apoyadas en los últimos años por la UE, durante

¹⁶ De hecho, la Directiva subraya la intención de no intervenir de ninguna manera en este espacio, lo cual se puede ver confirmado por la Directiva que, en su texto, afirma: “la presente Directiva no impone a los Estados miembros en los que la formación de salarios esté garantizada exclusivamente a través de convenios colectivos la obligación de introducir un salario mínimo legal, ni de declarar los convenios colectivos universalmente aplicables, y no debe interpretarse así”.

¹⁷ Así en Delfino, M., *op. cit.*, p. 434 (traducción propia).

¹⁸ Conceptos desarrollados, entre otros, por Zoppoli, L., “Sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a salari minimi adeguati nell’Unione Europea del 28.10.2020 – COM(2020)682 final”, Memoria per la Commissione Lavoro della Camera dei Deputati, 2020, disponible: https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/upload_file_doc_acquisiti/pdfs/000/004/558/Prof._Zoppoli.pdf

la austeridad”¹⁹. Sin embargo, el ambicioso objetivo²⁰, que a la vez es el mecanismo a través el cual se puede intentar saltar el obstáculo competencial configurado por el inamovible art. 153.5. TFUE, acaba frustrándose y redimensionándose por la existencia de este límite y especialmente si se tiene en cuenta que la Directiva pretende, en definitiva, proteger el salario mínimo adecuado a nivel europeo, sin intervenir ni en la composición del salario (y en los mecanismos de determinación de su nivel), ni en los sistemas de negociación, configurando así una paradoja que busca su solución, como veremos, en la definida “intervención indirecta de la UE en materia salarial”. El “círculo vicioso competencial” representa, por tanto y tal vez, el baricentro de las fortalezas y debilidades de la Directiva misma. Frente a un potente discurso político, se desarrolla un tendencialmente frágil y articulado equilibrio entre actores e instrumentos cuya funcionalidad y éxito están aún por demostrar.

La diferenciación entre injerencia directa (prohibida) e injerencia indirecta (permitida) de la UE en campos competenciales excluidos, como es el caso del salario y de la libertad sindical, acaba apareciendo en este tema y trasladaría a la Directiva las interpretaciones basadas en pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), confirmando el papel esencial que cumple esta institución en la definición de la acción social de la Unión Europea²¹. La legitimación de la injerencia indirecta, por tanto, se basaría según la doctrina en tres argumentos fundamentales²². El primero de ellos, recoge su origen en la STJUE *Laval* en la que se afirma que “(...) aunque en las materias no comprendidas en el ámbito de competencias de la Comunidad los Estados miembros pueden fijar libremente, en principio, los requisitos de existencia de los derechos de que se trate y las formas de ejercicio de estos derechos, los Estados miembros deberán, en el

¹⁹ Loffredo a. – Orlandini g., “La propuesta de Directiva de la Unión Europea sobre el salario mínimo adecuado”, en *NET21* n. 4, junio 2021, p. 2, disponible: <https://www.net21.org/salario-minimo-adecuado/>

²⁰ La referencia directa a las últimas décadas de política social se hace en el texto de la Directiva hablando de la necesidad de recuperar un marco de negociación colectiva fuerte. Concretamente en el *Considerando* 16 de la Directiva (UE) 2022/2041, de 18 de octubre, se habla de la “erosión de las estructuras tradicionales de negociación colectiva” debida, entre otras cosas, “a los cambios estructurales de la economía hacia sectores menos sindicalizados y a la disminución de la afiliación sindical, en particular como consecuencia de las prácticas antisindicalistas y el aumento de las formas de trabajo precarias y atípicas”.

²¹ En lo que se refiere directamente al impacto que han tenido las sentencias del TJUE en materia salarial véase: Sepúlveda Gómez, M., “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia salarial”, en Cruz Villalón, j. (coord.), *Políticas de rentas sociales: salario mínimo y negociación colectiva*, Bomarzo ed., 2022, pp. 89-112.

²² Delfino, m., *op. cit.*, p. 435 cita y desarrolla estos argumentos, aunque desde una perspectiva crítica ya que sostiene que hay matices que no se pueden obviar en la construcción de esta teoría de la contraposición de la injerencia directa frente a la injerencia indirecta.

ejercicio de esta competencia, respetar el Derecho comunitario”²³. El segundo se sustenta en el impacto que tiene el principio de no discriminación entre mujeres y hombres, también y especialmente en materia retributiva. El tercero y último, la doctrina lo enlazaría con las conclusiones del abogado general Campos Sánchez-Bordona del 28 de mayo de 2020 sobre el recurso presentado por Hungría contra la Directiva 2018/957 en las que se afirma que sólo aprobar medidas dirigidas a “*uniformar* los elementos constitutivos de los salarios o de sus niveles en los Estados miembros” podría constituir injerencia directa en una competencia específica de los Estados miembros²⁴. Sin olvidar todos los matices que se deberían tener en cuenta a la hora de incorporar esta perspectiva doctrinal, es indudable que los diferentes pronunciamientos del TJUE sirven para reforzar la idea que los límites a la injerencia de la UE en materia salarial son determinantes y contemplan, sin duda, una prohibición a una unificación, desde el derecho social europeo, de los elementos constitutivos del salario, de los niveles salariales, así como de la obligatoriedad del salario mínimo. Estas, en efecto, serán las cuestiones que, sin duda, no podrán desarrollarse por ninguna normativa europea y que, por tanto y necesariamente, se quedan fuera también del ámbito teórico y práctico de la Directiva (UE) 2022/2041, de 19 de octubre.

Desde el punto de vista del análisis de la técnica jurídica estaríamos, por tanto, delante a una Directiva fundamentalmente “promocional”²⁵, encorsetada entre límites y contralímites, ambiciosamente dirigida a operar en el corazón de las condiciones de trabajo, con un gran significado político. Esto nos trae de vuelta a la cuestión de la *función* que se pretende desarrolle el salario mínimo, ahora ya sí, *en* la Directiva (no en términos puramente teóricos y abstractos). Y es ahí donde, tal vez, se pueda identificar el impacto más fuerte que tiene la cuestión competencial ya que la Unión Europea podría desarrollar dos enfoques diferentes. Uno “más controlado”, en el que la UE simplemente se encargaría de mantener un rol de garante respecto a la libre competencia entre Estados miembros, sin ninguna intervención directa en la determinación del valor propio del salario mínimo. Otro, más complejo, en el cual la UE desarrollaría un papel más importante de mediación y negociación de un (posterior) acuerdo político entre los Estados miembros. Un enfoque en el que se incluyan los interlocutores sociales y sea capaz de incidir sobre “la definición de los estándares de vida de los ciudadanos y, consecuentemente,

²³ Punto 87 de la Sentencia TJUE, Asunto Laval, del 18 de diciembre de 2007, C-341/05.

²⁴ Punto 92-95 de las Conclusiones del Abogado General Sr. M. Campos Sánchez-Bordona, presentadas el 2 de diciembre de 2021, Hungría contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, Asunto C-156/21.

²⁵ Esta acción promocional se traduce en disposiciones que pretenden promover y apoyar la negociación colectiva, sin modificar la estructura de la negociación existente (ya que no puede), que se combinan con otras destinadas a promover mecanismos “virtuosos” para determinar y garantizar el salario legal en Estados miembros donde ya existe su previsión (al no poder imponer su existencia y regulación en sistemas donde no está). En Loffredo A. – Orlandini G., op. cit., p. 4.

sobre los derechos respecto a aquel conjunto de bienes y servicios a los que el salario mínimo debería dar acceso independientemente del lugar de Europa donde resida el ciudadano en cuestión²⁶. Es en esa segunda perspectiva que el salario se convierte, conceptualmente, en algo más que una simple “compensación económica” ya que parte el salario (mínimo) no es una simple retribución calculada sobre la base de una prestación (mínima), sino que su valor se mide (y orienta) en función de la necesaria (e inevitable) participación del trabajador/ciudadano en el mercado y de lo que esto implica respecto al mantenimiento de los estándares mínimos de vida digna. Es en esa segunda perspectiva, por tanto, que se desenfoca realmente el punto de vista más tradicional, dejando de mirar al salario desde el momento de la erogación en su conexión directa con el tiempo de la prestación –por tanto, desde *dentro* de la relación laboral–, para alargar la mirada hacia el momento siguiente –*más allá* de la relación laboral– que se concretiza cuando el trabajador, como ciudadano y consumidor, se mueve dentro el mercado de bienes y servicios.

Esta perspectiva sería la que, a mi entender, daría un sentido profundo a las afirmaciones de principio de la Directiva 2022/2041 que se materializan ya en el Preámbulo de la Directiva, con sus referencias directas al art. 23 (derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y remuneración), art. 28 (derecho a la negociación colectiva) y art. 31 (derecho a trabajar en condiciones que respeten la salud, seguridad y dignidad de la persona trabajadora) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Permitiría entender y significar la referencia que se hace al Pilar europeo de derechos sociales²⁷ y la Carta Social Europea y el reconocimiento aquí recogido del “derecho de todos los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso”. En la Carta, y así lo recuerda la propia Directiva²⁸, se establece que esta remuneración será aquella que está fijada por los medios legales y por la negociación colectiva,

²⁶ Adams, Z., op. cit., p. 293.

²⁷ Concretamente “el capítulo II del Pilar Social Europeo (PSE) de derechos sociales, proclamado en Gotemburgo el 17 de noviembre de 2017, establece un conjunto de principios que sirven de guía para garantizar unas condiciones de trabajo justas. El principio n. 6 del PSE reafirma el derecho de los trabajadores a salarios justos que proporcionen un nivel de vida digno. También establece que debe garantizarse un salario mínimo adecuado que permita satisfacer las necesidades de los trabajadores y de sus familias en función de las condiciones económicas y sociales, y que al mismo tiempo salvaguarde el acceso al empleo y los incentivos para buscar trabajo. Además, recuerda que debe evitarse la pobreza de los ocupados y que todos los salarios deben fijarse de manera transparente y predecible, con arreglo a las prácticas nacionales y respetando la autonomía de los interlocutores sociales. El principio n. 8 del PSE establece también que se debe consultar a los interlocutores sociales sobre el diseño y la aplicación de políticas sociales, económicas y de empleo, de acuerdo con las prácticas nacionales, y que debe animárseles a que negocien y celebren convenios colectivos en asuntos de su incumbencia, respetando su autonomía y su derecho a la acción colectiva.” (*Considerando* 5 de la Directiva (UE) 2022/2041, de 19 de octubre.

²⁸ En el *Considerando* 4 de la Directiva (UE) 2022/2041, de 19 de octubre.

a la que las personas trabajadoras tienen derecho en cuanto expresión directa del derecho de sindicación y asociación de trabajadores y empresarios. Cumplir con lo que se conoce como el “umbral de dignidad”²⁹ es el objetivo de lo que la Directiva considera un salario mínimo adecuado y la fijación y garantía del mismo es lo que la Unión Europea considera imprescindible para contribuir, en primer lugar, a reducir la “pobreza a escala nacional y a sostener la demanda interna y el poder adquisitivo”; en segundo lugar, “a reforzar los incentivos al trabajo y a reducir las desigualdades salariales, la brecha salarial de género y la pobreza de los ocupados”; así como, en tercer lugar, “a limitar la caída de los ingresos durante recesiones económicas”.

Este objetivo ambicioso encaja en una perspectiva amplia de protección del salario que tal vez no es la que finalmente se perseguirá desde la Directiva y desde el Derecho UE, aunque a mi entender las potencialidades de esta perspectiva de acción podrían tener cabida entre los objetivos marcados por la Directiva. A través del análisis del contenido concreto, desde la compleja definición a su ámbito de aplicación hasta la configuración de la doble estrategia de acción, intentaremos ver si realmente la Unión Europea propicia un salto hacia una nueva, novedosa y profundamente innovadora concepción de la política salarial, emancipándose, de una vez por todas de la eterna búsqueda de la protección de una competencia libre, justa y equitativa, para empezar a moverse en otros espacios políticos en los que los ciudadanos y ciudadanas europeas (y su dignidad) están en el centro. Está claro que, para sortear los obstáculos en materia de competencia, la UE parece haber tenido que engarzar la Directiva sobre salarios en estos términos, lo que nos queda por ver es si esto ha trascendido a una acción real en este sentido y si hay márgenes para futuras actuaciones en este sentido.

3. ANÁLISIS CRÍTICO DEL CONTENIDO DE LA DIRECTIVA (UE) 2022/2041 DE 19 DE OCTUBRE

Cuando, desde un texto jurídico como la Directiva objeto de este análisis, se pretende regular el salario mínimo adecuado, con el ambicioso fin que se acaba de describir, parece indispensable establecer una estructura fuerte y clara. En este sentido, la Directiva (UE) 2022/2041 de 19 de octubre se preocupa desde un principio de definir dos cuestiones esenciales: a quiénes se aplica esta regulación (más allá de una simple definición del ámbito de aplicación) y qué se entiende por salario mínimo adecuado (matizando, así, el objeto mismo de la Directiva).

Definir a quiénes se aplica la Directiva es algo tan o más importante que establecer unas reglas eficaces y unas garantías mínimas. El art. 2 afirma que

²⁹ Término derivado del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la fijación de salarios mínimos, n. 131 (1970).

los destinatarios de la normas son “los trabajadores de la Unión que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a lo definido en el Derecho, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro”. Una vez más el derecho europeo remite al concepto complejo de persona trabajadora que tanto ha sido reflexionado por la doctrina iuslaboralista europea y que no podría entenderse sin la imprescindible labor de interpretación del TJUE³⁰.

Esta importantísima labor de construcción conceptual afecta a todo el derecho derivado de la Unión Europea y por supuesto se nutre de las interpretaciones procedentes de los variados ordenamientos jurídicos nacionales. El TJUE reflexiona desde los diferentes espacios jurídicos –yendo más allá del ámbito natural de este debate, que tiene que ver con la tutela en materia de libre circulación y llegando a extenderlo a espacios como son la tutela frente al despido, la protección de la maternidad o la regulación de la contratación temporal– con el fin de esclarecer hacia quiénes puede desplegarse el marco regulador europeo. Esto permitiría, así, garantizar cierta protección en esos supuestos dudosos, esas *zonas grises*³¹ que, lejos de desaparecer, aumentan en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales. En un contexto en el que la precariedad y la flexibilidad cogen cada vez más protagonismo, en el que las crisis económicas, sociales y recientemente (con la explosión de la pandemia de COVID-19) también sanitarias, marcan el ritmo y la intensidad de las reformas laborales y en el que la digitalización presiona para la creación de nuevos horizontes normativos, aparece clara la urgencia de definir quién es el *insider* o el *outsider*³² de la protección jurídica ofrecida al trabajo subordinado “clásico”. En el momento en el que se empieza a dar aplicación a la tutela propia del Derecho europeo, a través de su transposición y adaptación al derecho nacional de los diferentes Estados miembros, es importante, por tanto, que la protección se ajuste a las veintisiete definiciones nacionales de “persona trabajadora”, sin que una restricción conceptual nacional acabe limitando o

³⁰ Entre todos, véase: Sánchez-Urán Azaña, Y., “Concepto de trabajador en el derecho de la Unión Europea y en la Jurisprudencia del TJUE”, en *Revista española de derecho del trabajo* n. 232/2020, pp. 35-82; Cabeza Pereiro, J., *El ámbito del trabajo subordinado y del trabajo autónomo en el derecho de la Unión Europea*, Bomarzo Albacete, 2020.

³¹ Expresión utilizada por Martín Valverde, A., “Fronteras y “zonas grises” del contrato de trabajo: reseña y estudio de la jurisprudencia social (2002-2008)” en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* n. 83/2009.

³² No se pretende con esta terminología recordar la teoría originaria de estudios económicos producido por economistas como Lindbeck y Snower (Ferreiro, J. - Bea, E. - Gómez, M.C. – Intxausti M.A., “Teoría insider-outsider y temporalidad en el mercado de trabajo español”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* n. 51/2004, pp. 31-51) sino introducirla, en este caso, con un significado que vaya un poco más allá de su sentido originario. Con la misma, en efecto, con nos limitamos a referirnos al enfrentamiento clásico entre empleados-desempleados (o lo que es lo mismo: los que están dentro y los que están fuera del mercado laboral), sino a la confrontación más general entre los que están dentro del marco de protección del derecho del trabajo respecto a los que están fuera de este marco de tutela y desarrollan su prestación en un espacio de precariedad absoluta y de des-regulación.

excluyendo la aplicación de las garantías derivadas del Derecho social europeo. Ahí es cierto que la labor del TJUE ha sido importante, pese a encontrarse aún en fase de consolidación y ha demostrado, una vez más, la importancia capital de esta institución en la interpretación del derecho UE, desde una labor de impulso y de fortalecimiento del mismo, en colaboración activa con las otras instituciones³³.

El gran trabajo de interpretación –*desde* el derecho europeo y pensando en los ordenamientos nacionales– se ha centrado especialmente en el análisis de las conocidas –y problemáticas– notas características de la relación laboral, especialmente en la configuración de la dependencia, entendida en sus elementos estructurales, pero también económicos y “por encima de que se trabaje por cuenta ajena”³⁴. Este rasgo –fundamental para la identificación de una relación laboral de carácter subordinado y por tanto de una persona trabajadora– ha sido abordado por parte del TJUE “desde una aproximación integral y con una vocación hacia la universalización del concepto”³⁵, superando lo que, sin duda, es la influencia de las diferentes doctrinas nacionales en la interpretación y concepción de este concepto. Es gracias a este “moderado activismo judicial” que se puede construir una formulación más amplia de dependencia que supere la concepción fundamentalmente estructural o jerárquica propia de la subordinación jurídica y llegue a contemplar la dependencia organizativa y la dependencia económica³⁶

³³ Cabeza Pereiro plantea que “Puede concluirse, pues, que las políticas sociales de la UE pueden ser hoy en día algo más inclusivas. No solo se trata –aunque sí fundamentalmente– del activismo del TJUE. También hay que hacer referencia a otros hitos no suficientemente publicitados, pero sin duda relevantes. Por ejemplo, la aprobación de la Directiva (UE) 2015/1794, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre 2015, por la que se modifican las Directivas 2008/94/CE, 2009/38/CE y 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 98/59/CE y 2001/23/CE del Consejo, en lo que se refiere a la gente de mar. Se trata de una norma que, en esencia, revisa las exclusiones que numerosas Directivas realizaban –y algunas siguen realizando– de los trabajadores de este sector.” En Cabeza Pereiro, J., “El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Documentación Laboral* n. 113/2018, p. 57.

³⁴ Cabeza Pereiro, J., *El ámbito del trabajo subordinado y del trabajo autónomo en el Derecho de la Unión Europea*, op. cit., p. 13.

³⁵ Cabeza Pereiro, J., *El ámbito del trabajo subordinado y del trabajo autónomo en el Derecho de la Unión Europea*, op. cit., p. 13.

³⁶ Aunque en este sentido no hay que olvidar las voces críticas que advierten que en esta interpretación de la dependencia económica que propone el TJUE no hay nada de innovador, sino algo perversamente conservador. Es decir, se basa en el olvido de la idea que la dependencia económica, especialmente salarial es en sí un presupuesto del propio mercado laboral en una sociedad capitalista –ya que es “esta situación la que hace que las personas sean dependientes de otras para su propia sobrevivencia, y que esta dependencia hace que las empresas puedan bajar (y mucho) la remuneración de los trabajadores”– y provoca la negación “del significado estructural de dependencia, es decir la necesidad de trabajar bajo las órdenes de otra persona para poder acceder a los medio de subsistencia”. Así en Adams, Z., op. cit. p. 301 (traducción propia).

como indicios de una relación laboral, independientemente del *nomen iuris* y de las posibles exclusiones y limitaciones derivadas del derecho nacional.

La Directiva (UE) 2022/2041, de 19 de octubre parece, por tanto, situarse en línea con este planteamiento jurisprudencial y si bien no propone una definición propia de trabajador –cosa que hubiera podido hacer en el art. 3 que, en efecto, se dedica a las definiciones y el que se contemplan las de “salario mínimo”, “salario mínimo legal”, “negociación colectiva”, “convenio colectivo” y “cobertura de la negociación colectiva”– realiza un llamamiento explícito a los criterios establecidos por el TJUE para determinar la condición de trabajador ya en el preámbulo y procede a aclarar posibles dudas respecto a ciertas situaciones especialmente (y tradicionalmente) complejas³⁷. Está claro, por tanto, que la preocupación del legislador europeo es que la Directiva sobre salario mínimo adecuado se aplique al mayor número posible de trabajadores y que bajo esta definición se reconozcan las mayorías de las relaciones laborales (incluso las que aparentemente o formalmente no lo son). Eso además se refuerza si se tiene en cuenta que la Directiva tiene el claro objetivo de corregir situaciones patológicas de pobreza, con especial (y explícita) atención a colectivos y sectores productivos³⁸ especialmente vulnerables. Es por eso que aparecen en el texto unas referencias directas a la discriminación por razón de sexo u otras causas³⁹ en cuanto que estas personas, sin duda, se sitúan aquellas que “siguen teniendo una mayor probabilidad de ser trabajadores con salarios mínimos o con salarios bajos que otros colectivos”⁴⁰ y eso, en algunos casos, porque existe un incumplimiento de las normas vigentes –en aquellos Estados miembros donde se regula un salario mínimo por convenio o por ley– o porque, directamente, no se establece una regulación al respecto⁴¹ o porque, finalmente, se ha erosionado tanto la estructura tradicional de la negociación colectiva que esta ha perdido fuerza en su labor, esencial, de definición del salario.

³⁷ Considerando 21 de la Directiva (UE) 2022/2041 de 19 de octubre: “Siempre que cumplan esos criterios, los trabajadores tanto del sector privado como del público, así como los *trabajadores domésticos*, los *trabajadores según demanda*, los *trabajadores intermitentes*, los *trabajadores retribuidos mediante vales*, los *trabajadores de plataformas digitales*, los *trabajadores en prácticas*, los *aprendices* y *otros trabajadores atípicos*, así como los *falsos autónomos* y los *trabajadores no declarados*, pueden estar incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Directiva.” (*ndr.* cursiva de la autora, no presente en versión original).

³⁸ Se trata de “el sector de los servicios y en las microempresas y las pequeñas empresas”, Considerando 11 de la Directiva (UE) 2022/2041 de 19 de octubre.

³⁹ La Directiva incluye en la categoría de colectivos especialmente vulnerables: las mujeres, los trabajadores más jóvenes, los trabajadores migrantes, los progenitores de familias monoparentales, los trabajadores poco cualificados, los trabajadores con discapacidad y, en particular, las personas que sufren múltiples formas de discriminación, los trabajadores con formas de empleo atípicas como los trabajadores temporales y a tiempo parcial”.

⁴⁰ Considerando 10, Directiva (UE) 2022/2041, de 19 de octubre.

⁴¹ Considerando 14, Directiva (UE) 2022/2041, de 19 de octubre.

El hecho que la Directiva (UE) 2022/2041, de 19 de octubre, dedique este espacio a estas reflexiones nos parece interesante porque refleja en la Directiva todo el debate actual sobre la complejidad de la definición de trabajador y la dificultad de simplificar todos los matices para que sean recogidos en un término, común a nivel europeo, que sea inclusivo y a la vez respetuoso con las prácticas y normas de derecho interno. Y esto es especialmente importante en una Directiva, como la que se está analizando, que pretende regular algo tan esencial y básico como el salario mínimo adecuado. Esto significa que, una vez más, la eficacia real de la tutela plasmada en la Directiva será puesta a dura prueba en la fase de aplicación de la misma en los diferentes Estados miembros y además es posible que ni siquiera la labor inclusiva del TJUE vaya a garantizar un impacto notable entre los colectivos y los sectores más vulnerables. Aunque está claro que, en gran medida, esto dependerá de la capacidad del legislador nacional y de los interlocutores sociales de cada país de interiorizar, especialmente, los objetivos de la Directiva y explorar, de manera coordinada, las vías reguladoras más oportunas.

Prosiguiendo con el análisis del contenido de la Directiva (UE) 2022/2041, de 19 de octubre, se puede observar que, el camino de actuación, de alguna manera, queda claramente marcado en la Directiva que, pese a cierto malabarismo formal motivado en la necesidad de resolver el “*impassé* competencial”, sugiere una estrategia basada en tres momentos esenciales.

En el primero, se insertaría la definición del salario mínimo adecuado desde el Derecho de la UE y la propuesta de su regulación. En este sentido es especialmente interesante revelar que la Unión Europea plantea un camino en dos direcciones, diferenciando aquellos Estados miembros que tienen una regulación del salario mínimo por Ley de aquellos que los tienen por convenio colectivo, proponiendo en este último caso una estrategia definitoria basada, como se verá más detenidamente más adelante, en el definido “*plan de acción*”. Igualmente, importante es señalar que la Directiva renuncia desde un principio a “*imponer*” una regulación obligatoria del salario mínimo, excluyendo de manera tajante del ámbito regulador –no sin ciertas perplejidades– aquellos países cuyos ordenamientos jurídicos no prevén regular la materia salarial, desde una nivel mínimo común, para todos los sectores productivos y los ámbitos territoriales. Esta decisión –que, como hemos visto anteriormente, tiene mucho que ver con la “*cuestión competencial*”– sin duda, condiciona, desde una principio, el tipo de enfoque que, desde la Unión Europea, se quiere dar a la armonización-coordinación europea en materia salarial y las consecuencias prácticas pueden ser especialmente interesantes para ciertos países. Dinamarca, Finlandia, Suecia, Austria, Italia y Chipre en la Unión Europea (y Suiza y Noruega en lo que se refiere al Espacio Económico Europeo) sufrirán mayormente el impacto indirecto de la normativa en examen, al compartir con los “*territorios afectados por la Directiva*” el mismo mercado común, laboral y comercial (y en ciertos casos también la misma política monetaria, al compartir moneda). El segundo momento, contemplado por esta propuesta reguladora, se centraría en la problemática de la

necesaria actualización periódica de los salarios mínimos. En la proposición de mecanismos de indexación y actualización aparecen las cuestiones más espinosas en relación justamente a esa definición de “salario mínimo *adecuado*” ya que para que el salario siga pudiendo ser entendido (y protegido) como adecuado, tendrá que ser constantemente monitorizado en función de ciertos criterios que la propia Directiva indica, aunque con carácter no vinculante. Esto nos lleva, directamente, al tercer momento que es el que la Unión Europea dibuja como un momento esencial de control, verificación y seguimiento y en el que se centra el objetivo fundamental de la garantía del salario mínimo adecuado en el territorio europeo de referencia. La Directiva plantea un sistema de recogida de datos y análisis de los mismos a realizar en el “marco de un proceso de coordinación de las políticas económicas y de empleo a escala de la Unión”, en el que se prevé que la Comisión y el Consejo puedan atribuir competencias específicas en esta fase al Comité de Empleo y al Comité de Protección Social (en función de las competencias reconocidas a estos organismos en el ámbito del Derecho social europeo por los arts. 150 y 160 TFUE, respectivamente⁴²).

3.1. La definición del salario mínimo adecuado: el Plan de Acción para la negociación colectiva y el procedimiento de fijación de salarios mínimos legales

Entrando ya en el análisis más concreto de la Directiva 2022/2041, de 19 de octubre, uno de los aspectos más relevantes es el reconocimiento explícito y reiterado, que en la Directiva se hace, al papel de la negociación colectiva en la fijación de salarios mínimos adecuados. Si entendemos que el salario mínimo adecuado, según el art. 3 de la Directiva, es “la remuneración mínima establecida por ley o por convenios colectivos que un empleador, también del sector público, está obligado a pagar a los trabajadores por el trabajo realizado durante un periodo determinado”, y que “la presente Directiva se entenderá sin perjuicio del pleno respeto a la autonomía de los interlocutores sociales, así como a su derecho a negociar y celebrar convenios colectivos” (art. 1), es evidente que la Unión Europea reconoce el espacio de la autonomía colectiva como un espacio imprescindible y preferente para la regulación de la política salarial y para la definición de este concepto tan delicado. Este reconocimiento llega hasta el punto, como se ha dicho, de que “ninguna disposición se interpretará en el sentido de que imponga a cualquier Estado miembro: la obligación de introducir un salario mínimo legal, cuando la formación de los salarios está garantizada exclusivamente a través de convenios colectivos, o la obligación de declarar que algún convenio colectivo es universalmente aplicable” (art. 1.4 Directiva). Esto implica que, en aquellos Estados miembros donde la fijación de salarios mínimos se realiza a través de los convenios colectivos, la Unión Europea mantendrá un rol de no-injerencia acorde

⁴² *Considerando* 33 de la Directiva (UE) 2022/2041, de 19 de octubre.

al respeto del principio de subsidiariedad vertical y horizontal propio del Derecho social europeo.

La Directiva, por tanto, se limita, en este caso, a encomendar a los Estados miembros una función profundamente promocional “con el fin de aumentar la cobertura de la negociación colectiva y facilitar el ejercicio del derecho de negociación colectiva sobre la fijación de salarios”. Esta función de empuje y fomento se traducirá, según nos dice la Directiva (UE) 2022/2041 de 19 de octubre, en acciones políticas y legislativas: de capacitación de los interlocutores sociales nacionales para que se refuerce su participación en la negociación colectiva sobre fijación de salarios, “en particular a nivel sectorial o intersectorial” (art. 4.1, letra a); de promoción de un marco protector dirigido a desarrollar una negociación “constructiva, significativa e informada” (art. 4.1 letra b); de garantía para proteger el ejercicio del derecho de negociación en esta materia frente a actos de discriminación que afecten a las personas trabajadoras y a sus representantes –incluidos, en este caso, frente a “cualquier acto de injerencia mutua o de sus agentes o miembros en su establecimiento, funcionamiento o administración”– que estén participando en procedimientos de negociación sobre salario (art. 4.1, letra c y letra d). La intervención europea en estos casos, en efecto, se limita a pedir que los Estados miembros desarrollen una labor de fortalecimiento del marco de negociación colectiva, basada en los tres ejes esenciales de la misma, es decir el empoderamiento de los sujetos colectivos, la participación informada de los mismos –a través la que se define como la “máxima transparencia”⁴³– y finalmente la tutela legal imprescindible para un efectivo ejercicio del derecho. Por supuesto el legislador europeo no aporta ninguna indicación concreta sobre cómo hacerlo, sin embargo es evidente que el objetivo principal, en este sentido, es invertir la tendencia de las últimas décadas de debilitamiento de la negociación colectiva (especialmente la de nivel sectorial e intersectorial) que se tradujo de manera muy clara en una reducción de la cobertura del convenio colectivo en los Estados miembros que produjo, inevitablemente, un empeoramiento de las condiciones laborales, en general, y del salario, en particular⁴⁴. El tema de la “cobertura de la negociación colectiva”⁴⁵ adquiere además un significado muy importante en la estrategia europea de fijación y protección del salario mínimo adecuado.

⁴³ Rojo Torrecilla, E., “L’applicazione della (futura?) direttiva europea sui salari minimi in Spagna. Riflessioni generali”, en *Diritto delle Relazioni Industriali* n. 2/2021, p. 358.

⁴⁴ Esto queda reflejado de manera bastante clara, como ya se ha comentado anteriormente, en el *Considerando* 24 de la Directiva (UE) 2022/2041, de 19 de octubre y es objeto de una valoración positiva por parte de la doctrina. Véase: Menegatti E., “Il salario minimo del quadro europeo y comparato. A proposito della proposta di direttiva relativa a salari minimi adeguati nell’Unione Europea”, en *Diritto delle Relazioni Industriali* n. 1/2021, pp. 46-47.

⁴⁵ Entre las definiciones ofertadas por el art. 3 de la Directiva (UE) 2022/2041, de 19 de octubre, está la de “cobertura de la negociación colectiva” como “la proporción de trabajadores a escala nacional a los que se aplica un convenio colectivo, calculada como el coeficiente entre el número de trabajadores cubiertos por convenios colectivos, y el número de trabajadores cuyas

La Directiva (UE) 2022/2041, de 19 de octubre empieza diferenciando aquellos Estados miembros en los que la tasa de cobertura sea superior al 80 % de los que no llegan a este umbral mínimo⁴⁶. En efecto, si el nivel es superior al umbral marcado no se requiere ninguna intervención más. En cambio, si la tasa de cobertura se queda por debajo de este nivel, el Estado miembro, en el que se de esta circunstancia, tendrá que establecer “un marco de condiciones que favorezcan la negociación colectiva, bien por Ley, previa consulta con los interlocutores sociales, bien mediante acuerdo con ellos” y también tendrá que elaborar un *plan de acción* para “fomentar la negociación colectiva previa consulta con los interlocutores sociales, o mediante acuerdo con ellos, o tras una solicitud conjunta de los interlocutores sociales, tal como sea acordado entre los interlocutores sociales”. Este plan de acción participativo deberá tener un calendario claro y una estrategia compuesta de medidas concretas y será revisado periódicamente para su actualización constante según vaya variando el nivel de cobertura registrado (y por lo menos cada cinco años). Al margen de esta acción de revisión y control por parte del Estado miembro, el plan será objeto de publicidad y de notificación a la Comisión europea. Estas indicaciones aparecen, aunque bien intencionadas, algo confusas ya que, pese a la mayor imperatividad que este *plan de acción* parece tener, la Directiva no sugiere a los Estados miembros ninguna medida concreta –ni siquiera de carácter ejemplificativo o mínimo– dejando los Estados miembros absolutamente libres de establecer la estrategia político-social de fomento de la negociación colectiva en la dirección que mejor consideren. Está claro que la –en cierta medida incomoda– presencia del art. 153. 5 TFUE, justifica la prudencia, tal vez excesiva, de la Unión Europea, pero está claro que hubiera sido algo más útil, tal vez, la presencia de ciertas recomendaciones o consejos. Desde el punto de vista doctrinal, se han planteado ya ciertas propuestas sobre la dirección que podrían emprender los planes de acción elaborados en los Estados miembros con una tasa de cobertura de la negociación colectiva inferior al 80 %. Concretamente, se podría imaginar una estrategia nacional dirigida a promover normas que impulsen “la creación de condiciones que faciliten el desarrollo y la difusión de una autónoma

condiciones de trabajo puedan regularse mediante convenios colectivos de conformidad con el Derecho y usos nacionales”.

⁴⁶ Es interesante resaltar que inicialmente la propuesta preveía un umbral del 70 % y que la decisión de la Comisión de utilizar la tasa de cobertura como referencia implica dar por resueltas (sin profundizar ni siquiera) ciertas problemáticas previas –como son “el nudo de la representación sindical”– que a veces (como es el caso italiano) afectan a la efectividad de la negociación colectiva en cuanto el *dumping* contractual, especialmente aunque no solo exclusivamente en materia salarial, proviene de la competencia directa del convenio colectivo sectorial estatal “pirata” (es decir de convenios colectivos sectoriales estatales negociados por sindicatos independientes, cuya representatividad no está totalmente clara). Así se expresan Loffredo, A. – Orlandini, G., “La propuesta de Directiva de la Unión Europea sobre el salario mínimo adecuado”, op. cit., p. 5.

negociación de sector⁴⁷, o bien una estrategia más impactante, basada en la elaboración de una normativa nacional de apoyo directo a la negociación colectiva, por ejemplo estableciendo por Ley un deber a negociar más rígido en esta materia o la presencia de mecanismos legales de extensión de la eficacia general para los convenios colectivos⁴⁸. Está claro que, especialmente en relación con este último posible contenido del *plan de acción* que, sin duda presenta un enfoque “más agresivo”, era difícil imaginar que estas indicaciones aparecieran en el texto de la Directiva, la cual en efecto se limita a esbozarlas tímidamente en el Preámbulo de manera muy genérica y reiterando en todo momento su intención de no contradecir el reparto competencial en materia de política social y no resquebrajar el sutil equilibrio marcado por la aplicación del principio de subsidiariedad en su doble vertiente, vertical y horizontal.

Para los Estados miembros en los que, en cambio, el salario mínimo es objeto de fijación legal, la Directiva (UE) 2022/2041, de 19 de octubre plantea otro escenario de acción al cual dedica el capítulo II de la misma y que, sin duda, es algo más concreto en su contenido, ya que empieza reclamando a estos Estados que legislen de manera sólida y efectiva, con el fin de establecer (y actualizar) un salario mínimo que sea adecuado, es decir permita “lograr un nivel de vida digno” a la persona que lo reciba, “reducir la pobreza de los ocupados, fomentar la cohesión social y la convergencia social al alza y reducir la brecha salarial de género” (art. 5.1). En ese caso, la Directiva profundiza mayormente en la definición del salario mínimo adecuado ofreciendo ciertos elementos que pueden ser utilizados de referencia, también en los supuestos en los que este concepto es definido por parte de los interlocutores sociales en el marco de la autonomía colectiva. Es decir, este capítulo II podría cumplir respecto a la definición y actualización del “salario mínimo adecuado” un papel parecido al que han cumplido los modelos legales de aplicación subsidiaria –es decir, sólo en caso de falta de un acuerdo, libre y autónomo, en materia entre los actores sociales– entre los cuales cabe recordar, por emblemático, lo previsto por el marco de regulación del Comité de Empresa europeo (Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, versión refundida). En ese caso el

⁴⁷ Entre estas medidas se podrían incluir iniciativas de empoderamiento de los actores sociales a este nivel, por ejemplo, a través de actividades formativas para éstos, el reforzamiento de los derechos sindicales en los lugares de trabajo o la previsión de incentivos y *benefit* para las empresas en función de la aplicación en las mismas de los convenios colectivos. Así sugiere Menegatti, E., “Il salario minimo del quadro europeo y comparato. A proposito della proposta di direttiva relativa a salari minimi adeguati nell’Unione Europea”, op. cit., p. 48.

⁴⁸ Esto se contempla en Menegatti, E., “Il salario minimo del quadro europeo y comparato. A proposito della proposta di direttiva relativa a salari minimi adeguati nell’Unione Europea”, op. cit., p. 48.

modelo legal de Comité de Empresa europeo es una alternativa subsidiaria que ha acabado, en la práctica por convertirse en el modelo de muchos comité de empresa europeos negociados, de manera que, en la realidad, hay cierta uniformidad en la regulación de estos instrumentos de información y consulta a nivel transnacional, independientemente de su fuente de regulación. Es posible por tanto que las (pocas) indicaciones sobre criterios de fijación del salario mínimo, que operan en los supuestos de Estados miembros con fuente legal de regulación, se conviertan en unos criterios generalizados que los actores sociales puedan incorporar a sus negociaciones (allá donde estas sean la fuente utilizada en los Estados miembros de pertenencia) y pueden ser utilizados para armonizar la fijación y concepción del salario mínimo adecuado, realizando así esa “convergencia al alza”⁴⁹ de las políticas salariales y contrastando, a su vez, el *dumping* salarial entre territorios de la Unión Europea.

Concretamente, el art. 5 dispone que “los criterios nacionales contemplados en el primer apartado, es decir establecidos para contribuir a la adecuación del salario mínimo, incluirán, por lo menos, los siguientes elementos: el poder adquisitivo de los salarios mínimos legales, teniendo en cuenta el coste de la vida⁵⁰; la cuantía general de los salarios y su distribución; la tasa de crecimiento de los salarios y, finalmente, los niveles y la evolución de la productividad nacional a largo plazo”. Se trata, en definitiva, de criterios clásicos, tradicionales de los estudios económicos, que se complementan con los valores de referencia indicativos, utilizados a escala internacional, indicados en el apartado 4 del art. 5, y que sirven para valorar en qué nivel se sitúa el salario mínimo en un país determinado, respecto al que se conoce como el “umbral de la pobreza de los ocupados” y que corresponde al 60 % de la mediana salarial bruta (*índice de Kaitz*) y el 50 % del salario medio bruto (índice usado por el Consejo de Europa en la vigilancia para el cumplimiento del art. 4 de la Carta Social Europea)⁵¹. Gracias a este conjunto de criterios, los

⁴⁹ *Considerando 6* hablando de la “estrategia europea de desarrollo sostenible” afirma lo siguiente: “(...) La orientación n. 5 en el anexo de la Decisión (UE) 2020/1512 del Consejo (5) insta a los Estados miembros que dispongan de mecanismos nacionales para fijar los salarios mínimos legales a que garanticen una participación efectiva de los interlocutores sociales en la fijación de salarios, lo cual debe repercutir en unos salarios justos que proporcionen un nivel de vida digno, prestando al mismo tiempo especial atención a los grupos de renta media y baja, con vistas a una convergencia al alza.”

⁵⁰ La relación entre salario y coste de la vida es especialmente importante en la determinación de la “adecuación” del salario mínimo. Concretamente en el preámbulo de la Directiva (*Considerando 28*) sugiere que se tengan en cuenta elementos como pueden ser la identificación de “una cesta de bienes y servicios a precios reales establecida a escala nacional” y la elaboración de un listado de “necesidades materiales como la alimentación, la ropa y la vivienda”, incluida en este caso “la necesidad de participar en actividades culturales, educativas y sociales”.

⁵¹ La elección e inclusión de estos índices sin aportar ulteriores especificaciones podría traer ciertas problemáticas en fase aplicativa ya que la Directiva no especifica la forma en la que el índice del salario medio se utiliza por parte del Consejo de Europa (y concretamente del Comité Europeo de Derechos Sociales). Concretamente la doctrina recuerda que la referencia conjunta al

Estados miembros pueden elaborar sus propias normas de definición del salario, aunque resulta especialmente llamativo que la Directiva se haya preocupado de marcar una serie de límites y requisitos en el momento de fijación y, sin embargo, ya en la fase de aplicación, las medidas nacionales de política salarial no cuentan con parámetros igualmente claros para que se declare la no adecuación del salario mínimo establecido. La fase de actualización y seguimiento, de hecho, es un momento especialmente delicado para lograr eficazmente los objetivos que la Directiva se propone y a eso dedicaremos el apartado siguiente.

3.2. La actualización salarial y el seguimiento: garantías para la eficacia del derecho

Una vez superada la importantísima fase inicial de fijación, por Ley o convenio, del salario mínimo adecuado a nivel nacional, la acción de la Unión Europea se traslada a otro momento especialmente delicado que es el de la (posible) variación salarial y (probable) actualización de los salarios marcados. En este espacio, que, claramente desde el punto de vista jurídico, es territorio fundamentalmente nacional y en el que los equilibrios políticos, económicos y sociales de cada Estado miembro y de cada momento histórico adquieren una importancia esencial, la labor de apoyo y fomento de la Unión Europea es fuertemente constreñida, una vez más, por el reparto competencial, en general y por el principio de proporcionalidad y subsidiariedad, en particular. Las indicaciones, en este sentido, se centran especialmente en dos aspectos. El primero es el de establecer mecanismos para la actualización periódica de la cuantía fijada inicialmente por Ley. Y el segundo tiene que ver con unos criterios mínimos que funcionen en caso de variaciones del salario mínimo adecuado y de posibles deducciones que puedan alterar el cómputo global del mismo (cuya regulación concreta se encuentra en el art. 6 de la Directiva (UE) 2022/2041, de 19 de octubre).

Según establece la Directiva, la actualización y ajuste del salario mínimo podrán ser fijados a través de mecanismos y procedimientos específicamente elegidos por parte de cada Estado miembro. De hecho, en la Directiva se establece que los Estados miembros serán libres de utilizar mecanismos automáticos de indexación de los salarios mínimos legales. Esto, siempre y cuando, se respete un único límite concreto –fijado en el art. 5.3 de la Directiva– es decir, siempre que la aplicación del mecanismo de actualización “no dé lugar a una disminución del salario mínimo legal”. La actualización, además, tendrá que ser periódica y oportuna y fijada con la cadencia temporal que cada Estado considere, siempre y cuando, por los menos,

índice de Kaitz y al índice del Consejo de Europa podría generar en la práctica diferentes estrategias nacionales abocadas a producir “desigualdades e inconsistencias en los mecanismos de seguimiento de la dinámica salarial propuesta en la Directiva”. En este sentido véase: Loffredo, A. – Orlandini, G., “La propuesta de Directiva de la Unión Europea sobre el salario mínimo adecuado”, op. cit., p. 5.

se lleve a cabo cada dos años o, en el caso de los Estados miembros que tengan un mecanismo de indexación automático, al menos cada cuatro años. Otro elemento interesante en este sentido es la referencia que se encuentra en la Directiva a la posibilidad que en los Estados miembros designen o creen órganos consultivos, que sirvan para asesorar las autoridades competentes sobre cuestiones salariales. Por otro lado, la Directiva insiste sobre la necesidad de que, al igual que en la fase de fijación de los salarios, se cuente con la participación de los interlocutores sociales en todo momento. Este elemento de “buena gobernanza”⁵² tiene que ser articulado, garantizando que el proceso de toma de decisiones sea informado e inclusivo y esto se consigue siempre y cuando los interlocutores sociales tengan asegurado el acceso a toda información pertinente, puedan emitir dictámenes y puedan recibir una respuesta motivada, especialmente antes de la presentación por parte de la autoridad pública de cualquier propuesta sobre la fijación y/o actualización del salario y siempre antes de que se adopten decisiones vinculantes al respecto.

En lo que se refiere a las posibles variaciones y deducciones que pueda sufrir el salario mínimo, a la Unión Europea le preocupa especialmente que estas puedan comprometer la adecuación del salario, es decir que se utilicen de forma generalizada, sin respetar el principio de no discriminación y proporcionalidad⁵³. En línea con estas ideas, el art. 6 de la Directiva refiere que, en el supuesto en el que los Estados miembros permitan índices diferentes de salario mínimo legal, para grupos específicos de trabajadores, o alguna deducción que acabe reduciendo la remuneración hasta llegar a un nivel inferior al que corresponde al salario mínimo marcado por Ley, “garantizarán que dichas variaciones y deducciones respeten los principios de no discriminación y proporcionalidad, incluida en este último la persecución de una finalidad legítima”. Es significativo que el principio de no discriminación, que parece sobrevolar, sin rozar, todo el texto de la Directiva, asoma en este punto, es decir justamente donde se manifiestan las mayores preocupaciones hacia mecanismos internos a los Estados miembros que acaben, de manera legal, reduciendo el salario hasta por debajo del umbral de la “pobreza laboriosa”. Y es justamente en este punto donde, concretamente, la brecha salarial –especialmente por sexo, pero también por otras causas– puede mantenerse, pese a los esfuerzos de erradicación desde la UE y desde los ordenamientos jurídicos nacionales⁵⁴. Es cierto que la Directiva hubiera podido dedicar mayor espacio a

⁵² *Considerando* 26, Directiva (UE) 2022/2041, de 19 de octubre.

⁵³ Al respecto en la Directiva (UE) 2022/2041, de 19 de octubre se señala que las deducciones relativas al equipamiento necesario para desempeñar el trabajo o las deducciones en especie, como el alojamiento, “presentan un riesgo elevado de ser desproporcionadas” (*Considerando* 29).

⁵⁴ La lucha para reducir y erradicar la brecha salarial de género está entre las prioridades de la política social europea y por supuesto tiene que ser tenida en cuenta a la hora de regular los salarios mínimos adecuados desde el derecho UE. Sobre la importancia de esta cuestión y su relación con la política salarial europea véase: Rojo Torrecilla, E., “L’applicazione della (futura?) direttiva europea sui salari minimi in Spagna. Riflessioni generali”, op. cit., p. 360.

esta cuestión y profundizar directamente en los nexos de coordinación, que hay que fortalecer entre diferentes instrumentos jurídicos, específicamente dedicados a la estrategia europea para la igualdad y la no discriminación. Sin embargo, es posible que en fase de aplicación sean los propios Estados miembros los que aprovechen los guiños de la Directiva para configurar una política salarial igualitaria, a partir de la misma fijación del salario mínimo.

Finalmente, la Directiva 2022/2041 plantea la problemática de la garantía del derecho al salario mínimo adecuado. Se trata de un derecho reconocido en diferentes instrumentos jurídicos internacionales –Convenio 95 (1949) sobre la protección del salario o el art. 4 de la Carta Social Europea, de manera específica o el art. 31 de CDFUE indirectamente, cuando se ocupa del derecho a unas condiciones de trabajo justas y equitativas– y desarrollado en diferentes marcos jurídicos, nacionales y europeos. Sin embargo, la simple proclamación de un derecho no es, en sí, suficiente y por tanto es esencial que la tutela sea garantizada y el incumplimiento de las normas sea sancionado. Al respecto la Directiva exige cierto seguimiento, por parte de los Estados miembros, al cumplimiento de la normativa en materia de salario mínimo y los anima a que involucren a los actores sociales en una estrategia de vigilancia y control “para hacer frente a retos importantes como los relacionados con la subcontratación abusiva, el falso trabajo por cuenta propia, las horas extraordinarias no registradas o los riesgos para la salud y la seguridad vinculados al aumento de la intensidad laboral”⁵⁵.

De la misma manera, los Estados miembros tendrán que preocuparse de garantizar un acceso efectivo de los trabajadores a los salarios mínimos legales, estableciendo controles e inspecciones a través de autoridades de control adecuadamente formadas y orientadas sobre la materia (art. 8). En lo que se refiere a esta fase, es importante señalar que serán destinatarios de estas obligaciones no sólo los Estados miembros que fijen su salario mínimo a través de la Ley, sino también aquellos que lo hagan por convenio colectivo. El entero capítulo III de la Directiva, en efecto, se dedica a las definidas “Disposiciones horizontales” y destacan las normas dedicadas al seguimiento y recogida de datos para garantizar el control sobre la efectividad de la Directiva en su fase aplicativa (art. 10). Por un lado, cabe señalar las que se centran sobre la garantía para que la información sobre la protección del salario mínimo, brindada en los Estados miembros, sea exhaustiva y fácilmente accesible (incluso, “cuando sea necesario en la lengua más pertinente”) para toda persona trabajadora (“también para las personas con discapacidad”, art. 11). Por otro lado, están las disposiciones que se preocupan de configurar la obligatoriedad para los Estados miembros de la fijación de mecanismos efectivos de reparación y protección en todo supuesto de trato o consecuencias desfavorables, incluido cuando las víctimas lo son en función de su afiliación al sindicato e incluido contra cualquier tipo de represalia justificada en la voluntad

⁵⁵ *Considerando 30*, Directiva (UE) 2022/2041, de 19 de octubre.

de solicitar (o perseguir) la vulneración de los derechos relativos a la protección del salario mínimo (art. 12). Finalmente, la Directiva obliga los Estados miembros a establecer normas específicas relativas a las sanciones aplicables en supuestos de vulneración de derechos y obligaciones incluidas en el ámbito de la Directiva. En el caso de los Estados miembros que regulan el salario mínimo a través de la negociación colectiva, dichas normas de sanción “podrán contener o limitarse a una referencia a compensación y/o a sanciones contractuales dispuestas, cuando proceda, en las normas sobre la ejecución de los convenios colectivos” (art. 13). Las sanciones, en todo caso, deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.

3.3. Monitoreo, recogida de datos y disposiciones finales. La cláusula de no regresión y disposiciones más favorables como cláusula de cierre

La parte dedicada a las “Disposiciones horizontales” –y que por tanto afectan a todos los Estados miembros de la UE independientemente de su sistema de regulación salarial– se cierra con un artículo dedicado al establecimiento de herramientas y procedimientos aptos para la recogida de datos, capaces de ofrecer un seguimiento directo y constante de la protección salarial en los diferentes Estados de la Unión Europea (art. 10). Este mecanismo de monitoreo será esencial para comprender el impacto real de la Directiva y el conseguimiento progresivo de los objetivos propuestos. El rastreo se centrará en dos cuestiones fundamentales: la evolución de la tasa de cobertura de la negociación colectiva y la configuración del salario mínimo legal (en cuyo caso será importante registrar la cuantía, la proporción de trabajadores cubiertos por él así como una descripción de las variaciones y deducciones existentes y su impacto sobre la cuantía salarial de las personas trabajadoras) y del salario mínimo fijado por convenios (en cuyo caso se tendrá que recolectar la información relativa a los índices de salarios más bajos y la proporción de trabajadores cubiertos por ellos, así como la cuantía de los salarios abonados a los trabajadores, que no estén cubiertos por convenio colectivo, y su relación con la cuantía de los salarios abonados a las personas trabajadoras que sí lo están). Esta importante tarea de seguimiento será objeto de informes periódicos que los Estados miembros tendrán que presentar a la Comisión Europea (así como se tendrán que transmitir los planes de acción allá donde sea obligatoria su emisión). El primer informe, marcado por la Directiva –que tiene como fecha límite de transposición el 15 de noviembre de 2024– tendrá que ser entregado a más tardar el 1 de octubre de 2025 y comprenderá los datos relativos a 2021, 2022 y 2023. De esta manera la primera fotografía de la evolución salarial de la Unión Europea difícilmente reflejará, de manera completa, el impacto de la Directiva (UE) 2022/2041, de 19 de octubre, pero sin embargo servirá para que los Estados miembros y la Comisión Europea se familiaricen con su contenido y pongan en marcha los sistemas de seguimiento y control más eficaces.

Finalmente, la Directiva se cierra con un capítulo enteramente dedicado a las “Disposiciones finales” en el que destaca la tradicional cláusula de no regresión

y disposiciones más favorables, que tiene como objetivo permitir que Estados miembros que tengan previstos niveles más altos de protección en materia de salario mínimo no vean perjudicada su regulación en función de la aplicación de la Directiva objeto de análisis. Esta regla se complementa con otra, siempre integrada en el art. 16 de la Directiva 2022/2041, que establece que los Estados miembros serán libres de introducir todas aquellas disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que sean más favorables para los trabajadores, así como de promover o permitir la aplicación de convenios colectivos que sean más favorables para los trabajadores. Estas normas están claramente dirigidas a evitar que países, con altos niveles de protección, se vean afectados por una normativa que pretende ser de mínimos y que ambiciona fomentar la regulación del salario mínimo en aquellos Estados miembros en los que esta regulación es escasa o inexistente. Estas disposiciones tienen su razón de ser en la necesidad de que los países nórdicos –que además se sitúan, en su mayoría, entre aquellos Estados miembros que no tienen mecanismos de fijación de salarios mínimos y que derivan esta regulación al marco de la negociación colectiva que produce, generalmente, convenios colectivos de valor contractual y eficacia limitada⁵⁶– no consideren la Directiva una amenaza a su propia política salarial que, tal y como resulta de las investigaciones desarrolladas, cumple, con creces, las exigencias derivadas de la transposición de la Directiva⁵⁷.

⁵⁶ Entre los seis Estados miembros que se pueden incluir en esta categoría, están países como Dinamarca, Finlandia o Suecia.

⁵⁷ El caso de Suecia es especialmente interesante ya que, junto con Italia, es uno de los países europeos en los que no existen mecanismos legales de extensión de eficacia de los convenios colectivos con el fin de garantizar una cobertura general de lo pactado. Sin embargo, la tasa de cobertura es muy alta ya que ronda el 90 % y tiene un índice de Kaitz superior al 60 %. Esto se ha conseguido mantener, aún en época de crisis, a través de una acción importante –y especialmente interesante a efectos del estudio del Derecho comparado– de los actores sociales que, con el fin de garantizar la competitividad de las empresas suecas frente a los directos competidores europeos (especialmente las empresas alemanas) han ordenado la negociación salarial hacia una “descentralización controlada”. Esta maniobra ha permitido mantener la centralidad del acuerdo intersectorial dirigido a establecer los límites de salarios (desarrollando una función parecida a una *wage norm*). Los convenios sectoriales, a su vez, se encargan de definir las retribuciones del sector privado y, sobre todo de las categorías profesionales más bajas, blindando así sus mínimos salariales. Finalmente a nivel local e incluso individual, se permite negociar salarios para el sector público y para los trabajadores más cualificados. De esta manera, la política salarial sueca se mantiene controlada por la autonomía colectiva –con niveles alto de retribución y cobertura– y desarrolla una función de negociación directa exclusivamente para fijar los límites y proteger los mínimos salariales, mientras que, para la negociación colectiva más descentralizada, los convenios colectivos sectoriales sirven para aportar un marco protector configurando parámetros, procedimientos y garantías, que operen de apoyo a la negociación salarial inferior. Así se explica en Menegatti, E., “Il salario minimo del quadro europeo y comparato. A proposito della proposta di direttiva relativa a salari minimi adeguati nell’Unione Europea”, op. cit., pp. 55-56.

4. POSIBLE IMPACTO DE LA DIRECTIVA EN DIFERENTES ESCENARIOS. EL CASO ITALIANO Y ESPAÑOL COMO EJEMPLOS

Una vez terminado el estudio pormenorizado del contenido de la Directiva (UE) 2022/2041, de 19 Octubre sobre salarios mínimos adecuados, queda por avanzar hacia algunas consideraciones sobre el posible impacto que esta Directiva puede tener sobre la regulación concreta de la política salarial europea. Esto puede ser interesante plantearlo de forma comparada, analizando, como ejemplos paradigmáticos y cercanos, dos países que se sitúan, en esta materia a las antípodas (pese a tener mucho en común en lo que a la concepción del Derecho del Trabajo se refiere). Se trata, por un lado, de Italia –que, como sabemos, pertenece a ese grupo de países en los que el nivel salarial mínimo no se establece por Ley y que, además, no tienen una negociación colectiva impulsora de convenios colectivos con valor normativo y eficacia general– en cuyo ordenamiento jurídico la negociación colectiva no impone un salario mínimo, para todos los sectores y todo el territorio, que sea de aplicación obligatoria a toda persona trabajadora. Y por otro lado de España, que en cambio es uno de los países que, no sólo tiene regulado el salario mínimo, sino que, además, lo hace por Ley, con el nivel más alto de compromiso y generalización.

4.1. Italia y la regulación del salario. ¿Hacia una normativa nacional de regulación del salario mínimo?

El caso italiano es tal vez uno de los ejemplos más interesantes en la Unión Europea porque, si bien comparte con los países nórdicos el modelo de negociación colectiva *inter partes* y de valor contractual, tiene dinámicas internas, especialmente relacionadas con la problemática de la representación y representatividad de los actores sociales, que la diferencian del contexto nórdico y la acercan a modelos sindicales más mediterráneos. Por supuesto no se pretende realizar un estudio profundo sobre el sistema sindical y de negociación colectiva italiano, sino presentar sus elementos centrales en el contexto concreto de la fijación de los salarios mínimos adecuados y en relación directa con la Directiva objeto de este estudio. En Italia, actualmente, la fijación salarial pivota alrededor del Acuerdo marco intersectorial conocido como el *Patto della fabbrica* del 2018, que se encarga de distribuir las competencias en esta materia entre los diferentes niveles de negociación. Concretamente, el nivel estatal es el encargado de determinar los dos nuevos “clasificadores del cálculo retributivo”, o sea el definido “cálculo económico total” y el “cálculo económico mínimo”. En el primero estaría incluido el segundo y se les añadirían todos aquellos elementos que el convenio colectivo nacional de sector califique como comunes a todos los trabajadores del sector, independientemente del nivel de negociación al cual sea atribuida, posteriormente,

su regulación concreta. En función de este reparto, por tanto, el convenio colectivo estatal de sector cumple un doble papel. Por un lado, es el regulador del “cálculo económico mínimo” de la retribución y por el otro, es el que orienta y dirige todos los demás elementos que componen el “cálculo económico total”, “en el sentido que es el responsable de individualizar los elementos económicos comunes en el sector de referencia, decidiendo si regularlos directamente o confiar su definición al segundo nivel de negociación”⁵⁸. En este contexto es, por tanto, donde tenemos que imaginar el posible impacto de la Directiva (UE) 2022/2041, de 19 de octubre, en primer lugar en lo que se refiere a la aplicación concreta de las disposiciones de la misma y, en segundo lugar, reflexionando sobre el posible “impacto político” que instrumentos como este suelen llevar consigo en la fase de implementación y aplicación.

Desde el punto de vista concreto del impacto de la Directiva, está claro que todas las disposiciones que están dedicadas a instituir obligaciones relacionadas con la fijación por Ley del salario mínimo adecuado (es decir, básicamente lo incluido en el capítulo I), así como las que se dirigen a los Estados miembros que regulan la fijación de la retribución mínima por convenio (es decir, las que se incluyen en el art. 4 de la Directiva) no serían de aplicación a países como Italia, salvo en el supuesto que la tasa de cobertura de la negociación acabe siendo inferior al umbral del 80 %, en cuyo caso podría generar algo parecido a la obligación del definido *plan de acción*. En este sentido, por tanto, está claro que, a primera vista, el impacto mayor de la Directiva podría ser débil ya que, sabia y prudentemente, “ninguna de las obligaciones derivadas de la fuente europea se atribuye a la negociación colectiva”⁵⁹, en el respeto absoluto del reparto competencial de la UE en materia social.

Si, en cambio, se mira con más detenimiento el capítulo III –el de las conocidas “Disposiciones horizontales” y que se aplica a todos los Estados miembros– es posible detectar ciertos dispositivos con algo de transcendencia respecto al caso italiano. Concretamente, en el supuesto del art. 9 (Contratación pública) y en lo que se refiere a la obligación de regular sistemas de rastreo y seguimiento de los datos relativos a la evolución de los salarios (art. 10) el impacto parece solo aparentemente marginal. En el caso de la regulación salarial en la contratación pública la normativa italiana prevé ya una centralidad de la negociación colectiva en la definición del salario así que su adecuación a las obligaciones de la Directiva, sin necesidad de reforma legislativa específica, producirá el efecto directo e inmediato de estabilizar estas prácticas y procedimientos. En cambio, en el caso del art. 10 de

⁵⁸ Delfino M., “Proposta di Direttiva, tutela giuridica dei salari e nodi della contrattazione collettiva in Italia”, op. cit., p. 443 (traducción propia).

⁵⁹ Delfino M., “Proposta di Direttiva, tutela giuridica dei salari e nodi della contrattazione collettiva in Italia”, op. cit., p. 441.

la Directiva será el legislador italiano el que deberá intervenir predisponiendo una serie de procedimientos e instrumentos que permitirán, entre otras cosas, realizar una fotografía real de la situación salarial del territorio que, tal vez, al visualizar las diferencias salariales impulse un replanteamiento a ciento ochenta grados de la política salarial italiana, ya que representaría una injerencia de la Ley a la que el sistema laboral italiano no está muy acostumbrado. Especialmente si se tiene en cuenta que uno de los principales problemas del sistema italiano de negociación colectiva –y que por tanto trasciende a la cuestión salarial– es “la falta de certeza sobre los convenios colectivos nacionales de trabajo aplicables en los diversos sectores y en las empresas individuales”⁶⁰. El art. 13, en lo que se refiere al sistema de sanciones, tampoco produciría un impacto muy diferente al que se acaba de señalar, ya que la Directiva claramente excluye los Estados miembros que no dispongan de salarios mínimos legales de las obligaciones específicas, reservando en este caso la tarea a una legislación *ad hoc*, que, a su vez, establecerá el reenvío a la negociación colectiva, como ya se ha analizado.

Tal vez el impacto más significativo que podría tener la Directiva es, por tanto, más de tipo político, abriendo el debate, por un lado, sobre la falta de implementación del art. 39 de la Constitución italiana –que determinaría un cambio absoluto en el sistema de representación y representatividad, base del modelo italiano de negociación colectiva– y, por otro lado, sobre la oportunidad de una legislación sobre salario mínimo. En lo que se refiere a la primera opción hay que decir que no sería suficiente con la emanación y aplicación de la Directiva 2022/2041 ya que la existencia de condiciones políticas, simultáneamente a la de sinergias sindicales concretas, son independientes que se consideran necesarias para dar ese paso, del marco normativo propuesto. Sin embargo, es indudable que cualquier intervención normativa, a nivel europeo, que pueda incidir aunque sea levemente en el orden sindical constituido puede representar una oportunidad de reforma interna. Por otro lado, no hay que olvidar que en Italia ya se ha empezado a plantear, desde hace tiempo, la oportunidad de una regulación normativa en materia salarial⁶¹, no sin cierto enfrentamiento doctrinal y político⁶² y actualmente

⁶⁰ Loffredo A. – Orlandini G., “La propuesta de Directiva de la Unión Europea sobre el salario mínimo adecuado”, op. cit., p. 6.

⁶¹ El *movimiento 5 stelle* en 2018 ya presentó un proyecto de ley sobre salario mínimo (DDL n. 658/2018, titulado “Disposizioni per l’istituzione del salario minimo orario”) que a su vez sucede en el tiempo a otra propuesta del 2014 (DDL n. 1697/2014).

⁶² En este sentido es emblemático el debate desarrollado en la web, defendiendo la oportunidad de una regulación legal en materia de salario mínimo (Boeri, T. – Perotti, R., “Lavoro, serve il salario minimo”, publicado en *La Repubblica*, el 5 de mayo de 2022, disponible en: https://www.repubblica.it/commenti/2022/05/05/news/lavoro_nuovo_patto_sociale-348147272/) o argumentando su irrelevancia sobre la base de la revelación de datos que identifican en otros aspectos –como por ejemplo en la representatividad de los actores sociales responsables de la negociación colectiva sectorial o en la exclusión de grandes grupos de trabajadores de la cobertura del marco

muy bloqueada por el nuevo Gobierno de Giorgia Meloni. Es cierto que, como se ha repetido reiteradamente a lo largo de este artículo, la Directiva no impone ninguna obligación de aprobar una Ley sobre salarios mínimos, pero es cierto que una intervención legislativa en materia salarial llegará también en Italia, aunque sea para dar cumplimiento a esas Disposiciones horizontales de las que ya hemos hablado. La Directiva por tanto, de una manera o de otra, abrirá un espacio de acción para los Gobiernos y Parlamentos nacionales dirigido a promover y apoyar la existencia de umbrales mínimos salariales directamente relacionados con un objetivo explícito de vida y trabajo dignos. Y eso va más allá de las obligaciones estrictas que se plasman en los dieciocho artículos y cuarenta *Considerando* de la Directiva en examen. Trasciende el nivel jurídico para empapar el nivel político de toma de decisiones. Habrá que ver cómo reaccionarán el ordenamiento jurídico italiano y el sistema sindical a estas posibilidades y si finalmente el impacto será mayor de lo esperado.

4.2. La regulación del salario mínimo legal en España después de la Directiva (UE) 2022/2041, de 19 de octubre

España es uno de los países de la Unión Europea que regula el salario mínimo interprofesional (SMI) de nivel estatal. Su regulación, como es conocido, se enmarca en la regulación de los arts. 23-33 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y la definición es ofrecida, cada año mediante Real Decreto. La regulación suele estar precedida por la convocatoria previa de una mesa de diálogo social con el fin de elaborar un acuerdo entre los interlocutores sociales que representará la base de la posterior propuesta del Gobierno. Esta mesa de negociación no siempre ha dado como resultado un acuerdo, pero ha servido como punto de encuentro entre las diferentes posiciones y reflejo inexorable de los equilibrios y tensiones del contexto políticos y sociales en los que se inserta. Dejando a un lado los acontecimientos relativos a los últimos años, bastante conocidos por muchos y magistralmente analizados ya por la doctrina más competente⁶³, es suficiente centrar la atención en la última regulación del SMI ya que es hacia esa donde se dirige la mirada del legislador europeo.

El reciente Real Decreto 99/2023, de 14 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2023, estableció con efectos del 1 de enero de 2023,

protector del convenio y de la ley por su expulsión del “trabajo subordinado puro” – la debilidad de la política salarial italiana. Para esa segunda visión véase Spattini, S., “La copertura dei CCNL tra narrazione e realtà, nella prospettiva del salario minimo legale”, publicado en el *Bollettino ADAPT*, disponible en <https://www.bollettinoadapt.it/la-copertura-dei-ccnl-tra-narrazione-e-realta-nella-prospettiva-del-salario-minimo-legale/>

⁶³ Véase Rojo Torrecilla, E., “L’applicazione della (futura?) direttiva europea sui salari minimi in Spagna. Riflessioni generali”, op. cit., pp. 364-367.

el salario mínimo para cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios, sin distinción de sexo ni edad de los trabajadores, en 36 euros/día o 1.080 euros/mes, según el salario esté fijado por días o por meses y se establecen mecanismos de una revisión relacionados con la evolución del Índice de Precios de Consumo (IPC). Este Real Decreto, a diferencia de ejemplos anteriores, no muy lejanos, no cuenta con un acuerdo previo entre interlocutores sociales, al haberse bloqueado la medida desde la asociación patronal.

En los últimos años la estrategia político-económica ha sido claramente orientada hacia una subida progresiva aunque importante del SMI⁶⁴, lo cual revela la centralidad que ocupa esta materia entre las prioridades del actual Gobierno de coalición. De hecho, en varias ocasiones se ha manifestado la intención de garantizar la efectividad del derecho constitucional de toda persona trabajadora (art. 35.1 Constitución Española, CE) a “una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia” acercándole en cuantía al 60 % del salario medio de la población activa, siguiendo así las indicaciones provenientes del Consejo de Europa para la aplicación de la Carta Social Europea. Por otro lado, siempre se ha intentado remarcar la relación directa que subsiste entre la subida salarial y la progresiva reducción de la pobreza y de la desigualdad salarial, en línea con los objetivos europeos de la Agenda 2030. Todo esto encaja en los objetivos propuestos por la Directiva 2022/2041 y en cierta medida la propia Directiva acaba avalando las políticas de incremento salarial perseguidas en los últimos años, reforzando así las decisiones tomadas. Si bien es cierto, por tanto, que el marco legal del SMI encaja bastante bien en la propuesta planteada por la Directiva, está claro que ciertos cambios y modificaciones tendrán que llevarse a cabo. Concretamente, es indudable que las obligaciones marcadas por el Capítulo II podrán requerir ciertos ajustes en la regulación del SMI, especialmente en lo que se refiere a los criterios de fijación establecidos por el art. 27 ET y fomentar ciertas actuaciones de promoción de la negociación colectiva, especialmente hacia el aumento de la tasa de cobertura, reformas en lo que se refiere a los mecanismos de seguimiento, recogida y tratamiento de datos⁶⁵, así como de vigilancia (especial atención habrá que dar al régimen sancionador, por ejemplo y habrá que profundizar en la coordinación con otros instrumentos de política salarial como son el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos económico y de la Seguridad Social).

⁶⁴ Según datos publicados por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, se ha pasado de los 655,20 euros mensuales de 2016 a los 1.000 euros mensuales acordados a finales de 2022. Esta información está disponible en https://www.mites.gob.es/estadisticas/bel/SMI/smi1_top_EXCEL.htm

⁶⁵ En este sentido Álvarez Alonso, D., “Salarios mínimos en la Unión Europea. Propuesta de Directiva e implicaciones para España”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social* n. 151/2021, pp. 33-55.

Una vez más, por tanto, al igual que en el caso italiano, el impacto de la Directiva podría ser más simbólico-político que jurídico ya que las obligaciones impuestas resultan sustancialmente cumplidas. Sin embargo, está claro que la Directiva representa una apuesta importante hacia una forma concreta de entender el salario que está marcada por su relación directa (y esta vez explícita) con la lucha para la erradicación de la pobreza laboriosa, verdadera lacra de los países presuntuosamente definidos desarrollados y problema agudo en la Europa del siglo XXI. Habrá que ver, por tanto, cómo los Estados miembros incorporan este objetivo en la definición propia de la política salarial.

5. CONCLUSIONES

A lo largo de las páginas de este texto se ha intentado plantear una aproximación a la Directiva 2022/2041 (UE) de 19 de octubre sobre salario mínimo adecuado, que reflejara la importancia del enfoque que proponía este, aparentemente sencillo, texto jurídico. Después de años difíciles, desde el punto de vista del Derecho social europeo –que han coincidido, fundamentalmente, con los años inmediatamente posteriores a la crisis del 2009 y su gestión, y con el sucesivo lanzamiento de la esperanzadora estrategia del Pilar Social Europeo en el 2017 y su repentino estancamiento por la crisis sanitaria del COVID-19– la década de los años veinte del siglo XXI se abren con ciertos aires frescos. Después de décadas tratando el tema de la “pobreza de los ocupados”, de los “pobres con trabajo” como categoría jurídica sin protección y de constatar y denunciar el hecho que “el acceso al trabajo remunerado ya no puede considerarse como garantía de trabajo decente ni de ingresos adecuados”⁶⁶, la Unión Europea legisla en una materia directamente relacionada con estas cuestiones y profundamente conflictiva y problemática para el “compromiso *ordoliberal* presente en los Tratados”⁶⁷ de no intervención en ciertas áreas, como es la del salario mínimo.

Es indudable que las limitaciones competenciales han influido (y mucho) sobre la configuración de la acción europea en esta materia, que se ha tenido que plasmar de manera mucho más controlada y condicionada de lo que, probablemente, se habría podido lograr en un espacio competencial más favorable.

También es cierto –y se ha podido comprobar a lo largo de este trabajo– que el impacto de la Directiva es muy variable según se analice su aplicación en un Estado miembro respecto a otro y eso, en parte, tiene que ver con el nivel

⁶⁶ *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo. Tendencias 2020*, Informe publicado por Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2020, p. 137.

⁶⁷ Baylos Grau, A., “La Directiva sobre salarios mínimos adecuados en la Unión Europea”, publicado el 27 de octubre de 2022 en <https://baylos.blogspot.com/2022/10/la-directiva-sobre-salarios-minimos.html>

de obligaciones que la Directiva impone se trate de Estados miembros con una regulación del salario mínimo por ley (máximo nivel de implementación), Estados miembros con una regulación del salario mínimo por convenio colectivo (nivel intermedio de implementación) y finalmente si se trata de Estados miembros que no tienen una regulación intersectorial a nivel estatal del salario mínimo (en cuyo caso la implementación es muy limitada).

En este sentido es evidente por tanto que –ya que, según los datos que hemos aportado al principio de este artículo, la mayoría de los Estados miembros se insertan en la primera categoría y que sólo seis Estados miembros se colocan en el grupo de menor impacto– las disposiciones contenidas en la Directiva, si traspuestas correctamente y con cierta voluntad política clara del Estado miembro de complementar la acción europea, desde su espacio competencial, pueden determinar ciertos cambios importantes especialmente en aquellos países donde los niveles salariales son muy bajos y provocar así un movimiento al alza de toda la política salarial, más allá por tanto del “simple” salario mínimo. Dicho esto, ha sido posible revelar que, si se comparan los efectos que la Directiva pueden producir en dos países concretos como Italia y España, el impacto de esta es más de tipo político que jurídico. Por un lado, como es el caso de Italia, ayudando a que “se enciendan los focos” sobre aspectos del ordenamiento jurídico laboral históricamente no resueltos con consecuencias directas sobre la calidad de la vida de las personas trabajadoras en la actualidad. Por otro lado, como es el caso de España, empujando y validando las estrategias recientemente puestas en marcha. Sin duda, refuerza las decisiones políticas de subida salarial que se han tomado últimamente y amplía la aceptación social de las mismas.

Quedan, sin duda, muchos aspectos por mejorar, temas que hubieran podido ser tratados con mayor profundidad, resolviendo nudos que llevan arrastrándose desde hace tiempo –como es el caso del concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea–, o cuestiones que podrían haber sido tratadas desde un enfoque más atrevido –como es el caso de la definición de salario mínimo adecuado que queda aún bastante genérica y en mano de la capacidad decisoria de los niveles inferiores de legislación y negociación que marcarán “el punto de referencia construido sobre el umbral de la pobreza laboriosa”⁶⁸–.

Será necesaria por tanto una abundante, decidida y coordinada acción de apoyo de las instituciones europeas, *in primis* del TJUE que deberá seguir desarrollando una labor interpretativa inclusiva de los conceptos sobre los cuales se funda el éxito de esta Directiva y además, de todas las demás instituciones que tal vez, aprovechando instrumentos de *soft law*, de fuerte impacto político, podrían

⁶⁸ Monereo Pérez, J. L. –Rodríguez Escanciano, S.– Rodríguez Iniesta, G., “Política de rentas y salario mínimo interprofesional: dos variables indisolublemente imbricadas”, en *Laborum-Revista Crítica de Relaciones de Trabajo* n. 1/2021, p. 20.

corregir, guiar y clarificar el camino hacia la armonización en positivo y hacia arriba de la política salarial europea⁶⁹. Está claro que el primer paso de este camino se ha dado, esperemos que pueda conducir de verdad a “un crecimiento justo, inclusivo y sostenible”⁷⁰ que mejore la vida de todas las personas trabajadoras del territorio europeo, empezando por su salario.

⁶⁹ Menegatti, E., “Il salario minimo del quadro europeo y comparato. A proposito della proposta di direttiva relativa a salari minimi adeguati nell’Unione Europea”, op. cit., p. 57.

⁷⁰ *Considerando* 6 de la Directiva (UE) 2022/2041, de 19 de octubre.

Informes y Documentos

LAS RELACIONES LABORALES EN EL SECTOR DEL TRANSPORTE AÉREO TRAS EL COVID-19*

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO
Profesor Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid

JESÚS CRUZ VILLALÓN
Catedrático de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras clave: Transporte aéreo; cierre del espacio aéreo; COVID-19; relaciones laborales

La epidemia provocada por la COVID-19 generó efectos muy importantes sobre el conjunto de las actividades económicas, pero alguna de ellas, como las vinculadas al transporte aéreo de pasajeros, sufrió una paralización casi general. El artículo estudia el impacto que las restricciones al tráfico aéreo y las medidas de apoyo han provocado sobre las empresas, el empleo y las condiciones de trabajo de las personas que prestan servicio en el sector del transporte aéreo de pasajeros en nuestro país.

ABSTRACT

Key words: Air transport; airspace closure; COVID-19; labor relations

The epidemic caused by COVID-19 had very significant effects on all economic activities, but some of them, such as those linked to air passenger transport, suffered an almost general stoppage. The article studies the impact that air traffic restrictions and support measures have caused on companies, employment and the working conditions of people who provide services in the passenger air transport sector in our country.

* El presente Informe referido a la situación española constituye un primer avance del resultado del proyecto *Varieties of Industrial Relations in Aviation Lockdown* (VIRAL) VS/2021/0188, financiado por la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, del que forman parte los autores como investigadores españoles e integrado por otros investigadores de Universidades de Alemania, Dinamarca, Francia, Irlanda, Italia y Polonia, además de la propia España, bajo la coordinación de la profesora Fausta Guarriello de la Universidad Chieti-Pescara (Italia).

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. LAS RELACIONES LABORALES EN EL SECTOR DEL TRANSPORTE AÉREO ANTES DEL COVID-19
 - 2.1. La estructura empresarial y sus organizaciones
 - 2.2. Las organizaciones sindicales del sector y la estructura de la negociación colectiva
3. LAS RELACIONES LABORALES DURANTE Y DESPUÉS DEL COVID-19
 - 3.1. La estructura empresarial
 - 3.2. Los efectos sobre el empleo
 - 3.3. Los efectos sobre las condiciones de trabajo
 - 3.4. Los efectos sobre el sistema de relaciones laborales
4. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Las enfermedades infecciosas son factores de cambio que tienen un gran impacto y generan incertidumbres en el conjunto de la actividad económica y, en particular, en determinados sectores empresariales como el del transporte aéreo de pasajeros¹. En anteriores episodios, las pandemias alcanzaron el punto máximo de deterioro de la actividad en períodos de uno a tres meses, una vez superado este marco temporal se retornó al nivel anterior al brote en un período de entre seis y siete meses. Sin embargo, en el caso de la COVID-19 las previsiones indicaron, y la experiencia ha evidenciado, que la recuperación económica se demoraría más de seis meses².

El Instituto Nacional de Estadística ha confirmado que el freno de la actividad económica, como resultado de las restricciones a la movilidad derivadas de la COVID-19, afectó especialmente al sector del transporte³. En el primer trimestre de 2020 y, sobre todo, en el segundo, los indicadores de actividad del sector servicios mostraron caídas históricas en la cifra de negocios, encontrándose el transporte entre los servicios más afectados y, dentro de éste, la caída más pronunciada correspondió al transporte aéreo. En concreto, si en el año 2019 el transporte aéreo español facturó aproximadamente 12.985 millones de euros⁴, en el año 2020 la facturación anual cayó hasta los 5.187 millones de euros⁵, lo que supone una reducción del 60 %. Sin embargo, apenas se levantaron las restricciones se

¹ Asociación de Transporte Aéreo Internacional (IATA) (2018). *Future of the airline industry 2035*, p. 13.

² Pierce, B. (2020). *COVID-19: Updated Impact Assessment*, IATA, 24 de marzo., presentación nº 9, quien añade que todas las pandemias anteriores tuvieron forma de V aguda, pero que no hubo recesión.

³ INE. Boletín informativo 07/2020.

⁴ https://www.ine.es/prensa/eess_2020_d.pdf

⁵ https://www.ine.es/prensa/eess_2020_d.pdf

inició un proceso de fuerte recuperación, de modo que, en términos mensuales, la facturación que en agosto de 2021 fue de 95,65 millones, se elevó hasta los 180,98 millones en el mismo mes de 2022, lo que viene a representar casi el doble de los resultados⁶. Correlativamente a lo anterior, la pérdida de viajeros durante el segundo trimestre del año 2020 en el transporte aéreo fue la mayor dentro de la UE respecto al mismo periodo del año anterior (61,6 millones menos de viajeros), lo que representa una caída del 98,5 % respecto al mismo trimestre del año anterior⁷. Esa cifra también comenzó a recuperarse apenas se levantaron las restricciones derivadas de la pandemia. De este modo, mientras que en el año 2020 el número de pasajeros fue de 58,69 millones, en 2021 se elevó a 93, y ya sólo en el período enero-agosto de 2022 la cifra alcanzó prácticamente los 132 millones⁸.

Con datos de AENA, durante 2021, ya en período de recuperación de la normalidad en la movilidad, el número de pasajeros de las principales compañías aéreas aumentó considerablemente respecto al año 2020. Ryanair se mantuvo como la aerolínea líder en España en número de pasajeros: 23,5 millones de pasajeros, frente a los 13,5 millones del año anterior. Vueling e Iberia se situaron en segunda y tercera posición, respectivamente, con aumentos del 74,21 % (de 12,8 millones a 22,3 millones) y del 58 % (de 6,2 millones a 9,8 millones), en relación con el año anterior. Air Europa, Binter, Iberia Express y Air Nostrum también experimentaron incrementos muy similares: 1,1; 1,7; 2 y 1,8 millones, respectivamente.

Según datos del Ministerio de Transporte, en el período enero-junio de 2022, el movimiento total de pasajeros en los aeropuertos españoles reflejó un porcentaje de incremento del 287,7 % en la comparación entre 2021 y 2022, pero si el período de análisis se extiende entre 2019 y 2022, la variación porcentual en el movimiento total de pasajeros en los aeropuertos españoles refleja un resultado negativo de -17,9 %. Esto significa que, si bien la situación y actividad del sector ha experimentado una notable mejoría, sin embargo, las cifras no son aún equiparables a las previas a la pandemia.

El grupo de empresa de Iberia y Vueling (IAG) reportaba beneficios en el segundo trimestre del año (2022), gracias a la recuperación del tráfico; de esta forma, las pérdidas del semestre se reducían a 654 millones; frente a las pérdidas de 967 millones del año 2021 en el mismo periodo, lo que significa que los ingresos están ya sólo un 28 % por debajo de los prepandemia. El primer semestre de 2022, no obstante, aún quedaba lastrado por la mala evolución del primero, que coincidió con el estallido de la guerra en Ucrania y los momentos finales de la pandemia.

⁶ <https://www.ine.es/consul/serie.do?d=true&s=IAS2532&nult=15>

⁷ Dato también confirmado por Eurofound, *Social dialogue and collective bargaining in the civil aviation sector during the Covid-19 pandemic*, 2022, pag. 15.

⁸ Informes del Transporte aéreo en España. Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana.

Estos mejores datos en el segundo periodo se deben a la recuperación del tráfico y las buenas expectativas que había entonces de cara al verano. Hasta junio IAG alcanzó el 72 % de la capacidad que había operado en el mismo periodo de 2019 y para el resto de 2022 se prevé alcanzar el 80 % en el tercer trimestre y el 85 % en el cuarto trimestre. Las buenas previsiones, sin embargo, están marcadas por algunas incertidumbres; el incremento del precio del combustible, por la guerra de Ucrania, es una de ellas. Según IAG, los gastos de combustible aumentaron 2.069 millones, hasta 2.566 millones.

2. LAS RELACIONES LABORALES ANTES DEL COVID-19

2.1. La estructura empresarial y sus organizaciones

La estructura empresarial en la aviación comercial se caracteriza por una importante pluralidad de entidades, tanto en lo que refiere a las compañías aéreas, en el sentido estricto del término, como en lo que hace referencia al número de empresas que se incorporan a la cadena de valor del sector.

Las principales aerolíneas por volumen de pasajeros en 2019 serían las siguientes

RYANAIR (43.704.621)

IBERIA (16.982.210 Iberia + 6.238.218 Iberia Express)

VUELING (29.076.503)

EASYJET (17.860.171)

AIR EUROPA (13.075.556)

TUI Group (10.150.729)

Norwegian (8.333.619)

Jet2.com (8.035.409)

Eurowings (5.617.964)

Aunque existe una asociación que integra al conjunto de las compañías aéreas, Asociación de Líneas Aéreas (ALA), la misma no asume labores de participación activa en la esfera de las relaciones laborales en el sector⁹. Por el contrario, en el transporte aéreo tradicionalmente ha predominado la negociación colectiva de ámbito empresarial, con escaso protagonismo de la negociación sectorial. Los actores principales desde esta perspectiva son las propias compañías aéreas, que

⁹ <https://www.alaspain.com>

diseñan sus propias políticas laborales, sin perjuicio de que exista un cierto grado de convergencia, pues se trata de un sector con una importante normativa común de referencia y desafíos futuros también comunes.

La normativa europea sobre liberalización del transporte aéreo de pasajeros ha tenido un enorme efecto en la evolución del sector en España. Existen regulaciones no estrictamente laborales para el sector que inciden de manera indirecta sobre la gestión del sector desde esta perspectiva. Por ejemplo, la normativa de prevención de riesgos laborales y de seguridad, de importante impacto sobre lo laboral; la normativa sobre titulación académica de quienes deben realizar determinadas tareas en la actividad de la aviación comercial, especialmente por lo que se refiere a los pilotos; la normativa sobre jubilación obligatoria de pilotos, etc. Mucho más intensa y directa es la regulación laboral por lo que se refiere al control aéreo, tanto por lo que respecta al mayoritario sector público como al incipiente sector privado.

Todas las compañías aéreas con base en nuestro país son de capital privado. En algunas de ellas el peso del capital español es notable, pero en otras no. El Gobierno español durante las últimas décadas del pasado siglo ha privatizado la mayoría de las grandes empresas que formaban parte del sector público. La salida del capital público de Iberia permite afirmar que en nuestro país no existen compañías de bandera. Sin perjuicio de lo anterior, las ayudas públicas han tenido una importante función promocional y han alcanzado al conjunto de las empresas del sector, incluidas las compañías de *low cost*. Sin perjuicio de lo anterior, permanecen en manos del Estado la gran mayoría de las actividades de control del tráfico aéreo, así como la titularidad y gestión de los aeropuertos destinados a la aviación comercial.

Algunas de estas compañías podrían identificarse con el sector de *low cost*, aunque el resto no puede considerarse que sean estrictamente de gestión tradicional, pues o bien tienen filiales *low cost* (Iberia express), o bien están consorciadas con otras de *low cost* para ciertos trayectos, o bien presentan algunos perfiles próximos en algunos aspectos de semejanza al *low cost*. Algunas de estas compañías están integradas en un mismo grupo empresarial, como es el caso de Iberia y Vueling, que pertenecen al grupo liderado por British Airlines IAG, con repartos de ámbitos de actuación cada una de ellas, si bien externamente actúan como compañías plenamente autónomas.

Por lo que respecta a la actividad de Handling, la principal organización empresarial es ASEATA, que agrupa a las empresas dedicadas a proveer estos servicios para terceros, como Iberia y Groundforce¹⁰. Por su parte, otras empresas, como Ryanair e Easyjet, eran las principales operadoras en formato de auto-asistencia.

¹⁰<https://aseata.es>

2.2. Las organizaciones sindicales del sector y la estructura de la negociación colectiva

En la estructura sindical del sector debe distinguirse entre los sindicatos más representativos de ámbito general y los sindicatos específicos del sector aéreo, que representan exclusivamente a determinadas categorías profesionales. Con carácter general, CCOO y UGT, como sindicatos más representativos a nivel estatal, tienen una presencia significativa en la cadena de valor del sector, aunque con escasa representatividad entre el personal de vuelo. SEPLA, por su condición de sindicato mayoritario en el colectivo de Pilotos de líneas aéreas, posee secciones sindicales en todas las aerolíneas¹¹. SITCPLA, sindicato específico de quienes prestan servicios como Tripulantes de Cabina de Pasajeros, posee secciones sindicales en la mayoría de las aerolíneas¹². STAVLA (Sindicato de Tripulantes Auxiliares de Vuelo de Líneas Aéreas), es el sindicato de tripulantes de cabina más representativo en algunas aerolíneas como Iberia y Vueling¹³. En el ámbito del control aéreo hay una variedad de sindicatos, pero con diferencia el más representativo es USCA para los controladores del tráfico aéreo, tanto para la empresa pública que asume la gestión de la mayoría de la actividad (ENAIRE), como las empresas que gestionan las torres privatizadas¹⁴.

La afiliación en el sector de la aviación comercial en términos generales es mucho más elevada que la registrada en el resto de los sectores de la actividad económica. Ello se debe, entre otros factores, relacionados con el origen público del sector, a la preponderancia del convenio franja. En concreto, en el ámbito de los pilotos la tasa de sindicación, en algunas empresas como IBERIA alcanza el 100 %. En el resto de los ámbitos, la tasa de sindicación es también muy alta, comparativamente superior al resto de los sectores productivos y actividades económicas, aunque no se alcanzan esas cifras. A modo de ejemplo, también en IBERIA, el personal de tierra alcanza tasas de sindicación del 63,55 %, mientras que el personal de cabina muestra una tasa bastante inferior.

Las altas tasas de afiliación y la especificidad del transporte aéreo de pasajeros coadyuvan a garantizar un alto grado de cobertura de la negociación colectiva, que alcanza el 100 % de las empresas y de los trabajadores. Como excepción a este panorama, Ryanair mantiene un conflicto abierto con las representaciones sindicales de la mayoría de la plantilla, aunque ha alcanzado un acuerdo con los pilotos.

¹¹ <https://www.sepla.es/es/>

¹² <https://www.sitepla.es>

¹³ <https://www.stavla.com>

¹⁴ <https://www.usca.es>

La singularidad del sector del transporte aéreo de pasajeros en España resulta muy intensa tanto por lo que respecta a la evolución del sector como por lo que hace referencia al sistema de negociación colectiva. En este sentido, la práctica ausencia de convenios colectivos de sector determina la vigencia de un sistema de negociación colectiva extremadamente descentralizado, que pivota sobre dos ejes. De un lado, los convenios colectivos de empresa, que afectan a los trabajadores de tierra y, en algunos casos, a quienes que realizan las actividades de cabina (TCP). Por otro lado, los convenios colectivos para pilotos, que afectan únicamente a esta categoría profesional que forman parte de una misma empresa. Progresivamente, tanto los sindicatos más representativos a nivel estatal, como los sindicatos más representativos de pilotos han ido implantándose en estas empresas y replicando la estructura de la negociación colectiva heredada de IBERIA. Por ello, la reforma laboral de 2012, que entre otras materias modificaba la regulación legal de la estructura de la negociación colectiva, no ha producido un efecto relevante en este ámbito, pues ya se trataba de un sector dotado de un alto grado de descentralización. Incluso en aquellos ámbitos en los que predominaba la negociación de ámbito sectorial, la misma no se ha visto afectada por la preferencia aplicativa del convenio de empresa.

Adicionalmente, la liberalización del sector también ha permitido la entrada de numerosas empresas de *handling*, circunstancia que ha permitido la celebración de un convenio colectivo de sector para estas empresas. Sin embargo, en este punto parece que la reforma laboral de 2012 sí ha tenido un efecto destacable, pues algunas de las empresas que, en principio, podrían verse afectadas por el convenio sectorial mantienen su propio convenio de empresa.

Los enormes cambios operados en el sector objeto de análisis, con la entrada de nuevas empresas *low cost* y la privatización de Iberia, han provocado una transformación sin precedentes. Bajo la amenaza de la desaparición, las empresas tradicionales venían abordando importantes planes de reducción de costes con claro efecto en las condiciones de trabajo que venían disfrutando los trabajadores de Iberia. En este marco, la fuerte afiliación sindical ha permitido el desarrollo de numerosos procesos de negociación, conforme a los cuales se ha abordado un amplio proceso de reestructuración sin grandes conflictos. En paralelo, la irrupción de nuevas empresas, con estándares de condiciones de trabajo claramente inferiores, se ha visto favorecida por la inexistencia de representaciones de los trabajadores y por el alto grado de descentralización de la negociación colectiva.

Sin perjuicio de lo anterior, la transformación del sector no ha estado exenta de algunos conflictos de ámbito empresarial o inferior. En septiembre de 2019, Ryanair abordó un proceso de reestructuración en el conjunto del país en el que adopta la decisión de cerrar cuatro centros de trabajo y el despido colectivo de 150 pilotos. El sindicato SEPLA responde con la convocatoria de varios días de huelga. La fijación de unos servicios mínimos abusivos, según declaró posteriormente la Audiencia Nacional, minimizaron los efectos de la huelga. SEPLA ha denunciado

que Ryanair contrata a pilotos a través de las empresas interpuestas (Crewlink y Workforce) de las que es propietaria, que luego son puestos a disposición de la propia Ryanair. En algunos casos, estas concretas compañías contratan trabajadores “autónomos”, con sospechas de que pudieran ser falsos autónomos. En julio de 2021 se ha firmado un preacuerdo para comenzar a incorporar a la plantilla progresivamente de todos los pilotos que operaban como falsos autónomos. La misma compañía protagonizó otro conflicto con los TCP durante el verano de 2018 y el mes de enero de 2019. En esta ocasión, las personas pertenecientes a esta categoría profesional solicitaban la aplicación de la legislación laboral española.

Los conflictos en el sector del transporte aéreo de pasajeros afectaron también a otras empresas. En el caso de IBERIA, el personal de tierra del aeropuerto del Prat (Barcelona) convocó huelgas durante el mes de diciembre de 2017 y los meses de julio y agosto de 2018, con el objetivo, entre otros, de mejorar la estabilidad del empleo y la regulación de los turnos de trabajo. Similares problemas fueron abordados en los procesos de huelga que, durante el mes de marzo de 2017, tuvieron lugar en el aeropuerto de Gran Canarias. Pero quizás el conflicto más grave en esta empresa tuvo lugar entre noviembre de 2021 y marzo de 2013, en el que la dirección planteó el despido colectivo de casi 4.000 personas. El proceso se cerró con un acuerdo de mediación que determinó la extinción de 3.141 contratos. Por su parte, en la empresa VUELING los pilotos convocaron huelga en los meses de abril y mayo de 2018. A juicio del SEPLA, la empresa incumplía el convenio colectivo aplicable en el apartado de retribuciones. Pero quizás, el conflicto más emblemático ha sido el mantenido en el sector del control aéreo en el año 2010, que provocó el cierre del espacio aéreo y la militarización de las personas que prestaban servicio como controladores. El conflicto concluyó con un arbitraje que supuso una importante rebaja de sus condiciones salariales, con el correspondiente impacto de las tarifas que asumían las compañías aéreas a este proveedor de servicios aeronáuticos.

En este marco de transformación, tanto la aparición de nuevas empresas como la desaparición de la posición dominante y la privatización de la empresa pública que durante muchos años casi monopolizó el sector aéreo ha facilitado la pérdida del intenso poder de negociación que durante años han ejercido las organizaciones sindicales que forman parte de éste. En paralelo, el abuso de la fijación de servicios mínimos por parte del Gobierno en las huelgas del sector, por afectar a servicios considerados como esenciales, que ha recibido el reproche judicial en sucesivas ocasiones, ha debilitado aún más la posición de las representaciones sindicales en las empresas de gestión tradicional. Con relación al resto de empresas, si en el momento de su inserción en el sector mostraban la ausencia de representaciones sindicales facilitaba la fijación de condiciones de trabajo muy inferiores a las establecidas en Iberia, los trabajadores progresivamente han ido generando procesos de organización que han culminado con la celebración de procesos de conflictos colectivos y, en la mayoría de los casos, la mejora de las condiciones de trabajo

mediante la firma de convenios colectivos. Al margen de estas concreciones, las organizaciones sindicales presentes en la empresa Ryanair que pretende sustraerse a la aplicación de las normas laborales españolas, por vía de ubicar su actividad en Irlanda y aplicar la legislación de ese país, aunque ello se ha producido con oposición no sólo sindical sino también del Ministerio de Trabajo. En algunos casos, los sindicatos de pilotos de distintos países europeos han conseguido la firma de algunos acuerdos, si bien el resto de quienes prestan servicio en esta empresa no parece que hayan podido alcanzar sus reivindicaciones hasta la fecha.

3. LAS RELACIONES LABORALES DURANTE Y DESPUÉS DEL COVID-19

3.1. La estructura empresarial y sus organizaciones

El número de las compañías aéreas existentes en España ha protagonizado un importante descenso. Si en el año 2019 operaron 201 compañías, en el año 2021 esta cantidad se redujo a 150¹⁵. Así, puede considerarse que la crisis provocada por el COVID-19 afectó gravemente al sector de la aviación en España, aunque es posible que influyeran también otros factores ya presentes con anterioridad.

El principal proceso de reestructuración empresarial que se ha producido en el sector, que aún no ha culminado, ha sido el que ha afectado al grupo IAG y a la empresa Air Europa. El grupo IAG (integrado por Iberia, Iberia Express, Vueling y British Airways), convirtió un préstamo de 100 millones concedido a Air Europa, en acciones de esta última aerolínea, asumiendo la condición de segundo mayor accionista de Air Europa (20 % de los títulos) con el objetivo final de controlar en breve el 100 % de Air Europa. Para ello debe conseguir la autorización de las autoridades europeas de competencia, esperando tener el plan de compra presentado para 2023. De obtener tal autorización el aeropuerto de Barajas se transformaría en el núcleo internacional de rutas hacia Latinoamérica.

3.2. El impacto de la crisis del COVID-19 sobre el empleo

Desde el punto de vista de la importancia del sector del transporte y el almacenamiento en la economía española, el porcentaje de trabajadores de este sector sobre el total de trabajadores ha oscilado, con tendencia ascendente, entre 4,7 % y el 5,2 % entre los años 2008 a 2020. Estos valores resultan muy similares a la media de los países de la UE-27. En términos absolutos, el número de trabajadores del sector del transporte aéreo en España ha experimentado un

¹⁵ OTLE a partir de datos del INE (EPA). Última actualización, mayo 2022.

proceso de disminución desde los 53.400 trabajadores en 2019 hasta los 49.200 en 2021¹⁶.

Con carácter general, en nuestro país la pandemia ha provocado un efecto muy intenso sobre el empleo temporal que ha absorbido el grueso de la disminución de los puestos de trabajo. Por su parte, el empleo de duración indefinida se ha visto sometido a procesos de reorganización a resultas de la implantación del trabajo a distancia, de procedimientos de suspensión de contratos y reducción de la jornada, como alternativos a los despidos. Estas medidas han logrado contener la destrucción de empleo entre las personas contratadas por tiempo indefinido. Según datos de la Seguridad Social, en el conjunto del mercado de trabajo casi 900.000 afiliaciones habían desaparecido en la segunda quincena de marzo de 2022, a resultas de las primeras medidas frente a la COVID. El sector del transporte aéreo ha seguido la línea del resto de los sectores, teniendo en cuenta la menor tasa de contratación temporal que registra el sector respecto del resto del mercado de trabajo con la salvedad de los TCP. En todo caso, en términos comparativos la destrucción de empleo en el transporte aéreo ha sido menor que en otros sectores. En concreto, la destrucción de empleo en este sector se calcula en torno a los 40.000 puestos de trabajo, desagregados de la siguiente forma: British Airways 12.000, Lufthansa 10.000, SAS 7.000, Norwegian 4.200, Virgin Atlantic 3.200, Ryanair 3.000, Flybe 2.000, Wizz Air 1.000¹⁷.

Por otra parte, la mayoría de las diversas compañías aéreas se han beneficiado de estas medidas, especialmente a través de la modalidad más beneficiosa, que era la justificada por razones de fuerza mayor: Iberia (18.000 trabajadores afectos), Norwegian (casi 1.000 tripulantes de cabina afectados), Air Europa (unos 3.500 trabajadores), Ryanair (aproximadamente 1.500 trabajadores), Air Nostrum (348 tripulantes de cabina), EasyJet (700 trabajadores), Iberia Express (711 trabajadores) y Vueling (3.800 trabajadores). La utilización de la figura de los ERTE por fuerza mayor, a largo plazo y conforme se recuperaba la normalidad del tráfico aéreo, ha sido criticada por algunos colectivos de trabajadores desde dos perspectivas. Una inicial, reclamando la vuelta a procesos negociales con los representantes de los trabajadores (los ERTE por fuerza mayor no requieren consulta con tales representantes) al objeto de recuperar las condiciones de trabajo anteriores a la pandemia; otra, concerniente al peculiar uso de la figura entre los pilotos. Algunas compañías, dada las particulares características de los horarios y programaciones de las tripulaciones aéreas han aprovechado la previsión y finalidad de la institución para concentrar la mayoría del trabajo en jornadas reducidas. La inclusión o salida de estas medidas, además, se ha utilizado como mecanismo para que muchos trabajadores recuperen su ritmo habitual de trabajo, con un número de horas de

¹⁶ OTLE a partir de datos del INE (EPA). Última actualización, mayo 2022.

¹⁷ Hecho probado 2º de la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 18 de octubre de 2021, núm. 215/2021, AS\2021\1843.

vuelos similares a la prepandemia, pero con la diferencia de que tales horas se concentran en ciertos días y no a lo largo de todo el mes. Esta situación, lógicamente, limita las posibilidades del trabajador de *planificar su tiempo, conciliar e, incluso, conocer lo que van a percibir como salario y prestación por desempleo a fin de mes.*

Pese a la incertidumbre derivada de la guerra en Ucrania, la elevada inflación, el incremento del precio de la energía y el complicado panorama económico del otoño, las operaciones de vuelo en verano de 2022 han evolucionado de forma muy positiva. Ello ha supuesto el retorno al trabajo de la práctica totalidad de los trabajadores que se vieron afectados por las medidas de suspensión de contratos y de reducción de jornada, aunque no al extremo de recuperar por completo los niveles de empleo prepandemia. En estas circunstancias compañías como Ryanair tienen previsiones de incrementar sus plantillas. En concreto, esta compañía planea abrir un nuevo centro de formación de pilotos en España o Portugal, y prevé contratar 1.000 nuevos pilotos y 2.000 o 3.000 nuevos tripulantes de cabina y, en los próximos cinco años, crear 6.000 nuevos empleos. La apertura en Málaga de una nueva base de Easyjet en abril de 2021 supuso la creación de 100 nuevos puestos de trabajo.

3.3. Impacto sobre las condiciones de trabajo

De manera general, además de los riesgos particulares que afecta al personal de cabina y los pilotos (exposición a radiaciones, desfases horarios, lesiones provocadas por los equipajes o carros, quemaduras con el material de cocina, comportamientos violentos de pasajeros –rabia aérea–), la pandemia ha afectado también a los lugares de trabajo del sector de la aviación, especialmente en ámbitos relacionados con la seguridad y salud de los trabajadores. En lo relativo a riesgos profesionales, se ha indicado que las anulaciones y restricciones que ha provocado la COVID-19, han podido generar un incremento de los niveles de estrés laboral en los trabajadores de la aviación civil¹⁸.

En España, durante la COVID-19 se adoptaron determinadas medidas destinadas a cuidar la salud y seguridad, de la población, en general, y de quienes debían prestar las actividades esenciales, en particular. El uso de equipos individuales de protección y de mascarillas fueron las medidas generalizadas.

Un Real Decreto ley de julio de 2020 incorporó una serie de medidas relacionadas con la reactivación económica en el sector de los transportes y la protección de la salud de los trabajadores y viajeros¹⁹. Tales actuaciones, de carácter

¹⁸ OIT, Nota informativa sectorial, “La COVID-19 y la aviación civil”, 9 de abril de 2020., pág. 2.

¹⁹ Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio.

restrictivo, se dictaron en línea con las directrices operativas para la gestión de pasajeros aéreos y personal de aviación con relación a la pandemia COVID-19, adoptadas por la Agencia de la Unión Europea para la Seguridad de la Aviación (EASA) y el Centro para la Prevención y el Control de Enfermedades (ECDC). Las citadas previsiones han sido derogadas en agosto de 2022, en atención a la favorable evolución de la emergencia sanitaria, ha eliminado la obligatoriedad de la aplicación de las directrices operativas que se establecieron como recomendaciones en el ámbito de la Unión Europea. Se pretende con ello evitar la imposición de obligaciones adicionales a las exigibles en el ámbito de la Unión Europea, en un contexto de reactivación del sector y del turismo asociado al periodo vacacional.

La obligatoriedad del uso de las mascarillas por los mayores de seis años como medida general en todos los espacios, incluyendo específicamente el transporte aéreo. La medida se ha ido flexibilizando en ciertos ámbitos y espacios, pero en la actualidad se sigue manteniendo su obligatoriedad en el transporte aéreo.

Desde otra perspectiva, la recuperación del tráfico aéreo está provocando grandes retrasos y cancelaciones de vuelos que, según EASA (Agencia Europea de Seguridad Aérea) afecta directamente al nivel de fatiga de las tripulaciones de vuelo. Recomienda que las autoridades nacionales que supervisen que los operadores garanticen el cumplimiento de los requisitos de actividad y descanso previstos en la norma FTL a la hora de programar las actividades de vuelo. En particular, deben poner el foco en la forma en que los operadores evitan la fatiga de los tripulantes para garantizar un nivel adecuado de seguridad en todas las operaciones y circunstancias.

En el sector del transporte aéreo, la aplicación de las medidas de seguridad y salud ha provocado algunos conflictos que han debido ser resueltos en sede judicial. Así, los tribunales han establecido la obligación de la empresa de reconocer y abonar a los pilotos y tripulantes de cabina tripulantes los días y horas de trabajo desprogramados a consecuencia de la administración a los mismos de la vacuna Covid.

La partida de gastos de personal venía siendo el principal gasto de las compañías, pero, tras la pandemia y el aumento del coste del combustible derivado de la guerra de Ucrania, ésta ha sido superada por la partida de gastos de combustible. Sin embargo, dadas las limitadas posibilidades de las aerolíneas de influir en el precio de los combustibles o en el coste de las aeronaves, la única forma que tienen las compañías aéreas de controlar los costes es en relación con la partida de costes laborales²⁰. Esta actuación en España se ha producido, sobre todo, por parte de las empresas de *low cost*. Ryanair acordó en julio de 2020 una reducción de todos los conceptos salariales durante un periodo de 4 años comprendiendo el

²⁰ OIT, “La aviación civil y los cambios en su entorno laboral”, (GDFCAI/2013), Dpto. de Actividades Sectoriales, Ginebra, 2013, pág. 24.

primer año un 10 % de los mismos para los TCPs y un 20 % para los pilotos, no recuperándose los salarios vigentes a la fecha de la decisión hasta el mes de agosto de 2024; igualmente decidió la supresión temporal del *bonus* de productividad. Estas medidas de reducción salarial se han producido también en algunas empresas de la cadena de valor del transporte aéreo, como es el caso de la empresa pública de gestión del tráfico aéreo (ENAIRE), donde no se han adoptado las medidas de suspensión de contratos o de reducción de jornada.

No obstante, teniendo en cuenta que la medida de mayor impacto en España ha sido la interrupción de la actividad laboral total o parcial, vía suspensión contractual o reducción de jornada, no ha sido tan extendida la práctica de la reducción de jornada. Por el contrario, en algunos casos, la aportación pública sustitutiva de los salarios a través de prestaciones de Seguridad Social, que no cubre la totalidad de la retribución de los trabajadores, en algunas compañías aéreas se ha complementado con aportaciones de las propias empresas; destaca como singularidad esta aportación, porque constituye una práctica empresarial excepcional respecto al resto de los sectores productivos donde es una conducta empresarial casi desconocida. Así, por ejemplo, Iberia Express durante la pandemia ha complementado los salarios de los trabajadores con sus contratos suspendidos.

Al margen de lo que ha sucedido con la concertación social general en la cúspide de carácter tripartito, durante la pandemia la negociación colectiva en materia salarial se ha presentado especialmente complicada, al punto que se interrumpieron casi todos los procesos de renovación de los convenios colectivos, si bien ello coincidió con un período de congelación práctica de incremento de la inflación. Posteriormente la ralentización de la recuperación económica, la alta inflación y la divergencia de posiciones entre los agentes sociales acerca de la medida más adecuada para afrontar los nuevos desafíos, están provocando que no se consiga un acuerdo acerca de los incrementos salariales. Si bien durante los momentos más crudos de la pandemia los sindicatos priorizaron el mantenimiento del empleo frente a la demanda de mayores incrementos salariales, la superación de la COVID-19 y el inicio de la recuperación está comportando un cambio de criterio en las exigencias sindicales.

La evolución general de la variación salarial pactado en el sector de transporte aéreo pone de manifiesto dos singularidades importantes: un porcentaje de variación salarial en 2021 mucho más elevado que el del resto de subsectores del transporte (7,12 % frente al 1,17 % en el transporte terrestre y por tubería y 0,76 % en el transporte marítimo y por vías navegables interiores); en el sector del transporte aéreo la variación porcentual anual en el ámbito de empresa ha sido en todos los años inferior a la alcanzada en el ámbito superior a la empresa (en 2021, del 4,17 % en el ámbito de la empresa, frente al 7,33 en el ámbito sectorial), al contrario de lo que es más habitual en el resto de sectores del transporte. Esto es importante teniendo en cuenta que en relación con el personal de vuelo los convenios colectivos son convenios de franja empresariales.

Durante la COVID-19, entre las dos modalidades de medidas generalizadamente extendidas para hacer frente a la paralización de la actividad empresarial, como alternativas a los despidos, la más utilizada con gran diferencia ha sido la suspensión contractual, de modo que ha tenido mucho menor impacto la utilización de la reducción de jornada. No obstante, en el ámbito del transporte aéreo, comoquiera que éste no se ha llegado a paralizar por completo, entre las compañías aéreas ha existido un uso más significativo de la reducción de la jornada de trabajo, con correlativa reducción del salario compensada por prestaciones públicas de Seguridad Social a los trabajadores que interrumpían parcialmente su actividad laboral. El procedimiento establecido al efecto era de notable agilidad, de modo que las empresas han podido efectuar de manera fácil esta medida, con inmediatez y en la mayoría de las ocasiones sin procedimientos de consultas a los representantes de los trabajadores.

La crisis sanitaria demostró que el trabajo a distancia podía ser un mecanismo eficaz para asegurar el mantenimiento de la actividad durante la pandemia y para garantizar la prevención frente al contagio. Sin embargo, para el personal de vuelo al servicio de las compañías aéreas, cuya prestación va ligada intrínsecamente al desplazamiento de la aeronave, estas medidas se manifiestan inoperativas. Más aún, durante la pandemia se han producido ciertos conflictos entre los pilotos y TCP derivados de las dificultades de organización del tiempo de trabajo por su impacto negativo sobre la conciliación con las responsabilidades familiares.

Por otra parte, durante la pandemia el Gobierno puso en marcha un plan de medidas destinadas a favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar (MECUIDA)²¹. Se incluye el derecho de los trabajadores a la adaptación de su jornada y/o a su reducción cuando concurrieran circunstancias excepcionales de atención a familiares por contagio. Se trata de medidas de carácter general, a disposición también del personal de las compañías aéreas, si bien no se dispone de datos desagregados del uso de estas medidas en el concreto sector.

Algunas de las medidas adoptadas durante la pandemia se han ido eliminando progresivamente, mientras que otras se han incorporado como permanentes con perfiles específicos al ordenamiento jurídico. Entre las eliminadas citaríamos sobre todo la obligatoriedad del trabajo a distancia donde técnicamente era posible o las limitaciones a las facultades de adopción de medidas de despidos por parte de las empresas. Entre las mantenidas, si bien con una regulación nueva de carácter estructural se encuentran la nueva regulación de los procedimientos de reducción de jornada y de suspensión de los contratos de trabajos, así como una completa regulación del trabajo a distancia.

²¹ Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, artículo 6.

Por lo que se refiere en concreto a las compañías aéreas, tras la pandemia han vuelto al trabajo la práctica totalidad de los trabajadores cuyos contratos se había suspendido, si bien se ha producido en términos netos una pérdida de empleo por la destrucción de empleo inicial entre los trabajadores temporales que no ha llegado a recuperarse. En algunas compañías se mantienen las reducciones de salarios que se adoptaron con ocasión de la pandemia.

3.4. Impacto sobre el Sistema de relaciones laborales

Respecto de la medida generalizada utilizada para garantizar el empleo durante la pandemia (suspensión contractual y reducción de jornada) la normativa sólo exige la comunicación a los representantes y no la consultas con ellos cuando las medidas se basan en circunstancias de fuerza mayor. Estas medidas han sido las dominantes durante el primer período de la pandemia, con el consenso implícito de la parte sindical. En una fase posterior, se utilizaron estas medidas (de suspensión de empleo y reducción de jornada) pero por razón de causas empresariales, lo que implicaba la exigencia legal de procesos de consulta con los representantes de los trabajadores, en términos tales que en la mayoría de las ocasiones las medidas se alcanzaron sin oposición sindical, a pesar de que no dejaron de presentarse episodios de tensión y de desacuerdo en la puesta en práctica de las medidas y de su vuelta a la normalidad.

La forma más frecuente de participación de los interlocutores sociales fue, con mucho, a través de negociaciones extraordinarias o negociaciones sobre temas específicos (derivados de la pandemia), con el soporte de ayudas públicas diseñadas por vía de un importante proceso de diálogo social²².

Una vez recuperada la normalidad del tráfico aéreo, algunas compañías han llegado a acuerdos con los representantes de los trabajadores para recuperar plenamente el empleo. Por ejemplo, en enero de 2021, el sindicato de pilotos (SEPLA) logró un acuerdo con EasyJet para salvar el empleo de los pilotos. El acuerdo fue ratificado por más del 90 % de los pilotos de la compañía.

La estructura de la negociación colectiva en el sector no ha sufrido cambios como consecuencia de la pandemia. Sí se ha producido, con carácter general, una paralización en la firma de convenios durante la COVID-19, que, tras el período de post-pandemia, ha comenzado a desaparecer, dinamizándose la renegociación de los convenios colectivos.

Los convenios colectivos más relevantes vigentes en estos momentos son los siguientes.

²² Eurofound, *Social dialogue and collective bargaining in the civil aviation sector during the Covid-19 pandemic*, 2022, pág. 21.

1. Convenio colectivo entre Iberia y sus tripulantes de cabina de pasajeros (BOE 8 de mayo de 2014), firmado por los sindicatos CTA-Vuelo, SITCPLA, UGT y CC.OO.
2. Convenio colectivo entre Iberia y sus pilotos (14 de octubre de 2022), firmado por el sindicato SEPLA.
3. Convenio colectivo entre Iberia y su personal de tierra (BOE 15 de julio de 2020), firmado por los sindicatos CC.OO., UGT, USO y ASETMA.
4. Convenio colectivo entre Iberia Express y sus pilotos (BOE 27 de mayo 2014), firmado el sindicato UPPA.
5. Convenio colectivo entre Iberia y sus Tripulantes de Cabina en Madrid (BOCM 24 de marzo de 2016), firmado por el sindicato ATAM.
6. Convenio colectivo entre Vueling Airlines y su personal excepto directivos y pilotos (BOE 4 de abril de 2017), firmado por los sindicatos CCOO y STAVL.
7. Convenio colectivo entre Vueling y sus pilotos (BOE 13 de noviembre de 2020), firmado por el sindicato SEPLA.
8. Convenio colectivo entre Air Europa y sus tripulantes de cabina (BOE 14 de octubre de 2021), firmado por los sindicatos SEPLA y UPPA.
9. Convenio colectivo entre Air Europa y su persona de tierra (BOE 7 de octubre de 2017), firmado por los sindicatos USO, UGT y CCOO.
10. Convenio Air Europa y sus tripulantes técnicos de vuelo (5 de diciembre de 2019), firmado por los sindicatos SEPLA y UPPA, modificado posteriormente (BOE 14 de octubre), firmado por los sindicatos SITCPLA, USO y CCOO.
11. Convenio entre Easyjet y sus pilotos (BOE 19 de agosto de 2019), firmado por el sindicato SEPLA.
12. Convenio entre Easyjey y sus tripulantes técnicos de vuelo (BOE 8 de mayo de 2019), firmado por el sindicato SITCPLA.
13. Convenio colectivo entre Air Europa y su personal de tierra (BOE 7 de octubre de 2017), firmado por USO, UGT y CCOO.
14. Convenio colectivo entre Air Nostrum y personal de tierra y técnicos de cabina (BOE 14 de enero de 2019), firmado por los sindicatos USO, UGT y CCOO.
15. Convenio colectivo entre Air Nostrum y sus pilotos (BOE 13 de mayo de 2020), firmado por los sindicatos SEPLA y UPPA.
16. Convenio entre Norwegian y sus pilotos (7 de julio de 2022) firmado por el sindicato SEPLA.
17. Convenio entre Norwegian y sus tripulantes de cabina (BOE 22 de agosto de 2022), firmado por el sindicato USO.
18. Convenio colectivo entre Eurowings y sus pilotos (BOE 17 de marzo de 2021), firmado por el sindicato SEPLA.

Ryanair y el sindicato CCOO han alcanzado un preacuerdo inicial, que constituye una importante novedad, por cuanto que, a pesar de que todavía no supone la firma formal de un convenio colectivo, que de principio sólo tendría

eficacia limitada a los afiliados a este sindicato, en la primera ocasión en el que se desarrolla con éxito un proceso negociador con los sindicatos en esta compañía. El proceso no está resultando pacífico, porque se oponen otros sindicatos.

Al margen de estos acuerdos, a nivel sectorial conviene tener presente que existen convenios reiterar para las actividades de *handling* (Convenio Colectivo General del sector de Servicios de Asistencia en Tierra en Aeropuertos) y torres de control (Convenio Colectivo que regula las relaciones laborales de las empresas proveedoras civiles privados de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetos a régimen concesional).

Conviene señalar que muchos de estos convenios han superado el período inicial de vigencia pactado, si bien siguen aplicándose en tanto que se renegocie el sucesivo, lo que muestra los efectos de la pandemia sobre la paralización de los procesos negociadores. En concreto, la renovación de los convenios colectivos de los tripulantes de cabina de las diversas compañías aéreas está siendo un proceso especialmente complicado. Tanto Ryanair, Iberia Express como Vueling están teniendo problemas con la firma de nuevos acuerdos y convenios colectivos. En algunos casos, esta situación está provocando conflictos, incluso convocatoria de huelgas.

Con carácter general durante la pandemia las restricciones de la movilidad derivadas de la misma han provocado un número muy escasos de conflictos laborales, particularmente casi ausencia total de huelgas. En concreto, ese panorama se ha manifestado también en el ámbito del sector del transporte aéreo. No obstante, recuperada la normalidad en el desarrollo de las relaciones sociales y, en concreto, de las relaciones laborales, han vuelto a aparecer importantes conflictos, especialmente derivados de las reclamaciones de recuperar los estándares de condiciones laborales previos a la pandemia y, especialmente la compensación por los efectos negativos derivados del alto crecimiento de la inflación. Esta nueva emergencia de los conflictos también se ha producido en el ámbito del tráfico aéreo, posiblemente con mayor exteriorización a lo que viene sucediendo en el resto de los sectores.

En concreto, el verano de 2022 ha sido más complicado de lo que era habitual antes de la pandemia. Los retrasos, cancelaciones y saturaciones en aeropuertos que se han producido parecen obedecer a causas que difieren un tanto de las conocidas incidencias meteorológicas, los fallos técnicos o conflictividad laboral puntual. Algunos de los conflictos suscitados han dado lugar, incluso, a reclamaciones ante los tribunales por parte de los sindicatos por violación del derecho de huelga.

Si nos centramos en el sector del transporte aéreo, la evolución del número de huelgas anuales pone de manifiesto que, al margen de 2015, el año 2019 marca una situación realmente singular, con un número de huelgas totales que alcanza la cifra de 9.150. En el año 2020 la conflictividad también fue importante (767 huelgas),

si bien similar a la de 2018, destacando el notable descenso de conflictos en 2021 y 2022. No obstante, conviene tener en cuenta que los datos aún no incluyen las huelgas del período de verano de 2022.

Los principales conflictos analizados por los tribunales en los últimos años en relación con el sector aéreo se han planteado respecto a la fijación de los servicios mínimos que deben prestarse durante este tipo de huelgas por exigencia de nuestra Constitución (art. 28.2 CE), al entender los sindicatos que la decisión de la autoridad gubernativa al fijar tales servicios mínimos suponía una lesión de su derecho de huelga (Ryanair, Easyjet), así como por las prácticas abusivas y presiones ejercidas por la compañía aérea sobre los trabajadores en huelga. Por ejemplo, la Audiencia Nacional declaró lesiva de la libertad sindical y del derecho de huelga una serie de actuaciones desplegadas por Ryanair dirigidas a minimizar los efectos de la huelga convocada.

4. CONCLUSIONES

La crisis de la COVID-19 ha provocado la peor caída económica en la historia de la aviación. Las restricciones generalizadas a la movilidad decretadas por los diversos Gobiernos han afectado notablemente al transporte aéreo y, particularmente, al empleo. A partir del verano de 2021 y durante 2022, la situación del tráfico aéreo ha mejorado y, pese a la incertidumbre derivada de la guerra en Ucrania, la elevada inflación, el incremento del precio de la energía y el complicado panorama económico del otoño, la realidad de las operaciones de vuelo en verano de 2022 ha sido positiva.

En España, el principal proceso de reestructuración empresarial que se ha producido en el sector, y que aún no ha culminado, ha sido el que ha afectado al grupo IAG y a la empresa Air Europa. El resultado final puede ser el control pleno por parte del grupo anglo-español, a través de la adquisición del 100 % de la aerolínea Air Europa. Tras el proceso de privatización llevado a cabo en España en las últimas décadas, no existen en la actualidad compañías aéreas de propiedad del Estado.

Durante la crisis de la COVID-19, dentro del Marco Temporal Europeo, y el marco nacional temporal, se han adoptado un conjunto significativo de medidas para hacer frente a las consecuencias más perjudiciales de la pandemia y propiciar la posterior reactivación de la economía. Según contabiliza *Eurofound*, España, desde marzo de 2020, ha acordado 100 medidas en el contexto de la pandemia de COVID-19, la guerra de Ucrania, la transformación digital, la transición verde y las empresas en reestructuración. La mayoría de los casos pertenecen a la categoría Promoción de la recuperación económica, laboral y social con 26 casos (26 %). Las compañías aéreas se han beneficiado de las importantes ayudas: Air

Europa, crédito de 475 millones del fondo de rescate de empresas estratégicas de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), 240 millones en un préstamo participativo y 235 en crédito ordinario; Plus Ultra, 34 millones en un préstamo participativo y 19 millones en un crédito ordinario.

Con carácter general, la pandemia ha significado una importante reducción de empleo, al haberse reducido notablemente el tráfico aéreo. Sin embargo, por lo que se refiere a los trabajadores con contratos por tiempo indefinido, el empleo se ha mantenido, en la medida en que la reducción ha sido temporal vía reducción de jornada o de suspensión de los contratos. Sólo la destrucción de empleo se ha presentado entre los trabajadores temporales, cuyo porcentaje en global es inferior en el sector aéreo al del conjunto de la población ocupada. No obstante, debe tenerse en cuenta que casi la mitad del personal total de asistencia en tierra está contratada de forma temporal²³. Del mismo modo la respuesta ha sido desigual según compañías aéreas, pues mientras en algunos casos las medidas adoptadas han sido inmediatas e impuestas unilateralmente, en otros, ha existido un proceso de consulta con los trabajadores.

Un grupo importante de medidas adoptadas durante la pandemia se ha dirigido a la protección del empleo, mediante el establecimiento de un mecanismo de ajuste interno alternativo a la destrucción de empleo a través de un nuevo régimen de Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTE), con un fuerte apoyo público a las retribuciones de los trabajadores e importantes exoneraciones en las cotizaciones a la seguridad social; estas medidas se han mantenido hasta abril de 2022, momento a partir del cual la práctica totalidad de los trabajadores se han reincorporado plenamente a la actividad profesional. En torno a 3,4 millones de trabajadores y 550.000 empresas se han beneficiado de este nuevo instrumento durante la pandemia.

Se trata de una figura que ya existía en nuestro ordenamiento jurídico, aunque hasta ahora utilizada con menor intensidad a lo que se ha presentado durante la COVID-19. En esta ocasión, la medida ha tenido un éxito muy elevado en todos los sectores, incluido en el transporte aéreo, en la medida en que ha venido apoyada por importantes estímulos públicos y restricciones a las posibilidades de despedir. Todas las compañías aéreas durante la pandemia han recurrido en mayor o menor medida a estas medidas por fuerza mayor. Durante estos períodos, el trabajador recibe una prestación económica por desempleo de parte de la Seguridad Social, si bien ello no cubre la totalidad del salario. En el caso de algunas compañías aéreas, de manera excepcional a lo que sucede en el resto de los sectores productivos, se ha completado con una aportación económica por parte de las empresas pactada con los sindicatos.

²³ Eurofound, *Social dialogue and collective bargaining in the civil aviation sector during the Covid-19 pandemic*, op. cit., pág. 11.

En España no se ha suscitado, como en otros países, el problema de la falta de mano de obra cualificada en el sector tras la pandemia, dado que este problema ha venido a ser conjurado con las medidas que han evitado despidos masivos por la vía de suspensiones contractuales y reducciones de jornada. En relación con el empleo de falsos autónomos las situaciones son muy limitadas, por cuanto que la mayoría de los trabajadores son contratados laboralmente. En todo caso, allí donde se percibe la práctica dudosamente lícita, por vía de interposición con terceras empresas subcontratistas, algunas compañías se han comprometido a contratar a tales trabajadores directamente como asalariados.

La pandemia ha provocado un incremento de los riesgos para la seguridad y salud habituales de los trabajadores del sector aéreo. A tal efecto ciertas medidas adoptadas ha provocado importantes efectos: protocolos de limpieza, equipos de protección personal, información frente a prácticas inadecuadas y el estrés, políticas de confidencialidad, protocolos para las pruebas de detección, seguimiento de las cuarentenas, etc. Como medida general de protección, estos trabajadores también se han visto afectados por la obligación de proporcionar equipos de protección individual, uso de mascarillas y la vacunación frente a la COVID-19.

Los datos estadísticos evidencian que la recuperación gradual de los salarios que se había ido produciendo a partir de 2015, con la crisis de la COVID-19 se ha detenido, incluso se han reducido.

La evolución general de la variación salarial pactada en el sector de transporte aéreo pone de manifiesto un porcentaje de variación salarial en 2021 mucho más elevado que el del resto de subsectores del transporte; en el sector del transporte aéreo la variación porcentual anual en el ámbito de empresa ha sido en todos los años inferior a la alcanzada en el ámbito superior a la empresa, al contrario de lo que es más habitual en el resto de los sectores del transporte. Esto es importante teniendo en cuenta que en relación con el personal de vuelo los convenios colectivos son convenios para grupos profesionales predeterminados de trabajadores en la empresa.

El trabajo a distancia se ha generalizado durante la pandemia en el sector servicios, aunque con cierto reflujo una vez concluida esta. Sin embargo, para el personal de vuelo al servicio de las compañías aéreas, cuya prestación va ligada intrínsecamente al desplazamiento de la aeronave, esta medida no resulta operativa. Tampoco son factibles medidas como la de los permisos retribuidos recuperables, a través de los cuales empresa y representantes de los trabajadores negocian cómo recuperar las horas de trabajo perdidas por el permiso.

Como medida para favorecer la conciliación durante la pandemia se aprobó el Plan MECUIDA que consagra el derecho de los trabajadores a la adaptación de su jornada y/o a su reducción cuando concurren circunstancias excepcionales de cuidado de familiares. Se trata de una medida general, también disponible para

el personal de las empresas de transporte aéreo, aunque parece que con menor efectividad en estas últimas por razones de la especialidad del trabajo en las mismas.

La pandemia no ha provocado cambios en el nivel de afiliación y densidad sindical, ni en general ni en el transporte aéreo en particular. La elevada tasa de sindicalización en el sector aéreo, comparativamente con el resto de los sectores económicos, se ha mantenido a todos los efectos.

El transporte aéreo se caracteriza por la fragmentación de las relaciones laborales, de tal manera que prácticamente no existen convenios colectivos de ámbito sectorial. Más aún, dentro de cada una de las empresas suelen existir varios convenios colectivos independientes para cada grupo profesional de trabajadores. Ello constituye una fuente tradicional de problemas del sector que durante la pandemia de la COVID-19 y tras su superación se ha manifestado con intensidad. En todo caso, esta estructura de la negociación colectiva no debilita el poder sindical, sino todo lo contrario.

La capacidad de presión y negociación de los sindicatos del sector es fuerte, dependiendo también de la actitud y estrategias de cada compañía aérea frente a las organizaciones de representación de los trabajadores. Mientras que alguna compañía de *low cost* ha mantenido una política de resistencia a la implantación sindical, otras compañías optan por la “estrategia de la aceptación”. Incluso se advierte que en los últimos tiempos las compañías con prácticas de carácter más antisindical están cambiando de estrategia, aceptando la interlocución con algunos sindicatos no próximos a sus posiciones empresariales. En las empresas hoy plenamente privadas, pero que encuentran su origen histórico en su carácter de empresas de bandera, existe una larga tradición de fortaleza sindical, que se mantiene en gran medida a pesar de los procesos consumados de privatización a todos los efectos.

La mayor parte de los convenios colectivos aplicables a los trabajadores de las compañías aéreas, principalmente a los tripulantes de cabina, han concluido su periodo de vigencia, si bien continúan aplicándose a todos los efectos hasta tanto de la firma del nuevo convenio que le sucede, lo que en algunos casos muestra un escenario de bloqueo negocial. Tras la parálisis de la negociación colectiva durante el período pandémico, el progresivo regreso a la actividad económica ha provocado una correlativa activación de los procesos de negociación, pero en muchos casos sin haberse logrado aún la firma de los convenios colectivos que se retrasa en el tiempo más allá de lo habitual. La renovación de los convenios está siendo complicada. En general, los representantes de los trabajadores pretenden recuperar las condiciones laborales, fundamentalmente salariales, de las que disfrutaban con anterioridad a la pandemia, y las compañías aéreas alegan que, pese a la recuperación del tráfico aéreo, la incertidumbre y el aumento de los costes de la energía derivados de la guerra de Ucrania, están suponiendo nuevos problemas e incrementos de los costes de producción a los que hacer frente.

En este contexto, en algunos casos se han producido acuerdos parciales con algunos sindicatos, rechazados por otros. La renovación de los convenios colectivos también está evidenciando cierta fragmentación entre los diversos sindicatos, así como un incremento de los conflictos y huelgas por parte de los trabajadores.

Comentarios de Jurisprudencia

ELECCIONES A REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES: UN DERECHO EN PERMANENTE CONFLICTO

*Sentencia del Tribunal Supremo núm. 904/2022, de 15 de noviembre
(ECLI:ES:TS: 2022:4126)*

JUAN MARÍA ROLDÁN CONESA
*Contratado Predoctoral FPU-UCA
Dpto. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*

SUPUESTO DE HECHO: La Sentencia del Tribunal Supremo 904/2022, de 15 de noviembre, resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina 188/2019, interpuesto por la Unión Sindical de Comisiones Obreras de Navarra contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 7 de diciembre de 2018 (rec. 346/2018); esta última resolución es dictada –a su vez– al ser recurrida la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Pamplona, de 5 de septiembre de 2018, en el seno de los autos núm. 94/2018, al desestimarse la impugnación de Laudo Arbitral en materia Electoral. El sindicato, al recurrir ante el Tribunal Supremo, entiende que no ha sido aplicado conforme a Derecho el artículo 72.2 b) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores¹, argumentando que no se han computado todas las jornadas realizadas por los trabajadores con contrato temporal a la hora de fijar el número de representantes a elegir. De igual forma, denuncia la interpretación errónea que hace la Sentencia recurrida del artículo 28 de la Constitución Española².

RESUMEN: En estas breves líneas, se examina si la conclusión a la que llega el Tribunal Supremo se ajusta a lo establecido en el artículo 72.2 b) del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), al indicar que deben computarse todas las jornadas trabajadas por todos los trabajadores vinculados mediante contrato temporal durante el año anterior al inicio del proceso electoral. De ahí que, deberán incluirse tanto a los que en dicho momento tengan contrato en vigor, como los que los hayan extinguido, en contraposición a lo dictado tanto por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra como por el Juzgado de lo Social N° 1 de Pamplona, al considerar conforme a Derecho el Laudo Arbitral dictado el 1 de febrero de 2018, donde se estimaba que solo debían computarse las jornadas trabajadas por los trabajadores que en el momento de la convocatoria tenían contrato en vigor.

¹ 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. BOE. núm. 255, de 24/10/2015.

² BOE. núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. PROCESOS ELECTORALES A REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES: ENTRE LA AMBIGÜEDAD Y LA CONFLICTIVIDAD
3. ELABORACIÓN DE CENSOS
 - 3.1. Censo laboral
 - 3.2. Censo electoral
 - 3.3. Electores y elegibles
4. DETERMINACIÓN DEL NÚMERO DE REPRESENTANTES A ELEGIR
5. CONCLUSIONES
6. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

La STS 904/2022, de 15 de noviembre, que ahora nos proponemos comentar se ciñe a la interpretación que hace el Tribunal Supremo del artículo 72.2 b) del Estatuto de los Trabajadores, el cual dicta que: “Los contratados por término de hasta un año se computarán según el número de días trabajados en el periodo de un año anterior a la convocatoria de la elección. Cada doscientos días trabajados o fracción se computará como un trabajador más”. De ahí que, a juicio del Tribunal, este artículo no excluye los contratos de duración inferior al año, en el período de un año anterior a la convocatoria de las elecciones.

Este citado artículo se presta a diferentes interpretaciones, así como, a importantes divergencias al entrar en conflicto con el Real Decreto 1844/1994³, al incluir éste una limitación al cómputo de los trabajadores con contrato inferior al año, tal como se indica en su artículo 9.4: “A los efectos del cómputo de los doscientos días trabajados previstos en el artículo 72.2 b) del Estatuto de los Trabajadores, se contabilizarán tanto los días efectivamente trabajados como los días de descanso, incluyendo descanso semanal, festivos y vacaciones anuales. El cómputo de los trabajadores fijos y no fijos previstos en el artículo 72 del Estatuto de los Trabajadores se tomará igualmente en consideración a efectos de determinar la superación del mínimo de 50 trabajadores para la elección de un Comité de Empresa y de 6 trabajadores para la elección de un Delegado de Personal en los términos del artículo 62.1 del Estatuto de los Trabajadores. Cuando el cociente que resulta de dividir por 200 el número de días trabajados, en el período de un año anterior a la iniciación del proceso electoral, sea superior al número de trabajadores que se computan, se tendrá en cuenta, como máximo, el total de dichos trabajadores que presten servicio en la empresa en la fecha de iniciación del proceso electoral, a efectos de determinar el número de representantes”.

³ Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa. BOE. núm. 219, de 13/09/1994.

Ante estos desacuerdos, se han dictado varios Laudos Arbitrales en materia electoral con pronunciamientos diferentes, admitiendo en algunos casos el cómputo de los días trabajados, incluyendo los contratos que ya no estuvieran vigentes, y rechazando esta tesis, en otros tantos casos⁴.

Pero no solo los Laudos Arbitrales se han pronunciado de forma discordante con la Sentencia que estamos comentando, también algunos pronunciamientos judiciales lo han hecho, tal es el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 755/2008, de 28 de julio, donde el Tribunal estimó que “la norma no deja lugar a dudas pues el estatuto habla en todo momento de quienes presten servicios como fijos discontinuos, y vinculados por contratos de duración determinada luego la norma hace referencia a trabajadores con contrato vigente al momento del preaviso y ello es lo que ha de aplicarse”.

De ahí que, la Sentencia que estamos comentando viene a fijar doctrina en el asunto, al admitir de forma global todos los días trabajados durante el año anterior a la fecha de la convocatoria, haciendo mención expresa de todos los trabajadores de la empresa, siendo irrelevante si en el referido momento tienen contrato en vigor, o, por el contrario, estos estuvieran extinguidos.

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal se apoya en dos criterios, uno basado en la literalidad de la norma, y otro de carácter interpretativo. En relación con el primero, lo refleja en el primer punto del Fundamento de Derecho Tercero al expresar que “Si el legislador hubiese querido que computasen únicamente los días trabajados por los trabajadores contratados en el periodo del año anterior a la convocatoria, que siguen con contrato en vigor en la empresa en dicha fecha, se estaría dejando sin contenido parte de la propia regulación contenida en el apartado b) del artículo 72.2 ET, pues habría bastado con indicar que los contratados por termino de hasta un año, cada doscientos días o fracción computaran como un trabajador más. Sólo si se entiende que en el cómputo de días trabajados en el periodo de un año anterior a la convocatoria deben incluirse todos los trabajadores, estén o no con contrato en vigor en esa fecha, adquiere completo sentido la regla de cómputo tal como está establecida en el art. 72.2. b) del ET”. El segundo criterio, basado en la hermenéutica jurídica, se asienta en la finalidad del precepto, que en palabras del Tribunal pretende “evidenciar que una mayor igualdad entre el criterio de representatividad aplicable a los trabajadores fijos y el aplicable a los trabajadores temporales. Es evidente que una mayor igualdad en la consideración de ambos colectivos se alcanza si se tiene en cuenta el volumen total de trabajo temporal en el año anterior, sin excluir a los que hayan acabado su contrato.

Además, con ello la composición numérica del órgano de representación colectiva también reflejará más ajustadamente la realidad del colectivo que representa”.

⁴ Como ejemplo vid. Laudo I-221/95 de 14 de marzo (JME). Laudo I-99/99 de 15 de marzo (JLNC). Laudo 263/95 de 10 de abril (JRJM).

Sin duda, a tenor de lo anteriormente expuesto, nos encontramos ante una cuestión controvertida, la cual ha suscitado una acentuada disensión debido a su interpretación a lo largo del tiempo, y aunque el pronunciamiento judicial ante el que nos encontramos ha establecido jurisprudencia sobre la misma, es posible que en el futuro esta cuestión deba ser examinada por posibles nuevas interpretaciones.

2. PROCESOS ELECTORALES A REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES: ENTRE LA AMBIGÜEDAD Y LA CONFLICTIVIDAD

Los procesos de elecciones a representantes unitarios permiten a los trabajadores participar de forma indirecta en la defensa de sus intereses a través de sus representantes, los sujetos colectivos que realizan la función representativa. Estos procesos para designar a los representantes de los trabajadores tienen una doble finalidad. Por una parte, ser el cauce para elegir a los referidos representantes de los trabajadores y, por otra, servir de acotación para cuantificar la representatividad sindical en un momento determinado⁵.

En principio, estas elecciones que fueron ideadas para elegir a los representantes de los trabajadores en su empresa, se han transformado paulatinamente en “elecciones sindicales”, convirtiéndose en esenciales para una de las finalidades arriba mencionada, puesto que, dependiendo del grado de representatividad obtenido poseerán un delimitado grado de legitimación, el cual les permitirá determinadas competencias en la acción sindical, en otras palabras, en atención a su representatividad, el sindicato en cuestión tendrá una mayor o menor potestad para negociar convenios colectivos, así como en la participación institucional.

Llegados a este punto, es necesario hacer un breve comentario sobre las denominadas “elecciones sindicales”. Como es sabido, es habitual denominar a los procesos electorales que se desarrollan en las empresas como “elecciones sindicales”, lo cual a nuestro juicio constituye un error terminológico, puesto que, en puridad, lo que se elige en estas elecciones es a los miembros de los órganos de representación unitaria⁶, de ahí que, no todos los elegibles deben estar afiliados a determinado sindicato para poder ejercer este derecho, basta con que sean mayores

⁵ En este sentido, vid STC 23/1983, de 25 de marzo, donde el Tribunal señala que “la finalidad de la proclamación oficial y ulterior publicación de los resultados globales electorales a que estamos refiriéndonos no es la puramente estadística o meramente informativa al público en general, sino la de constatar oficialmente el *quantum* de la representatividad de los distintos sindicatos a efectos de negociación colectiva o de cualquier otro supuesto en que sea necesario tenerla en cuenta como se señala explícitamente en el art. 12.3 de la Orden de 26 de septiembre de 1980”.

⁶ Cfr. Palomo Vélez, R.I. *El modelo español de representación de los trabajadores en la empresa*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2017. pp. 99-100.

de dieciocho años y su antigüedad en la empresa sea superior a seis meses, salvo que el Convenio Colectivo de aplicación permita una antigüedad inferior⁷.

Pero al margen de esta anotación, es preciso señalar que los procesos electorales han presentado una normativa difusa a lo largo del tiempo en relación con distintas cuestiones. En este sentido, podemos indicar que hasta el año 1994 se caracterizaban por unas determinadas rigideces temporales⁸, las cuales provocaban unos efectos no deseados, como era el caso de una desmedida actividad propagandística, así como importantes distorsiones en la actividad productiva⁹, por lo que, debido a estos problemas, la Ley 11/1994¹⁰, modificó sustancialmente la configuración del proceso electoral, dando lugar al actual modelo.

De ahí que, con la entrada en vigor de esta nueva norma, *a priori*, se solventaron diferentes asuntos problemáticos que se planteaban a la hora de constituir la Mesa. Entre estas cuestiones, cabe destacar el plazo que había para dar traslado de la convocatoria electoral a los trabajadores que iban a constituir la Mesa, el cual, estaba fijado en dos días hábiles, pasando con la reforma a siete días hábiles. De igual forma, se zanjaba la controversia que suscitaba la fecha de inicio del proceso electoral, estableciéndose como tal, la fecha de la constitución de la Mesa, tal como dicta el nuevo artículo 74 de la Ley.

De igual forma, otra de las cuestiones que hizo necesaria una reforma legal fue la unificación del mencionado proceso electoral en las Administraciones Públicas, puesto que, hasta la entrada en vigor de la Ley 18/1994, de 30 de junio¹¹, la elección de los representantes de los funcionarios públicos presentaba un régimen jurídico diferente al resto de trabajadores, lo cual producía diferentes problemas¹².

Como consecuencia de esta ambigua normativa en algunas cuestiones, los procesos electorales han presentado de forma habitual una elevada conflictividad

⁷ Según el art. 69.2 ET “serán elegibles los trabajadores que tengan dieciocho años cumplidos y una antigüedad en la empresa de, al menos, seis meses, salvo en aquellas actividades en que, por movilidad de personal, se pacte en convenio colectivo un plazo inferior, con el límite mínimo de tres meses de antigüedad”.

⁸ Al principio se proclamaban cada dos años: así, las elecciones computables de 1978, 1980 y 1982. Posteriormente, las de 1986 y 1990, se celebraron con una periodicidad inexcusable de cuatro años y su procedimiento debía realizarse en un tiempo máximo de tres meses.

⁹ Ojeda Avilés, A. *Derecho Sindical*. Tecnos. Madrid. 2003. p. 343.

¹⁰ Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. BOE núm. 122, de 23 de mayo de 1994.

¹¹ Ley 18/1994, de 30 de junio, por la que se modifica la normativa de elecciones a los órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones públicas de la Ley 9/1987, de 12 de junio, modificada por la Ley 7/1990, de 19 de julio. BOE núm. 156, de 1 de julio de 1994.

¹² La propia Ley en su exposición de motivos reconocía que: “Este sistema general de elecciones de representantes ha puesto de manifiesto, tras la celebración de dos procesos electorales,

por diferentes motivos, entre los que podemos citar la concreción de la fecha de la convocatoria de las elecciones, la presencia de candidatos despedidos durante el proceso electoral, problemas de doble cómputo entre trabajadores sustitutos y sustituidos por contratos de interinidad, así como sobre el cómputo del censo electoral, asuntos que tratamos en este estudio.

Aunque todas estas materias conflictivas que se producen en los procesos electorales, –en algunos casos, de forma reiterada–, han sido suficientemente solventadas tanto de forma legal, como reglamentaria, en particular, desde la entrada en vigor del RD 1844/1994¹³, así como por los distintos pronunciamientos de varios estamentos judiciales, entendemos que sería conveniente una nueva reforma legal sobre algunas cuestiones de los referidos procesos que se presentan más litigiosas y cuestionables, y que el actual Reglamento electoral no alcanza a solucionar. Por ello, esta revisión normativa se plantea indispensable para ofrecer seguridad jurídica en determinados asuntos, sirviendo como ejemplo, tanto el que nos ocupa, como el referido a la posibilidad de ejercer el voto de forma telemática, entre otros.

En relación con este último, podemos traer a colación la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional¹⁴, donde el Tribunal se pronuncia contrario a la admisión del voto telemático. Dicha Sentencia está basada en la literalidad del art. 75.2 ET, que alude de forma específica que para poder ejercer el derecho al voto, éste se realizará únicamente a través de papeletas. De igual forma, estima la Sala que tanto la ley como el reglamento que la desarrolla, exigen que el voto se emita en papel y que dicha normativa no es susceptible de ser modificada por tratarse de normas de Derecho necesario, argumentando que “el actual texto refundido del ET data del 23 de octubre de 2015, momento en el que las comunicaciones telemáticas estaban suficientemente implantadas en la sociedad, por lo que, si el legislador hubiera querido admitir el voto telemático lo habría hecho así”. A mayor abundamiento, el Tribunal ofrece otro razonamiento no acorde con el momento tecnológico actual al considerar que “es más, de la más reciente legislación en materia de representación de trabajadores por cuenta ajena como es la contenida en la Ley 10/2021 de trabajo a distancia, se deduce una clara voluntad del legislador de excluir el voto telemático en las elecciones a representantes unitario, pues de la lectura del art. 19.3 de dicha norma se deduce una clara opción por el voto presencial de las personas que trabajan a distancia”. Resulta significativa la contrariedad tanto de la Ley, como

la existencia de problemas de carácter social y jurídico que es conveniente superar, mediante la reforma de la normativa reguladora de esta materia electoral”.

¹³ Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a Órganos de Representación de los Trabajadores en la Empresa. BOE de 13 de septiembre de 1994.

¹⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional. Sala de lo Social 165/2022, de 12 de diciembre. Rec.338/2022.

del argumento esgrimido por el Tribunal, al concluir sobre la idoneidad de exigir que se realice el voto de forma presencial en el caso de trabajadores que pueden tener su puesto de trabajo a una enorme distancia del lugar de la votación.

En definitiva, es evidente que los procesos electorales a miembros de los órganos de representación unitaria, presentan unas características que inducen a una disparidad de interpretaciones legales, lo cual produce unas elevadas cuestiones litigiosas.

3. ELABORACIÓN DE CENSOS

En este apartado, se hará referencia a nuestro juicio a las dos cuestiones primordiales que han motivado la Sentencia que estamos comentando, por una parte, el establecimiento del censo electoral, materia que, debido a su elevado grado de formalización, provoca una litigiosidad relativamente alta, y por otra, la determinación de los electores y los elegibles.

3.1. Censo laboral

En relación con el censo laboral, el artículo 74 del Estatuto de los Trabajadores indica que “constituida la Mesa Electoral solicitará al empresario el censo laboral y confeccionará con los medios que le habrá de facilitar éste, la lista de electores”. A tenor de esta dicción, recae sobre la mesa la obligación de solicitar a la empresa el censo. En contraposición, el Reglamento en su artículo 6.2 establece la obligación del empresario de remitir a la mesa electoral el censo laboral. Este trámite, que en principio no debería suscitar ninguna controversia, origina un problema interpretativo¹⁵, el cual ha tenido que ser resuelto por la doctrina arbitral, basándose en el Principio de jerarquía normativa garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución Española¹⁶, la cual, da preferencia a la articulación de la Ley ante los Reglamentos¹⁷.

¹⁵ Rodríguez Ramos, M.J. y Pérez Borrego, G. *Procedimiento de Elecciones a Representantes de Trabajadores y Funcionarios*. Aranzadi. Pamplona. 1995. p. 264.

¹⁶ Art.9.3 CE: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

¹⁷ Merino Segovia, A. “El censo electoral: algunos problemas jurídicos derivados de adquisición de la condición de electores y elegibles”. En Romero Rodenas (Coord.). *Aspectos conflictivos de las Elecciones Sindicales*. Bomarzo. Albacete. 2006. p. 110.

Así pues, el censo laboral es el documento que contiene la relación de trabajadores que prestan sus servicios en la empresa¹⁸, de ahí que su principal finalidad sea facilitar la información necesaria a la Mesa para que ésta pueda confeccionar de forma correcta el censo electoral, precisando quiénes tienen derecho a emitir el voto y quienes, a recibirlo. Es importante expresar la importancia del censo laboral aportado por la empresa, que aun careciendo de carácter vinculante para la Mesa Electoral, si no está rigurosamente confeccionado, puede suponer un vicio sobre el proceso electoral¹⁹. Por ello, con el objeto de evitar posibles desacuerdos al respecto, es conveniente comprobar que el censo laboral es correcto, para lo cual los promotores de las elecciones pueden apelar a los trabajadores para que cotejen sus datos en los tablones de anuncios donde esté expuesto. Otra opción es solicitar a la empresa los recibos de liquidación de cotizaciones y la relación nominal de trabajadores²⁰, para corroborar la veracidad del censo.

Es oportuno precisar que este censo, el cual no debe confundirse con el censo electoral donde se anuncian los trabajadores electores o elegibles, integra a los trabajadores que conforman la plantilla de la empresa en la fecha de la promoción de elecciones, incluyendo las jornadas de los trabajadores temporales que han estado vinculados a la empresa en el año anterior a la promoción electoral²¹.

Todo lo anteriormente expuesto, permite inferir que el censo laboral determina el tipo de órgano que va a ser elegido—Comité de Empresa o Delegado de personal—, el número de Mesas Electorales y el número de representantes elegibles.

3.2. Censo electoral

El censo electoral es el manifiesto que detalla el cómputo de electores del centro de trabajo. Este documento es confeccionado por la Mesa Electoral y debe ser expuesto de forma pública en los tablones de anuncios durante un tiempo no inferior a 72 horas. Posteriormente, una vez resueltas las posibles reclamaciones

¹⁸ Según el art. 6.3, Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, cuando se trate de empresas o centros de trabajo con 50 o más trabajadores, en el censo laboral se hará constar el nombre, dos apellidos, sexo, fecha de nacimiento, documento nacional de identidad, categoría o grupo profesional y antigüedad en la empresa de todos los trabajadores,

¹⁹ Fita Ortega, F. (Coord.) *Laudos arbitrales de elecciones sindicales en la provincia de Valencia*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008. p. 257.

²⁰ El recibo de liquidación de cotizaciones, muestra el pago realizado por la empresa de la cotización mensual a la Seguridad Social y también debe incluir un listado de todos los trabajadores que hayan liquidado durante el periodo. Por su parte, la relación nominal de trabajadores, incluye toda la información sobre las altas, bajas y bases de cotización de todos los trabajadores de la empresa que hayan sido dados de alta durante ese mes e informa de aquellos que tienen derecho a bonificación y/o deducción.

²¹ Laudo Arbitral N° 488/2018, de 7 de febrero de 2019. (OCH). Albacete.

que se puedan presentar, la Mesa fijará en censo electoral definitivo y el número de representantes a elegir.

Siguiendo el hilo argumental de este trabajo, la exposición pública del censo electoral es otro de los aspectos del proceso, que presenta una relativa conflictividad, por lo que resulta interesante comentar algunas consideraciones al respecto. En determinadas ocasiones se han presentado impugnaciones a la publicación del censo electoral, al entender algunos trabajadores que la exhibición pública de sus datos vulnera tanto su derecho a la intimidad, como al derecho de la protección de sus datos. Pues bien, la Agencia Española de Protección de Datos reconoce que: “es posible que aun existiendo intromisión en el derecho fundamental a la protección de datos ésta sea legítima, pues el citado derecho no es absoluto, pudiendo ceder ante intereses relevantes”. Además, matiza que “en lo referente a la información sindical remitida a los trabajadores en período electoral, debe concluirse que durante dicho período electoral debe prevalecer el derecho a la actividad sindical consagrado en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical sobre el derecho fundamental a la protección de datos”²².

A mayor abundamiento, el Alto Tribunal en su Sentencia núm. 615/2021, de 9 de junio²³, estima que “El censo electoral constituye elemento básico e imprescindible de cualquier elección democrática y que, con carácter general, su conocimiento y manejo resulta imprescindible para los candidatos de dichas elecciones”. Asimismo, subraya que “respecto de los censos de las elecciones a representantes unitarios de los trabajadores que su publicación y exhibición no vulnera el derecho a la intimidad de los trabajadores incluidos en los mismos, ni el derecho a su protección de datos”.

Por lo que, a tenor de estos pronunciamientos, se puede colegir que siempre que los datos publicados sean tratados de forma adecuada para los propios fines del proceso electoral, no supone vulneración alguna de ningún derecho. En otras palabras, la publicación del censo electoral no trasgrede la legislación sobre la protección de datos de carácter personal.

3.3. Electores y elegibles

La determinación de los electores y elegibles, materia ésta vinculada directamente con el censo electoral, es otra de cuestiones que presenta un alto grado de conflictividad en las elecciones a representantes de los trabajadores. Como ejemplo, podemos citar la propia sentencia que estamos comentando.

²² Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos, de 15 de marzo de 2018, en materia de tutela de derechos fundamentales en un asunto relativo al envío de información sindical por e-mail a los trabajadores.

²³ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Social. 615/2021, de 09/06/2021. Rec 192/2019.

El artículo 69.2 ET establece los requisitos necesarios para obtener la condición de elector y elegible del sistema electoral. Básicamente, estas exigencias se limitan a la edad y la antigüedad en la empresa, siendo dieciséis años y un mes para el caso de los electores, y dieciocho años y 6 meses para los elegibles, respectivamente. Estas condiciones solo plantean una excepción en cuanto a la antigüedad en el caso de elegibles, la que se refiere a las actividades donde se precise movilidad del personal, en cuyo caso los Convenios Colectivos podrán establecer un plazo inferior, con un límite mínimo de tres meses. Con respecto a la edad, es destacable que la edad mínima para ejercer el derecho de sufragio activo coincida con la prevista en el artículo 7 ET²⁴, para poder ser trabajador por cuenta ajena, por lo que, en principio, todos los trabajadores de la empresa podrán ser electores²⁵.

Por tanto, una última obligación para tener derecho a sufragio activo y pasivo es, al margen de la edad y la antigüedad, tener en vigor el contrato de trabajo en el momento de la votación²⁶, indistintamente si dicho contrato es indefinido o por tiempo determinado, así como si la jornada que realiza es a tiempo completo o parcial.

No obstante, puede darse la circunstancia de que el día de la votación algún trabajador no conste en el censo como elector debido a que no cumpliera los requisitos en el momento de su elaboración, y sí los cumpla el día de las mismas. Ante esta coyuntura, se podrá resolver presentando la debida acreditación en el instante de la votación ante la Mesa electoral, tal como recoge la Doctrina arbitral, al expresar que “El artículo 6.5 del R.D. 1844/1994, debe ser interpretado en el sentido de permitir, si bien con carácter extraordinario, la acreditación de la condición de elector de forma sobrevenida, de modo que se le reconozca a incorporarse al censo electoral, y por tanto, su derecho al voto, aun cuando su nombre no figure en la lista elaborada por la Mesa electoral atendiendo a los datos que, en el momento de su elaboración, le constasen”²⁷.

Aunque establecidos los requisitos para tener la consideración de elector o elegible, es necesario clarificar algunos aspectos relacionados con las posibles situaciones contractuales que pueden resultar conflictivas en el momento de confeccionar el censo electoral, aunque debido a la extensión de las mismas, solo nos referiremos a las más significativas.

²⁴ Artículo 7 b) ET: “Podrán contratar la prestación de su trabajo: Los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que le tenga a su cargo”.

²⁵ Cfr. Merino Segovia, A. *El censo electoral...* op. cit. p. 113.

²⁶ AA. VV. En Escudero Rodríguez y Mercader Uguina (Coord.), *Manual jurídico de los representantes de los trabajadores*. La Ley, Madrid, 2004. p. 75.

²⁷ En este sentido, Vid Laudo I-65/05 de 16 de enero de 2006 (FFO).

En el caso de los trabajadores con contrato fijo-discontinuo, deberán ser incluidos en el censo electoral independientemente si se encuentra en periodo de actividad o inactividad, incluso si está prestando servicios para otra empresa²⁸, debiéndose computar su antigüedad la fecha de inicio del contrato y no la prestación efectivamente realizada en desarrollo del mismo²⁹. De igual forma, se pueden plantear cuestiones litigiosas sobre los trabajadores que tengan su contrato en suspensión por diferentes cuestiones, como puede ser el caso de hallarse en situación de incapacidad temporal o por razones disciplinarias, entre otras. Pues bien, en estos supuestos se deberá incluir a dichos trabajadores en el censo, puesto que su contrato no está extinguido, sino suspendido, y, por lo tanto, su futura reincorporación les hace parte interesada en el proceso.

En relación con este asunto, merece una referencia particular deberán ser incluidos en el censo ambos trabajadores, siempre que cumplan los requisitos arriba descritos, puesto que el derecho a voto no está supeditado al puesto de trabajo, sino a la vinculación que se mantiene con la empresa³⁰. Esta situación, la cual no supone una mayor dilema, motiva mayores discrepancias a la hora de computar estos trabajadores a efectos de determinar el cupo de elegibles, puesto que se estaría duplicando el número de trabajadores por un solo puesto de trabajo a efectos de la representación³¹.

En concordancia con lo anterior, hay una circunstancia específica que se produce con frecuencia durante el proceso electoral, la cual ha provocado diferentes pronunciamientos tanto arbitrales como judiciales, nos estamos refiriendo al despido, el cual, a nuestro juicio, debemos traer a colación.

A este respecto, debemos indicar que se producen dos situaciones diferentes, una en relación de la posibilidad de formar parte del censo como elector o como elegible, y otra, en el sentido de ser computado a efectos del número de representantes a elegir. Es incuestionable que cuando la extinción se produce por la voluntad de ambas partes, o por desistimiento del trabajador, los derechos de participación electoral se extinguen. Pero, cuando el despido ha sido impugnado judicialmente, surgen diferentes valoraciones en cuanto su estimación. Por una parte, un sector de la doctrina considera que al haber desaparecido la vinculación con la empresa, se pierde la condición tanto de elector como de elegible³². Pero en contraposición, otra parte de la misma, considera que hasta que haya no una

²⁸ Vid. Laudo arbitral, 28 de octubre de 1994. (MGA). Santander.

²⁹ Falguera Baró, M. y Senra Biedma, R. *Derecho sindical: elecciones sindicales. Nuevo marco normativo*. Bosch. Barcelona. 1996. p.113.

³⁰ Blasco Pellicer, C. *El nuevo procedimiento de elecciones sindicales: aspectos críticos*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1995.p 87.

³¹ Blasco Pellicer, C. *El nuevo procedimiento...* op. cit. pp. 98 y 99.

³² Laudo arbitral de 1 de noviembre de 1994, (JVS). Granada. SJS de Madrid, de 15 de marzo de 1999.

sentencia en firme sobre el caso, debe entenderse que el trabajador no ha perdido sus derechos electorales, y por ende, estará incluido en el censo electoral³³.

Otra de las cuestiones vinculadas con este apartado, es la que se refiere a los trabajadores que quedan excluidos del censo electoral por su relación laboral de carácter especial y que por normativa no pueden concurrir ni como electores, ni como elegibles, tal como establece el artículo 16 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto³⁴, de cuya interpretación se extrae que no se puede defender y representar al mismo tiempo intereses contrapuestos a los del empresario. Sin embargo, esta prohibición no procede cuando se trate de computar a este personal a efectos del número mínimo de trabajadores necesarios para la elección de delegados de personal³⁵. Otra cuestión que concierne a este tipo de trabajadores, como premisa para su participación en los procesos electorales, es la necesaria distinción entre los definidos en el artículo 1.2 de la referida norma³⁶, y los que no reúnen las características esenciales de los anteriores, es decir, entre los considerados como personal de alta dirección y los mandos intermedios. Estos últimos tienen derecho a la participación, puesto que, aunque ejerzan funciones directivas no toman decisiones la situación de los trabajadores interinos que estén sustituyendo al titular del puesto de trabajo. En este caso, esenciales para la empresa sin la supervisión de un órgano superior³⁷. Pero, de forma contraria a esta consideración doctrinal, se han dictado numerosos laudos arbitrales manifestando que no es necesario que haya un contrato específico de Alta Dirección, ni que la empresa lo reconozca como tal, para ser excluido del proceso. Entre este personal, se encuentran los directores de Recursos Humanos, los asesores jurídicos de la empresa y los encargados de la aplicación de las políticas de personal³⁸.

En definitiva, tal como se ha detallado la cuestión de los electores y los elegibles, es otro de los componentes del proceso electoral que es tendente a diferentes interpretaciones, y por ende, a una sistemática conflictividad.

³³ Laudo de 14 de febrero de 1995. (JUG). Almería.

³⁴ Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

³⁵ Laudo de 27 de febrero de 1995. (AMZ). Pamplona.

³⁶ Art. 1.2: “Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”.

³⁷ Merino Segovia, A. *El censo electoral...* op. cit. p. 128.

³⁸ Entre otros, Laudo arbitral B-2215/06. Barcelona.

4. DETERMINACIÓN DEL NÚMERO DE REPRESENTANTES A ELEGIR

En este punto, trataremos el principal motivo que da lugar a la Sentencia que estamos comentando, la cuantificación de elegibles en los procesos electorales a representantes de los trabajadores. Pero de forma concreta, cómo deben computarse el número de jornadas trabajadas por el personal contratado de forma temporal durante el año anterior a la convocatoria de las elecciones, en relación con lo dispuesto en el artículo 72.2 b) ET³⁹.

Partiendo de que la base de cálculo debe ser la consideración global de los días trabajados, la vicisitud que se plantea es si deben incluir solamente los trabajadores que en el momento de la convocatoria tengan su contrato en vigor, o por el contrario, se deben tener en cuenta todos los contratos celebrados en los doce meses anteriores, aunque no estén vigentes en dicho momento.

Pues bien, nos encontramos ante una materia compleja por las interpretaciones a las que se presta tanto de forma legal, como reglamentaria, debido a un conjunto de incorrecciones técnicas⁴⁰, además, no existe una amplia doctrina jurisprudencial al respecto, en cambio, hallamos un amplio elenco de Laudos arbitrales, los cuales han sido dictados en ocasiones en sentido opuesto⁴¹. En principio, esta disparidad de criterios tenía su raíz en la redacción inicial del ET, puesto que se hacía una distinción entre los trabajadores contratados por tiempo indefinido y los temporales, al entender que éstos últimos no presentaban los mismos intereses laborales que los indefinidos.

Pero tras la aprobación de la Ley 32/1984, de 2 de agosto⁴², esta distinción desapareció. Sin embargo, a pesar de las modificaciones realizadas, las particularidades en la forma de regular a los trabajadores temporales siguen siendo una materia generadora de controversia.

Si analizamos de manera literal el artículo 72.2 b) ET, podemos manifestar que para determinar el número de representantes a elegir se pueden tomar en

³⁹ Art. 72.2 b) ET: “Los contratados por término de hasta un año se computarán según el número de días trabajados en el periodo de un año anterior a la convocatoria de la elección. Cada doscientos días trabajados o fracción se computará como un trabajador más”.

⁴⁰ Cfr. Monereo Pérez, J.L. y García Valverde, M.D.” La fijación del número de representantes a elegir: cómputo de trabajadores”. En Romero Ródenas (Coord.) *Aspectos conflictivos de las Elecciones Sindicales*. Bomarzo. Albacete. 2006. p.133.

⁴¹ A este respecto, Vid Laudos arbitrales I-209/95, de 6 de marzo. (VSR) y I-85/2002, de 18 de junio. (FFO).

⁴² Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. En su exposición de motivos precisaba que “las líneas fundamentales de la Ley suponen: La desaparición de la desigualdad entre el criterio de representatividad aplicable a trabajadores fijos y el aplicable a los trabajadores temporales”.

consideración los trabajadores incluidos en el censo electoral, es decir, únicamente los que tengan contrato vigente en el momento del inicio del proceso electoral. De ahí que no puedan estimarse las jornadas trabajadas por los trabajadores no incluidos en el referido censo, al no estar vigente su contrato, cuestión ésta que ratifica el artículo 9.4 del RD 1844/1994⁴³. Estas dos disposiciones han provocado que convivan dos ramas doctrinales en la interpretación de las citadas normas. Por un lado, están quienes afirman que deben estar en vigor los contratos para ser tomados en consideración, haciendo una exégesis restrictiva de las mismas⁴⁴, y por otro, los que consideran que deberán ser tenidos en cuenta todos los contratos celebrados el año anterior, independientemente si están o no en vigor, entendiendo que los trabajadores contratados por término de hasta un año computan según el número de días trabajados en el periodo del año anterior al de la convocatoria⁴⁵, siendo la pauta cada doscientos días o fracción para que se cuantifique como un trabajador más⁴⁶, por tanto, se deberán sumar todos los días y dividirlos entre doscientos, lo cual dará una cantidad que deberá ser incrementada en un entero si la cifra no es exacta⁴⁷. Es la aplicación de esta fórmula la que produce problemas de interpretación, por lo que resulta necesario hacer unas consideraciones previas antes de examinar la Sentencia que nos ocupa.

Por una parte, debemos plantearnos cuál es el momento en el que hay que empezar a contar el año anterior a la fecha de los comicios. A este respecto, el ET señala el de la convocatoria de la elección, pero no precisa si es el de la presentación del preaviso, el día de inicio del proceso o la fecha que la Mesa fija el de la elección. Pues bien, como no podía ser diferente al resto de cuestiones de los procesos electorales, también en esta situación encontramos división de opiniones. Hay quienes consideran que debe ser la de la constitución de la Mesa, argumentando lo dictado en el artículo 9.4 RD 1844/1994⁴⁸, otra corriente señala la promoción de las elecciones, interpretando el artículo 67.2 ET⁴⁹. Finalmente,

⁴³ El artículo 9.4. *in fine* establece que “Cuando el cociente que resulta de dividir por 200 el número de días trabajados, en el período de un año anterior a la iniciación del proceso electoral, sea superior al número de trabajadores que se computan, se tendrá en cuenta, como máximo, el total de dichos trabajadores que presten servicio en la empresa en la fecha de iniciación del proceso electoral, a efectos de determinar el número de representantes”.

⁴⁴ En este sentido, Cruz Villalón, *El desarrollo del proceso...* op.cit. p.87.

⁴⁵ Cfr., Sáez Lara, C. *La representación y acción sindical en la empresa*. MTSS. Madrid. 1992. p. 137.

⁴⁶ Es preciso señalar que esta cuestión era motivo de discrepancia antes de la publicación del RD 1844/1994, al entender una parte que solo debían computarse los días efectivamente trabajados y no los días naturales que abarcaba el contrato. En la actualidad, los días de descanso, los festivos, así como los de vacaciones, son tomados en consideración para realizar el cálculo.

⁴⁷ Cfr. Ojeda Avilés, A. *Derecho Sindical...* op.cit. p.341.

⁴⁸ En este sentido, Laudo de 12 de enero de 1995. (RLP). Valladolid.

⁴⁹ En este sentido, Laudo de 14 de diciembre de 1994 (AGM). Madrid. Laudo 1 de junio de 1995. (JME). Valencia.

haciendo una dicción del artículo 74.1 ET⁵⁰, se observa la imposición de la fecha de iniciación del proceso como momento de referencia para esta cuestión. Por lo que nos encontramos con tres fechas probables, lo cual puede tener consecuencias en relación con el cómputo de trabajadores.

Por otra parte, está la cuestión que se le plantea al Alto Tribunal en la Sentencia que comentamos y cuya raíz del problema detallamos de forma abreviada: Un sindicato presenta ante la Autoridad Laboral preaviso de celebración de elecciones sindicales para un centro de trabajo. La Mesa Electoral decide que el número de representantes a elegir sería de nueve miembros, facilitando la empresa un censo laboral en el que constaban 79 trabajadores con contrato de más de un año de duración, y 173 empleados temporales por término igual o inferior a un año.

A su entender, otro de los sindicatos, presenta un escrito solicitando que se modificase el acta de constitución de la mesa electoral y que se establezca que corresponde la elección de un Comité de 5 miembros ya que, a su entender, para determinar el número de representantes a elegir deben tenerse en cuenta sólo 2 trabajadores con contratos temporales iguales o inferiores a un año que están de alta en la fecha de constitución de la Mesa.

Tanto el Juzgado de lo Social, como la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia establecieron que la solución debía ser que únicamente se computan las jornadas de los trabajadores temporales con contrato en vigor en la fecha del preaviso.

Pero el Tribunal Supremo, con el objeto de zanjar la cuestión, establece jurisprudencia fijando que, “la interpretación correcta del artículo 72.2. b) del Estatuto de Trabajadores debe ser la que conduce a estimar que, para establecer el volumen global de trabajo asalariado en la empresa, deben computarse los días trabajados durante el año anterior a la convocatoria por todos los trabajadores, inclusive los de contrato temporal que en el momento de la convocatoria hubiesen finalizado su contrato” (FJ 3.1). Asimismo, considera que la finalidad de dicho precepto es conseguir una apropiada uniformidad entre el criterio de representatividad aplicable a los trabajadores fijos y los trabajadores temporales, ya que, una mayor igualdad en la consideración de ambos colectivos se alcanza si se tiene en cuenta el volumen total de trabajo temporal en el año anterior, sin excluir a los que hayan acabado su contrato.

⁵⁰ Artículo 74.1. ET *in fine*: “La mesa electoral se constituirá formalmente, mediante acta otorgada al efecto, en la fecha fijada por los promotores en su comunicación del propósito de celebrar elecciones, que será la fecha de iniciación del proceso electoral”.

5. CONCLUSIONES

La representación democrática de los trabajadores en España es relativamente reciente, si la comparamos con otros países de nuestro entorno, por cuanto las primeras iniciativas legales al respecto se publicaron en plena transición democrática. En primer lugar, mediante una regulación provisional como era la Ley 19/1977, de 1 de abril, de Asociación Sindical y el Real Decreto 3149/1977, de 6 de diciembre, sobre elección de delegados y comités de empresa, produciéndose su ordenación definitiva a partir de la entrada en vigor de la actual Constitución, el Estatuto de los Trabajadores y la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

Pero en relación con los procesos electorales, las cuatro primeras convocatorias se celebraron sólo en empresas del sector privado, debido a que no estaba permitido en la función pública. De ahí que hasta el año 1987 no se amplió este derecho a los funcionarios de la Administración, pero con algunas peculiaridades formales, entre las que cabe destacar las distintas denominaciones de las unidades electorales y la distribución de las Juntas de Personal, por lo que, desde el inicio de su configuración, estos procesos ya se prestaban a dispares interpretaciones.

En lo que respecta a la cuestión que nos ocupa, hemos de señalar que a nuestro juicio es necesaria una reforma legislativa en todo lo concerniente a las elecciones a representantes de los trabajadores, pero en especial al proceso electoral, pues como ha se ha podido observar, el mismo presenta una alta conflictividad en distintas cuestiones, la cual deviene, por una parte, del difuso entendimiento tanto de la propia norma, como del Reglamento que la desarrolla, al brindar la posibilidad de realizar distintas interpretaciones sobre un tema en cuestión, y, por otra, al hecho de que el sistema de relaciones laborales ha evolucionado notablemente desde la publicación de estas disposiciones. En este punto, es importante destacar que el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores data del año 1994, donde la situación laboral y social en España era completamente distinta a la actual.

De igual forma, esta confusión a la hora de interpretar la normativa ha promovido distintos intentos de clarificarla por medio de resoluciones arbitrales y judiciales. Pero lejos de esclarecer las controversias planteadas, en algunas ocasiones, estos pronunciamientos han suscitado más polémica al respecto debido a su contradicción.

En definitiva, una posible solución a este sistema perfectible de elecciones supondría desarrollar una reforma legislativa, la cual se plantea a corto plazo inabordable, por lo que, en ausencia de la misma, sería conveniente que Tribunal Supremo fijase una doctrina unificada en un tema tan complejo y conflictivo, en aras de conseguir unos procesos electorales más pacíficos.

6. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. EN ESCUDERO RODRÍGUEZ Y MERCADER UGUINA (Coord.), *Manual jurídico de los representantes de los trabajadores*. La Ley, Madrid, 2004. p.75.

ALBIOL MONTESINOS, I. “El cómputo de los trabajadores temporales en las elecciones sindicales”. *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, N° 56-57, 1995, pp. 9-14.

BLASCO PELLICER, C. *El nuevo procedimiento de elecciones sindicales: aspectos CRÍTICOS*. TIRANT LO BLANCH. VALENCIA. 1995.

CALVO GALLEGO, F.J. “Elecciones “sindicales” y cómputo de los trabajadores temporales: STSJ Vigo 23 abril 1999; AS 1999, 801”. *Aranzadi social*, N° 1, 1999, pp. 2684-2692.

CRUZ VILLALÓN, J. “El desarrollo del proceso electoral sindical a través de las resoluciones judiciales”. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N° 10-11, 1987.

DURÁN LÓPEZ, F. “El laudo arbitral en los conflictos laborales”. *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 1, 1993. pp. 99-112

FALGUERA BARÓ, M. Y SENRA BIEDMA, R. *Derecho sindical: elecciones sindicales. Nuevo marco normativo*. Bosch. Barcelona. 1996. p.13.

FITA ORTEGA, F. (Coord.) *Laudos arbitrales de elecciones sindicales en la provincia de Valencia*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008. p. 257.

FUENTES RODRÍGUEZ, F. “Preavisos de elecciones sindicales. Competencia para examinar su validez”. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N° 58, 2001, pp. 171-180.

MERINO SEGOVIA, A. “El censo electoral: algunos problemas jurídicos derivados de adquisición de la condición de electores y elegibles”. En ROMERO RÓDENAS (Coord.) *Aspectos conflictivos de las Elecciones Sindicales*. Bomarzo. Albacete. 2006.

MONEREO PÉREZ, J.L. Y GARCÍA VALVERDE, M.D. “La fijación del número de representantes a elegir: cómputo de trabajadores”. En ROMERO RÓDENAS (Coord.) *Aspectos conflictivos de las Elecciones Sindicales*. Bomarzo. Albacete. 2006. p.133.

OJEDA AVILÉS, A. *Derecho Sindical*. Tecnos. Madrid. 2003.

PALOMO VÉLEZ, R.I. *El modelo español de representación de los trabajadores en la empresa*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2017. pp. 99-100.

RODRÍGUEZ RAMOS, M.Y. Y PÉREZ BORREGO, G. *Procedimiento de Elecciones a Representantes de Trabajadores y Funcionarios*. Aranzadi. Pamplona. 1995. p. 264.

ROJO TORRECILLA, E. “Nuevas elecciones sindicales”. *Noticias obreras*. Nº 1131. 1994.

SÁEZ LARA, C. *La representación y acción sindical en la empresa*. MTSS. Madrid. 1992. p. 137.

SALA FRANCO, T. Y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. “Algunas reflexiones en torno a la normativa electoral “sindical”. *Actualidad laboral*, Nº 1, 1987. pp. 337-344.

SERRANO ARGÜELLO, N. “Elecciones a representantes de los trabajadores: Algunos problemas aún pendientes”. *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, Nº 15, 2014. pp. 505-533.

**DERECHO DEL PERSONAL DOCENTE E INVESTIGADOR
LABORAL TEMPORAL A COBRAR QUINQUENIOS Y SEXENIOS***

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 10 de diciembre de
2020
ECLI:ES:TS:2020:4271*

ALEJANDRO ZALVIDE BASSADONE**

SUPUESTO DE HECHO: El origen del asunto parte de una demanda de conflicto colectivo planteado por las correspondientes representaciones de CC.OO. y de UGT, que afecta al personal docente e investigador contratado temporalmente por Universidades Públicas de Madrid, sobre el derecho a solicitar la evaluación de méritos docentes y posterior cobro y consolidación de quinquenios. Pretensión que fue estimada en sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y sobre la que se interpone recurso de casación. Interesa indicar desde este momento la sustancial identidad que presenta el supuesto con el enjuiciado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que resuelve a favor del derecho a evaluación y cobro de los complementos docentes (quinquenios) y de investigación (sexenios) al personal docente e investigador temporal de las Universidades Públicas de Andalucía, pendiente de resolución por el Tribunal Supremo.

RESUMEN: La sentencia del Tribunal Supremo reconoce al personal docente investigador laboral temporal ya sea a tiempo completo o a tiempo parcial si se ha prestado el periodo equivalente, la posibilidad de ser evaluado por la Universidad correspondiente por los méritos de actividad alcanzados. Lo que correlativamente significa la posibilidad de cobrar complementos docentes por cada cinco años (quinquenios), así como a su consolidación en los mismos términos que el personal docente e investigador laboral permanente. Además, este reconocimiento hace vislumbrar en el horizonte otra posibilidad ya reconocida en sentencia del TSJA (recurrida ante el Tribunal Supremo), en cuanto a extender el derecho a la evaluación de la actividad docente, investigadora y de gestión en las mismas condiciones que el personal permanente para la percepción del complemento no solo de quinquenios, que igualmente reconoce esta sentencia, sino también de sexenios.

* El presente trabajo se inserta en el ámbito del Proyecto I+D+i del MCIU, referencia: RTI2018-096674-B-C21, titulado: “El salario en el contexto de la globalización, las nuevas formas de organización empresarial y la economía digital”.

**Profesor Doctor Sustituto Interino del área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. CUESTIONES DE FONDO
 - 2.1. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 10 de diciembre de 2020
 - 2.2. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 10 noviembre de 2021
3. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

El sistema de contratación de personal docente e investigador (PDI) en el ámbito universitario permite entablar relaciones en régimen laboral a través de modalidades específicas previstas para el sistema universitario, o bien mediante las modalidades previstas en el Estatuto de los Trabajadores para la sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo o para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva. De igual forma es también posible la contratación laboral prevista para personal investigador para el desarrollo de proyectos de investigación científica o técnica¹.

Por lo que dejando al margen otras relaciones del profesorado universitario que ostentan la condición de funcionarios, hay que centrar la cuestión en esas otras circunstancias que en definitiva distingue, aunque bajo distintas modalidades, entre un colectivo laboral permanente y otro temporal.

En el caso del personal docente e investigador contratado por las Universidades Públicas de Madrid, el Decreto 153/2002 de 12 de septiembre, del que se hace eco la Sentencia del TS, en su artículo 24 contempla en alusión al complemento específico de méritos docentes: *Los profesores contratados por tiempo indefinido podrán adquirir y consolidar una cantidad anual por méritos docentes valorados por la Universidad de acuerdo con las mismas normas que sean aplicables al componente por méritos docentes del complemento específico correspondiente a las retribuciones del personal docente funcionario. Este complemento se podrá reconocer por cada cinco años de dedicación docente a tiempo completo o período equivalente si ha prestado servicio en régimen de dedicación a tiempo parcial en las Universidades Públicas de Madrid, en los que se computarán los servicios prestados en cualquier figura contractual.*

Luego se puede apreciar una equiparación entre el profesorado indefinido y el personal docente funcionario a la hora de poder valorar los méritos para la obtención de quinquenios bajo los mismos criterios normativos. No figura, sin

¹ Para una información más detallada sobre las diversas modalidades existentes de contratación temporal en el sistema universitario puede consultarse Rodríguez-Piñero Royo, M., “La contratación temporal en el sector público”. *Documentación Laboral*, 2017, nº 110, pág. 27-55.

embargo, el mismo derecho y reconocimiento para el personal docente investigador no permanente que queda bajo este criterio sin opciones ni tan siquiera de petición y que se convierte en la pretensión principal de las partes afectadas.

Por otro lado, interesa al menos valorar otra sentencia, del TSJA, de 10 de noviembre de 2021, recurrida ante el Tribunal Supremo, en la que se vuelve a reconocer para el PDI laboral temporal, en este caso de las Universidades Públicas de Andalucía, el derecho a la evaluación y cobro de los complementos docentes (quinquenios) y de investigación (sexenios). En detalle: *el derecho a la evaluación de su actividad docente, investigadora y de gestión de personal docente e investigador en las mismas condiciones que el personal laboral contratado permanente docente e investigador de las mismas, y, caso de evaluación favorable, al reconocimiento de las consecuencias jurídicas inherentes a la misma, entre las que se encuentra la percepción de los complementos por quinquenios o sexenios.*

Se pone de relieve el trato desigual que hasta ahora se viene produciendo en el ámbito universitario con el personal laboral temporal de cara a poder percibir unos complementos, que sí se reconocen al mismo colectivo laboral pero indefinido, es más ni siquiera se ofrecía la posibilidad de ser evaluado y en su caso poder acreditar los méritos suficientes para poder percibir quinquenios o incluso sexenios si se diera el caso.

2. CUESTIONES DE FONDO

2.1. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 10 de diciembre de 2020

La primera gran cuestión sobre la que se pronuncia el alto tribunal, parte de un argumento de uno de los recurrentes que plantea la incongruencia interna de la sentencia recurrida, al entender que no es jurídicamente posible alcanzar el objeto indicado por cuanto lo que se evalúa son méritos de actividad, ya que algunos de los modelos de contratación del profesorado, en particular el de Ayudante y el de Ayudante Doctor no pueden superar nunca los 5 años de duración.

Estimando a este respecto el recurrente, que en la sentencia no existen argumentos que sirvan para justificar esa decisión en cuanto al reconocimiento del derecho a la solicitud de evaluación de méritos en los mismos términos que el personal permanente. Se ampara el Tribunal a este respecto en la misma doctrina utilizada en otra sentencia (STS/IV 7-abril-2015), para concluir de forma más que tajante y suficiente que no existe desajuste entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes. Aunque lo que más interesa a este respecto es el argumento rebatido de fondo sobre dicha cuestión, entendiendo con bastante acierto como en el artículo 24 del Convenio aplicable no se plantea ninguna distinción entre el

personal permanente y temporal a la hora de establecer la estructura salarial. Bien es verdad que tal y como reconoce el RD 153/2002 (artículo 24), que los méritos evaluables lo son por cada cinco años de dedicación docente a tiempo completo o periodo equivalente a tiempo parcial, es decir lo que viene siendo un quinquenio, sin embargo, la valoración se ha de contrastar por la actividad desarrollada durante ese tiempo, lo que no distingue que tal posibilidad sea exclusiva en este caso de los indefinidos.

En cuanto al argumento esgrimido sobre el factor temporal de no poder alcanzar el periodo correspondiente la figura contractual de Ayudante, así como la de Profesora y Profesor Ayudante Doctor por estar limitadas a un máximo de cinco años cada una, el alto Tribunal plantea la hipótesis de poder superar en el panorama real esos límites temporales establecidos en los artículos 48 y siguientes de la LOU para este tipo de contrataciones, lo cual, aunque pudiera parecer posible no parece que sea algo demasiado frecuente. Sin embargo, sí podemos recurrir a otro tipo de supuestos donde existe una previsión legal que avala suficientemente la posibilidad de sumar más de cinco años de actividad con contratos temporales. Y es que la propia LOU en el articulado referenciado y más concretamente en el artículo 50. d), previsto para los Profesores Ayudantes Doctores establece que “En cualquier caso, el tiempo total de duración conjunta entre esta figura contractual y la prevista en el artículo anterior, en la misma o distinta universidad, no podrá exceder de ocho años”. Quiere ello decir, que bajo esta previsión el profesorado podrá acumular una experiencia de hasta ocho años combinando el modelo contractual de Ayudante y el de Profesor Ayudante Doctor, justamente las dos figuras contractuales aludidas que pretenden excluirse del derecho a solicitar su evaluación so pretexto de no poder alcanzar el tan citado periodo de cinco años. Y es que en su caso podría no alcanzarse de forma aislada, pero como se puede apreciar, es perfectamente factible y además previsible por la propia norma, que un mismo docente ocupando esas dos categorías supere ampliamente el periodo de referencia de cinco años y consecuentemente, también de esta manera, podría servir para poder anular el argumento esgrimido por el recurrente.

Pero es que, además, las opciones no solo pasan por la previsión anterior, sino que es posible que se den otro tipo de contratos de carácter temporal sobre los que no existe un límite prefijado de tiempo, como sucede con los casos de profesoras y profesores visitantes que según el artículo 49. e), de la LOU, permite que tanto la duración como la dedicación se acuerde entre las partes, por lo que la opción teórica de superar la barrera de los cinco años existe como tal, y ello, aunque no sea una de las figuras docente de uso más habitual en el panorama universitario. Sin embargo, sí es una figura docente tradicionalmente bastante extendida en el ámbito universitario la de profesoras y profesores asociados que, aunque su dedicación sea a tiempo parcial, pueden ser renovados incluso anualmente siempre que acrediten las condiciones profesionales requeridas. Por lo que en estos casos podría darse una antigüedad más que significativa y que sin duda permitiría superar la previsión

temporal exigible que recoge el RD 153/2002, en su artículo 24, de un periodo equivalente a esos cinco años para los indefinidos a tiempo parcial, por lo que una vez más se pone de manifiesto cómo este límite teórico de tiempo pudiera ser superado por docentes temporales, por consiguiente no debería ser un obstáculo para que, al menos pudiesen ejercitar, el derecho a ser evaluados.

La otra opción contractual de un docente temporal para poder superar el periodo de referencia y que consecuentemente podría permitir su acceso al complemento por quinquenio, es la que se contempla en el artículo 49 de la LOU, aunque con referencia expresa al Estatuto de los Trabajadores, sobre la sustitución de trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo. Y es que la figura del Profesor Sustituto Interino (PSI) permite la realización de la función docente de profesores en situaciones de reserva de puestos de trabajo con minoración docente, o bien cubrir la docencia durante el proceso de selección de las plazas previstas en la Relación de Puestos de Trabajo (RPT). Luego en general la minoración docente en este ámbito puede venir motivada por: situaciones de baja temporal, excedencias, licencias, ocupación de cargos académicos, etc., que en cualquier caso permiten contrataciones temporales a tiempo completo o a tiempo parcial que tirarán de la correspondiente bolsa de sustitución creada al efecto. Por consiguiente, es posible que se den circunstancias que bien por ser sustituciones más largas o por el hecho harto frecuente de entrar y salir de la bolsa, permiten la acumulación de ese tiempo suficiente como para poder alcanzar el requisito temporal mínimo para poder optar a una posible evaluación en materia de quinquenios.

En cualquier caso, también es posible y más frecuente de lo que pudiera parecer, que un mismo docente a lo largo de su trayectoria universitaria pueda acumular varias de las figuras contractuales existentes de carácter temporal y que en su devenir totalicen un periodo acumulado superior a los cinco años marcados para poder alcanzar el complemento, por lo que consecuentemente no debería impedir al menos el ejercicio de ese derecho a ser evaluado por sus méritos docentes, siempre que además se den los mismos requisitos establecidos para los laborales de carácter permanente.

Entendiendo, por tanto, que es perfectamente factible bajo distintos supuestos que el personal no permanente contratado a tiempo completo o incluso a tiempo parcial, pueda cumplir con las mismas condiciones exigibles a los permanentes para poder ejercitar el derecho a solicitar reconocimiento del complemento por méritos docentes. Por lo que interesa ahora analizar si tal como plantean las demandantes todo ello supone una clara discriminación por razón subjetiva de temporalidad o permanencia.

Para afrontar esta cuestión nuclear, en consonancia con todo lo anterior, sobre posible existencia de un trato desigual entre los contratados permanentes y los temporales se remite el tribunal a la STS/IV de 18 de junio de 2012 (rco.221/2010), sobre la doctrina constitucional relativa al principio de igualdad en cuanto a la

línea básica general de admitir tan solo aquella desigualdad que introduzca una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales y que carezcan de una justificación objetiva razonable. Aunque la conclusión esgrimida en este punto por el Alto Tribunal es la de interpretar que no existen situaciones comparables entre el personal permanente y el temporal, al considerar que una de las características de los indefinidos es que no se someten al límite temporal de cinco años que se impone a los temporales que según el tribunal impide la posibilidad de consolidar ese derecho a ser evaluados. Circunstancia, sobre la que se discrepa por lo ya expuesto en relación a la posibilidad real de sumar ese tiempo mínimo necesario de cinco años con la combinación de las dos figuras tratadas de Ayudante y Profesora y Profesor Ayudante Doctor, y que son las directamente referenciadas en la sentencia y sobre las que ya se argumentaba esa posibilidad legal reconocida en la LOU de poder sumar entre ambas hasta ocho años y que sin duda hace decaer el consabido argumento. Teniendo en cuenta, además, la existencia de esas otras opciones tratadas en cuanto a su posible extensión temporal de la figura de la profesora o profesor visitante, la de profesora o profesor asociado, o la modalidad más extendida actualmente en el ámbito universitario de PSI. Todo ello sin contar la posibilidad también reseñada y no poco frecuente de que un mismo sujeto a lo largo de su carrera profesional universitaria pueda sumar distintas figuras contractuales que superen el límite temporal marcado de cinco años.

Tampoco compartimos la otra parte del mismo argumento en cuanto a que únicamente los Contratados Doctores desarrollan su actividad “con plena capacidad docente e investigadora”, ya que lo que aquí se discute es el derecho a evaluación por méritos docentes sobre los que tienen plena capacidad las figuras temporales analizadas y que es el que corresponde al complemento retributivo del quinquenio, y en ningún caso se alude al pertinente de investigación que es el que corresponde a los sexenios, y que por otro lado, sí se plantea en la otra de las sentencias objeto de estudio, la del TSJA de 10 de noviembre de 2021.

En cualquier caso, la cuestión se reconduce, ahora sí, con bastante acierto, por un lado, hacia el Convenio Colectivo aplicable que en su artículo 24, en ningún momento distingue entre trabajadores permanentes y temporales; y por otro lado, que en la previsión del artículo 24 del RD 153/2002 en relación al complemento a percibir por los indefinidos se establece que se generará por cada cinco años de dedicación docente y que por consiguiente lo que en realidad se ha de evaluar son los méritos correspondientes a dicha actividad, siendo esta la del tiempo de docencia que como ya se ha argumentado es tan posible que concurra en el colectivo permanente como en el temporal.

En realidad, donde se manifiesta con más claridad la desigualdad que se produce entre los dos colectivos sin criterio objetivo alguno que lo justifique, es en el hecho de no tener el personal temporal ni tan siquiera la oportunidad de poder acceder a solicitar su evaluación. Una valoración que comparten con acierto tanto la sentencia recurrida como la del Tribunal Supremo y que quiebra el criterio seguido

en el citado Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, de 18 de marzo 1999 (Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio). Asimismo, cabe citar otros pronunciamientos que, aunque no referenciados en la sentencia propugnan el mismo espíritu de igualdad en el empleo, entre los que podemos destacar los Convenios 111 y 117 de la OIT; el artículo 119 del Tratado CEE o la Directiva 97/81/CE.

En la misma línea se manifiesta de forma reiterada la doctrina del TJUE, citando el tribunal como referencia la de 13 de marzo de 2014 (C-190/13), que proclama la igualdad en todos los ámbitos y por extensión a los contratados temporales. A esta doctrina podría al menos señalarse, a modo igualmente ilustrativo, otra sentencia del tribunal europeo que gira en la misma dirección, la STJUE de 20 de junio de 2019 (C-72/2018) y que en su apartado 23 parece resumir toda esta cuestión, ya que vuelve a recordar lo establecido en el citado Acuerdo Marco sobre el hecho de tratar a los trabajadores con un contrato de duración determinada de forma menos favorable que a los fijos por el mero hecho de tener ese modelo de contrato.

2.2. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 10 noviembre de 2021

La STSJA de 10 de noviembre de 2021, viene a confirmar la doctrina del Tribunal Supremo anteriormente analizada sobre el derecho del PDI laboral temporal a ser evaluado y percibir el cobro de los complementos docentes (quinquenios), pero además, manifiesta el mismo reconocimiento sobre los complementos de investigación (sexenios). Un asunto que se origina tras la negativa de las Universidades Públicas de Andalucía al reconocimiento administrativo y retributivo de los complementos por quinquenios y sexenios al PDI laboral temporal. El objeto de la demanda de conflicto colectivo es la declaración del derecho de este personal no permanente, con contrato laboral temporal a someter la actividad docente realizada cada cinco años, a una evaluación ante la Universidad empleadora, y en caso de ser favorable a adquirir y consolidar por cada una de ellas el complemento por méritos docentes en los mismos términos que el personal docente e investigador laboral permanente o indefinido. De igual forma y en las mismas circunstancias anteriores, a someter su actividad investigadora realizada cada seis años, a una evaluación ante la Comisión Nacional sobre el rendimiento de la labor investigadora que igualmente, en caso de ser favorable, permita adquirir y consolidar para esos tramos, este complemento de investigación.

Este reconocimiento para el PDI laboral fijo se plasma en el Acuerdo de 27 de febrero de 2018 de la Mesa General de Negociación de las universidades públicas de Andalucía. En relación a los quinquenios el planteamiento desarrollado por la sentencia del Tribunal Supremo sirve de pleno derecho para este supuesto, aunque con algunas añadiduras que en su conjunto vienen a corroborar, aún más si cabe, la incongruencia de impedir a una parte del profesorado universitario el derecho a

ser evaluados tanto por estos méritos, como por los de investigación y gestión que singularmente se tratan en esta sentencia.

La primera de estas circunstancias, se refiere a la incorporación como posible evaluable a una figura no mencionada en el caso anterior, como es la del profesor colaborador. Esta tipología contractual reconocida en la LOU en su artículo 51, aunque actualmente carente de contenido, permitía su contratación tanto de carácter temporal como permanente para la realización de tareas docentes, pero no investigadoras, con la finalidad de cubrir necesidades específicas de conocimiento. Tan es así, que, entre las condiciones para poder ser contratados, se debía contar en todo caso con informe favorable de acreditación emitido para dicha figura por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación o el órgano de evaluación externa equivalente en cada Comunidad Autónoma. Sin embargo, entre los méritos evaluables por estas instituciones ni tan siquiera se exigía el título de Doctor, una circunstancia que se puede considerar básica en la labor investigadora correspondiente al ámbito universitario. En la actualidad ha quedado fuera de uso para nuevas contrataciones, aunque sigue existiendo un contingente bastante significativo de profesores que, bajo este perfil netamente docente, tienen la condición de permanentes.

Otra apreciación, al menos reseñable, es el hecho de extender en otro Acuerdo de 22 de octubre de 2018, el reconocimiento de nuevos complementos retributivos por quinquenios docentes y sexenios de investigación al profesor contratado doctor interino. Una modalidad prevista con carácter excepcional para que el Profesor Ayudante Doctor con acreditación como Profesor Contratado Doctor, pueda a la terminación de su contrato ser contratado interinamente en la figura de Profesor Contratado Doctor. Una figura intermedia o híbrida que en cualquier caso y dado su carácter interino sigue siendo de orden temporal y que por consiguiente se acerca aún más si cabe, al reconocimiento que debería haberse plasmado para el resto del colectivo temporal.

La cuestión se agrava aún más al analizar la Orden de la Consejería de Conocimiento, Investigación y Universidad de 12 de noviembre de 2018, por la que se realiza la convocatoria para la evaluación docente, investigadora y de gestión del personal docente e investigador de las Universidades Públicas de Andalucía (BOJA de 16 de noviembre de 2018). Esta convocatoria que prevé la implantación de complementos autonómicos en dichas Universidades, tiene su origen en el Acuerdo de 24 de septiembre de 2003 suscrito entre la Consejería de Educación y Ciencia y las organizaciones sindicales CC.OO., CSI-CSIF y UGT, posteriormente aprobado por Consejo de Gobierno (BOJA de 26 de diciembre de 2003). Y sobre el que más recientemente se vuelve a hacer eco el Acuerdo de 27 de febrero de 2018 entre las Universidades Públicas de Andalucía y las mismas organizaciones sindicales antes mencionadas, que con especial consideración en su apartado cuarto vuelve a incidir en la cuestión nuclear ya puesta en valor en el Acuerdo de 2003 sobre la equiparación del PDI en cuanto al reconocimiento de

complementos retributivos ligados a méritos docentes, investigadores y de gestión del profesorado tanto funcionario como laboral.

En esencia, la Orden de 12 de noviembre de 2018 en su apartado segundo reconoce como destinatarios para dicha convocatoria al “personal docente e investigador, funcionario o contratado laboral que preste servicios en las Universidades Públicas de Andalucía a tiempo completo y con una antigüedad mínima de dos años a la fecha de la publicación de la presente Orden”. Sin embargo, pese a la falta de más concreciones al respecto en dicha Orden, queda excluido del sistema de solicitud para ser evaluados, el personal laboral no permanente contratado a tiempo completo bajo la figura de Profesor Sustituto Interino. Así lo entiende el documento sobre “Información y directrices relativas al procedimiento de solicitud de los Complementos Autonómicos regulados por la Orden de la Consejería de Conocimiento, Investigación y Universidad para la Evaluación de la Actividad Docente, Investigadora y de Gestión del Personal Docente e Investigador de las Universidades Públicas de Andalucía”, que considera en relación a los destinatarios en su apartado b) que los Profesores Sustitutos Interinos no están incluidos entre los destinatarios de la orden, ya que realizan funciones exclusivamente docentes.

La cuestión se antoja carente de sentido una vez más, ya que la interpretación realizada por el órgano administrativo convocante excluye, sin que la propia Orden reguladora así lo prevea en su contenido, a una figura que admite de facto los requisitos de contratación y antigüedad previstos en dicha norma. El argumento que trata de justificar dicha exclusión discriminatoria, siempre según esas directrices e información para el proceso de solicitud, se centra en considerar que las funciones que corresponden a los PSI son exclusivamente docentes, una de las circunstancias que es precisamente de las que se pretende su evaluación, pero que queda automáticamente descartada *ex ante*. Por si acaso, para un mayor refuerzo argumental en contra de la exclusión, el propio apartado a) de la misma instrucción, considera en relación a la antigüedad, la admisión de vinculación con cualquier universidad pública de Andalucía, “no necesariamente solo en la figura actual”. Por lo que además de poder cumplir con el periodo de tiempo mínimo necesario para su consideración tal y como se ha venido planteando, también se han podido obtener otros méritos y no solo estrictamente docentes, bajo la combinación de otros modelos contractuales precedentes igualmente admitidos y que admiten de pleno no solo los referidos encargos docentes sino también los de carácter investigador.

Aun cumpliendo los requisitos sustanciales de ser tiempos completos y poder acreditar en innumerables casos la vinculación de más de dos años con la Universidad, ni tan siquiera son admitidos para poder ser evaluados por sus actividades docentes, investigadoras y de gestión. Un trato discriminatorio que vuelve a evidenciarse ante dicha negativa con respecto a un personal temporal al que se le niega la posibilidad de acreditar una realidad meritoria al respecto, que puede superar incluso la de otros PDI comparables cuyo único factor diferenciador es el carácter permanente y no otro. Por lo que como bien dice la sentencia se

produce un trato desigual entre los laborales permanentes y los laborales temporales que no obedece a razones objetivas de clase alguna y que queda proscrita desde diversas instancias tanto europeas como nacionales, compartiendo la misma línea argumental de la sentencia del alto tribunal analizada en este mismo artículo.

Por todo lo cual, como no podía ser de otra manera, reconoce esta sentencia a la vista de los razonamientos anteriores, el derecho del personal laboral contratado temporal docente e investigador de las Universidades Públicas de Andalucía a ser evaluados por los méritos no solo docentes sino también de investigación y de gestión, y así poder obtener caso de ser favorable, los complementos por quinquenios o sexenios.

3. CONCLUSIONES

En el sistema universitario español coexisten una gran variedad de figuras contractuales que ordenan, o más bien desordenan, lo que debe ser la actividad docente e investigadora en dicho ámbito. En esta confluencia cabe distinguir, y para el caso separar, las relaciones existentes del profesorado que ostentan la condición de funcionarios, sin dejar por ello de apreciar que también conviven como parte del grupo PDI en el ámbito universitario. Sin embargo, es el resto de personal docente el que acapara la atención objeto de este análisis, ya que engrosan una larga lista que, bajo distintos modelos de contratación en régimen laboral, son admitidos *ex profeso* para la estructura universitaria con régimen propio o derivan del propio Estatuto de los Trabajadores. Todo esto, provoca la existencia de distintos niveles de aplicación para cada figura contractual, que puede sintetizarse para el caso que nos ocupa entre dos grandes bloques, por un lado, el personal laboral permanente y por otro el de carácter temporal. La cuestión quedaría configurada sin más, salvo por el trato desigual que se viene produciendo entre estos dos colectivos de trabajadores por cuestiones circunstanciales, de las que solo puede desprenderse como factor diferenciador el rasgo temporal.

Esta circunstancia se manifiesta de igual forma desde la óptica relativa a los encargos docentes, de gestión, o en su caso de investigación, sobre los que también se aprecian notables diferencias de trato y no siempre justificados por la pertenencia a una u otra categoría, que truncan, en no pocas ocasiones, sus expectativas de crecimiento profesional. Aunque donde conviene focalizar ahora esa disparidad de criterios es en la falta de reconocimiento de méritos que se practica desde el panorama universitario como revelador de un trato discriminatorio hacia el contingente del profesorado no permanente en materia de quinquenios y sexenios.

Esta situación se manifiesta especialmente significativa en los quinquenios, con argumentos peregrinos sobre determinadas cuestiones, que tratan de justificar la imposibilidad de los temporales de poder alcanzar el tiempo requerido de cinco años de docencia para poder obtener dicho complemento, y sobre los que

se ha puesto de manifiesto no solo las contradicciones existentes en las propias normas reguladoras de las figuras implicadas, sino la variedad de posibilidades que bajo algunas de esas figuras contractuales temporales, de forma aislada o en combinación con otras, ponen de relieve cómo es claramente factible y además frecuente, superar el límite marcado y no solo desde el plano teórico sino desde una realidad contrastada en el panorama universitario actual. Pero es que, además, el tema se agrava en el hecho de no permitir ni tan siquiera la posibilidad de este personal temporal de poder acceder al sistema de evaluación de méritos, que podría discernir de forma objetiva si el candidato o candidata alcanzan los mismos niveles que a estos efectos se exigen para otras figuras docentes de carácter permanente.

De igual forma, se cierra la puerta a la evaluación de posibles sexenios al PDI laboral temporal por el desarrollo fundamental de tareas investigadoras, que como se ha podido comprobar son igualmente factibles en el desempeño natural de algunas de las figuras temporales analizadas. En cualquier caso, la actividad investigadora es parte fundamental en la constante y necesaria suma de méritos de cualquier figura contractual del personal docente, para así poder acreditar niveles profesionales superiores y consecuentemente se ha de entender como un derecho inherente de estos sujetos trabajadores en aras del correcto y esperable desarrollo de su carrera universitaria. Una cuestión que queda cercenada desde antes incluso de poder acreditar dichos méritos de investigación, pues ni tan siquiera son evaluables en las figuras del profesorado universitario temporal, como sí sucede sin embargo con los permanentes.

En definitiva, se puede apreciar una clara discriminación hacia el PDI laboral temporal que se viene originando por el rechazo a someter la actividad docente, de gestión e investigadora de cara a su evaluación, reconocimiento y consolidación de quinquenios y sexenios que no hace sino acentuar la disparidad de criterios que se utiliza desde distintos ámbitos de actuación en el sistema universitario entre este personal temporal y el permanente y que resulta especialmente visible desde la perspectiva salarial. Sin embargo, los reconocimientos judiciales en pro de estos sujetos trabajadores deben servir para reorientar la situación de un colectivo como el del profesorado universitario temporal, que pese a disponer de un muy alto nivel de cualificación, mantienen en la actualidad una situación laboral bastante precaria.

DESPIDO SIN CAUSA TRAS LA REINCORPORACIÓN DE UNA BAJA POR ABORTO*

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de Valladolid, de 5 de Diciembre de 2022 (ECLI:ES:TSJCL:2022:4752)

M^a TERESA VELASCO PORTERO**

SUPUESTO DE HECHO: La trabajadora prestaba servicios en una clínica dental como técnico superior, con un contrato indefinido y a jornada completa. En el año 2021 queda embarazada y por complicaciones que terminan en aborto estuvo de baja temporal. Tras el alta comenzó a disfrutar las vacaciones pendientes. La empresa conocía que el motivo de la baja era el embarazo.

Cuatro días después de reincorporarse a su puesto de trabajo recibió carta de despido, en la que se le comunica lo siguiente: “Disminución voluntaria y continuada en el rendimiento del trabajo normal o pactado. Tal hecho reseñado está siendo notablemente perjudicial para la correcta marcha de la actividad normal de la empresa y es tipificado como falta muy grave según el artículo 30, punto 8 del Convenio Colectivo del sector de clínicas dentales de la provincia de León (Cod. Conv. NUM001) y por lo tanto sancionable con despido. Sirva la presente como reconocimiento de improcedencia del despido, calculando una indemnización por este hecho de 6.468,39 EUROS brutos, y la correspondiente liquidación que asciende a la cantidad de 1.092,48 Euros brutos”. La fecha de efectos del despido es de 15 días más tarde. Se le pagó la indemnización señalada en dicha carta.

La trabajadora demanda a la empresa por considerar el despido discriminatorio por razón de sexo, entendiéndose que la causa del despido fue el embarazo. En el acto del juicio la empleadora aporta unos Whatsapp en los que se refleja la existencia de discrepancias en cuanto a los salarios, y el Juzgado de lo Social considera que fueron estos los motivos del despido y que por tanto, al no tratarse de un motivo discriminatorio, procede declarar la improcedencia y no la nulidad.

* El presente comentario forma parte de los resultados del proyecto “La incidencia del Derecho de la Unión Europea en las futuras reformas laborales” PID 2021-122254OB-100, investigadores principales Gárate Castro y Maneiro Vázquez.

** Profesora Titular de Área. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

DOCTRINA: La sentencia comentada resuelve la nulidad de un despido sin causa que se produce inmediatamente después de la reincorporación al trabajo de una trabajadora que acaba de sufrir un aborto. A pesar de que no se trata de uno de los supuestos expresamente previstos en la legislación, el Tribunal considera que hay indicios racionales suficientes para considerarlo discriminatorio por razón de sexo, invertida la carga de la prueba, y dado que la empresa no justifica suficientemente los motivos de la extinción, el despido es declarado nulo.

INDICE:

1. NULIDAD OBJETIVA DEL DESPIDO *VERSUS* INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA
2. CONTENIDO Y CONCLUSIONES DE LA SENTENCIA Y SU TRASCENDENCIA
3. BIBLIOGRAFÍA

1. NULIDAD OBJETIVA DEL DESPIDO *VERSUS* INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Para una correcta valoración de la sentencia hay que recordar las bases del régimen jurídico de la nulidad del despido en relación con la discriminación por razón de sexo. En primer lugar, hemos de tener en cuenta la consolidada doctrina de nuestro Tribunal Constitucional en el sentido de que, dada la dificultad de conocer las verdaderas intenciones de un empresario que usa sus poderes empresariales, para determinar si una determinada actuación (en este caso el despido) responde a un motivo que vulnera un derecho constitucional (en este caso el derecho a la igualdad y no discriminación), se debe aplicar la prueba indiciaria (STC 38/1981 de 23 de noviembre). La finalidad de esta prueba es evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos de un acto empresarial impida reconocer que éste resulta lesivo del Derecho Fundamental.

Para que se produzca el desplazamiento al empresario de la carga de la prueba no es suficiente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia de indicio que “debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla [la vulneración constitucional] se haya producido”, es decir, que el trabajador aporte un indicio que genere una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de la afirmación de discriminación. Para ello tendrá que aportar un principio de prueba que revele de la existencia de un panorama discriminatorio general, o bien que pruebe unos hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación, sin que sea suficiente la mera afirmación de la discriminación (en este sentido y a modo simplemente de ejemplo, podemos citar SSTC 92/2008, de 21 de Julio, FJ 3; 125/2008, de 20 de Octubre; y 2/2009, de 12 de Enero, FJ 3, y SSTS 14/04/11 –rco 164/2010–; 25/06/12 –rcud 2370/2011–; y 13/11/12 –rcud 3781/2011–). Una vez que el trabajador ha realizado dicha prueba indiciaria, es el empresario el que “asume la carga de probar que los hechos motivadores de la

decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo –la no discriminación–, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales” (entre otras, podemos citar como más recientes en este sentido las SSTC 183/2007, de 10 de Septiembre, FJ 4; 257/2007, de 17 de Diciembre, FJ 4 ; y 74/2008, de 23 de Junio, FJ 2).

Es decir, el trabajador tiene que llevar al juzgador a que crea posible la vulneración del derecho fundamental, en cuyo caso será el empresario el que deberá probar que su actuación obedecía a motivos razonables, suficientes y completamente ajenos a la discriminación. En este sentido, el artículo 96.1 de la LRJS dispone que: “En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

Siendo esto así con carácter general con respecto a la alegación de vulneración de derechos fundamentales y en concreto con respecto al derecho a la igualdad y no discriminación, el Estatuto de los Trabajadores va más allá en relación con la protección de la mujer contra las discriminaciones por razón de sexo, en aquellos casos en que su situación es especialmente sensible, como es en la situación de embarazo o en el ejercicio de derechos de conciliación. De esta manera, y en particular con respecto al despido disciplinario, el art. 55 ET establece lo siguiente: “5. Será también nulo el despido en los siguientes supuestos: a) El de las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos. b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 5 y 6 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las personas trabajadoras víctimas de violencia de género, por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral. c) El de las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda

con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento”. En estos casos, el despido solo puede ser declarado procedente o nulo”.

Como puede observarse, se trata de situaciones en las que la mujer está en una situación en la que es muy probable que su despido esté motivado por su estado de embarazo o por el ejercicio de sus derechos de conciliación. Aunque es verdad que en muchos de estos supuestos el derecho también puede estar siendo ejercido por el hombre, la realidad social nos demuestra que en la mayoría de los casos son las mujeres las que los ejercen y por lo tanto las que están en riesgo de sufrir una discriminación. El artículo no distingue entre el ejercicio de los derechos por parte de hombres o de mujeres, por lo que la protección se extiende a ambos.

Evidentemente el espíritu de la ley es proteger a la mujer en estos casos, librándola de tener que aportar indicios de discriminación para que se produzca la inversión de la carga de la prueba. Aunque la lista de situaciones es amplia, es evidente que la realidad siempre puede escapar de los límites de una lista cerrada como esta, y es lo que ocurre en el supuesto que nos ocupa.

En este caso el despido no se ha producido ni durante el embarazo ni durante el ejercicio de ninguno de los derechos previstos en el art. 55.5 ET, por lo que no es de aplicación lo en él previsto. La trabajadora, a pesar de que la baja de la que acababa de reincorporarse tenía su origen en un embarazo conocido por la empresa, en el momento del despido ya no estaba en ese estado ni ejercía ningún derecho de conciliación, ya que su embarazo había tenido un desenlace de aborto.

2. CONTENIDO Y CONCLUSIONES DE LA SENTENCIA Y SU TRASCENDENCIA

La sentencia del TSJ cuestiona que en la sentencia del Juzgado de lo Social se dé por válida la afirmación del empresario de que el motivo del despido fueron discrepancias relativas al salario, habiendo aportado como única prueba de ello unos Whatsapp en los que constan dichas discrepancias.

Y ello por varias razones. Fundamentalmente, porque el Tribunal considera que la trabajadora ha aportado indicios suficientes de la discriminación, en el sentido de que “el hecho de que se haya producido una situación de baja por embarazo y posterior aborto (del 27/7/2021 al 10/9/2021) produce un panorama indiciario de que un despido producido el 1 de octubre de 2021 a los cuatro días de su reincorporación, después de haber disfrutado vacaciones del 13 al 26 de septiembre de 2021, puede tener relación con tal circunstancia y ello obliga al empresario a acreditar que su motivación ha sido ajena a tal finalidad” (FJ 3º). Siendo esto así, correspondería al empresario la aportación de una justificación objetiva y razonable,

suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, como señala el mencionado art. 96 LRJS. Sin embargo, las pruebas aportadas por el empresario considera el Tribunal que no han sido suficientes en este sentido, al haber consistido simplemente en acreditar la existencia de discrepancias salariales, y no en que éste sea el motivo del despido. Lo cual lleva a la segunda razón que lleva al Tribunal a estimar el recurso de la trabajadora: que la causa alegada por el empresario en la carta de despido no fueron las discrepancias salariales, sino “la disminución continuada y voluntaria del rendimiento del trabajo”: “El juzgador en su fundamento de derecho sexto manifiesta que la prueba aportada (WhatsApp) y las testificales, demuestran que la razón del despido no fue el embarazo sino por discrepancias en los salarios. Sin embargo, nada de ello se invoca por la empresa en la carta de despido, constando que la causa era la disminución voluntaria y continuada en el rendimiento del trabajo normal o pactado, reconociendo en la comunicación la improcedencia. Por tanto, no pueden admitirse a la empresa otros motivos de oposición al despido que los contenidos en la comunicación escrita, tal y como dispone el artículo 105.2 de la LRJS”.

Considera por todo ello el TSJ que el despido debe ser calificado como nulo y no como improcedente, entrando a continuación a dictaminar sobre la indemnización correspondiente por la vulneración de derechos fundamentales en cuyo caso, y al tratarse de daños morales, se apoya en la jurisprudencia del TC que admite la utilización para ello del criterio orientador de las sanciones pecuniarias establecido por la LISOS. En este sentido, y dado que la actuación del empresario se podría calificar como infracción muy grave, el Tribunal cuantifica el valor patrimonial de los daños morales causados en la misma cantidad que corresponde a la sanción mínima por infracciones muy graves.

Después del análisis de la sentencia, consideramos que su trascendencia es menor de la que podría deducirse de los titulares que ha generado en los medios de comunicación, que en algún caso señalaban que de ella podía deducirse que el despido de una trabajadora después de un aborto es nulo. Como hemos podido comprobar, no es exactamente esa la doctrina que sienta en esta sentencia, que es mucho más interesante por el hecho de que considera que el hecho de que el despido se produzca inmediatamente después de la situación de embarazo y aborto es indicio suficiente de la existencia de discriminación, y justifica la inversión de la carga de la prueba.

Por otra parte, también es muy interesante el hecho, que el tribunal de instancia no había tenido en cuenta, de que los motivos alegados en el juicio no coincidían con los alegados en la carta, cuestión que ya de entrada debería haber sido razón para no ser admitidos por el juzgador.

3. BIBLIOGRAFÍA

MERCADER UGUINA, J., "¿La nulidad objetiva por causa de maternidad del art. 55.5 b) ET conlleva la automática indemnización por daños morales?: Luz, más luz..." Blog Foro de Labos, <https://www.elforodelabos.es/2021/11/la-nulidad-objetiva-por-causa-de-maternidad-del-art-55-5-b-et-conlleva-la-automatica-indemnizacion-por-danos-morales-luz-mas-luz/>

ROJO TORRECILLA, E. "Despido disciplinario cuatro días después de reincorporarse una trabajadora al trabajo tras estar de baja, sufrir un aborto, y disfrutar posteriormente de vacaciones. Nulidad por discriminación por razón de sexo. Notas a la sentencia del TSJ de Castilla y León de 5 de diciembre de 2022". Blog personal de autor. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/02/despido-disciplinario-cuatro-dias.html>

Reseña de legislación

RESEÑA DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: OCTUBRE-DICIEMBRE DE 2022

- Ley 1/2022, de 27 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2023. Organismo: Presidencia (Boletín número 249 de 30/12/2022 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto-ley 9/2022, de 18 de octubre, por el que se modifican la Ley 9/2021, de 23 de diciembre, por la que se crean la Agencia Empresarial para la Transformación y el Desarrollo Económico (TRADE) y la Agencia para la Calidad Científica y Universitaria de Andalucía (ACCUA) y la Ley 3/2018, de 8 de mayo, Andaluza de Fomento del Emprendimiento. Organismo: Consejería de Economía, Hacienda y Fondos Europeos (Boletín número 203 de 21/10/2022 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto-ley 12/2022, de 29 de noviembre, por el que se regulan los procesos selectivos derivados de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, se establecen medidas de utilización de dichos procedimientos y se adoptan, con carácter temporal, medidas en materia de selección de personal funcionario interino en la Administración General de la Junta de Andalucía. Organismo: Consejería de Justicia, Administración Local y Función Pública (Boletín número 232 de 02/12/2022 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto-ley 13/2022, de 5 de diciembre, por el que se modifica el Decreto-ley 27/2021, de 14 de diciembre, por el que se aprueban con carácter urgente medidas de empleo en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia para Andalucía. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 236 de 12/12/2022 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto-ley 14/2022, de 20 de diciembre, por el que se adoptan medidas de carácter extraordinario y urgente en materia de Renta Mínima de Inserción Social, bono social térmico y de simplificación de los procedimientos de expedición del título de familia numerosa y de atención a las personas con discapacidad en Andalucía. Organismo: Consejería de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad (Boletín número 246 de 27/12/2022 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto 567/2022, de 27 de diciembre, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para el año 2022 de los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud y se modifican los Decretos 290/2021, 291/2021, 292/2021, 293/2021 y 294/2021, todos de 28 de diciembre, por los que se disuelven las Agencias Públicas Empresariales Sanitarias, se designan los correspondientes órganos

liquidadores, se establecen medidas en materia de personal y otras medidas organizativas de carácter transitorio. Organismo: Consejería de Salud y Consumo (Boletín número 249 de 30/12/2022 Sección: Disposiciones generales)

- Acuerdo de 27 de diciembre de 2022, del Consejo de Gobierno, por el que se distribuyen los créditos correspondientes al refuerzo de los Servicios Sociales Comunitarios para el desarrollo de competencias en materia de dependencia. Organismo: Consejería de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad (Boletín número 249 de 30/12/2022 Sección: Disposiciones generales)
- Acuerdo de 27 de diciembre de 2022, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario a favor de las personas perceptoras de las pensiones del Fondo de Asistencia Social y de las beneficiarias del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos para el año 2023. Organismo: Consejería de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad (Boletín número 249 de 30/12/2022 Sección: Disposiciones generales)
- Acuerdo de 27 de diciembre de 2022, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario a favor de pensionistas por jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas, para el año 2023. Organismo: Consejería de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad (Boletín número 249 de 30/12/2022 Sección: Disposiciones generales)
- Orden de 11 de noviembre de 2022, por la que se modifica la Orden de 3 de junio de 2022, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva, dirigidas a impulsar la recuperación y generación del empleo estable en Andalucía. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 218 de 14/11/2022 Sección: Disposiciones generales)
- Orden de 11 de noviembre de 2022, por la que se regula el procedimiento de realización de las pruebas de evaluación que acrediten la adquisición de las competencias clave necesarias para el acceso a los certificados de profesionalidad de nivel 2 y 3. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 220 de 16/11/2022 Sección: Disposiciones generales)
- Orden de 29 de noviembre de 2022, por la que se convoca y se inicia de oficio el procedimiento para reconocer y declarar la condición de asociaciones profesionales del trabajo autónomo representativas de Andalucía. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 233 de 05/12/2022 Sección: Disposiciones generales)
- Orden de 16 de diciembre de 2022, por la que se modifica la Orden de 7 de julio de 2021, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva destinadas a impulsar el asociacionismo comercial y artesano, a promocionar y dinamizar el pequeño

comercio urbano y a promocionar la artesanía en Andalucía. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 244 de 22/12/2022 Sección: Disposiciones generales).

ESTUDIOS

La protección laboral y social de las víctimas de violencias sexuales en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual
Henar Alvarez Cuesta

Decisiones judiciales y 'ruido': el caso de la indemnización complementaria a la legal tasada en el despido improcedente
Ignasi Beltran de Heredia Ruiz

Teletrabajo, violencia y acoso y Convenio 190 OIT
Juan Antonio Altés Tárrega y María José Aradilla Marqués

El convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo y sus implicaciones en el ordenamiento laboral español
Ana M.ª Moreno Márquez

Accidente de trabajo y teletrabajo: una relación difícil
Iván Antonio Rodríguez Cardo

La regulación europea del salario mínimo en la Directiva (UE) 2022/2041, de 19 de octubre
Milena Bogoni

INFORMES Y DOCUMENTOS

Las relaciones laborales en el sector del transporte aéreo tras el covid-19
Rafael Gómez Gordillo, Patrocinio Rodríguez-Ramos Velasco,
Magdalena Nogueira Guastavino y Jesús Cruz Villalón

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES

Universidad de Cádiz

Elecciones a representantes de los trabajadores: un derecho en permanente conflicto
Juan María Roldán Conesa

DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

Derecho del personal docente e investigador laboral temporal a cobrar quinquenios y sexenios
Alejandro Zalvide Bassadone

DERECHOS FUNDAMENTALES

Universidad Loyola Andalucía

Despido sin causa tras la reincorporación de una baja por aborto
Mª Teresa Velasco Portero

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía