Revista JUSTICIA & TRABAJO
ISSN: 2952-1955

N.º 1

JULIO-DICIEMBRE 2022

La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad ..... pág. 5
José Luis Goñi Sein

El plan de igualdad en la empresa internacional ..... pág. 29
Alejandra Selma Penalva

A vueltas con la videovigilancia como control de la prestación laboral y el juicio de ponderación ..... pág. 57
M.ª Elisa Cuadros Garrido

El accidente de trabajo en el teletrabajo: retos y perspectivas ..... pág. 95
Alba García Torres

Las regularizaciones fiscales derivadas de la recalificación del vínculo de mercantil a laboral en el trabajo para plataformas digitales ..... pág. 115
Norberto Miras Marín

¿Cómo afectan a las trabajadoras los riesgos psicosociales? ..... pág. 133
José María Uris Lloret

Recensión bibliográfica del libro *Los daños punitivos en Derecho del Trabajo* ....pág. 159
Belén García Romero

revistajusticiaytrabajo.colex.es

REVISTA JUSTICIA & TRABAJO

© Editorial Colex S.L.

Calle Costa Rica, número 5, 3º B (local comercial), 15004, A Coruña (Galicia)

91 109 41 00 info@colex.es

revistajusticiasocial@colex.es

DIRECCIÓN

M.ª Elisa Cuadros Garrido
Profesora Contratada doctora Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

Belén García Romero
Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

Alejandra Selma Penalva
Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

CONSEJO EDITORIAL

Raquel Aguilera Izquierdo
Profesora Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Complutense de Madrid.

Alberto Cámara Botía
Catedrático Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Murcia.

Rosario Cristóbal Roncero
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Complutense de Madrid.

Mª Elisa Cuadros Garrido
Profesora Contratada doctora Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Murcia.

Joaquín Dólera López
Abogado laboralista.

Ángel Espiella Menéndez
Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad de Oviedo.

Fabrizio Ferraro
Ricercatore a tempo determinato di diritto del lavoro presso il Dipartimento di Scienze giuridiche, Università degli studi di Roma Sapienza.

Antonio Fernández García
Profesor Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Oberta Cataluyna.

Andrea Franconi
Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Belén García Romero
Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Murcia.

Juan Gil Plana
Profesor Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense y Magistrado Suplente de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Nuria Garrido Cuenca
Catedrática Derecho Administrativo, Universidad de Castilla La Mancha.

Nuria Paulina García Piñero
Profesora Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Complutense.

M.ª Carmen González Carrasco
Catedrática Derecho Civil, Universidad de Castilla La Mancha.

José Luis Goñi Sein
Catedrático Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Pública de Navarra.

Julen Llorens Espada
Profesor Contratado doctor Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Pública de Navarra.

Mirentxu Marín Malo
Profesora ayudante doctora Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Pública de Navarra.

Domenico Mezzacapo
Professore ordinario di Diritto del lavoro, Sapienza Università di Roma. Presidente della Commissione di certificazione dei contratti di lavoro.

Gratiela Florentina Moraru
Profesora ayudante doctora Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Castilla La Mancha.

Pilar Ortiz García
Profesora Titular de Sociología, Universidad de Murcia.

M.ª Magnolia Pardo López
Profesora Titular Derecho Administrativo, Universidad de Murcia.

Ana Isabel Pérez Campos
Profesora Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Rey Juan Carlos.

Jesús Rentero Jover
Magistrado jubilado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha.

Beatriz Rodríguez Sanz de Galdeano
Profesora titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Pública de Navarra.

María José Romero Rodenas
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Castilla La Mancha.

Carmen Sánchez Trigueros
Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia y Directora de la Unidad de Igualdad de la Universidad de Murcia.

Concepción Sanz Sáez
Profesora asociada Derecho del Trabajo y del la Seguridad Social, Universidad de Castilla La Mancha.

Alejandra Selma Penalva
Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Murcia.

Eduardo Enrique Taléns Visconti
Profesor contratado doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Valencia.

COORDINACIÓN, EDICIÓN, DISEÑO Y MAQUETACIÓN: Editorial Colex

ISSN: 2952-1955

PRESENTACIÓN

Comienza con mucha ilusión la andadura de una nueva revista, Justicia & Trabajo, que pretende adentrarse en los entresijos del mundo del empleo, clarificar sus lagunas, poner de manifiesto sus retos, visibilizar sus problemas y anticipar las controversias interpretativas a las que se enfrentarán los profesionales que se dedican al Derecho del Trabajo.

Su principal particularidad reside en el hecho que, siempre teniendo como piedra angular de su línea editorial el mercado de trabajo y las relaciones laborales, se intentan seleccionar aquellas materias que se encuentran vinculadas simultáneamente a varias disciplinas. Unas veces, los artículos abordarán temas que, sin dejar de ser propios del Derecho del Trabajo, se encuentran profundamente conectados a las ramas penal, tributaria, administrativa, civil, internacional o constitucional del derecho. Otras veces, se tratará de temas que guardan una estrecha relación con el ámbito económico o el político, pero que tienen una gran importancia para conocer la razón de ser o precisar los efectos prácticos reales de ciertas reformas laborales.

Se pretende con ello cubrir un ámbito que hasta ahora quedaba prácticamente olvidado por otras revistas jurídicas: aquél que se adentra en la parte del derecho laboral que se encuentra en territorio limítrofe con otras disciplinas jurídicas, y que resulta, muchas veces incómoda a la doctrina, pero muy útil a los operadores del derecho, acostumbrados a navegar diariamente entre problemas prácticos que exigen, para su correcta respuesta, un conocimiento preciso del nuestro ordenamiento jurídico en su conjunto, puesto que las diferentes ramas del derecho no son compartimentos estancos, sino que no dejan de ser facetas paralelas e interconectadas de una misma realidad, que hay que conocer en su totalidad.

El objetivo que tenemos es el de lograr ser una revista de referencia para los profesionales del Derecho del Trabajo, en el que investigadores, académicos, abogados, graduados sociales, técnicos de la Administración, funcionarios de carrera judicial o inspectores de trabajo, participen como autores, logrando con ello, informar a los lectores del estado actual de la realidad social, ilustrándoles sobre la práctica laboral más actualizada.

En este primer número, se analizan temas útiles y prácticos que, sin perder la originalidad y dinamicidad que los lectores agradecen, intentan poner un poco de luz en temas especialmente polémicos y complejos vinculados al mundo del empleo, pero muy necesarios para el correcto funcionamiento de las relaciones laborales.

Las directoras

LA LEY 15/2022, DE 12 DE JULIO, INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN, Y EL DESPIDO POR ENFERMEDAD

LAW 15/2022, OF JULY 12, 2002, ON EQUAL TREATMENT AND NON-DISCRIMINATION, AND DISMISSAL DUE TO SICKNESS

José Luis Goñi Sein
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pública de Navarra
josel.goni@unavarra.es

Enviado el 7 de mayo de 2024; aceptado el 7 de mayo de 2024.

Palabras clave: No discriminación, discapacidad, enfermedad, despido, medidas de ajuste razonable, tutela antidiscriminatoria.
Keywords: Non-discrimination, disability, illness, dismissal, reasonable accommodation, anti-discrimination, anti-discrimination protection

Resumen: La ley incorpora, entre otras nuevas causas y tipos de discriminación, la enfermedad, que no era una condición protegida por el art.14 CE a menos que fuera considerada como enfermedad estigmatizante o asimilable a la discapacidad. A partir de ahora se convierte en causa específica de discriminación per se, pudiendo motivar la declaración de nulidad del despido. No obstante, no se excluye el legítimo ejercicio de la acción extintiva del empleador si concurren en el supuesto limitaciones objetivas que impidan al trabajador realizar las funciones esenciales del puesto, pudiendo en ese caso no resultar discriminatorio, aunque deberían ponderarse previamente las posibilidades de una acomodación razonable.

Abstract: The law incorporates, among other new causes and types of discrimination, illness, which was not a condition protected by art. 14 EC unless it was considered a stigmatizing illness or one that could be assimilated to disability. From now on it becomes a specific cause of discrimination per se, and can be grounds for declaring the dismissal null and void. However, the legitimate exercise of the employer's termination action is not excluded if there are objective limitations in the case that prevent the worker from performing the essential functions of the position, in which case it may not be discriminatory, although the possibilities of a reasonable accommodation should be weighed beforehand.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. CONSIDERACIONES GENERALES. 1) Técnica legislativa empleada. 2) El rango de la ley. 3) Garantías constitucionales. III. LA AMPLIACIÓN DEL CON-

CEPTO DE DISCRIMINACIÓN. 1) Nuevos motivos: especial consideración de la condición de salud, el estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos. 2) Nuevos tipos. a) Discriminación por asociación. b) Discriminación por error. c) Discriminación múltiple e interseccional. d) Orden de discriminar. e) Discriminación algorítmica. IV. EL DESPIDO POR ENFERMEDAD. 1) Antes de la Ley 15/2022. 2) La prohibición de la discriminación por enfermedad tras la nueva Ley. 3) El alcance de la excepción. 4) Medidas de ajuste razonables. 5) Carga de la prueba.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 15/2022, de 12 de julio, que entró en vigor el 14 de julio (*ex* DF 10.ª), está llena de buenas intenciones. Tiene por objeto «*garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, respetar la igualdad, dignidad de las personas en desarrollo de los artículos 9.2, 10 y 14 de la Constitución*» (art. 1.1); y se propone un doble objetivo: «*prevenir y erradicar cualquier forma de discriminación y proteger a las víctimas, intentando combinar el enfoque preventivo con el enfoque reparador*» (Preámbulo). Es un nuevo intento de avanzar hacia la protección plena frente a las conductas discriminatorias, reforzando los derechos que ya existen y estableciendo nuevas garantías de protección.

Es, por otra parte, una ley que contiene importantes elementos de novedad: por un lado, extiende la protección frente a la discriminación a nuevos ámbitos objetivos y subjetivos de aplicación tomando como referencia los avances doctrinales y jurisprudenciales en la materia; y, por otro, incorpora una nueva figura de tutela institucional, la creación de la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No discriminación, un organismo independiente, unipersonal, llamado a desempeñar un papel importante, sea para ofrecer la protección frente a la discriminación, o sea para promover el cumplimiento del derecho antidiscriminatorio.

Peca, no obstante, de ser demasiado ambiciosa, porque «*pretende hacer frente de manera omnicomprensiva a todas las formas de discriminación*» (Preámbulo), y también de ser algo **futurista**, porque, según la exposición de motivos, «*no es una Ley más de derechos sociales sino, sobre todo, de derecho antidiscriminatorio específico, que viene a dar cobertura a las discriminaciones que existen **y a las que están por venir**, ya que los desafíos de la igualdad cambian con la sociedad y, en consecuencia, también deberán hacerlo en el futuro las respuestas debidas*». Exagera un poco el legislador al haberlo previsto todo en materia antidiscriminatoria, incluido lo que está por venir. Es un dictado del deseo, pretendiendo anticiparse a la intervención reguladora de la realidad. Parece que el legislador se sitúa un paso por delante de la evolución de los acontecimientos y de la sociedad.

II. CONSIDERACIONES GENERALES

Dentro de las consideraciones generales, tres aspectos llaman la atención:

1. La técnica legislativa empleada

Según el Preámbulo, se trata de una ley «***general**, frente a las leyes sectoriales, que opera a modo de legislación general ante cualquier discriminación*». Y además, «**integral**» que extiende

ISSN: 2952-1955

su aplicación a múltiples ámbitos de la vida política, económica cultural y social; a saber: el empleo privado y público, afiliación y participación en las organizaciones políticas, sindicales, la educación, transporte, cultura, seguridad ciudadana, Administración de Justicia, protección social, servicios sociales, el acceso a bienes y servicios, así como a espacios públicos, publicidad, medios de comunicación y servicios de la sociedad de la información, Internet, redes sociales y aplicaciones móviles, Actividades deportivas, Inteligencia Artificial y gestión masiva de datos (art. 3.1).

Para dar un tratamiento jurídico global a un fenómeno social tan complejo como éste de la discriminación que, por su propia naturaleza, comprende ámbitos regulados por legislaciones sectoriales diversas —civil, procesal, administrativa, educativa, sanitaria, funcionarial, laboral, de Seguridad Social, etc.—, el legislador, como ha señalado el Consejo de Estado en más de una ocasión, dispone básicamente de dos modelos o técnicas normativas: crear una ley que codifique toda las normas aplicables a dicho fenómeno en un solo texto, que adquiere así una cierta autonomía por razón de la materia, o aprobar una ley que introduzca modificaciones parciales en cada una de las leyes sectoriales afectadas por la reforma.

En este caso, el legislador no hace una cosa ni la otra: no elabora una ley de modificaciones parciales en las normas sectoriales, ni tampoco crea una ley que codifique las normas aplicables. En realidad, lo que hace es aprobar «una ley más», en contra de lo afirmado en el preámbulo, pero sin llevar a cabo una tarea de refundición de las anteriores. Trata, como se indica en el Preámbulo, de «consolidar legislativamente la igualdad y establecer nuevas garantías para su disfrute, manteniendo la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo». No existe, salvo para algunas concretas materias, una integración plena con la normativa anterior, y tampoco una ley que inserte, dentro de la legislación laboral y en cada una de las normas civiles administrativas preexistentes, con toda precisión, las modificaciones o adendas que en materia de igualdad establece esta ley, manteniendo un único texto.

En medio de tantas normas protectoras del principio de no discriminación, como el ET, EBEP, la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, Real Decreto ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades en el empleo y ocupación, Real Decreto 901/2020, de 3 de octubre, por el que se regulan los Planes de Igualdad y su registro, Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, sobre igualdad retributiva entre mujeres y hombres, hubieran quedado mejor identificadas las instituciones de tutela antidiscriminatoria si se hubiera optado por una refundición o integración plena. Ello hubiera evitado posibles discordancias entre los derechos reconocidos en el nuevo articulado y en las leyes anteriores, así como la existencia de regulaciones paralelas que puedan añadir confusión y, sobre todo, discriminación a la diversidad. Un ejemplo ilustrativo lo tenemos en el nuevo régimen general de infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y o discriminación, introducido *ex novo* por la ley 15/2022 en el Título IV. En ella se determina que en «*el orden social, el régimen aplicable se regulará por la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, texto refundido aprobado por el Real decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto*», (art. 46.2, párr. segundo de la Ley 15/2022). Se establecen, así, dos regímenes paralelos de tutela antidiscriminatoria administrativa. Comparando el régimen de infracciones y sanciones de una y otra ley sobre la no discriminación, se observan divergencias importantes. Para la LISOS no hay gradación: cualquier decisión unilateral de la empresa que implique discriminaciones directas o indirectas por alguna de las causas prohibidas, se considera en el art. 8, infracción muy grave; en cambio el artículo 47 de la Ley 15/2022 diferencia entre conductas graves y muy graves. Asimismo, por lo que respecta a

las sanciones, el art. 40 de la LISOS castiga todas las infracciones muy graves con multa de 7.501 a 225.018 euros, mientras que el art. 48 de la Ley 15/2022, sanciona las infracciones graves con multas que oscilan entre 10.001 y 40.000 euros y las muy graves con multas que van de 40.001 a 500.000 euros. No resulta muy justificable esta disparidad o dualidad de tratamiento entre ordenamientos, que, en teoría, aspiran a compartir unas mismas finalidades y garantías, y que terminan generando desigualdad de trato jurídico.

2. El rango de la ley

Ha de observarse que se trata de una ley ordinaria. Pero, si, como se señala en el art. 1 se dicta en desarrollo de los arts. 9.2, 10 y 14 de la Constitución y se trata de «consolidar legislativamente la igualdad y establecer nuevas garantías para su disfrute, siguiendo la pauta normativa de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo» (Preámbulo), es razonable preguntarse si, al igual que la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, no debiera de tener el carácter de una ley orgánica.

Se ha de recordar, además, que el art. 14 CE se comporta a los efectos del sistema de garantía constitucional como un derecho fundamental. El art. 53.2 CE dispensa a los derechos reconocidos en el art. 14 y en de la Sección 1.ª («Derechos fundamentales y libertades públicas») una protección jurídica reforzada, por la vía del amparo judicial y del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Hay que decir, sin embargo, que una cosa es la reserva de ley orgánica que establece el art. 81.1 de la Constitución Española [«*son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (...)*»], y otra muy distinta la tutela constitucional (ex art. 53.2 CE). Normalmente, ambas van de la mano, pero no sucede así en el caso del derecho reconocido en el art. 14 CE, al no estar incluido en la Sección 1.ª («Derechos fundamentales y libertades públicas»). El TC interpreta que los derechos a cuyo desarrollo se refiere el art. 81 CE no pueden equipararse a los susceptibles de amparo (art.53.2 CE), bien que incluya al principio de igualdad, (art. 14 CE, que no es susceptible de ser considerado derecho autónomo, mientras que la reserva reconocida en el art. 81.1 coincide plenamente con la rúbrica de la mencionada Sección 1.ª del Capítulo II del Título I CE (STC 76/1093). La Ley 15/2022 no aborda propiamente el desarrollo de un derecho fundamental, con el alcance que da a este concepto la jurisprudencia constitucional, sino la regulación del derecho a la no discriminación del art. 14 CE. Por tanto, el rango de la norma es el adecuado, sin necesidad de dotar del carácter de orgánico a ninguno de los preceptos que en él se recogen ni, desde luego, a la ley en su conjunto.

No obstante, cabe anotar que el legislador, respecto de la LO 3/2007, ha hecho una interpretación un tanto particular del rango, pues consideró, en la Disposición Final 2.ª, que solo las normas contenidas en la Disposición Adicional 1.ª, 2.ª y 3.ª tienen carácter de ley orgánica y el resto no. Lo cual se entiende lógico en el caso de las Disposiciones 2.ª y 3.ª al contemplar, respectivamente, modificaciones de la LO de Régimen Electoral General y de la LO del Poder Judicial, materias ambas afectadas por la reserva de ley orgánica (art. 81CE). Pero sorprende que se atribuya, asimismo, carácter orgánico a la Disposición 1.ª LO 3/2007 que no hace otra cosa que definir el concepto de «presencia o composición equilibrada» de hombres y mujeres, lo cual, en principio, solo tiene una conexión directa con el art. 14 CE. Cabe preguntarse qué es lo que le lleva al legislador a seleccionar esta definición y no otros principios de desarrollo

directo del principio de igualdad y no discriminación de la Ley 3/2007, y, de igual modo, cabe plantearse si otros muchos elementos consustanciales del principio de igualdad y no discriminación contemplados en esta nueva Ley no deberían tener asimismo un carácter orgánico.

3. Garantías constitucionales

El carácter ordinario de la Ley 15/2022 plantea un problema añadido relativo a la tutela dispensada a los derechos reconocidos en la Ley 15/202. Se ha apuntado en la doctrina científica, que «los derechos reconocidos en el texto normativo no tendrán la consideración de fundamentales, en el sentido estrictamente jurídico, en tanto en cuanto no han sido incluidos en los derechos reconocidos en el Capítulo II, Sección 1.ª, del Título I de la Constitución»[1]. Lo cual suscita dudas sobre la aplicación de las garantías constitucionales del art. 53.2 CE.

En principio, el derecho reconocido en el art. 14 CE dispone de un cuadro de garantías constitucional doble y reforzado, propio de los derechos fundamentales. Cualquier titular del derecho puede recabar la tutela de la igualdad y no discriminación a través de un doble instrumento jurídico: 1) ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento preferente y sumario (arts. 177 a 184 LJS) 2) ante el Tribunal Constitucional, en su caso, mediante el recurso de amparo.

La Ley 15/2022 aborda, como advierte el Preámbulo, el desarrollo del artículo 14 de la CE incorporando jurisprudencia constitucional. Y aunque no se le ha dotado de carácter de Ley Orgánica, debemos entender que el rango no influye para nada respecto de la tutela otorgada al derecho reconocido en el art. 14 CE. Frente a cualquier tipo de discriminación de las previstas en el artículo 2.1 Ley 15/2022, la persona trabajadora víctima de la discriminación podrá recabar, en primer lugar, la tutela judicial del derecho a la igualdad de trato utilizando el proceso especial preferente y sumario, y, agotado éste sin éxito, acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional.

No obstante, no todo el ámbito material de la Ley 15/2022 conserva su valor como derecho garantizado por el art. 14 CE. La vocación de convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio (Preámbulo), no puede interpretarse en el sentido de que cualquier materia de la Ley haya de gozar del efecto de la garantía constitucional reforzada. No obstante, separar lo que constituye el verdadero núcleo del derecho a la igualdad y no discriminación *ex* art. 14 CE de lo que no es o es adicional o complementario, puede resultar en alguna materia, algo dificultoso.

III. LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN

La novedad importante de la Ley 15/2022 radica en la ampliación de las causas y supuestos discriminatorios. Frente al carácter fragmentario de la tutela antidiscriminatoria ofrecida por el derecho de la Unión Europea, limitada al género [Directiva sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios, Directiva sobre la igualdad de

1 Servicios Jurídicos UGT: «Análisis de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación», nº 53, julio 2022, p.11.

género (refundida)], la orientación sexual, la discapacidad, la edad y la religión o las creencias (Directiva de igualdad en el empleo), y el origen racial o étnico (Directiva sobre la igualdad racial), la nueva ley, siguiendo la pauta del TEDH, del Tribunal de Justicia comunitario y del Tribunal Constitucional español, y al amparo de la cláusula general antidiscriminatoria del art. 14.2 CE, ha enriquecido la tutela con nuevas formas de discriminación, contemplando distintos tipos y supuestos de discriminación.

1. Nuevos motivos: especial consideración de la condición de salud, el estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos

Esta nueva norma (como se expone en el Preámbulo) incorpora en el art. 2.1, junto a los seis motivos de discriminación recogidos en el artículo 14 de la CE (nacimiento, raza, sexo, religión, o creencias y orientación sexual), los de edad, discapacidad, 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[2].

La ampliación de motivos encaja perfectamente en el art. 14 de la CE porque es una norma de carácter abierto que contiene una relación ejemplificativa y no cerrada. Precisamente, su cláusula de cierre («o cualquier otra circunstancia personal o social») permite ampliar la tutela a cualquier otra causa discriminatoria distinta de las expresamente enumeradas en él y ofrecer, en consecuencia, la misma protección.

Al amparo de dicha cláusula general ha ido surgiendo jurisprudencia constitucional sobre la mayor parte de los motivos introducidos[3]. La edad se refiere al perjuicio o al trato diferenciado basado en la edad del afectado. Los problemas de discriminación por razón de la edad suelen plantearse, sobre todo, con relación a las personas de edad madura. El TC ha tenido ocasión de pronunciarse varias veces, por ejemplo, en materia de jubilación forzosa por razón de edad, declarando que constitucionalmente puede ser legítima si con ello se asegura la finalidad de la política de empleo y no se lesiona desproporcionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado (STC 341/2006).

La discapacidad incluye a aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás (art. 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006[4]). Con claridad ha afirmado también el TC que la discapacidad

2 En concreto, el art. 2.1 establece: «Nadie podrá ser discriminado 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».

3 *Vid*. Fernández López, M.ª Fda.: «La prohibición de discriminación», en aa.vv.: (Dirs. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Casas Baamonde, M.:): *Comentarios a la Constitución Española, Tomo I (Comemoración del XL Aniversario de la Constitución)*, BOE, Wolters Kluver, 2018, p. 365.

4 Ratificada por España en 2007 y adaptada mediante la Ley 26/2011, de 1 de agosto.

constituye una circunstancia personal que el artículo 14 CE protege contra cualquier forma de discriminación (SSTC 269/1994 y 3/2018). En la STC 51/2021 se enfrenta a un caso de sanción disciplinaria impuesta a un letrado de la administración de justicia y diagnosticado con síndrome de Asperger, por negligencia en el ejercicio de sus funciones y retraso injustificado en el cumplimiento de sus obligaciones, que podían haber sido solventados mediante medidas de ajustes razonables. Asume el Tribunal que el incumplimiento de la obligación por parte del empleador de adoptar los ajustes razonables priva de legitimidad la adopción de medidas como el despido o la adopción de medidas disciplinarias motivadas en posibles insuficiencias en el desempeño de sus funciones por incurrir en discriminación.

También han sido recibidos en el contexto de la jurisprudencia constitucional los conceptos de «identidad sexual» y «expresión de género». El Tribunal Constitucional aclara los referidos conceptos en su reciente STC 67/2022, de 2 de junio. Se refiere a un trabajador despedido en periodo de prueba, que alegaba haber padecido discriminación por su identidad sexual o de género pues sostenía que el despido había traído causa exclusivamente en su condición de transgénero y por su forma de vestir en determinadas circunstancias (*v. gr*. falda en lugar de pantalón). En ella, el TC declara expresamente prohibidos por el art. 14 CE los tratamientos discriminatorios cuyo factor determinante aparece fundado en la identidad de género, precisando que «la expresión de género, en los términos descritos, se vincula estrechamente al derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE), como lo hacen la imagen física en términos generales, la voz o el nombre de las personas, definidos en la STC 117/1994, de 25 de abril, FJ 3, como atributos característicos, propios e inmediatos de una persona, y como cualidades "definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona"».

Existe también, como tendremos ocasión de comentar más adelante doctrina del Tribunal Constitucional sobre la enfermedad como causa de discriminación, así como sobre el estado de salud del trabajador. Analizando la constitucionalidad de la prueba médica (una analítica de orina) realizada, en el marco del art. 22 de la Ley 31/1995, de Prevención de riesgos laborales, a una agente administrativa de Iberia que se dedicaba a la facturación de billetes y equipajes, el Tribunal Constitucional ha dejado sentado en la STC 196/2004, que los reconocimientos médicos obligatorios o las excepciones a la voluntariedad, deben quedar «vinculados, o bien a la certeza de un riesgo o peligro en la salud de los trabajadores o de terceros, o bien, en determinados sectores, a la protección frente a riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad», de manera que «la obligatoriedad no puede imponerse, sin el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable, pues, (el trabajador) … es libre para disponer de la vigilancia de su salud sometiéndose o no a los reconocimientos en atención a las circunstancias y valoraciones que estime pertinentes para la decisión». Es importante subrayar que el TC descarta la posibilidad de utilización del reconocimiento médico como «instrumento del empresario para un control dispositivo de la salud de los trabajadores», o como «una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de persona o similar».

Especialmente rechazables son las pruebas genéticas a sufrir patologías y trastornos, realizadas o no formando parte de los exámenes médicos, por el riesgo alto de discriminación que entrañan[5]. El TC no ha adoptado un planteamiento expreso respecto a asuntos de trato

5 Sobre el tema, *vid*. Fernández Ramírez, M.: *El derecho del trabajador a la autodeterminación informativa en el marco de la actual empresa «neopanóptica»*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 103 y ss.

diferenciado justificados sobre la base de consideraciones genéticas, pero se infiere de la STC 196/2004, que tales pruebas deben estar proscritas en el ámbito laboral. El artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge la obligación de no discriminar por una serie de causas de entre las cuales se encuentran los motivos de carácter genético. Las pruebas genéticas no aportan certeza absoluta sobre si realmente la enfermedad va a actualizarse, ni sobre cuándo ocurrirá, ni con qué intensidad se manifestará. Son pruebas predictivas que en el mejor de los casos permiten identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad, o detectar una predisposición genética a una enfermedad. No garantizan certeza alguna, tan solo propensión a sufrir una enfermedad en función de actores externos.

Asimismo, se configura como objeto de tutela antidiscriminatoria la situación socioeconómica. Es posible considerar que esta característica atañe a un estatus impuesto a la persona en virtud de su situación de pobreza heredada o adquirida o de exclusión social. Son muchas las personas que «son tratadas como ciudadanos de segunda o sin derechos en las instituciones públicas, así como vistas con desprecio en los comercios y espacios de entretenimiento, cuando no se les prohíbe directamente el acceso»[6]. El «no tener dinero y la apariencia física, muchas veces asociada al poder adquisitivo, son las causas más frecuentes por las que las personas han sentido alguna vez que sus derechos no se respetan». Esa discriminación socioeconómica hacia esas personas, que se ven infravaloradas socialmente, postergadas y excluidas de la toma de decisiones[7], es una práctica ignorada, invisible y silenciada en nuestra sociedad, por lo que hace bien el legislador en hacerla perceptible y disponer su prohibición. El Tribunal Constitucional no ha tenido, todavía, ocasión de referirse a la situación socioeconómica, pese a que constituye una causa frecuente de discriminación.

2. Nuevos tipos de discriminación

Por otra parte, a fin «de hacer frente de manera omnicomprensiva a todas las formas de discriminación (Preámbulo)», la Ley 15/2022 incorpora una serie de supuestos novedosos de discriminación como la posible «discriminación por asociación y por error» (art. 6.2), así como la «discriminación múltiple e interseccional» (art. 6.3), y también el concepto de «acoso discriminatorio» (art. 6.4), de «inducción, orden o instrucción de discriminar» (art. 6.5) y de «represalia» (art. 6.6), o la «discriminación algorítmica»[8] en el ámbito de las Administraciones Públicas (art. 23). La recepción no en todos los casos constituye una novedad, porque ya el TJUE y nuestros tribunales han otorgado carta de naturaleza a algunos de ellos.

Es el caso, por ejemplo, del «acoso discriminatorio», que goza, además, de amplia consideración legal desde las ópticas de prevención, protección y represión, habiendo sido objeto de

6 Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social [CONEVAL], (2017). Resultados de pobreza en México 2016.

7 Calvo Gallego, F.J.: «La aporofobia ¿una causa naciente de discriminación?», en AA.VV: *Realidad social y discriminación. Estudios sobre diversidad social e inclusión laboral*, Laborum, Murcia, 2022, p. 247.

8 Así denominada por Beltran De Heredia Ruiz, I.: *A partir de la Ley 15/2022, ¿puede despedirse (injustificadamente) a un trabajador enfermo o de baja por incapacidad temporal?*, Disponible en: https://ignasibeltran.com/2022/07/14/a-partir-de-la-ley-15-2022-puede-despedirse-injustificadamente-a-un-trabajador-enfermo-o-de-baja-por-incapacidad-temporal/.

algunos pronunciamientos del TC (entre otros, STC 250/2007, STC 56/2019). A los efectos de la nueva ley, aparece definido 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*» (art. 6.4). Para determinar la existencia del acoso discriminatorio se acoge un criterio subjetivo y objetivo a la vez: se emplea, por un lado, las consecuencias que pueda tener sobre la víctima, y, por otro, se acepta la percepción del trato de la víctima, aunque la víctima no sufra efectivamente los efectos del acoso.

Trasunto de la garantía de la indemnidad, es el concepto de «represalias», que es descrito como «*cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda sufrir una persona o grupo en que se integra por intervenir, participar o colaborar en un procedimiento administrativo o proceso judicial destinado a impedir o hacer cesar una situación discriminatoria, o por haber presentado una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso de cualquier tipo con el mismo objeto*». La Ley 15/2022 acoge aquí una noción técnica o estricta de la garantía de indemnidad, circunscrita a una manifestación particular del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de libertad de acceso a los jueces y tribunales, con fundamento en el art. 24.1 CE dada la prohibición de que el empresario pueda adoptar medidas de represalia derivadas de actuaciones del trabajador encaminadas a lograr la gestión de sus intereses legítimos, ya sea en una fase judicial, ya sea en una fase previa. Pero el Tribunal Constitucional reconoce una garantía de indemnidad aún más amplia o genérica que la reconocida por la Ley 15/2022, porque la prohibición empresarial de represalia se extiende al ejercicio por parte del trabajador de cualquiera de sus derechos fundamentales o libertades públicas (libertad ideológica, libertad de expresión, libertad de información, derecho de huelga, derecho de libertad sindical).

a) Discriminación por asociación

También se declara la ilegitimidad de los tratamientos discriminatorios cuyo factor determinante aparece fundado en la asociación o vinculación con la persona que más directamente sufre la discriminación. Señala el art. 6.2.a) de la LEY 15/2022, que existe «discriminación por asociación» «*cuando una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas previstas en el apartado primero del artículo 2 de esta ley, es objeto de un trato discriminatorio*». Es un tipo de discriminación en que la víctima de la discriminación no es la propia persona que posee la característica, sino una persona vinculada a ella.

La discriminación por asociación quedó firmemente asentada en la sentencia del TJUE, Coleman contra Attridge Law y Steve Law, Asunto C-303/06 [2008] 17 de julio de 2008, en la que se consideró que el trato menos favorable en el trabajo que recibía la madre por la discapacidad de su hijo, que la hacía llegar tarde en ocasiones al trabajo y por la que había solicitado una baja para atender a las necesidades del niño, constituía un supuesto de discriminación y acoso por la discapacidad del hijo.

También ha sido recibida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en un supuesto en que los familiares sufren las consecuencias de una discriminación por sexo prohibida por el art. 14 CE de manera refleja, por su vinculación familiar con la mujer que está hospitalizada por parto (STC 71/2020). Se refiere a una enfermera del Servicio Vasco de Salud que solicita dos días de licencia retribuida con motivo de la hospitalización de su hermana por razón de parto, siéndole denegada por la dirección del Hospital al entender que la hospitalización no

está originada por enfermedad grave, sino por alumbramiento. Se considera por el TC que se produce una vulneración de la igualdad de trato, ya que las mujeres, al ser las únicas hospitalizadas por alumbramiento, quedarían privadas de la protección y cuidado de sus familiares durante dichos ingresos hospitalarios[9].

b) Discriminación por error

La nueva Ley 15/2022 permite entender, asimismo, que se puede sufrir discriminación por error. En el art. 6.2.b), se considera que puede existir discriminación por error cuando «se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas». Al igual que en la discriminación por asociación, aquí no se discrimina a una persona por concurrir en ella una circunstancia protegida en la normativa antidiscriminatoria; se le discrimina por una apreciación errónea sobre la concurrencia en la misma de una circunstancia protegida. Sería como si una persona resultase preterida en un proceso de selección o excluida de un proceso de promoción interna, por creer erróneamente el empresario que es homosexual o que pertenece a una determinada etnia o que está afiliado a un sindicato. «Realmente el afectado no es homosexual, ni miembro de una etnia, religión, sindicato, etc. pero se le aplica un trato peyorativo en el ámbito laboral porque se le supone erróneamente esa cualidad por parte del empresario, ya sea por sus rasgos físicos, vestimenta, forma de comportarse, etc»[10].

La discriminación por error podría englobar la situación discriminatoria que se analiza en la sentencia del TSJ de Galicia (Coruña) de 13 de abril de 2021 (rec. n.º: 160/2020). Trata de un trabajador repartidor que es atropellado por un vehículo que lo lanza contra la calzada, y es llevado con urgencia al Complexo Hospitalario Universitario de Ourense. Allí acude el empleador a interesarse por él, y, a la vista de una apariencia razonable de incapacidad duradera en la persona del trabajador, en el sentido (expresado por la jurisprudencia) de que sus dolencias no presentan una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o que dicha discapacidad podía prolongarse significativamente antes del restablecimiento de esa persona (usando las palabras literales de la STJUE 01/12/2016, Caso Daoudi, C-395/15), decide extinguir el contrato de trabajo. El Tribunal lo considera como un caso de discriminación por apariencia, al entender que la persona trabajadora es discriminada por la supuesta discapacidad que el sujeto discriminador cree que tiene, y ello con independencia de que concurriera o no en ella una discapacidad. Entiende la Sala que se produce una discriminación por apariencia razonable de discapacidad porque el empresario pudo apreciar de propia mano al acudir al hospital a interesarse por la salud del trabajador el mismo día del accidente, aunque en realidad no lo fuera.

c) Discriminación múltiple e interseccional

En esta Ley han recibido también atención las situaciones de discriminación que pueden afectar de manera simultánea a más de un derecho humano, o que traen como causa una combinación de varios motivos, lo que se conoce con el nombre de «discriminación múltiple».

9 *Vid*. el magnífico estudio de Maneiro Vázquez, Y.: *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales. Desde su creación por el Tribunal de Justicia a su recepción por la doctrina judicial española*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

10 Fernández García, A.: «La discriminación en el trabajo (V): discriminación por error», *Blog AFLabor*, 22 de octubre de 2013. Disponible en: https://aflabor.wordpress.com/2013/10/22/la-discriminacion-en-el-trabajo-v-discriminacion-por-error/.

A tenor de lo establecido en el art. 6.3.a), se produce «discriminación múltiple» «*cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas de las previstas en esta ley*». Los supuestos más frecuentes, como señala el TC, se refieren al sexo y al origen étnico, y/o a la condición de inmigrante de los afectados, pero desde luego no cabe descartar otras combinaciones posibles.

La discriminación múltiple ha sido apreciada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como juego combinado de los motivos de edad y discapacidad, en el caso resuelto en la STC 3/2018. Se enjuicia el caso de una persona con discapacidad psíquica severa, que solicita su inclusión en un programa de atención, siéndole denegada en aplicación de una exclusión por razón de edad prevista en una norma reglamentaria autonómica, al ser mayor de 60 años, prescindiendo de toda valoración médica sobre su estado y sus necesidades de tratamiento especializado. El TC considera que la aplicación de la norma de exclusión, pese a disponer de instrumentos jurídicos suficientes para que tal aplicación no tuviera lugar, propició que se materializara la situación de discriminación múltiple por razón de discapacidad, ya que conllevó la pérdida del derecho a la asistencia médica que necesita el recurrente, ignorando la exigencia de ajustes razonables, y de edad, en cuanto no pudo acceder a esta atención únicamente por tener más de 60 años.

Junto a la discriminación por una pluralidad de motivos, y como una dimensión diferente, se incorpora también el reconocimiento de la **discriminación interseccional**. Esta discriminación se produce «*cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta ley, generando una forma específica de discriminación*» (art.6.3 b). El tipo de discriminación interseccional supone, como la anterior, la discriminación por más de un motivo, si bien con la peculiaridad de que, sea como consecuencia de la contribución individual o efecto sinérgico de cada uno de ellos, o sea como efecto de la acción que se ejercen recíprocamente entre ellos, aparece un nuevo tipo agregado de discriminación con consecuencias negativas y más complejas.

Se relaciona normalmente con la discriminación de la mujer. Así, la Recomendación General N.º 28 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de las Naciones Unidas estableció en 2010 y lo ha reiterado con posterioridad, que los Estados han de asumir que «la discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género. La discriminación por motivos de sexo o género puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida o forma que a los hombres. Los Estados parte deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas». Todo ello recibe ahora su plasmación legal.

Sobre la discriminación interseccional se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Beauty Solomon vs. España, en la sentencia de 24 de julio de 2012, que supuso la declaración de haberse vulnerado por el Estado español el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950, por no investigar eficientemente una denuncia de tratos inhumanos y degradantes de la policía hacia una mujer nigeriana que ejercía la prostitución y tenía su residencia legal en España. Women's Link WorldWide asumió la defensa de esta ciudadana y basó su argumentación sobre el concepto interseccional, aduciendo que incidían en su situación un conjunto de factores que no se podían considerar de forma aislada, sino que debían considerarse en su interacción. Tanto

los Juzgados de instrucción, como la Audiencia Provincial de Mallorca habían negado a la demandante identificar a los policías a través de un espejo y la inclusión de testimonios no llevándose a cabo una investigación adecuada. Tampoco el Tribunal Constitucional apreció vulneración alguna. En la sentencia dictada, el Tribunal de Estrasburgo estima que las decisiones dictadas por los Órganos Jurisdiccionales internos, no tuvieron en cuenta la vulnerabilidad específica de la demandante, inherente a su condición de mujer africana ejerciendo la prostitución; de modo que, las Autoridades españolas faltaron así a la obligación que les incumbía, en virtud del artículo 14 del Convenio combinado con el artículo 3, de adoptar todas las medidas posibles para ver si una actitud discriminatoria hubiera podido, o no, desempeñar algún papel en los sucesos.

d) Inducción, orden o instrucción de discriminar

La orden de discriminar aparece expresamente prohibida en las Directivas [Artículo 2(4) de la Directiva de igualdad en el empleo; Artículo 4(1) de la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de acceso a bienes y servicios; Artículo 2(2)(b) de la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres (refundición); Artículo 2(4) de la Directiva de igualdad racial], pero no viene definida en ninguna[11]. En el art. 6.5 de la Ley 15/2022 es considerado como «*toda inducción, orden o instrucción de discriminar por cualquiera de las causas establecidas en esta ley*». *Y se añade que* «*la inducción ha de ser concreta, directa y eficaz para hacer surgir en otra persona una actuación discriminatoria*». Como se puede observar, lo prohibido no se restringe únicamente a las órdenes de carácter imperativo, sino que se amplía a las situaciones en las que se induce o se anime a alguien a tratar a otras personas de forma menos favorable por uno de los motivos protegidos. Esta discriminación no ha recibido todavía una atención específica en la doctrina del Tribunal Constitucional, sin perjuicio de su eventual consideración bajo otro prisma legal.

Cabe recordar que las órdenes e instrucciones de discriminar, además de constituir una discriminación, puedan incidir también en el ámbito del derecho penal nacional, especialmente si «públicamente fomentan, promuevan o incitan directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad» (art. 510.1 Código Penal).

e) Discriminación algorítmica

La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, alude, en el art. 23 (Inteligencia Artificial y mecanismos de toma de decisión automatizados), a la no discriminación en el uso de los algoritmos en el ámbito de la Administración Pública, pero no plasma legalmente un nuevo motivo de discriminación algorítmica.

Se trata, como bien se ha subrayado en la doctrina, «de una regulación programática y en cierto modo voluntarista, que diseña unas grandes líneas de actuación de las administracio-

11 Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Consejo de Europa, 2010.

nes públicas, con el objetivo de «favorecer», «promover» y «priorizar» determinadas políticas y prácticas relacionadas con el uso de "algoritmos involucrados en la toma de decisiones»[12].

Bajo ese carácter, se establece que: «*las administraciones públicas favorecerán la puesta en marcha de mecanismos para que los algoritmos involucrados en la toma de decisiones que se utilicen en las administraciones públicas tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, siempre que sea factible técnicamente. En estos mecanismos se incluirán su diseño y datos de entrenamiento, y abordarán su potencial impacto discriminatorio. Para lograr este fin, se promoverá la realización de evaluaciones de impacto que determinen el posible sesgo discriminatorio*».

Se añade que «*las administraciones públicas, en el marco de sus competencias en el ámbito de los algoritmos involucrados en procesos de toma de decisiones, priorizarán la transparencia en el diseño y la implementación y la capacidad de interpretación de las decisiones adoptadas por los mismos*». Y que «*las administraciones públicas y las empresas promoverán el uso de una Inteligencia Artificial ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales, siguiendo especialmente las recomendaciones de la Unión Europea en este sentido*».

En todo caso, el carácter programático de los indicados principios no excluye que los sesgos que se produzcan en los procesos de toma de decisiones, sea en el ámbito de la administración pública, o en cualquier otro ámbito, deban ser igualmente considerados supuestos de discriminación prohibidos por el art. 14 CE, bien porque concurra de manera simultánea alguna otra causa más de las previstas en el art. 14 CE, o bien porque constituya *per se* una circunstancia susceptible de ser incluida en la cláusula de «cualquier otra condición o circunstancia, personal o social».

IV. EL DESPIDO POR ENFERMEDAD

La novedad que ha suscitado mayor interés es sin duda el supuesto de discriminación por enfermedad, que posiblemente venga a alterar de alguna manera la situación actual. La duda razonable es si ha venido a establecer una protección automática frente al despido de las personas trabajadoras que estén en situación de incapacidad temporal (IT), similar a la que establece el art. 55 ET respecto de las situaciones de embarazo, reducción de jornada por guarda legal, excedencia por cuidado de hijo o nacimiento de hijo.

1. Antes de la Ley 15/2022

Inicialmente, el Tribunal Supremo se negó a aceptar que la enfermedad pudiera ser considerada como un motivo de discriminación, asimilable a la discapacidad entendida en los

12 Fernández Hernández, C.: «La Ley 15/2022 introduce la primera regulación positiva de la inteligencia artificial en España», *Ciberderecho*, 13/07/2022. Disponible en: https://diariolaley.laleynext.es/dll/2022/07/13/la-ley-15-2022-introduce-la-primera-regulacion-positiva-de-la-inteligencia-artificial-en-espana.

términos de la Directiva 2000/78/CE. Se entendía que es una situación cuyo acaecimiento puede determinar, cuando se produce con frecuencia inusitada, que el mantenimiento del contrato de trabajo no se considere rentable a la empresa, de tal manera que, cuando se produce el despido del trabajador por tal causa se incurre en una conducta ilícita pero no en una actuación viciada de nulidad radical por discriminación (STS de 27 de enero de 2009, rec. n.º 602/2008).

Posteriormente, el TS ha ido evolucionando a la luz de la jurispudencia del TJUE. A partir de la STJUE de 11 abril 2013, HK Danmark, C-335/11 y 337-11 («Ring y Werge») en que el Tribunal de la Unión empieza a considerar que la enfermedad -sea curable o incurable- puede equiparse a discapacidad si acarrea limitación, siempre que, además, tal limitación sea de larga duración, el Alto Tribunal español y el Tribunal Constitucional admiten excepcionalmente que puede haber casos en que la enfermedad puede quedar incursa en el ámbito de la discriminación prohibida art. 14 CE; en concreto, cuando la enfermedad es asimilable al concepto de discapacidad.[13]:

Se reconoce, así, que existe discriminación cuando concurre una enfermedad que, inicialmente o con posterioridad, se pueda considerar de larga evolución y suponga una limitación grave que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones que el resto de empleados. El Tribunal Supremo ha asumido esta doctrina en la STS de 22 de febrero de 2018 (rec. n.º 160/2016), 15 de marzo de 2018 (rec. n.º 2766/2016), y 29 de marzo de 2019 (rec. n.º 1784/2017), entre otras.

El supuesto de discriminación por enfermedad con base en la discapacidad, construido sobre la doctrina desarrollada en el caso Daouidi, [sentencia del TJUE de 1 de diciembre de 2016, (asunto C-395/15), que se refiere a un despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal de duración incierta], caso Ruiz Conejero [sentencia de 18 de enero de 2018 (C-270/16) relativo a trabajador que causa baja por enfermedad común durante distintos periodos por motivo de la patología que había dado lugar al reconocimiento de su discapacidad (obesidad)] y caso Nobel Plastiques [sentencia de 11 de septiembre de 2019 (C-397/18) sobre un caso de despido objetivo de trabajadora apta con limitaciones para su trabajo tras haber sufrido varios procesos de incapacidad temporal].

La discriminación por enfermedad asimilable a la discapacidad descansa:

- La limitación de la capacidad debe ser duradera; de forma que, no se prevea la finalización a corto plazo pudiendo prolongarse de forma significativa antes de su restablecimiento.
- Es aplicable también a supuestos de enfermedad de corta duración, cuando las faltas de asistencia del trabajador al trabajo, sean consecuencia de enfermedad atribuibles a la discapacidad.
- Ha de analizarse el estado de incapacidad del interesado en la fecha del despido.
- El mero hecho de que se reconozca a una persona la condición de trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo conforme al Derecho nacional, no significa, de por sí, que esa persona tenga una discapacidad en el sentido de la Directiva.

13 *Vid*. Beltran de Heredia Ruiz, I.: *A partir de la Ley 15/2022, ¿puede despedirse (injustificadamente) a un trabajador enfermo o de baja por incapacidad temporal?*, *cit*.

– Si se aprecia que la limitación de capacidad es duradera, un trato desfavorable por motivos de discapacidad es contrario a la protección que brinda la Directiva 2000/78 y constituye la discriminación de su artículo 2.1, y, por tanto, vulnera también el art. 14 CE.

El TS reconoce la enfermedad como causa de discriminación en otros dos supuestos:

En segundo lugar cuando el despido obedezca a causas segregadoras o «el factor de la enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para el desarrollo de la prestación objeto del contrato» (STC 62/2008). Por tanto, la enfermedad puede quedar amparada también por el art. 14 CE en caso de despido motivado por una de las enfermedades estigmatizantes.

En tercer lugar, se aprecia que puede haber discriminación en los supuestos de amenazas empresariales para obtener el alta médica. El TS ha considerado, en la sentencia de 31 de enero de 2011 (rec. n.º 1532/2010), que cuando se acredite que existen presiones empresariales para que las personas asalariadas no cojan la baja o en los que concurra un clima indiciario de previas advertencias empresariales se pone en claro riesgo la salud del trabajador, de forma que se considera conculcado el derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE), debiendo determinar en los casos de despido del trabajador por no terminar voluntariamente el proceso de incapacidad temporal, un supuesto de nulidad del despido.

Un despido motivado por cualquiera de los tres referidos supuestos se considera nulo *ex* art. 55.5 del ET al existir una vulneración de los derechos fundamentales.

Fuera de estos supuestos los tribunales han venido considerando que el hecho de despedir a un trabajador en situación de baja por IT, aun cuando la razón que motivaba la extinción fuese precisamente esa IT, no podía suponer automáticamente que por ello al empleado se le estuviese discriminando en los términos previstos en el artículo 14 de la CE. Y, en consecuencia el despido de un trabajador en esa situación es improcedente (STS 31/5/2022, rec. n.º 109/2020).

2. La prohibición de la discriminación por enfermedad tras la nueva Ley

A partir de la publicación de la Ley 15/2022, la enfermedad, junto a la «condición de salud, su estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patología y trastornos», bien que no esté contemplada en el art. 14 CE, pasa ser una causa específica de discriminación expresamente prohibida.

Se agrega la enfermedad como causa autónoma e independiente de la discapacidad. Si hasta ahora el despido por enfermedad era causa de nulidad en los posibles casos de asimilación a la discapacidad, en adelante la enfermedad no necesita estar incluida en el concepto de discapacidad, ni ser equiparada a la discapacidad porque puede por sí sola determinar la nulidad del despido al constituir una posible causa de discriminación.

Ahora bien, ¿eso significa, acaso, que cualquier despido que se efectúe por tal motivo conllevará la declaración de nulidad del despido; o que el despido que se produzca durante una baja del empleado pasará a ser nulo? ¿Estamos ante un caso de despido nulo automático como el de la trabajadora embarazada o el que solicita reducción de jornada o permiso por nacimiento de hija/o?

La respuesta es que no, porque, aunque se haya contemplado la enfermedad como causa autónoma de discriminación, no en todos los casos de despido por enfermedad cabrá apreciar la calificación de nulidad del despido. No se nos debe pasar por alto que la norma contempla excepciones y que el principio general de considerar como discriminatorio cualquier diferencia de trato basada en la enfermedad (art. 2.1) puede quedar atemperado por las limitaciones objetivas de la persona trabajadora.

Según dispone el art. 2.3 «***La enfermedad*** *no* ***podrá amparar diferencias de trato*** *distintas* ***de las que deriven*** *del propio proceso de tratamiento de la misma,* ***de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades*** *o de las exigidas por razones de salud o de las exigidas por razones de salud pública*».

Si bien con esta nueva norma los derechos del trabajador de baja médica quedan especialmente protegidos, no se excluye que pueda haber despidos basados en la enfermedad del trabajador si ésta es limitante para el ejercicio de determinadas actividades. La Ley admite que, en función de las circunstancias concurrentes, pueda haber una desigualdad o diferenciación de trato no prohibida, cuando la enfermedad comporta una limitación objetiva para el ejercicio del desempeño del puesto de trabajo. Dicho de otra manera, la nueva ley protege a los trabajadores que padezcan una enfermedad no pudiendo ser, en principio, motivo de despido, salvo que dicha enfermedad pudiera dificultar su normal desempeño profesional.

Y es que no cabe excluir el establecimiento de un régimen de causalidad extintiva ligado a la enfermedad, cuando ésta supone limitaciones objetivas para el desempeño del puesto de trabajo, porque la extinción por enfermedad es una opción de regulación legítima e inexcusable *ex* art. 38 CE.

Se encuentra justificada por el art. 38 CE, que reconoce la libertad de empresa y encomienda a los poderes públicos la garantía y protección de su ejercicio, así como la defensa de la productividad. El derecho al trabajo (art. 35 CE) puede quedar sujeto a limitaciones justificadas cuando entra en conflicto con el reconocimiento en el art. 38 CE de la libertad de empresa, ya que ésta puede «legitimar el reconocimiento legal en favor del empresario de determinadas facultades de extinción del contrato de trabajo integradas en sus poderes de gestión de la empresa» (STC 118/2019).

3. El alcance de la excepción

La clave está en el alcance de la excepción, es decir, en cómo debe interpretarse la frase «las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades», para que la excepción no impida que la regla general de la igualdad de trato y no discriminación por enfermedad alcance su plena virtualidad. A nadie se le oculta que una interpretación amplia de la excepción puede vaciar de contenido y dejar sin efecto el derecho de la persona trabajadora a no ser discriminada por razón de enfermedad.

En efecto, si se interpreta que cualquier situación de IT, por leve y corta que sea, produce la «limitación objetiva» integrante del supuesto de hecho de la excepción, decaería, de facto y por completo, la protección frente al despido de la persona enferma. Pero, no parece que cualquier limitación habilitante de la excepción por sí sola sea suficiente para justificar el límite al derecho constitucional que nos ocupa. La objetivación de un régimen jurídico de excepción semejante no sería compatible con el art. 35.1 CE en su exigencia de justa causa extintiva.

Es preciso advertir que la nueva ley no habla de la IT como causa de discriminación, que, como es sabido, hace referencia a la situación en la que se encuentra el trabajador cuando está imposibilitado temporalmente para trabajar y precisa asistencia sanitaria de la Seguridad Social, sino la enfermedad, que es cosa distinta. No existe una protección frente a la IT sino frente a la enfermedad, que está relacionado con algún tipo de cuadro patológico o médico.

El debate, en suma, consiste en determinar qué tipo de circunstancia inhabilitante vinculada a la enfermedad puede justificar la extinción del contrato sin producir una discriminación por razón de enfermedad. Y aquí entiendo que una interpretación plausible sería la de limitar la posibilidad de extinción por enfermedad a las verdaderamente impeditivas del desempeño de la actividad laboral.

Tal vez, el legislador, al configurar la enfermedad como causa autónoma desvinculada de la discapacidad, lo que haya querido es extender la protección antidiscriminatoria a los trabajadores que se encuentran afectados por una enfermedad grave (*v. gr*. cáncer), e impedir que se despida a los trabajadores en situaciones en las que sin necesidad de llegar a ser situaciones asimilables a la discapacidad o invalidez permanente, sufran algún tipo extinción del contrato por una alteración de la salud que se considere no rentable por la empresa. Nótese, por ejemplo, que la supervivencia de mujeres con cáncer de mama en edad laboral es del 85 %, pero de todas esas que se curan tan sólo el 53 % retorna al trabajo de forma efectiva, porque muchas son despedidas[14].

Tal vez otro ejemplo ilustrativo podría ser el enjuiciado en la STS de 31 de mayo de 2022 (rec. n.º 109/2020). El Tribunal ha entendido que los dos periodos de IT en los que incurrió por contingencias comunes por trastorno depresivo en los tres meses anteriores al despido, no constituye un supuesto asimilable a la discapacidad, «por más que conste una ulterior declaración de incapacidad permanente total» del trabajador. Se afirma que «para que el despido pueda ser calificado de nulo, por discriminatorio, es preciso que dicho trabajador sufra algún tipo de discapacidad» en los términos de la ley.

A la vista de estas situaciones de desamparo, es probable que el legislador haya querido incluir en la tutela antidiscriminatoria esas otras situaciones en que no se obtiene la calificación formal de la discapacidad o no se llega a identificar propiamente una situación de discapacidad en los términos que exige la Directiva 2000/78 de conformidad con el art.1 de la Convención, y, pese a estar limitado el trabajador para desempeñar su puesto temporal o parcialmente, desea seguir trabajando.

14 García, B.: No siempre es fácil volver a trabajar tras un cáncer: «Al reincorporarme me recriminaron que llevaba 42 días fuera», *Nius*, 23/10/2022. Disponible en: https://www-niusdiario-es.cdn.ampproject.org/c/s/www.niusdiario.es/sociedad/sanidad/20221023/volver-trabajar-despues-cancer-insercion-laboral-recriminaron-42-dias-fuera_18_07772391.html?amp=true&utm_source=upday&utm_medium=referral.

Pero, al mismo tiempo, la Ley no excluye que el reconocimiento de la no discriminación por enfermedad puede implicar diferencias de trato si concurren limitaciones objetivas; o, dicho de otra manera, que el empleador pueda despedir por enfermedad, en la medida en que incida en la capacidad para desarrollar la actividad profesional, sea a causa de su movilidad reducida, o sea a causa de la concurrencia de patologías que no le permiten realizar su trabajo o que le generen dificultades para ello.

Ahora bien, por legítimo que sea la posibilidad de extinguir el contrato por limitaciones objetivas del trabajador, el establecimiento de un régimen de causalidad extintiva ligado a tales limitaciones debe respetar el contenido esencial del art. 35.1 CE en su exigencia de justa causa extintiva, y limitarse a circunstancias verdaderamente impeditivas. En este sentido entiendo que una posibilidad de hacer compatibles el derecho del trabajador a no ser discriminado por razón de enfermedad, y el legítimo interés de la empresa de extinción del contrato ante limitaciones objetivas, es tomando en consideración el concepto de «funciones esenciales del puesto de trabajo» que utiliza el TJUE en la sentencia de 10 de febrero de 2022. Entiendo que la posible excepción a la regla general de no discriminación o la posible extinción de un contrato por enfermedad del trabajador, debe quedar limitada a los supuestos en que existe una imposibilidad de realizar las funciones esenciales del puesto de trabajo, y ello con independencia de la declaración de invalidez o discapacidad del trabajador.

En suma, la enfermedad o un cuadro patológico causante de una situación de baja, al encontrarse ahora entre las circunstancias protegidas frente a discriminación en las relaciones laborales del art. 2 de la Ley 15/2022, podría conllevar que el despido del trabajador en situación de baja por IT fuese declarado nulo. No obstante, también podría legitimar el ejercicio de la acción extintiva del empleador si concurriesen en el supuesto limitaciones objetivas que impidan al trabajador realizar las funciones esenciales del puesto, pudiendo en ese caso no resultar discriminatorio, ni ser calificado nulo.

4. Medidas de ajuste razonable

La cuestión suscitada aquí es si, ante tales limitaciones objetivas del trabajador, la empresa viene obligada a realizar los ajustes razonables antes de proceder al despido del trabajador por enfermedad. Desde luego la Ley 15/2022 no lo contempla. O mejor dicho solo lo prevé en el art. 6 para las personas con discapacidad:

> «Se considerará discriminación directa la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad. A tal efecto, se entiende por ajustes razonables las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos».

Se trata de un criterio únicamente aplicable a este ámbito, pese a que, como ha advertido la doctrina académica[15], «se ha considerado una buena técnica para solventar, por ejemplo, el

15 García Salas, A.I.: *La obligación empresarial de realizar ajustes razonables: un criterio que se consolida en la tutela de los derechos fundamentales*, Foro de Labos, 20/10/2022. Disponible en:

conflicto entre la libertad organizativa empresarial y el derecho de los trabajadores a cambiar de turno de trabajo por necesidades de formación y promoción profesional, o de conciliación de la vida familiar y laboral». Cabe destacar que, en sus orígenes, la doctrina del ajuste razonable se relacionó principalmente con los derechos de los trabajadores a la libertad de culto, la objeción de conciencia, a fin de tener en cuenta sus creencias religiosas a efectos de calendario laboral[16]. Y posteriormente se extendió a las personas con discapacidad. Nuestro Tribunal Constitucional lo viene aplicando no solo con respecto a situaciones discapacitantes (STC 51/2021, de 15 de marzo), sino también con respecto a los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral (STC 26/2011, de 14 de marzo). Y es de esperar que evolucione, como la garantía de indemnidad (*ex* art. 24 CE), hacia una noción genérica o amplia, que suponga la obligación del empresario de acomodación ante el ejercicio por parte del trabajador del derecho a la no discriminación por alguno de los motivos que se recogen en la nueva Ley, en aras de proteger con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias (art. 7) . Así ha ocurrido en los países anglosajones en los que el ajuste razonable se concibe como una técnica para dirimir los posibles conflictos entre derechos fundamentales y, muy en particular las situaciones de discriminación a minorías, comparable al juicio de proporcionalidad y sin necesidad, por tanto, de que una norma consagre expresamente tal obligación para un colectivo determinado.

No obstante, de la norma (art. 6.1 a) se infiere que la medida de ajustes razonables es exigible cuando la enfermedad se pueda considerar asimilable a la discapacidad, esto es, cuando dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes de su recuperación, pero no cuando se trata de proteger a personas que simplemente padecen una enfermedad, bien que sería lo razonable si ello fuera motivo de discriminación.

En la doctrina del TJUE y de nuestro TS se relaciona el concepto de «ajustes razonables» tan solo con la discapacidad. El TJUE declara en su sentencia de 11 de abril de 2013. HK Danmark, en representación de Jette Ring contra Dansk almennyttigt Boligselskab, y lo reitera la STS de 22 de febrero de 2018 (rec. n.º 160/2016) que: «según su decimoséptimo considerando, la Directiva 2000/78 no obliga a contratar, ascender o mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, entre los que figura una eventual reducción de su tiempo de trabajo» (Ap. 57).

Y de alguna manera lo plasma también la más reciente sentencia del TJUE de 10 de febrero de 2022 Asunto C-485/20 (HR Rail), en su Ap. 49: «*el artículo 5 de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «ajustes razonables para las personas con discapacidad» a efectos de dicha disposición implica que un trabajador, incluido el que realiza un período de prácticas tras su incorporación, que, debido a su discapacidad, ha sido declarado no apto para desempeñar las funciones esenciales del puesto que ocupa sea destinado*

https://www.elforodelabos.es/2022/10/la-obligacion-empresarial-de-realizar-ajustes-razonables-un-criterio-que-se-consolida-en-la-tutela-de-los-derechos-fundamentales/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=las-ultimas-newsletter-total-entradas-de-nuestro-blog_5.

16 Rodríguez Sanz de Galdeano, B.: «La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad», *Temas Laborales*, n.º 127, 2014, pp. 85 y ss; de la misma autora: «El deber de introducir adaptaciones como medida de acceso y mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad», *Documentación Laboral*, n.º 120, 2020, pp. y ss.

a otro puesto para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para el empresario».

Pero no está muy claro que cuando se utiliza el concepto de discapacidad la jurisprudencia del TJUE y la del Tribunal Supremo compartan el mismo criterio. El TJUE admite —tanto en el caso Ruiz Conejero como en el Caso Nobel Platiques Ibérica— que el reconocimiento formal de la condición de discapacitado no implica necesariamente que el trabajador deba ser valorado como discapacitado a efectos de la Directiva 2000/78, puntualizando que el concepto de discapacidad no debe limitarse solo a las discapacidades así declaradas por los órganos nacionales[17].

Así, en la sentencia del Caso Ruiz Conejero se considera que la calificación formal de discapacitado con un grado de discapacidad del 37 % debido a limitaciones físicas y obesidad de la persona trabajadora que causó baja por enfermedad común durante diferentes periodos, superando los límites legales de ausencias laborales, y siendo despedido por ello, no supone automáticamente la condición de discapacitado a efectos de la Directiva, y fuerza a la empresa a una prueba más específica de esas limitaciones que esa enfermedad duradera tiene en términos de discapacidad.

Y en el caso Nobel Platiques Ibérica el TJUE lo refiere a un trabajador en prácticas, a quien, tras serle diagnosticado una patología cardíaca que precisó la colocación de un marcapasos, dispositivo sensible a las vías férreas, se le reconoció la discapacidad por el Servicio Público Federal de la Seguridad Social, pero precisando el Centro Regional de Medicina de la Administración Belga que podía ser empleado en un puesto que cumpliera las exigencias siguientes: «actividad moderada, ausencia de exposición a campos electromagnéticos, prohibición de trabajos en altitud y ausencia de exposición a vibraciones».

En nuestro contexto, la noción de discapacidad se relaciona directamente con la noción legal de las personas con discapacidad *ex* art. 4 el RD-Leg. 1/2013, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de las personas con discapacidad y su inclusión social (deficiencia física, mental o sensorial previsiblemente permanente que, …) y con un grado de minusvalía reconocida igual al 33 por ciento. Por tanto, del examen de la jurisprudencia se observa que el Tribunal Supremo está haciendo, tal vez, una interpretación restrictiva del concepto de discapacidad.

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, cabe colegir con todas las dudas, que, manejando el concepto amplio de discapacidad del TJUE —que da entrada a situaciones que igualmente presentan limitaciones en el sentido de la Directiva, alcancen o no el grado de discapacidad del 33 % exigible para su reconocimiento formal—, el empleador viene obligado a llevar a cabo medidas de ajuste razonable, también en aquellas otras situaciones que podrían quedar englobadas en el concepto más amplio de la discapacidad que maneja el TJUE.

Las medidas de ajuste consistirán, según viene definido en el art. 2 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, de Naciones Unidas, en las «modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las

17 Moreno Solana, M.: «La extinción causal del contrato de trabajo vinculada a la discapacidad», *Doc. Labor*., n.º 120,año 2020. Vol II p. 92.

personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales».

En concreto, y atendiendo a los arts. 2 m), 63 y 66 de la Ley 1/2013, de 29 de noviembre, la empresa deberá adaptar el puesto de trabajo, cambiar de funciones a la persona trabajadora, o, llegado el caso, proceder al cambio de puesto de trabajo, siempre que tales medidas no supongan una carga desproporcionada al empleador teniendo en cuenta los recursos financieros, el tamaño de la empresa, volumen del negocio y la disponibilidad de fondos públicos o ayudas a tal adaptación.

La no realización de los ajustes supone una vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE), dado que la denegación de los ajustes razonables es considerada en sí misma una discriminación (art. 4.1 Ley 15/2022).

5. Carga de la prueba

De acuerdo con lo previsto en el artículo 30 de la Ley 15/2022, cuando la persona trabajadora alegue discriminación por enfermedad y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la empresa a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la medida extintiva adoptada y la conexión directa de esta con las limitaciones que padece el trabajador, así como su proporcionalidad.

En consecuencia, la empresa, para el legítimo ejercicio de la facultad de extinción, tendrá que probar que concurren las limitaciones objetivas derivadas de la enfermedad que padece el trabajador para el ejercicio de determinadas actividades. Deberá demostrar de forma clara que el trabajador presenta un cuadro de patologías o limitaciones graves que le impiden la vida profesional en igualdad de condiciones que el resto de empleados, amén de la realización del ajuste razonable o su imposibilidad de llevar a cabo.

Esta prueba puede tornarse difícil para el empresario, tanto en el caso de que el despido obedezca a esa limitación objetiva del trabajador, como en aquellos casos en los que el despido se haya articulado alegando alguna de las otras causas de extinción.

En el primer caso, es importante recordar la STS de 23 de febrero de 2022, que, a efectos de acreditar la ineptitud sobrevenida de los trabajadores para el desempeño de su puesto de trabajo, sienta el criterio de que es necesario que el informe del servicio de prevención externo «identifique con precisión cuáles son las limitaciones concretas detectadas y su incidencia sobre las funciones desempeñadas por el trabajador, sin que baste la simple afirmación de que el trabajador ha perdido su aptitud para el desempeño del puesto, cuando dicha afirmación no esté justificada en los términos expuestos y no se soporte con otros medios de prueba útiles, cuando sea contradicha por el trabajador, especialmente cuando, como sucede aquí, la Entidad Gestora haya descartado la declaración de invalidez permanente del trabajador para el desempeño de su profesión habitual, debiendo resaltarse que, en la carta de despido se afirma que el dictamen NO APTO, del servicio de prevención ajeno, ...le impide realizar la mayor parte de las tareas habituales e inherentes a su categoría profesional y para cuya ejecución usted fue contratado». Parece, por tanto, que la acreditación de la ineptitud sobrevenida no se puede hacer descansar únicamente en la conclusión sobre la aptitud del trabajador emitida por los servicios de prevención.

Ahora bien, también puede ocurrir que el empresario haya procedido a la extinción del contrato alegando alguna de otras causas de extinción previstas por el TRET y, en ocasiones, sin concretar demasiado en la carta de despido las circunstancias causales que motivan la extinción. Se trata de las cartas genéricas de despido, que en ocasiones encubren, un despido sin causa que la parte empresarial no tendría problemas en reconocer como improcedente. Sin embargo, ante la alegación de nulidad por la parte actora la estrategia procesal del empresario no puede consistir en el reconocimiento de la improcedencia, sino que ha de realizar un esfuerzo probatorio adicional con el fin de acreditar razones que justifican la extinción que nada tienen que ver con la enfermedad o que tienen su causa exclusiva en las limitaciones objetivas que entraña.

BIBLIOGRAFÍA

Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Consejo de Europa, 2010.

Beltran de Heredia Ruiz, I.: *A partir de la Ley 15/2022, ¿puede despedirse (injustificadamente) a un trabajador enfermo o de baja por incapacidad temporal?*, Disponible en: https://ignasibeltran.com/2022/07/14/a-partir-de-la-ley-15-2022-puede-despedirse-injustificadamente-a-un-trabajador-enfermo-o-de-baja-por-incapacidad-temporal/.

Calvo Gallego, F.J.: «La aporofobia ¿una causa naciente de discriminación?», en aa.vv: *Realidad social y discriminación. Estudios sobre diversidad social e inclusión laboral*, Laborum, Murcia, 2022.

Fernández García, A.: «La discriminación en el trabajo (V): discriminación por error», *Blog AFLabor*, 22 de octubre de 2013. Disponible en: https://aflabor.wordpress.com/2013/10/22/la-discriminacion-en-el-trabajo-v-discriminacion-por-error/.

Fernández Hernández, C.: «La Ley 15/2022 introduce la primera regulación positiva de la inteligencia artificial en España», *Ciberderecho*, 13/07/2022. Disponible en: https://diariolaley.laleynext.es/dll/2022/07/13/la-ley-15-2022-introduce-la-primera-regulacion-positiva-de-la-inteligencia-artificial-en-espana.

Fernández López, M.ª Fda.: «La prohibición de discriminación», en aa.vv.: (Dirs. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Casas Baamonde, M.): *Comentarios a la Constitución Española, Tomo I (Conmemoración del XL Aniversario de la Constitución)*, BOE, Wolters Kluver, Madrid, 2018.

Fernández Ramírez, M.: *El derecho del trabajador a la autodeterminación informativa en el marco de la actual empresa «neopanótica»*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

García Salas, A.I.: «La obligación empresarial de realizar ajustes razonables: un criterio que se consolida en la tutela de los derechos fundamentales», *Foro de Labos*, 20/10/2022. Disponible en: https://www.elforodelabos.es/2022/10/la-obligacion-empresarial-de-realizar-ajustes-razonables-un-criterio-que-se-consolida-en-la-tutela-

de-los-derechos-fundamentales/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=las-ultimas-newsletter-total-entradas-de-nuestro-blog_5.

García, B.: No siempre es fácil volver a trabajar tras un cáncer: «Al reincorporarme me recriminaron que llevaba 42 días fuera», *Nius*, 23/10/2022. Disponible en: https://www-niusdiario-es.cdn.ampproject.org/c/s/www.niusdiario.es/sociedad/sanidad/20221023/volver-trabajar-despues-cancer-insercion-laboral-recriminaron-42-dias-fuera_18_07772391.html?amp=true&utm_source=upday&utm_medium=referral.

Maneiro Vázquez, Y.: *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales. Desde su creación por el Tribunal de Justicia a su recepción por la doctrina judicial española*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

Moreno Solana, M.: «La extinción causal del contrato de trabajo vinculada a la discapacidad», *Doc. Labor.*, n.º 120, año 2020. Vol II p. 92.

Rodríguez Sanz de Galdeano, B.: «El deber de introducir adaptaciones como medida de acceso y mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad», *Documentación Laboral*, n.º 120, 2020.

Rodríguez Sanz de Galdeano, B.: «La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad», *Temas Laborales*, n.º 127, 2014, pp. 85 y ss; de la misma autora:

Servicios Jurídicos UGT: «Análisis de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación», n.º 53, julio 2022, p.11.

EL PLAN DE IGUALDAD EN LA EMPRESA INTERNACIONAL

THE EQUALITY PLAN IN THE INTERNATIONAL COMPANY

Alejandra Selma Penalva
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia

Enviado el 7 de mayo de 2024; aceptado el 7 de mayo de 2024.

Palabras clave: igualdad de género, empresa internacional, plan de igualdad, unificación de derechos, negociación internacional.
Keywords: gender equality, international business, equality plan, unification of rights, international negotiation.

Resumen: Aunque las sucesivas modificaciones de la LO 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres intentan, poco o a poco, ir perfilando el alcance de la norma, mejorando las cuestiones que pudiesen haber estado incompletas o poco precisadas en la redacción original, eliminando ambigüedades y reforzando los mecanismos de control de los planes de igualdad, existen todavía ciertos aspectos pendientes de concreción: uno de ellos es el relativo a la complejidad adicional que implica la elaboración de un plan de igualdad en una empresa internacional. En el presente trabajo se analizan los diferentes aspectos que se han de tener en cuenta antes de enfrentarse al reto que supone elaborar un plan de igualdad en el seno de una empresa de estas dimensiones.

Abstract: Although the successive modifications of the LO 3/2007 for the Effective Equality of Women and Men try to outline the scope of the rule, improving the issues that could have been incomplete or poorly specified in the original text, eliminating ambiguities and reinforcing the control mechanisms of equality plans, there are still certain aspects pending specification: one of them is related to the additional complexity involved in drawing up an equality plan in an international company. This paper analyzes the different aspects that must be taken into account before facing the challenge of drawing up an equality plan within a company of these dimensions.

Sumario: I. LEY APLICABLE A UN CONTRATO DE TRABAJO INTERNACIONAL. CONSIDERACIONES GENERALES. II. CUESTIONES IMPRESCINDIBLES PARA ELABORAR UN PLAN DE IGUALDAD EN UNA EMPRESA INTERNACIONAL. 1. ¿Cuándo puede considerarse a una empresa «internacional»? 2. ¿Cuál puede ser el ámbito personal y territorial de un plan de igualdad? 3. ¿Cómo se han de computar los trabajadores contratados por empresas españolas pero que desempeñan su actividad desde el extranjero? 4. ¿Es preciso que la empresa internacional tenga su sede en España para aplicarle las exigencias de la LO 3/2007? 5. ¿Un grupo de empresas de dimensión internacional debe tener un plan de igualdad para cada

empresa o basta con un texto único aplicable a todas ellas? 6. ¿Qué tipo de desplazamiento temporal a España de trabajadores extranjeros es relevante para activar la obligación de elaboración de un plan de igualdad? 7. ¿Existe alguna particularidad respecto a las ETT de dimensión internacional? III. LA DECISIÓN VOLUNTARIA DE ELABORAR UN PLAN DE IGUALDAD INTERNACIONAL. 1. ¿Cómo ha de ser el proceso de negociación colectiva de un plan internacional? 2. ¿Sobre qué aspectos debería incidir con más fuerza el plan de igualdad de una empresa internacional? IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA

I. LEY APLICABLE A UN CONTRATO DE TRABAJO INTERNACIONAL. CONSIDERACIONES GENERALES

La globalización es un fenómeno mundial que ha afectado a todos los campos de la sociedad, dando lugar a importantes cambios en materia de comercio, mercado financiero e información, todos ellos con grandes repercusiones económicas. Dentro de este marco, la globalización genera nuevas posibilidades para el crecimiento y la creación de empleos, abriendo una vía muy importante para mejorar la competitividad de las empresas, y por lo tanto, dejando una huella muy marcada en el desarrollo diario de las relaciones laborales. La evolución de la economía y la búsqueda de nuevas oportunidades de comercialización de productos en mercados internacionales, unida a la importancia creciente de los fenómenos de inmigración/emigración, ha multiplicado los fenómenos de internacionalización de las empresas, unas veces creando nuevos centros de trabajo en el extranjero, y otras, desplazando temporal o permanentemente a sus empleados fuera de las fronteras nacionales. En definitiva, la coyuntura económica que caracteriza al siglo XXI propicia que, en un mismo contrato de trabajo concurran elementos propios de diferentes países.

Precisamente por lo que respecta a la ley aplicable a una relación jurídica con elemento extranjero, deben tenerse en cuenta las reglas marcadas por el *Reglamento comunitario 593/2008 sobre ley aplicable a las relaciones contractuales*, también conocido como «Reglamento Roma I» (al tener como origen al, ya agotado, Convenio Roma I), de aplicación directa a todos los Estados miembros sin necesidad de ratificación ni trasposición. Aspectos tales como la nacionalidad o domicilio de los contratantes, el lugar en el que radique la sede social de la empresa, el lugar de celebración del contrato o de ejecución de la prestación de servicios, entre otros factores, son causas de internacionalización del contrato, como también lo es la sumisión expresa de los contratantes a las normas jurídicas de un ordenamiento jurídico extranjero. Todos los elementos enumerados pueden influir sobre cuál será la norma aplicable al contrato de trabajo y, por lo tanto, todos ellos deben tenerse en cuenta a la hora de concertar un contrato de trabajo.

Aunque son los arts. 3 y 4 del Reg. 593/2008 los que, con carácter general, indican las reglas de determinación de la ley aplicable a las controversias surgidas en contratos civiles y mercantiles de carácter internacional, cuando de lo que se trata es de determinar la ley aplicable a una controversia jurídico laboral, deben aplicarse unas reglas específicas. El legislador comunitario, consciente de que determinados contratos generan una relación jurídica en la que los contratantes no se encuentran en una posición de estricta igualdad, decide ofrecerles un tratamiento específico que intenta ser especialmente respetuoso y protector con los intereses

del contratante débil: en este caso el trabajador por cuenta ajena[1]. En concreto, es el art. 8 del citado Reglamento comunitario el que contempla previsiones específicas para el contrato de trabajo en el que concurra algún elemento de internacionalización, precisando que, en defecto de elección de ley[2], el contrato de trabajo se regirá por la ley nacional del lugar de prestación de servicios, siempre que ésta no contenga aspectos que se consideren atentatorios contra el orden público del ordenamiento jurídico del juez que conozca las posibles controversias derivadas del litigio[3], o que, atendiendo al conjunto de elementos que rodean el contrato de trabajo, se pueda considerar que éste mantiene vínculos más estrechos con otro país[4].

1 Sobre esta cuestión, véanse, entre otros, Marino, S., «Metodi di diritto internacionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario», *Ed. Giuffré*, Milano, 2010 y Espinella Menéndez, Á., «La relación laboral internacional», *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2022.

2 El legislador comunitario decide reconocer un papel muy destacado a la voluntad de los contratantes ofreciéndoles posibilidades de elección muy amplias, de forma que podrán elegir incluso como ley aplicable la ley de un Estado que no sea miembro de la UE ni del EEE. Los únicos límites que existen al respecto persiguen que, por medio de las cláusulas convencionales de elección de ley el empresario no intente abaratar los costes sociales realizando una llamada a la ley nacional de un Estado menos protector con los derechos laborales que la legislación nacional que hubiera resultado aplicable en defecto de elección (*loci labori*, en principio). Precisamente al respecto, se ha afirmado que deben considerarse aplicables los arts. 10.5 y 10.6 CC. en los que se reconoce a los contratantes la posibilidad de sometimiento expreso a ley extranjera pero *siempre que ésta guarde conexión con el negocio*. De esta manera se consigue impedir la aplicación en el ámbito del Derecho del Trabajo de normas laborales que no guarden relación alguna con los elementos que intervienen en la prestación de servicios, limitando así las posibilidades de fraude y abuso al contratante más débil (Montoya Melgar, A., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2020).

3 El orden público puede definirse como una de las «cláusulas de excepción» que permiten al juez de un Estado, apreciar que la aplicación de la ley extranjera a la que conducen las normas de conflicto, generaría un resultado manifiestamente incompatible con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro. La apreciación de este conflicto de intereses permitirá al juzgador la no aplicación de la norma extranjera, y la resolución del concreto asunto planteado utilizando para ello las normas propias del Estado al que él mismo pertenece *(lex fori)*. Es decir, sólo en esta ocasión, se exceptúa la aplicación de la norma de conflicto persiguiendo con ello respetar un fin al que se le reconoce un valor más elevado: la coherencia interna del ordenamiento jurídico del juez que debe aplicar el derecho. Adviértase que no basta la no coincidencia de soluciones entre ordenamientos jurídicos, ni tampoco se trata de realizar un juicio de «bondad» entre ordenamientos jurídicos, valorando cuál es más útil o más razonable, sino que la aplicación de la cláusula del orden público, por esencia, debe ser absolutamente excepcional, y por ello, solo procederá cuando razonablemente se pueda justificar que la aplicación de la solución ofrecida por el ordenamiento jurídico al que conducen las normas de conflicto, alteraría alguno de los puntos cardinales que definen los principios básicos del ordenamiento jurídico del Estado en la que debería ser aplicada. No debe dudarse de que se trata de un remedio de carácter extraordinario que, por tanto, «debe ser aplicado con sentido restrictivo, frente a casos de manifiesta injusticia, de grave perturbación, de indispensable defensa, de incompatibilidad manifiesta». Sobre este tema, *in extenso*, véase Aguilar Navarro, M., «Derecho Internacional Privado», *Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Volumen I, Tomo I, Madrid, 1976. Dado que esta técnica está destinada a proteger un valor objetivo, como es la coherencia interna del ordenamiento jurídico, su aplicación está naturalmente excluida de la disponibilidad de las partes y debe ser reconocida de oficio por el juez. Al respecto, Calvo Caravaca A. L. y Carrascosa González, J., «Derecho Internacional Privado». Volumen I, *Comares*, Granada, 2011.

4 En los casos en que por el conjunto de circunstancias concurrentes pueda apreciarse que la rela-

Adviértase que la aplicación de la *lex loci executionis*, o de otra que se considere más estrechamente vinculada a la prestación de servicios, solo procederá en defecto de sumisión de los contratantes[5]. También es interesante reparar en que, mientras la cláusula de excepción relacionada con el orden público del ordenamiento jurídico del país en el que está siendo enjuiciada determinada controversia puede incidir únicamente sobre un aspecto puntual y específico de la relación jurídica, determinando la no aplicación del precepto o disposición concreta considerada contraria al orden público del foro, mientras que el resto de la relación jurídica seguirá rigiéndose por la ley nacional a la que conduzcan las normas de conflicto, el principio de vínculos más estrechos implica una remisión a la normativa íntegra del país con el que la relación en cuestión presenta una especial conexión. El propio reglamento comunitario precisa además que, cuando no sea posible determinar con claridad cuál es el lugar de prestación de servicios, se aplicará el régimen jurídico del país en el que radique el domicilio social de la empresa.

Complementando estas previsiones, el ordenamiento jurídico español, contiene su propia norma de conflicto, que no es más que una concreción de la regla de los «vínculos más estrechos». Ésta, se encuentra en el art. 1.4 ET en virtud de la cual se proclama que «la legislación

ción jurídica mantiene vínculos más estrechos con otro país, será ésta la ley que también deberá regir las controversias surgidas entre los litigantes, independientemente del lugar en el que se haya desarrollado la prestación laboral o de dónde radique el establecimiento que haya contratado al trabajador. Esta cláusula de excepción que permite evitar las consecuencias perjudiciales para el trabajador que provocaría una vinculación demasiado rígida del contrato a la ley del lugar de ejecución. Comisión de las Comunidades Europeas, en el «Libro verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización», Bruselas, 14.1.2003. COM (2002) 654 final, p. 38: «Así pues, se podrá considerar, por ejemplo, que un contrato celebrado en Francia entre un empresario francés y un asalariado francés para un trabajo de dos años en un país africano, con una promesa, en su caso, de un nuevo empleo en Francia al expirar el contrato, se regirá no por la ley del país africano del lugar de ejecución sino por la ley francesa con la que existen vínculos más estrechos». Ahora bien, esta solución establecida con un ánimo protector en la práctica no queda exenta de ciertas críticas, dado que al tratarse de un criterio apreciable en función de la voluntad del juzgador, atendiendo pormenorizadamente a las características concretas del caso en cuestión, resulta imposible extraer una regla general que objetive bajo qué presupuestos puede considerarse que una relación laboral presenta vínculos más estrechos con otro país distinto de aquél en el que se lleva a cabo el servicio. Sin duda, es la jurisprudencia la que más ayuda a perfilar el criterio de los vínculos más estrechos, incluyendo conceptos como idioma de redacción del contrato, moneda en la que se efectuaba el pago de las retribuciones salariales, o normativa nacional en virtud de la cual se estaban cumpliendo las obligaciones sociales y fiscales derivadas de la iniciación de la relación laboral.

5 No es más que el reconocimiento formal del extraordinario valor que el legislador comunitario concede a la autonomía de la voluntad de los contratantes, y que alcanza no sólo a la voluntad de pactar los términos concretos del contrato, sino también a la ley concreta que habrá de utilizarse para solventar las posibles controversias surgidas y, en su caso, también la jurisdicción aplicable al caso. «Nell'architettura della Convezione di Roma vale anche per il contratto di lavoro a regola generale, espressa dall'art. 3, per cui l'individuazione della legge regolatrice del rapporto, nelle situazioni che implicano conflitto di leggi (28), è in primo luogo affidata alla libertà di scelta delle parti. E tuttavia, a difesa della peculiare condizione». Giubboni S., «Diritto del lavoro e competizione regolativa nell'Unione Europea», *Rivista trimestrale dell`avvocatura dell`instituto nazionale della previdenza sociale*, n.º 3, 2008, p. 632.

ISSN: 2952-1955

laboral española será de aplicación a los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo»[6].

Analizando estos preceptos, se aprecia con claridad que, en materia de contratos de trabajo, son dos los pilares básicos sobre los que sustentan las normas de conflicto internacionales: por una parte, el valor fundamental que el legislador comunitario ofrece al criterio del lugar en el que se desarrolla la prestación de servicios del trabajador, y por otra, los intentos de hacer coincidir, en la medida de lo posible, ley aplicable y jurisdicción competente. Y precisamente para lograr este objetivo, es por lo que los distintos textos internacionales, tanto a la hora de determinar la jurisdicción competente como la ley aplicable, se decantan por conferir al *loci labori* un papel esencial[7]. Conviene recordar que el actualmente vigente Reglamento comunitario 1215/2012, conocido como Reglamento Bruselas I bis, *sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de títulos ejecutivos extranjeros* (herederos del tradicional Convenio Bruselas) concreta que, en su Sección 5 (arts. 20-23), en lo que respecta a la prestación laboral de servicios, debía entenderse por «lugar de ejecución» de la prestación laboral, aquél en el que el trabajador «desarrollaba habitualmente su propia actividad»[8].

6 Doctrinalmente, se ha planteado una posible derogación tácita del art. 1.4 ET por el Reg. 593/2008, aunque en realidad, el art. 1.4 ET, resulta plenamente compatible con los criterios de determinación de la ley aplicable impuestos en España a partir de la entrada en vigor del Reg. 593/2008. Podría incluso afirmarse, sobre todo habida cuenta de la intensa finalidad protectora para el trabajador que ha demostrado tener el art. 1.4 ET, que el citado precepto constituye uno de los pocos ejemplos de presunciones *iuris tantum* existentes en nuestro ordenamiento jurídico. Y es que, con el art. 1.4 ET el legislador español está presuponiendo, sin admitir posibilidad de aportar prueba en contrario, que la relación jurídico-laboral iniciada por un trabajador español para prestar servicios en empresas españolas, independientemente del país en el que se estuviese desarrollando materialmente dicha prestación laboral de servicios, mantiene vínculos más estrechos con España, y por tanto, ésta legislación nacional será la aplicable para solventar las posibles controversias que hayan surgido entre los contratantes. Éstas y otras cuestiones, las analiza detenidamente Galiana Moreno, J.M., «Aplicación extra-territorial de las normas de trabajo (art. 14)», *Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 100, 1, 2000, pp. 109-124.

7 Sobre esta cuestión, in extenso, véase «Rapporti di lavoro», Di Blase, A., «Guida alla guirisprudenza italiana e comunitaria di dirritto internazionale privato», *Ed. Scientifica*, Napoli, 2010, p. 287 y ss

8 El elenco de jurisdicciones competentes que contiene la Sección 5 del Reg. 1215/2012 diferencia las situaciones en las que es el trabajador el que pretende demandar al empresario y aquellas, en las que es el propio empresario el que presenta demanda contra el trabajador, ofreciendo en cada caso respuestas diferentes, intentando siempre proteger los intereses de la parte más débil de la relación jurídica, por lo que serán mucho más numerosas las opciones de las que dispone el trabajador que aquellas con las que cuenta la empresa. Así, mientras un trabajador por cuenta ajena puede formular sus reclamaciones laborales ante los tribunales del Estado en que estuvieren domiciliados los empresarios demandados; ante el tribunal del lugar en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo; ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador; ante el tribunal del último lugar en que lo hubiere desempeñado si el trabajador no desempeñare o no hubiere desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado (20 Reg. 1215/2012), o ante otro, que, ampliando este elenco, hayan acordado las partes (23 Reg. 1215/2012), cuando es el empresario el que pretende demandar a su trabajador, solo podrá hacerlo ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que éste tenga su domicilio, o si no lo tiene, en el lugar que determine la legislación del Estado miembro en

Y es que utilizar con carácter general el «lugar de prestación de servicios» consigue dos cosas: por una parte ofrecer una situación que resulta más ventajosa para el trabajador en los conflictos suscitados frente a su empleador (facilitándole entablar una reclamación judicial), y por otra, potenciar la coincidencia entre *fórum* e *ius*[9]. Puede afirmarse que dicho criterio se ha elegido con el fin de intensificar la protección que el derecho internacional ofrece al sujeto que únicamente dispone de su fuerza de trabajo, frente aquél que se encuentra en una posición jurídica y económica más ventajosa: el empresario, titular no sólo de la organización productiva que da empleo al trabajador, sino también de las facultades de dirección, organización, control y sanción del trabajo realizado, frente a las cuales el trabajador se encuentra en situación de «subordinación jurídica» y «dependencia económica» consustancial a su relación contractual.

En definitiva, se intenta asegurar no sólo que finalmente resultará competente un juez que, de alguna manera, quede *vinculado* al caso en cuestión (puesto que la prestación productiva origen del conflicto se ha estado desarrollando en su propio territorio nacional), sino también que el citado juez, para solventar las controversias surgidas, pueda aplicar, en el mayor número de ocasiones posible, su propia ley nacional (aunque obviamente las normas de conflicto no aseguran una coincidencia absoluta). Y es que de esta manera el juez competente no sólo podrá tener un conocimiento más claro y cercano de la situación material en la que se ha originado la controversia, sino que, además, en virtud del principio *iuria novit curia*, podrá aplicar el derecho de forma rápida y sin las dilaciones que provocaría la necesidad de prueba de un derecho extranjero.

Ahora bien, aunque estas reglas, parecen sencillas, la práctica demuestra que existen diversas cuestiones controvertidas, a las que ni el legislador nacional ni el internacional han hecho referencia alguna, pero que, en cambio, pueden presentarse en el transcurso diario de las prestaciones laborales de servicios. Ahora bien, ante la ausencia de previsión normativa al respecto, han de ser nuestros jueces y tribunales los que clarifiquen las citadas situaciones, intentando con ello ofrecer seguridad jurídica a las partes contractuales, facilitando el tráfico jurídico y agilizando así la resolución de conflictos.

A estos efectos, la obligación de elaborar un plan de igualdad que pueda existir atendiendo a la legislación laboral española, y su interconexión con las restantes normas laborales aplicables a una concreta relación jurídico laboral de carácter internacional, es un problema no resuelto de gran incidencia práctica y difícil solución, sobre el que por el momento existen muchas más dudas que certezas. A continuación se analizan diferentes cuestiones prácticas muy útiles para resolver los problemas que plantea la elaboración de un plan de igualdad en una empresa internacional.

El objetivo es, a la vista de todos los datos que se analizan en los diferentes apartados que componen este estudio, poder resolver finalmente el que ha demostrado ser el problema

el que se presente la demanda (art. 6.1 Reg. 1215/2012).

9 Esta revalorización del lugar de ejecución de la prestación esgrimida originariamente tanto por el Convenio de Bruselas (tras su modificación de 1989) como por el Convenio Roma I se mantiene hoy tanto en el Reg. 1215/2012 como en el Reg. 593/2008. Cfr. las consideraciones relativas a la necesidad de protección del contratante débil que, sobre esta cuestión, realiza Di Blase, A., «Guida alla guirisprudenza italiana e comunitaria di dirritto internazionale privato», *Ed. Scientifica*, Napoli, 2010, p. 287.

de más difícil respuesta: ¿cuándo realmente una empresa de dimensión internacional está obligada a elaborar un plan de igualdad según la legislación española?

II. CUESTIONES IMPRESCINDIBLES PARA ELABORAR UN PLAN DE IGUALDAD EN UNA EMPRESA INTERNACIONAL

Redactar y aprobar un plan de igualdad en una empresa tan especial como sin duda lo es cualquier empresa de dimensión internacional, exige tener presentes ciertas cuestiones de difícil respuesta, pero cuyo conocimiento resulta muy útil para elaborar un texto completo y coherente. Y es que si la negociación de un convenio colectivo en una empresa internacional presenta serios obstáculos y problemas interpretativos[10], más complejo es si cabe elaborar un plan de igualdad en una empresa internacional, por la falta de experiencia que tenemos todavía al respecto[11].

Aunque parecía que el RD-Ley 6/2019, modificando la LO 3/2007 para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, había conseguido eliminar todas las lagunas y perfilar todas las aristas que hasta ese momento tenía quedaban pendientes en el proceso de elaboración de los planes de igualdad, y que lastraban su efectividad, la práctica demuestra que todavía existe un tema que no ha sido por el momento objeto de tratamiento jurídico expreso: la elaboración de los planes de igualdad en las empresas de dimensión internacional.

La internacionalización de la prestación de servicios desencadena importantísimas consecuencias sobre el desarrollo de la prestación laboral, entre otras cosas, como se ha expuesto, porque la ley de prestación habitual de servicios, en mayor o menor medida (dependiendo de si las partes han elegido o no otra ley aplicable a su relación jurídica), será la que rija la relación laboral iniciada. Pese a todo, la norma vigente no diferencia entre el carácter nacional o internacional de la empresa en cuestión a la hora de establecer las obligaciones que rodean el proceso de elaboración de un plan de igualdad, sin reparar en que la coyuntura que rodea a uno y otro tipo de empresa, los retos a los que se enfrentan y los objetivos que se persiguen, no son iguales en uno y otro caso.

Habida cuenta de la globalización del mercado de bienes y servicios que define a la sociedad del siglo XXI, cada vez es más frecuente que las empresas dispongan de varios centros de trabajo y que no todos ellos estén situados en el mismo país. En muchas ocasiones, incluso, los centros de trabajo ni siquiera se encuentran todos en territorio de la UE sino en países extracomunitarios. Los problemas se plantean porque la norma únicamente obliga a elaborar un plan

10 Y es que aunque el hecho de atribuir al convenio colectivo el valor de fuente del derecho laboral es producto de una norma propia del ordenamiento jurídico español (3.1.b y 82.3 ET), el origen convencional de este tipo de textos parece hacer aplicables (y, lo que es más importante, también exigibles) los derechos y obligaciones en ellos asumidos incluso fuera de nuestras fronteras.

11 Las diferencias que existen entre la negociación colectiva de un plan de igualdad y la negociación de un convenio colectivo la aborda Olarte Encabo, S., «Los planes de igualdad: los parientes pobres de la negociación colectiva», en AA.VV, *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, Rosa Moya Amador (dir.), Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 533-554.

de igualdad *a las empresas de más de 50 trabajadores*, sin precisar si la plantilla completa ha de encontrarse en territorio español, si se requiere que la sede social de la empresa se encuentre en España, si sólo computan los trabajadores adscritos a centros de trabajo radicados en territorio español, o si por el contrario, deberá incluirse en el cómputo total, a todo el personal de la empresa independientemente del lugar desde el que desarrolle sus servicios, siempre que al menos uno de sus empleados, temporal o permanentemente desarrolle sus servicios en territorio español. Ante este contexto normativo tan poco preciso, las dudas son evidentes. Entre otras, surgen necesariamente las siguientes preguntas: ¿existen diferencias en la obligación de elaborar planes de igualdad para este tipo de empresas internacionales? ¿Qué trabajadores se computan a la hora de terminar si la empresa en cuestión ha alcanzado los 50 trabajadores a partir de los cuales surge la obligación de elaborar un plan de igualdad? ¿Sólo los que presten sus servicios en territorio español o todos los contratados, se encuentren físicamente o no en nuestro país? ¿La obligación de elaborar un plan de igualdad sólo recae sobre empresas internacionales cuya sede radique en territorio español, o en cambio, puede decirse que incide sobre cualquier empresa, siempre y cuando todos o parte de sus trabajadores desarrollen habitualmente su prestación de servicios en España? Si esto es así ¿bastará con que una empresa extranjera cuente con un único empleado en España para exigirle elaborar un plan de igualdad, si en su conjunto, sumando los trabajadores de todos sus centros de trabajo, independientemente del país del mundo en el que radiquen, se superan los 50 empleados? O por el contrario, ¿será necesario que al menos 50 trabajadores están adscritos habitualmente a un centro de trabajo radicado en España para obligar a la empresa contratante a elaborar un plan de igualdad?

Resulta curioso que aunque nuestro legislador, por medio del art. 3 del RD 902/2020, después de 13 años de vigencia de la obligación de elaboración de planes de igualdad, se ocupase por fin de precisar cómo se ha de realizar el cómputo de trabajadores de una empresa para saber si su plantilla alcanza o no los 50 trabajadores sin necesidad de acudir ya, por analogía, a las reglas de cómputo de trabajadores que utiliza el RD-Leg. 1/2013 de integración de personas con discapacidad, no incluya en cambio ningún tipo de criterio o elemento que permita clarificar cómo se ha de computar el número de empleados que componen la plantilla de una empresa internacional.

Pero no solo eso, pues existen otras muchas preguntas pendientes de solución: el concepto de orden público español (relevante a la hora de determinar cuál será la ley nacional aplicable a cada supuesto), ¿se limitaría únicamente a garantizar que la empresa en cuestión cumpla, en términos generales, su deber de no incurrir en discriminación o desigualdad en su organización, como exige el art. 14 CE? O por el contrario, ¿es la obligación de elaborar un plan de igualdad una norma que pueda vincularse al orden público español y por lo tanto, exigirse siempre que al menos un trabajador, contratado por una empresa que disponga en su conjunto de más de 50 empleados, sea desplazado, temporal o definitivamente a territorio español? Y si esto fuera así ¿cómo exigir fuera de nuestras fronteras la aplicabilidad del contenido del texto? ¿Cómo se garantizará su efectividad y se controlará su correcta aplicación (en particular, cuando el incumplimiento del plan no haya afectado a los sujetos que realicen habitualmente su trabajo en centros españoles)? ¿Existe forma de sancionar a las empresas que no se ajusten a lo previamente pactado conforme a lo previsto en la legislación española? Y además, si se hace una interpretación demasiado extensa del alcance real de estas obligaciones, ¿esto no podría hacer que para muchas empresas resultase más oportuno sacrificar los intereses económicos que pudiesen tener en España, o renunciar a la apertura de nuevos mercados en territorio nacional, con tal de no tener que asumir la obligación de elaboración,

ISSN: 2952-1955

seguimiento y control de un plan de igualdad? Éstos y otros asuntos, todos ellos opinables, y sin duda, de ambigua respuesta legal, se analizan a continuación.

Complica la situación el hecho de que, pese a quedar comprendidos por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, no todos los países de Europa hayan desarrollado sus postulados de la misma forma, por lo que existen grandísimas diferencias en cuanto a las obligaciones laborales exigibles en materia de igualdad a las empresas en sus respectivos territorios nacionales[12]. Pero si las diferencias entre países europeos son notables, la brecha puede llegar a ser abrumadora si la comparación se realiza con ordenamientos jurídicos extraeuropeos. Este es sin duda el motivo por el cual las particularidades que reviste el proceso de elaboración de un plan de igualdad de una empresa internacional y las condiciones que garantizan su efectividad y aplicabilidad práctica, pasan a ocupar un lugar relevante en los fenómenos de internacionalización empresarial.

Como se pude comprobar son cuestiones de respuesta muy compleja, sobre las que por el momento existe una importante laguna normativa e interpretativa, pues es escasísima la doctrina que ha reparado en este tipo de problemas, y todavía inexistente la jurisprudencia que haya podido clarificar el tema.

1. ¿ Cuándo puede considerarse a una empresa «internacional»?

La globalización económica hace que prosperen múltiples fórmulas de colaboración empresarial con finalidad productiva. La descentralización de los procesos industriales generan múltiples supuestos de colaboración internacional de empresas. Ahora bien, aunque todos estos fenómenos no pasen desapercibidos para el derecho y sean susceptibles, por las circunstancias en las que se han llevado a cabo, de desencadenar ciertos efectos jurídicos, no puede decirse que todos ellos den lugar a la creación de una «empresa internacional», al menos, por lo que a las particularidades que hay que respetar durante el proceso de elaboración de su plan de igualdad se refiere.

A efectos de elaborar un plan de igualdad son varios los factores de internacionalización de una empresa que resultan relevantes. El primero de ellos es, que la empresa disponga de varios centros de trabajo situados en varios Estados, estando uno de ellos al menos, en territorio español. También podrá considerarse empresa internacional aquella que, aunque disponga de una única sede, desplace temporal o permanentemente a trabajadores a otro país. Y es que sin duda, la movilidad de los empleados para atender a requerimientos laborales también puede dar lugar a la internacionalización de una empresa. Estas dos situaciones, pese a presentarse con frecuencia en la práctica empresarial, plantean problemas de aplicación e interpretación de

12 Situación que, ya hace años, pusieron de manifiesto. Ruano Albertos, S. y Vicente Palacio, M.A., «Transversalidad y diálogo social: los planes de igualdad como técnica para la consecución de la igualdad en las empresas, regulación internacional y comunitaria», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 67, 2007 (ejemplar dedicado a: Derecho social Internacional y Comunitario), pp. 147-174. También al respecto, véase Casas Baamonde, M.E., «Los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, nº. 147, 2020, pp. 51-89.

la legislación vigente todavía de difícil respuesta, pues la norma es muy ambigua a la hora de perfilar el alcance real de las obligaciones que impone la LO 3/2007 en situaciones de este tipo.

En sentido contrario, cabe advertir que, los fenómenos de «empresa red» o «grupo de empresas», no plantearían problemas en lo que respecta a la elaboración y aprobación de un plan de igualdad. Recuérdese que en estos casos, cada entidad tendría personalidad jurídica propia y por lo tanto, quedaría sujeta, de forma autónoma, a la obligación o no de elaborar un plan de igualdad dependiendo del número de personas que integraran su plantilla valorada de forma individual, aunque podrán, si lo desean, elaborar un plan de igualdad conjunto[13]. Otra cosa muy diferente sería que una misma empresa contase con centros de trabajo distribuidos en dos o más países del mundo. Y es que las reglas de cómputo de trabajadores que determinarán si una empresa está sujeta o no a la obligación de elaborar un plan de igualdad, pese a las sucesivas reformas, siguen atendiendo de forma exclusiva al concepto de «empresa» como unidad organizativa autónoma, lo que provoca que sea totalmente irrelevante conocer cuál es el número total de trabajadores a los que da empleo el grupo de empresas valorado en su totalidad.

De la misma forma, aunque la norma aclare que también entrarán en el cómputo los trabajadores cedidos por ETT (art. 3.1 RD 901/2020), son irrelevantes por lo que a la obligación de elaboración de un plan de igualdad se refiere, los tan frecuentes fenómenos de subcontratación internacional que se producen en la empresa descentralizada del siglo XXI, con el fin de reducir los costes de producción. Y es que la subcontratación, como vínculo jurídico, no tiene la entidad necesaria como para computar conjuntamente a los trabajadores de ambas (empresa cliente y empresa contratista o subcontratista), pues no es causa suficiente para apreciar que las dos empresas que participan en el negocio han perdido de independencia. Todo lo contrario, muchas veces la subcontratación (nacional o internacional) está actuando como una forma de reducir las dimensiones de la plantilla de una empresa, que a lo largo de los años se irá desprendiendo de las facetas menos rentables de su proceso de producción, eliminándolas de su estructura productiva, pero contratando su ejecución con empresas autónomas.

En similares términos, la multiculturalidad de la plantilla, cuando todo los empleados se encuentran en el mismo territorio nacional, no genera la internacionalización de la empresa, aunque la variedad racial, nacional o cultural de las personas a las que el plan de igualdad debe ofrecer cobertura podría aconsejar establecer previsiones específicas en materia de formación en igualdad en el texto del citado plan, pero no suscita ningún problema jurídico que sea especialmente importante resolver a la hora de valorar cuál es el alcance real de la obligación de nuestras empresas de elaborar un plan de igualdad[14].

13 El art. 2.6 del RD 901/2020 especifica que siempre que justifiquen la conveniencia de ello, *«las empresas que componen un grupo de empresas podrán (si lo desean) elaborar un plan único para todas o parte de las empresas del grupo»*, siempre que el plan de igualdad de grupo *«tenga en cuenta la actividad de cada una de las empresas»* y se atienda a los datos objetivos que arrojen *«los diagnósticos de situación de cada una de estas»*. En resumen, la obligación de elaboración de un plan de igualdad por el momento afecta solo empresas de más de 50 trabajadores, y para ello, se computarán únicamente los trabajadores de la empresa en cuestión (contando todos sus centros de trabajo) y no los de las restantes empresas que componen el grupo. Los grupos de empresa podrán, si lo desean, elaborar un plan de igualdad conjunto, pero se trata de una decisión voluntaria, no existe obligación legal de hacerlo, al menos por el momento.

14 Y es que, este elemento de internacionalización tendría menor trascendencia, y por lo tanto, sería insuficiente para calificara una empresa como «empresa internacional» (al menos, a efectos de

2. ¿Cuál puede ser el ámbito personal y territorial de un plan de igualdad?

Como es sabido, con el fin de concretar al máximo el contenido que ha de tener todo plan de igualdad, el RD-Ley 6/2019 modifica la LO 3/2007 introduciendo una lista de materias que, como mínimo, deberá abordar todo plan de igualdad, aspecto que a su vez, se desarrolla con detenimiento en el art. 8 del RD 901/2020. Parece claro que la finalidad del legislador ha sido la de aumentar la eficacia de estos textos, puesto que, perfilando el contenido mínimo que ha de respetar todo plan de igualdad, se eliminan defectos que, hasta ahora, estaban lastrando la utilidad de este tipo de acuerdos. A la vista de la nueva regulación, la omisión de alguna de las materias incluidas en la lista de contenidos mínimos parece que podría incluso motivar el rechazo del registro del plan de igualdad.

Según el citado art. 8 del RD 901/2020, entre los contenidos mínimos que contempla el legislador como parte imprescindible de todo plan de igualdad, se encuentra su «ámbito personal, territorial y temporal», previsión que, pese a sus intentos de concreción y objetividad, deja numerosas cuestiones pendientes de respuesta y abre numerosos debates. Entre otras, se suscita una pregunta obligada: ¿cabe negociar un plan de igualdad «de centro»? Yes que si esto es así, en el caso de que una empresa dispusiera de varios centros de trabajo ubicados en varios pises del mundo, podría plantearse la posibilidad de negociar textos diferentes para cada uno de ellos o negociar un texto que amparase únicamente a uno de sus centros de trabajo o a uno de sus territorios.

Al mismo tiempo, el hecho de que el propio art. 8 del RD 901/2020 contemple como contenido mínimo del plan de igualdad, su ámbito territorial y personal de aplicación, obliga a plantear la siguiente pregunta: ¿quiere decir que podría aprobarse un plan que no comprendiera a todos los trabajadores de la empresa? ¿Se admitirían planes de igualdad que excluyeran de su ámbito de aplicación a ciertos colectivos de trabajadores? Y es que si se trata de una previsión que puede incluirse en los convenios colectivos, ¿existe algún impedimento para introducirla también los planes de igualdad? Si esto no es así ¿qué sentido tiene que la propia norma se ocupe de exigir que todo plan de igualdad, incluya, como contenido mínimo, entre otras, materias, su ámbito personal de aplicación? Pero si se admitieran exclusiones, ¿no resultaría paradójico que, aunque todos los empleados de la empresa, independientemente de su tipo de jornada o modalidad de contratación, incluso cuando se encuentran cedidos por una ETT, entren en el cómputo de trabajadores para saber si la empresa en cuestión alcanza los umbrales de plantilla que dan lugar a la obligación de disponer de un plan de igualdad, y en cambio, algunos de ellos, puedan excluirse de su ámbito de aplicación?

valorar su posición en el mercado, la competencia judicial internacional o la eventual aplicabilidad de la legislación extranjera). Ahora bien, el simple hecho de contar en su plantilla con trabajadores de diversas nacionalidades, incluso aunque todos ellos presten servicios desde un mismo territorio nacional sin puede influir en cierta medida en el plan de igualdad que se negocie en la empresa. Y es que a lo mejor el diagnóstico de la situación arroja unos resultados reveladores de unas características consustanciales al personal de la concreta empresa que es necesario corregir con el fin de alcanzar la igualdad de género (por ejemplo, dificultades de acceso a la formación necesaria para promocionar por parte del colectivo femenino, y por lo tanto, una menor presencia femenina en los puestos de mayores responsabilidad y retribución, etc.). En este caso, la normativa española no impediría establecer particularidades por centros o por colectivos, si es que se detecta que existen necesidades específicas que no comparte la totalidad de la plantilla de la empresa (art. 10.1 RD 901/2020), previsión que puede resultar particularmente acertada en situaciones como la expuesta

Recuérdese que la exclusión de determinados grupos de trabajadores (exclusiones del ámbito de aplicación del convenio) o la negociación exclusivamente para determinados empleados (convenios de franja) resulta una práctica habitual en la negociación colectiva española pero ¿estas mismas reglas son extrapolables a la negociación de los planes de igualdad? Por ejemplo ¿podría aprobarse un plan de igual que no resultara aplicable a las relaciones laborales especiales existentes en la empresa? ¿Y a los trabajadores temporales? Y si esto fuera así, ¿se puede excluir a determinados trabajadores o a determinados centros de trabajo del diagnóstico de la situación? Y respecto al tema que nos ocupa ¿podría negociarse un plan de igualdad en una empresa internacional, pero incluir únicamente previsiones para los trabajadores vinculados a un único territorio? ¿Ni siquiera cuando éstos fuesen los más necesitados de medidas de corrección y estímulo para garantizar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres?

La respuesta que se ofrezca a estas preguntas resulta muy relevante a la hora de clarificar el régimen jurídico aplicable a la elaboración de planes de igualdad en una empresa internacional, porque dejaría abierta la posibilidad de suscribir planes de igualdad que afectasen únicamente a los trabajadores que prestan servicios en un territorio concreto.

Aparentemente, la previsión normativa de que el texto del plan de igualdad tenga que precisar su ámbito «personal» y «territorial» de aplicación (reforzada por el carácter negociado que comparten planes de igualdad y convenios colectivos), podría parecer que está dando pie a legitimar la posibilidad de negociar un plan de igualdad únicamente aplicable a cierto colectivo de empleados o a un único centro de trabajo, pero no es así. Un análisis detallado del problema expuesto permite comprobar que el art. 46.3 de la LO 3/2007 solventa esta cuestión en términos tajantes, especificando que «*Los planes de igualdad incluirán la totalidad de una empresa, sin perjuicio del establecimiento de acciones especiales adecuadas respecto a determinados centros de trabajo*», previsión en virtud de la cual se puede concluir que, aunque no se puede negociar un plan de igualdad de franja o de centro, sí se podrían negociar medidas específicas para cada centro de trabajo (o incluso, para determinado colectivo de trabajadores) en virtud de sus necesidades concretas[15].

Ahora bien, a la vista de esta respuesta, surge una nueva duda ahora de más difícil solución: ¿esta posición normativa es totalmente extrapolable a una empresa internacional que disponga de diversos centros de trabajo en varios países?

En principio, las normas que rigen la elaboración de los planes de igualdad no admiten excepciones. Todos los trabajadores «*de la empresa*» (ese es el término que literalmente utiliza el legislador), independientemente de su condición de trabajadores fijos o temporales, a tiempo completo o tiempo parcial, cedidos o no por ETTs, entran en el cómputo. Si esto es así, ¿deberían sumarse también los trabajadores que no se encuentran en territorio español y sobre los que además no resulta aplicable la legislación española?[16] El hecho de que la propia

15 Perfilando lo ya dispuesto por el art. 46.3 de la LO 3/2007, el art. 7.4 del RD 901/2020 advierte que «*en todo caso, si el resultado del diagnóstico pusiera de manifiesto la infrarrepresentación de personas de un sexo determinado en determinados puestos o niveles jerárquicos, los planes de igualdad deberán incluir medidas para corregirla, pudiendo establecer medidas de acción positiva con el fin de eliminar la segregación ocupacional de las mujeres tanto horizontal como vertical (…)*».

16 El hecho de que la propia LO 3/2007 contemple como contenido mínimo del pan de igualdad, su ámbito personal de aplicación, ¿quiere decir que podría aprobarse un plan que no comprendiera a todos los trabajadores de la empresa? ¿Se admitirían planes de igualdad que excluyeran de su ám-

LO 3/2007 haga recaer la obligación de elaborar un plan de igualdad sobre «la empresa», provoca la necesidad de saber si es necesario o no sumar a todos los trabajadores que prestan servicios en todos los centros de trabajo (independientemente del país en el que se sitúe cada una de las dependencias empresariales). Aparentemente, el propio legislador parece querer clarificar este aspecto negando expresamente cualquier tipo de exclusión personal en el ámbito de aplicación de un plan de igualdad (aunque admitiendo que el propio plan de igualdad contemple especialidades dirigidas a ciertos colectivos, atendiendo a las necesidades individualizadas de cierta categoría profesional)[17], pero, ¿realmente está haciendo referencia a situaciones como la expuesta? ¿Puede la ley tener un alcance tan amplio como aparentemente parece atribuírsele?

Debe advertirse que la solución no es tan sencilla como aparentemente resultaría de una aplicación presuntamente literal del texto de la ley. Y es que para resolver esta cuestión es preciso tener presentes las normas de derecho internacional que pueden interferir con las normas nacionales modificando su alcance literal. Así, como de una fórmula matemática se tratase, se necesitan ponderar varios factores, que, a modo de comandos de una función, modulen la

bito de aplicación a ciertos colectivos de trabajadores, como por ejemplo, los teletrabajadores que desarrollen su actividad desde una ubicación ajena al territorio español? Y es que si se trata de una previsión que puede incluirse en los convenios colectivos, ¿existe algún impedimento para introducirla también los planes de igualdad? Si esto no es así ¿qué sentido tiene que la propia norma se ocupe de exigir que todo plan de igualdad, incluya, como contenido mínimo, entre otras, materias, su ámbito personal de aplicación? Pero si se admitieran exclusiones, ¿no resultaría paradójico que, aunque todos los empleados de la empresa, independientemente de su tipo de jornada o modalidad de contratación, incluso cuando se encuentran cedidos por una ETT, entren en el cómputo de trabajadores para saber si la empresa en cuestión alcanza los umbrales de plantilla que dan lugar a la obligación de disponer de un plan de igualdad, y en cambio, algunos de ellos, puedan excluirse de su ámbito de aplicación? Recuérdese que la exclusión de determinados grupos de trabajadores (exclusiones del ámbito de aplicación del convenio) o la negociación exclusivamente para determinados empleados (convenios de franja) resulta una práctica habitual en la negociación colectiva española pero ¿estas mismas reglas son extrapolables a la negociación de los planes de igualdad? Por ejemplo ¿podría aprobarse un plan de igual que no resultara aplicable a las relaciones laborales especiales existentes en la empresa? ¿Y a los trabajadores temporales? ¿Qué ocurriría si, de los datos que arroje el diagnóstico, se puede concluir que no todas las categorías laborales de la empresa se enfrentan a los mismos obstáculos a la hora de alcanzar una plena y efectiva igualdad de entre mujeres y hombres? Éstas y otras cuestiones se analizan con detenimiento en AA.VV, «Guía práctica de Planes de Igualdad para empresas privadas y públicas», Ferrando García y Cavas Martínez (Dirs.), *Laborum*, Murcia, 2022.

17 En concreto, es el art. 7.4 del RD 901/2020, el que advierte que *«en todo caso, si el resultado del diagnóstico pusiera de manifiesto la infrarrepresentación de personas de un sexo determinado en determinados puestos o niveles jerárquicos, los planes de igualdad deberán incluir medidas para corregirla, pudiendo establecer medidas de acción positiva con el fin de eliminar la segregación ocupacional de las mujeres tanto horizontal como vertical (…)»*. A la vista de estas reflexiones, se puede concluir de forma tajante que, a diferencia de lo que ocurre respecto a los convenios colectivos, no pueden existir planes de igualdad de franja, esto es, que afecten únicamente de a determinado grupo o categoría profesional de trabajadores (ni siquiera aunque éstos sean los únicos puestos de trabajo en la empresa afectados por desequilibrios de género, a la vista de los datos arrojados por el diagnóstico), aunque sí se pueden introducir en el texto del plan medidas especialmente dirigidas a un grupo o categoría profesional con el fin de corregir un desequilibrio concreto.

respuesta que se ha de ofrecer a un caso de este tipo. Así, si el contrato de trabajo se celebra en el extranjero entre una empresa española y un trabajador extranjero con el fin de desarrollar, con carácter habitual, esa prestación de servicios fuera de España, no le será aplicable la legislación española, sino la propia del país en el que se desarrolla habitualmente el trabajo, y por lo tanto, no quedará la empresa en cuestión, obligada, por lo que a ellos se refiere, a cumplir ninguna de las exigencias que marca la Ley de Igualdad. Esto quiere decir que estos empleados deslocalizados no se tendrán en cuenta ni para computar el número total de trabajadores de la plantilla ni, en su caso, para realizar el diagnóstico global de la situación de la empresa, ni por supuesto, para tener que incluir medidas que los afecten dentro del citado plan de igualdad.

Puede resultar una solución paradójica, contraria a los postulados más elementales de la igualdad de trato en la empresa, pero la única aplicable habida cuenta del alcance real que actualmente tiene la normativa vigente.

3. ¿Cómo se han de computar los trabajadores contratados por empresas españolas pero que desempeñan su actividad desde el extranjero?

De esta forma, como los trabajadores que desempeñan habitualmente su trabajo en el extranjero, en principio, no están sujetos a la legislación española (salvo que exista sumisión expresa por los contratantes, que se aprecie que la relación en cuestión, mantiene vínculos más estrechos con otro país, o que exista falsedad en la determinación del lugar real de desempeño de la actividad), tampoco se tendrán en cuenta ni a la hora de realizar el cómputo total de la plantilla de la empresa, ni al elaborar el diagnóstico de la situación y la propuesta de medidas de actuación que deben integrar el contenido de todo plan de igualdad.

Íntimamente relacionada con la cuestión anteriormente tratada, se plantea otra bastante similar: ¿qué ordenamiento jurídico resulta aplicable a los teletrabajadores que, al servicio de una empresa española, desarrollan su actividad desde el extranjero? No se puede negar que, hoy en día, el objetivo de reducir al máximo los costes de producción, lleva a ciertas empresas europeas a descentralizar parte de su actividad o incluso, trasladar parte de sus centros de trabajo al territorio de países menos desarrollados, muchas veces situados fuera del territorio del EEE, donde los gastos vinculados al salario de sus trabajadores, arrendamiento de inmuebles, mantenimiento de maquinaria, costes de materia prima, etc., es muy inferior. La rapidez de las comunicaciones inherente a las nuevas tecnologías, permitirían entonces la plena satisfacción de los intereses empresariales (como es la atención de encargos, pedidos, clientes, reservas, etc.) aunque éstos radiquen en un punto geográfico muy lejano a aquél en el que se encuentra físicamente el teletrabajador.

Teniendo en cuenta la progresiva modernización del contexto productivo, la doctrina más reciente se ha visto obligada a pronunciarse sobre la ley que resulte aplicable para resolver las controversias laborales surgidas en casos de «teletrabajo internacional», y lo ha hecho argumentando que la respuesta a estos casos atípicos la ofrece expresamente el art. 8 del Reg. 593/2008, de modo que, en defecto de elección expresa, regirá la Ley del Estado en el que radique el lugar, en el cual el trabajador, en ejecución del contrato, «realice su trabajo habitualmente». Por lo que no serán relevantes ni el país al que se envíen los datos ni tampoco el

país en el que radique la empresa que emplea al teletrabajador[18]. Y es que, en estos casos, bien sea prestando el servicio desde su propio domicilio, bien realizando la actividad en un "telecentro", el lugar de ejecución de la prestación resulta fácilmente determinable, y no es necesario recurrir a la ley del lugar en el que radique la sede de la empresa que contrató al trabajador que el Reg. 593/2008 utiliza como criterio subsidiario cuando no existe posibilidad de determinar con claridad cuál es el lugar habitual de prestación de servicios[19].

Ahora bien, aunque estos trabajadores al servicio de empresas españolas contratados directamente en el extranjero (sobre los que por ese motivo no resulta de aplicación el art. 1.4 ET, aunque, en algunos casos, se podría apreciar que existen vínculos más estrechos con el territorio español por otras causas), no siempre se les aplique la legislación española por primar el *ius soli*, ¿quiere esto decir que tampoco se han de incluir en el cómputo total de trabajadores para saber si la empresa en cuestión alcanza o no los 50 empleados a partir de los cuales surgiría su obligación de elaborar un plan de igualdad? Pero no solo eso: se incluyan o no en el cómputo total, ¿quedarían amparados por el plan de igualdad vigente en la empresa que los ha contratado aunque no se encuentren físicamente en España y a pesar de que la ley aplicable a su contrato de trabajo no resulte finalmente ser la legislación española sino la del lugar desde el que desarrollan habitualmente su trabajo? Y es que, si no se les aplica la legislación española ¿por qué van a quedar incluidos en la obligación de cómputo o en la obligación de cobertura del plan de igualdad que se negocie dando cumplimiento a una obligación impuesta por las leyes españolas? ¿Cambiaría la situación el hecho de que hubiesen incluido en su contrato una cláusula de sumisión expresa al ordenamiento español?

No se trata éste de un tema para nada sencillo y sobre el que por el momento no existen pronunciamientos jurisprudenciales que permitan clarificar el asunto. Quizá, siguiendo siempre un espíritu *pro operario*, la respuesta a todas preguntas debería ser contundentemente afirmativa, pero la realidad puede llegar a ser mucho más compleja que cualquier reflexión que se pueda realizarse desde un plano meramente teórico. Ahora bien, parece que, ante esta concreta cuestión ha de ofrecerse exactamente la misma respuesta que se daría ante cual-

18 *Cfr*. Carrascosa González, J., «La ley aplicable a los contratos internacionales: el reglamento Roma I», *Colex*, Madrid, 2009, p. 309.

19 No puede dejar de advertirse que, en este tipo de casos, la ley aplicable al lugar de concentración de intereses de la empresa o al de recepción del trabajo es, por lo general, más protector para el asalariado, pues normalmente, llevaría a aplicar una ley material más favorable que la correspondiente al lugar de ejecución habitual del contrato de trabajo. En el caso de producirse dicha situación, y aunque, en principio se venga entendiendo que, la deslocalización geográfica inherente a los resultados del teletrabajo, por sí sola, no tiene fuerza suficiente como para apreciar que existe una «vinculación más estrecha» con otro ordenamiento jurídico distinto de aquél en el que se realiza la prestación laboral, sin duda, el intérprete, debe valorar de forma minuciosa si la relación en cuestión, presenta además de éste, otros puntos de conexión que, valorados en su conjunto, acrediten la existencia de mayores puntos de vinculación con otro país distinto al de prestación de servicios, con el fin de aplicar la cláusula de excepción prevista en el art. 8.4 del reg. 593/2008. Precisamente sobre esta cuestión además, algunas opiniones han puesto de manifiesto que convendría precisar en el texto del Reg. 593/2008 el concepto de «vínculos más estrechos» para aludir a la situación del teletrabajo internacional. evitando que la ambigüedad de la norma ampare situaciones de abuso. Comisión de las Comunidades Europeas. «Libro verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización», Bruselas, 14.1.2003. COM (2002) 654 final, p. 41.

quier otro tipo de prestación deslocalizada, sea o no un teletrabajador el que la lleve a cabo: los sujetos que desarrollan habitualmente su prestación laboral de servicios desde territorio extranjero, en principio (y salvo que, excepcionalmente, por las concretas características que concurran en el caso en cuestión, se pueda apreciar que también se aplica sobre ellos la legislación española, bien porque existen vínculos más estrechos con el territorio español que con el lugar en el que desarrollan sus servicios, bien porque existe sumisión expresa de los contratantes al ordenamiento español) no quedarán sujetos a las obligaciones que respecto a ellos, marca la Ley de Igualdad, por lo que no computarán ni a la hora de calcular las cifras totalmente de trabajadores de una empresa, ni existirá obligación alguna de valorar su situación ni prever actuaciones concretas a la hora de realizar el diagnóstico de situación y las propuestas de actuación que integran el contenido de todo plan de igualdad.

Por tanto, intentando realizar una interpretación acorde con los postulados más básicos del derecho internacional, sería necesario apreciar la cláusula de excepción relativa a la existencia de vínculos más estrechos con otro país distinto de aquél en el que se desarrolla la prestación de servicio (en este caso España) o una cláusula de sumisión al ordenamiento español para poder incluir a los citados teletrabajadores en el cómputo total de empleados. Adviértase que, a diferencia de la cláusula de excepción vinculada al orden público del foro, apreciar que existen vínculos más estrechos con otro país implicaría admitir que la relación en su conjunto (y no solo sobre aspectos puntales) pasa a regirse por un ordenamiento jurídico nacional diferente a aquel en que se desarrolla habitualmente la prestación de servicios, y por lo tanto, los trabajadores afectados, quedarían íntegramente sujetos a las obligaciones laborales que exige la legislación española (entre las que se encuentran, sin duda, las obligaciones que establece la LO 3/2007).

4. ¿Es preciso que la empresa internacional tenga su sede en España para aplicarle las exigencias de la LO 3/2007?

Una vez analizadas las particularidades que presenta el cómputo de trabajadores en las empresas internacionales, surge una nueva pregunta: ¿es necesario que la empresa en cuestión tenga su sede en territorio español para que quede obligada por las exigencias que marca la LO 3/2007)? Y, si la sede física de la empresa se encuentra situada en territorio español y ésta dispone de al menos 50 trabajadores en cómputo global, aunque se encuentren repartidos entre distintos estados, ¿también quedará obligada a elaborar un plan de igualdad? ¿Esta obligación se extiende también sobre empresas cuya sede se sitúa fuera de España (en particular, en territorio extraeuropeo), pero cuentan en España al menos con 50 trabajadores que desarrollan, de forma habitual, su prestación de servicios en territorio español?

Respondiendo a estas cuestiones, y a la luz de las reflexiones expuestas anteriormente, parece que la empresa, tenga o no su sede en España, deberá elaborar un plan de igualdad siempre que al menos 50 de sus empleados desarrollen «habitualmente» su actividad en territorio español. Este criterio, puede llegar a obligar a elaborar un plan de igualdad a la empresa que desee realizar lícitamente sus actividades en territorio español, aunque atendiendo a su propia normativa nacional, no resultara obligada hacerlo, siempre que sean al menos 50 de sus empleados los que desarrollen habitualmente el trabajo en nuestro país. Cualquier otra postura, por mucho que pretenda mejorar la protección en materia de igualdad de trato y oportunidades de toda persona que desarrolle su trabajo en España (por ejemplo, aquella que quisiera imponer a las empresas la obligación de elaborar planes de igualdad siempre que cuenten al menos con un trabajador que desarrolle habitualmente sus servicios en España y dispongan de al menos

50 empleados, aunque éstos no desarrollen su trabajo habitualmente en territorio español), aunque aparentemente amparada por la literalidad del art. 46 de la LO 3/2007 (que solo utiliza al expresión «trabajadores de la empresa») resultaría de imposible cumplimiento efectivo, al carecerse de instrumentos jurídicos suficientes para garantizar que el hipotético plan de igualdad, cuya elaboración y aplicación quisiera exigírsele, realmente se ajustase a un preciso diagnóstico de la situación, cuente con medidas verdaderamente negociadas con los representantes legales de los trabajadores, o que sea efectivamente aplicado. Y es que por mucho que se quiera realizar una interpretación *pro operario* de la literalidad de la ley, ésta no puede alterar la aplicación efectiva del principio de territorialidad de las normas nacionales.

5. ¿Un grupo de empresas de dimensión internacional debe tener un plan de igualdad para cada empresa o basta con un texto único aplicable a todas ellas?

Con el fin de dar respuesta esta cuestión tan concreta, el art. 2.6 del RD 901/2020 especifica que siempre que justifiquen la conveniencia de ello, «*las empresas que componen un grupo de empresas podrán elaborar un plan único para todas o parte de las empresas del grupo*», siempre que el plan de igualdad de grupo «*tenga en cuenta la actividad de cada una de las empresas*» y se atienda a los datos objetivos que arrojen «*los diagnósticos de situación de cada una de estas*».

En cualquier caso, recuérdese que, en términos generales, el cómputo de trabajadores necesario para determinar si una empresa está sujeta o no a la obligación de elaborar un plan de igualdad, se sigue estructurando en atención a la «empresa» como unidad organizativa autónoma, sin que, en principio, sean relevantes datos tales como el número de trabajadores que prestan servicios en cada uno de sus centros de trabajo o el número de trabajadores a los que da empleo el grupo de empresas valorado en su totalidad. En resumen, la obligación de elaboración de un plan de igualdad por el momento afecta solo empresas de más de 50 trabajadores, y para ello, se computarán únicamente los trabajadores de la empresa en cuestión y no los de las restantes empresas que componen el grupo.

A efectos de perfilar la obligación de elaborar un plan de igualdad en una empresa internacional, debe destacarse que, si una misma empresa no dispone al menos de 50 trabajadores que desarrollen habitualmente sus servicios en territorio español, no tendrá obligación de elaborar un plan de igualdad. De esta forma, aunque sean varias las empresas de un mismo grupo las que actúen habitualmente en España y sumando los empleados de todas ellas que necesitan radicar en territorio español para desarrollar sus funciones, si se alcanzase la citada cifra, no quedará obligada a redactar un plan de igualdad (aunque sí a cumplir cualquier otra exigencia que, en materia de igualdad de trato y oportunidades, marque la legislación española, por ser ésta la ley del lugar habitual de prestación de servicio de estos empleados).

6. ¿Qué tipo de desplazamiento temporal a España de trabajadores extranjeros es relevante para activar la obligación de elaboración de un plan de igualdad?

Como se puede apreciar, en la legislación española el concepto de traslado queda configurado como un concepto intencionadamente ambiguo, con el fin de dotarlo de la dinamicidad

necesaria que le haga resultar plenamente aplicable a lo largo de los años, por mucho que vaya evolucionando la realidad social del tiempo en el que deba ser aplicado.

Como regla general, el traslado internacional (entendido como un fenómeno de desplazamiento previsiblemente permanente) de un trabajador generará no sólo una adaptación de la jurisdicción competente para conocer los diversos litigios que puedan surgir entre las partes a lo largo de la relación jurídica sino también, en lo no previsto expresamente en el texto del contrato, y siempre y cuando no se haya incluido una cláusula contractual en la que los contratantes previamente determinen cuál será la ley aplicable al contrato de trabajo[20], se producirá un cambio sobrevenido del país de prestación de servicios y con ello, una alteración de la ley que, a efectos laborales, resulta aplicable al contrato de trabajo. Y es que, al variar el lugar habitual de prestación de servicios, cambiará también la aplicabilidad de la legislación nacional que a él se vincula en los supuestos de contrato de trabajo con elemento extranjero (art. 8 del Reg. 592/2008).

De esta forma, si el trabajo se desarrolla habitualmente en territorio español, quedará sometido a la legislación laboral española, al menos, en lo que respecta a las disposiciones de derecho mínimo, indisponibles ni siquiera por pacto entre las partes, reconocidos por ésta, entre las que en principio se encuentra el deber de elaboración de un plan de igualdad para las empresas que dispongan de más de 50 empleados (que de forma habitual desarrollen su trabajo en territorio español). Pero ¿cuándo un desplazamiento se puede considerar «habitual»?

Si sólo se exige contar con un plan de igualdad a una empresa extranjera cuando al menos 50 de sus empleados desarrollen *habitualmente* en territorio español los servicios contratados, se hace imprescindible precisar a partir de qué momento se puede empezar a considerar que el territorio español es ahora el lugar habitual de trabajo para ciertas personas. Recuérdese que el concepto de movilidad geográfica que utiliza nuestra legislación laboral queda indisolublemente vinculado al de «cambio de residencia», término en sí mismo ambiguo, lo que introduce un importante factor de complejidad a la hora de abordar cuestiones como la que ocupa este trabajo. Aplicando las reglas de la lógica, parce que, al igual que el art. 40.6 ET no considera jurídicamente relevantes los desplazamientos temporales de los trabajadores que no alcancen los tres meses de duración, también tendrá que existir esta mínima habitualidad en la permanencia en España para poder exigir la aplicación de la normativa española en materia de elaboración de planes de igualdad[21].

20 A estos efectos, procede destacar que la elección de ley puede manifestarse expresamente a través de cualquier cauce formal, o simplemente quedar implícito en los términos del contrato o deducirse de forma inequívoca de las circunstancias del caso, «en cualquier momento» en el que el conflicto entre los contratantes pueda suscitarse (art. 3 del reg. «Roma I»). De hecho es habitual que muchos fenómenos de traslado internacional vayan acompañados de un acuerdo entre trabajador y empresario en el que se determine cuál será la ley aplicable al contrato de trabajo con el que se pretenda dar continuidad a la legislación laboral que hasta ese momento resultaba aplicable a la relación laboral, y sobre todo, que el desplazamiento internacional, además de las molestias personales que reporta, no provoque una minoración de los derechos laborales del trabajador desplazado.

21 El citado art. 40.6 ET ofrece ciertas indicaciones sobre las cuales se puede construir un concepto aproximado de «residencia». Atendiendo no solo al tenor literal de los arts. 40.1 y 40.6 ET sino también a las reglas de la buena fe, se deduce que aunque todas las decisiones empresariales de movilidad geográfica deben estar justificadas por necesidades organizativas, técnicas, económicas o de producción de la empresa contratante, sólo las de duración superior a los tres meses tendrán

Y es que parece que, en los casos en los que no existan al menos 50 empleados que reúnan esta condición, bastará con que, mientras sus empleados se encuentren en España, la empresa aplique las normas generales en materia de igualdad de trato y no discriminación que exigen, entre otros, el art. 14 CE y los arts. 17 y 28 ET, pero sin necesidad de redactar y aplicar un plan de igualdad, con la laboriosa tramitación que ello supondría.

7. ¿Existe alguna particularidad respecto a las ETT de dimensión internacional?

La apreciación o no de residencia *habitual* en territorio español constituye, precisamente, un tema particularmente importante respecto a las ETT europeas que dispongan de trabajadores y empresas usuarias en diversos países comunitarios. Y es que es frecuente que este tipo de empresas desplacen brevemente a territorio español para desarrollar ciertos servicios temporales en una empresa usuaria española a más de 50 personas simultáneamente (piénsese por ejemplo de determinados trabajos agrarios claramente estacionales y con alto requerimiento de mano de obra en los que se contrata a empleados en otros países de Europa, que se desplazan a territorio español para atender la necesidad puntual de una empresa usuaria radicada en nuestro territorio). De esta forma, solo si 50 de sus empleados prestan servicios de forma *habitual* en territorio español (en los términos expuestos) quedarán obligadas a elaborar un plan de igualdad, siendo irrelevantes (salvo mejor criterio de la Inspección de Trabajo) los desplazamientos a España de tan de poca entidad temporal que no puede considerarse que el trabajador en cuestión, cambia efectivamente de residencia. Ahora bien, se trata ésta de una situación paradójica, puesto que, según lo dispuesto en el art. 3.1 del RD 901/2020 «*para el cálculo del número de personas que dan lugar a la obligación de elaborar un plan de igualdad, se tendrá en cuenta la plantilla total de la empresa, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquella y cualquiera que sea la forma de contratación laboral, incluidas las personas con contratos fijos discontinuos, con contratos de duración determinada (se deduce que independientemente de su duración) y personas con contratos de puesta a disposición (sin requerir un tiempo mínimo de prestación efectiva de servicios)*». Y si esto es así, ¿por qué exigir cierta permanencia en España respecto a los trabajadores temporalmente desplazados a España para valorar si la ETT contratante tiene o no obligación de elaborar un plan de igualdad, cuando no se exige, con carácter general, una duración mínima de la relación laboral temporal a la hora de realizar el cómputo de los trabajadores de la plantilla? Pues precisamente por las consecuencias que derivan de la determinación de la

que ajustarse a la necesidad de probar la concurrencia de las citadas causas y al cumplimiento de otro tipo de exigencias adicionales relacionadas con la reagrupación de la familia. En concreto, el legislador español precisa también que estas decisiones de desplazamiento temporal deberán comunicarse al trabajador con el preaviso suficiente, concretando que éste no será inferior a los cinco días en casos de desplazamientos superiores a tres meses (y entendiéndose que las reglas de la buena fe marcarían en cada caso la duración concreta del periodo de preaviso, atendiendo a las características que concurran). Así, ante la ambigüedad de la redacción del art. 40 ET, parece que será el dato de los tres meses el que parece el más apropiado para atender los requerimientos propios de esta delimitación a efectos laborales. En otras palabras, las órdenes de desplazamiento de duración superior a 90 días, aunque temporales, se entiende que implican un *cambio de residencia* del trabajador a efectos de proceder a aplicar las garantías previstas en el art. 40.6 ET. Por el contrario, los desplazamientos de menos de 90 días, al no exigir cambio de residencia, quedarán comprendidos dentro del *ius variandi* empresarial.

ley aplicable a un contrato de trabajo con elemento extranjero según lo dispuesto en el art. 8 del Reg. 593/2008. Si la ley aplicable a una relación jurídico laboral es la ley del país en el que se desarrollan habitualmente los servicios laborales, no puede decirse que un trabajador contratado en el extranjero por una ETT de dimensión comunitaria que se desplace sólo temporalmente a nuestro territorio para atender una necesidad puntual de una empresa usuaria, verdaderamente esté prestando servicios de forma *habitual* en territorio español, por lo que la ley aplicable a la relación jurídica iniciada, no será, en principio, la española, y no quedará sujeto, a las estrictas reglas de cómputo de plantilla que actualmente marca la legislación española. En cualquier caso, se ha de reconocer que se trata de un tema especialmente difícil, de enorme importancia práctica, sobre el que por el momento, no disponemos de ninguna norma jurídica que resuelva las dudas, lo que nos sitúa en el peligroso terreno de la inseguridad jurídica.

De esta forma, sí serían plenamente aplicables las exigencias relativas a la elaboración de los planes de igualdad a las ETT españolas que temporalmente desplacen al extranjero a los trabajadores contratados para atender necesidades de empresas usuarias europeas de muy breve duración. Y es que en estos casos, habida cuenta del carácter meramente circunstancial de la cesión, ha de considerarse que, incluso aunque se trata de contratos de trabajo de carácter temporal, el lugar *habitual* de prestación de servicios, sigue siendo el territorio español (o al menos, que al tratarse de trabajadores contratados en España por una ETT de nacionalidad española, y licencia de actividad obtenida en España, existen, de forma notoria, vínculos más estrechos con territorio español).

Ahora bien, que la ETT extranjera, que circunstancialmente envíe a sus trabajadores a España para atender necesidades temporales de ciertas empresas usuarias, no tenga obligación de elaborar un plan de igualdad según la normativa española, no quiere decir en absoluto que los trabajadores extranjeros así desplazados, no computen como cualquier otro empleado en la concreta empresa usuaria en la que circunstancialmente se incorporen[22]. Y es que la normativa española sí es clara en ese aspecto, e indica expresamente que, a la hora de calcular la plantilla de cada empresa (en este caso, a la hora de valorar el volumen real de la plantilla de la empresa usuaria) también se sumarán las *personas con contratos de puesta a disposición* (art. 3.1 del RD 901/2020) sin diferenciar entre trabajadores cedidos por ETT que tengan su sede en España o sede en el extranjero. En definitiva, ha de admitirse que, el sistema, ya por sí mismo complejo, se torna especialmente oscuro cuando nos referimos a la exigibilidad de redactar un plan de igualdad en las ETT de dimensión internacional.

22 Y es que en realidad los trabajadores cedidos computan simultáneamente en dos empresas: la ETT que los contrata y la empresa usuaria que recibe sus servicios. Sobre este tema, véase Romero Burillo, A.M., «Empresas de Trabajo Temporal y Planes de Igualdad», *Iuslabor*, n.º 3, 2020, pp. 1-16 soporte informático; y también, Romero Ródenas, M.J., «Los trabajadores puestos a disposición (ETT) forman parte del ámbito de aplicación del plan de igualdad de la empresa usuaria, STS-SOC núm. 778/2019, de 13 de noviembre», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 2, 2020.

III. LA DECISIÓN VOLUNTARIA DE ELABORAR UN PLAN DE IGUALDAD INTERNACIONAL

Dado que la normativa vigente no puede establecer obligaciones que resulten aplicables y exigibles más allá de las fronteras del territorio español, no queda duda de que, al menos por el momento, la elaboración de un plan de igualdad global en una empresa internacional, que tenga como finalidad abarcar a todos y cada uno de los empleados de la empresa, independientemente de cuál sea la ubicación geográfica de su lugar habitual de trabajo, queda sujeta a la libre decisión de la empresa contratante.

Motivos de fidelización y satisfacción interna del personal, así como de mejora de la imagen de la empresa a los ojos de potenciales consumidores y usuarios en una sociedad cada vez más concienciada con el trabajo digno, aconsejarían adoptar la decisión de elaborar un plan de igualdad que aunara los intereses y necesidades de todos los centro de trabajo y de todos los trabajadores de la empresa, independientemente del lugar del mundo en el que estos radiquen. Pese a todo, en la práctica, no se trata ésta de una decisión para nada frecuente. Y es que, la complejidad de la tramitación, la dificultad que puede suponer buscar asesoramiento externo, las vicisitudes que puede requerir alcanzar un acuerdo con los representantes legales de los trabajadores de todos los centros afectados y, por supuesto, el coste adicional que sin duda implica poner en marcha las medidas de igualdad acordadas en todo sus territorios, en la práctica suelen desincentivar este tipo de decisiones. En cualquier caso, con el fin de potenciar su negociación, habida cuenta de la elevada utilidad práctica que tendrían, resulta interesante el cauce formal que debería seguir todo plan de igualdad gestado en el seno de una empresa internacional y perfilar algunos de los objetivos que sería conveniente que atendiera todo plan de igualdad elaborado para una empresa internacional. A continuación se analizan algunos de estos temas.

1. ¿Cómo ha de ser el proceso de negociación colectiva de un plan internacional?

Obviamente, si una empresa genera empleo en varios países del mundo, se va a encontrar con que las necesidades de cada colectivo de empleados son diferentes dependiendo del lugar en el que residan. Huelga decir que estos y otros aspectos se tienen que poner de manifiesto en proceso de elaboración de un plan de igualdad. Y es que los retos a los que se enfrenta una empresa internacional pueden ser muy distintos a los que tiene una empresa que no presenta este rasgo, aspecto que, por supuesto, introduce un factor más de complejidad en la elaboración de este tipo de planes de igualdad.

En principio, una empresa que estuviese interesada en elaborar un plan de igualdad de dimensión internacional podría pensar que se enfrenta a un proceso particularmente complejo, en el que se le va a exigir recabar datos, analizar la situación y formular propuestas referidas a la plantilla de la empresa en su totalidad, y a los diversos centros de trabajo, en particular, con las dificultades que ello reporta. Teóricamente, podría parecer que una correcta elaboración de un plan de igualdad en una empresa internacional exigiría no solo partir de un diagnóstico de la situación que reflejase las particularidades de los distintos centros de trabajo ubicados en los diferentes países, sino también, seguir un procedimiento

de negociación con los representantes de los trabajadores adaptado a su dimensión internacional. Ahora bien, debe advertirse en que esto no es así, y por lo tanto, este proceso de elaboración de un plan de igualdad en el que voluntariamente puede querer embarcarse una empresa internacional, sin ser sencillo, no es ni mucho menos tan complejo como a primera vista parece.

No se puede olvidar que la legislación española que es la que impone estas exigencias, no resulta aplicable respecto a las medidas que se deban aplicar en el extranjero. Así, si varios de los países en los que la empresa dispone de centros de trabajo cuentan con sus propias normas en materia de elaboración de planes de igualdad, el texto negociado, si se pretende que sea aplicable por igual para todos los trabajadores que componen la plantilla de la empresa, independientemente del lugar en el que se encuentren, necesita ser válido en todos ellos, y por lo tanto, debe: bien articular una fórmula que le permita cumplir simultáneamente todas las exigencias legales que imponen los países en cuestión, bien aprobarse (el mismo texto) de forma paralela en los diversos países, garantizándose así que se cumplen, de forma individualizada, las diferentes exigencias formales y materiales que impone cada legislación nacional. Más sencillo será en cambio el procedimiento de elaboración si solo uno de los países en los que la empresa en cuestión actúa, dispone de exigencias normativas al respecto. Y es que para los restantes territorios, el plan de igualdad suscrito puede perfectamente revestir la forma de libre concesión de la empresa, sin necesidad de ajustarse a procedimiento de ningún tipo, y por lo tanto, sin necesidad de negociarlo los afectados.

Adviértase que un supuesto frecuente será aquel en el que una empresa dispone de centros de trabajo y de empleados repartidos entre varios países, pero no alcanza en ninguno de ellos el número de trabajadores necesario para quedar sujeto a imposiciones legales de elaboración de un plan de igualdad en ninguno de los territorios. En esos casos, al tratarse de un plan de igualdad de elaboración voluntaria, no resulta preciso (aunque sí aconsejable, la negociación con los trabajadores), ni existen tampoco reglas legales sobre cómo se ha de elaborar la comisión negociadora que, en su caso, se ocupe de tal tarea, pudiendo incluso existir protocolos en materia de igualdad directamente impuestos por decisión empresarial de efectos colectivos, o negociarse con una comisión *ad hoc* específicamente constituida a tales efectos, puesto que el proceso de elaboración de ese concreto plan de igualdad, escapa de las reglas establecidas por la legislación española. En cualquier caso, una vez elaborado, será directamente aplicable (y por supuesto, plenamente exigible) a todos los trabajadores de la empresa.

Una vez finalizado el proceso de negociación, surge una duda:¿dónde debe realizarse el registro del plan de igualdad? ¿En el país en el que la empresa tenga su sede? ¿En todos los países en los que la empresa disponga de centros de trabajo? O incluso, ¿en todos los países en los que la empresa tenga personal asignado, aunque en el desarrollo sus funciones no cuenten con un centro de trabajo permanente y la empresa carezca de instalaciones? Se trata éste de una cuestión compleja donde las haya, pues ¿verdaderamente se puede exigir contar con un plan de igualdad y registrarlo en España a una empresa que, por ejemplo, aunque tenga más de 50 trabajadores en su plantilla total, solo cuente con un trabajador adscrito al territorio español, pero voluntariamente haya tomado la decisión de negociar y aplicar este tipo de texto? Recuérdese que, si fuera así, y la empresa hubiera elaborado un plan de igualdad, bien voluntariamente, bien por quedar obligada respecto a su propia normativa nacional, la autoridad laboral española, llegado el momento, podría comprobar que, respecto a los trabajadores que se encuentren en España, que la empresa en cuestión aplica las obligaciones voluntariamente

asumidas relativas a la tutela y salvaguarda de la plena igualdad entre mujeres y hombres, pero para poder hacerlo necesita constancia de la existencia del plan y de su contenido.

Si en España todo plan de igualdad tiene que ser registrado, tanto si la empresa tenía obligación legal de elaborarlo como si lo ha hecho voluntariamente[23], si la empresa extranjera tuviera un plan de igualdad, pese a no estar obligado a ello por la legislación española ¿se le puede exigir traducirlo y registrarlo en España solo por el hecho de tener al menos un trabajador desarrollando habitualmente sus servicios en nuestro territorio? En estos casos, ¿no debería considerarse el acceso al registro voluntario pero no obligatorio?

Dado que por el momento no existe un registro europeo de planes de igualdad, parece que esta última es la postura interpretativa más razonable y más coherente con la realidad de nuestro modelo de relaciones laborales: las empresas extranjeras que dispongan de un plan de igualdad elaborado según la normativa de otro Estado, pero aplicable a toda su plantilla y que temporal o permanentemente tengan trabajadores en territorio español, también podrán acceder a los registros de planes de igualdad, constituyendo así un medio de prueba al que recurrir con rapidez y facilidad, a la hora de acreditar que, durante el tiempo que los citados trabajadores desarrollan habitualmente a sus servicios en España, se están cumpliendo sobradamente todas las exigencias de la normativa española en materia de igualdad de género.

2. ¿Sobre qué aspectos debería incidir con más fuerza el plan de igualdad de una empresa internacional?

Adviértase que las condiciones laborales en los respectivos países de prestación de servicios pueden ser muy diferentes, las medidas mínimas en materia de igualdad de género exigidas en cada país pueden ser totalmente dispares, y tampoco serán nunca comparables los sistemas públicos de atención a la familia que existan en cada territorio, por lo que las necesidades de conciliación de las personas trabajadoras nunca podrán ser idénticas (no se trata ya de comparar la protección a la familia que dispensa el ordenamiento jurídico en los países comunitarios en comparación con los extracomunitarios, sino que, dentro del propio territorio de la UE, las medidas establecidas pueden ser muy diferentes dependiendo del nivel de disponibilidad económica, de la línea política de la legislatura y del grado de concienciación social de cada país).

Resulta obvio que no todos los territorios nacionales cuentan con el mismo nivel salarial, la misma protección social pública ante las situaciones de maternidad y conciliación, y por este motivo, la empresa en cuestión, con finalidad unificadora, puede optar por poner en marcha medidas específicas de unificación con otros territorios. Se trataría de una forma muy concreta de responsabilidad social corporativa, que redunda en esta ocasión en beneficio de los propios empleados de la empresa y de sus familias, fruto de un compromiso alcanzado en el texto de un plan de igualdad. A la vista de lo expuesto, no parece que exista inconveniente en que los compromisos asumidos afecten de manera especialmente intensa a ciertos trabajadores, centro de trabajo o territorios, pues la finalidad es equipara el régimen de protección a

23 Tal y como se ocupa expresamente de advertir el Ministerio en sus “preguntas frecuentes”, https://www.igualdadenlaempresa.es/faq/respuestas.htm#q35

la igualdad de género que recibe la plantilla de una misma empresa, independientemente del lugar en el que se desarrollen habitualmente los servicios contratados[24].

Además de intentar que, a través del plan de igualdad se alcance al menos cierto homogenización de los derechos de los empleados que integran la plantilla, independientemente del lugar del mundo en el que presten sus servicios, sin duda, una empresa internacional presentará además unas necesidades específicas que no concurren en las empresas ordinarias, en las que todos sus elementos de producción están situados en un mismo país. Esto obliga a hacer especial hincapié en ciertas necesidades que no tendrán otro tipo de empresas, pero que pueden tener gran incidencia en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Así por ejemplo, existen ciertas materias que sería conveniente abordar en todo plan de igualdad de una empresa con proyección internacional, como puede ser la incidencia personal y laboral que pueden llegar a tener los desplazamientos nacionales o internacionales, tanto si son temporales como previsiblemente permanentes, sobre las personas con cargas familiares o las víctimas de acoso o violencia de género, la forma de compatibilizar el disfrute de situaciones de excedencia o de reducción de jornada por motivos familiares con la posibilidad de optar o consolidar un ascenso, e incluso, articular mecanismos para que, a ningún trabajador de la empresa en cuestión se le obstaculice o limite su decisión de hacer uso de la situación de excedencia por cuidado de hijos o familiares o de reducción de la jornada de trabajo por motivos de conciliación, ni siquiera en los casos en los que se haya suscrito un pacto de permanencia.

En síntesis, hay que valorar con especial detenimiento las posibles dificultades que pueden obstaculizar el acceso a las medidas implantadas para mejorar la igualdad de géneros en la empresa por parte de los trabajadores en misión, desplazados temporal o permanentemente al extranjero, o contratados con carácter permanentemente itinerante, y por supuesto, las especiales necesidades que puede tener un colectivo de trabajadores frente a otro o un centro de trabajo en comparación con otro. Y es que la internacionalización de la empresa puede dar lugar a contrastes mucho más acusados entre empleados que los que se presentan en una empresa en la que no concurre esta internacionalización.

IV. CONCLUSIONES

El plan de igualdad internacional es por el momento una práctica voluntaria para las empresas. Y es que en caso de contar con centros de trabajo en varios países del mundo, la empresa solo tendrá obligación de elaborar un plan de igualdad según la normativa española, si cuenta al menos con cincuenta trabajadores que desarrollen habitualmente su trabajo en España. Además, una vez elaborado, salvo que la empresa voluntariamente quiera adop-

24 Se ha puesto de manifiesto en muchas ocasiones el importantísimo papel de las medidas adoptadas en materia de responsabilidad social corporativa en la mejora de las oportunidades de conciliación de las personas trabajadoras, y con ello, de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el ámbito laboral y la reducción de la brecha de género en salarios y pensiones. Al respecto, véase, entre otros, Rodríguez González, S., «Discriminación retributiva por razón de género y responsabilidad social corporativa», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, n.º extra 1, 2019 (ejemplar dedicado a: Mujer en el futuro del trabajo), pp. 249-286.

tar otra decisión, el citado plan solo será aplicable en territorio español. No tiene por tanto el hipotético texto elaborado, por si solo, fuerza *erga omnes* que le permita ser aplicable y judicialmente exigible fuera de nuestras fronteras, salvo que la empresa en cuestión opte, de forma consciente, por ampliar su ámbito territorial de aplicación, mejorando, por medio de un acuerdo de efectos colectivos o de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos (respecto a aquellos países en los que no exista obligación de elaborar un plan de igualdad), los derechos laborales de aquellos empleados que presten sus servicios desde otros países del mundo.

En cualquier caso, no se puede negar que la elaboración de un plan de igualdad en el seno de una empresa internacional suscita muchas preguntas de difícil respuesta, que deberán ser la Inspección de Trabajo primero, y los jueces y tribunales después, los encargados de clarificarlo.

Así las cosas, cuando una empresa internacional desea iniciar el proceso de elaboración de un plan de igualdad, se le ha de aconsejar que, si lo que pretende es mantener la unidad empresarial, reforzar el espíritu de grupo, el trabajo en equipo y el bienestar en la empresa, se le recomienda intentar, por medio del citado plan de igualdad, unificar el régimen jurídico aplicable a los trabajadores de la empresa, independientemente el cuál sea el lugar en el que desarrollen habitualmente sus servicios. Ahora bien, no existiendo obligación legal de elaborar un plan de igualdad de este alcance, tampoco se puede marcar un objetivo tan elevado que la empresa en cuestión afronte el reto de elaboración el plan de igualdad como un proceso incómodo que le generará más costes que beneficios[25]. La práctica demuestra que esta mentalidad de partida finalmente se materializa en la ausencia absoluta de plan, o bien, en planes poco ambiciosos y reiterativos, con un elevado número de cláusulas meramente programáticas sin exigibilidad directa[26], destinados únicamente a generar una apariencia ante la sociedad pero sin tener en realidad un visible espíritu de mejora. No se puede negar que, muchas veces, los planes de igualdad se convierten en un conjunto de meras declaraciones de intenciones, deseos de actuación y compromisos meramente teóricos (sobre todo cuando no existe obligación legal de elaborarlos, sino que parten simplemente de la libre decisión empresarial), sin incluir, en la mayoría de los casos, medidas innovadoras y contundentes que permitan avanzar rápidamente hacia la igualdad[27]. Se trata éste de un peligro que acecha con especial intensidad a los planes de igualdad elaborados en el seno de una empresa internacional, en los que la dispersión de su plantilla y la diversidad de derechos nacionales aplicables, suelen lastrar las negociaciones, frustrando su aprobación u ocasionando su cristalización en textos poco ambiciosos.

Recuérdese que las normas de derecho mínimo en materia de igualdad de género, indisponibles para los contratantes, no van a ser las mismas en todos los territorios nacionales, existiendo una marcada diferencia en cuestiones tan básicas como la protección de la maternidad,

25 Ballesteros Doncel, E., «Condiciones de posibilidad de los Planes de Igualdad como política de promoción de la equidad en el ámbito laboral», *Cuadernos de relaciones laborales*, vol. 28, n.º 1, 2010 (ejemplar dedicado a: Deslocalizaciones internacionales y sus efectos sobre los trabajadores y las relaciones laborales), p. 145.

26 aa.vv, «El principio de igualdad en la negociación colectiva», Sánchez Trigueros (dir.), Kahale Carrillo y Velasco Portero (coord.), *Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2016.

27 Selma Penalva, A., «Lo que no se dice sobre la igualdad de género», *Aranzadi*, Pamplona, 2022.

las oportunidades de conciliación de la vida familiar y laboral y las consecuencias derivadas de los actos discriminatorios. A estos efectos se recomienda, aunque esto en la práctica sea muy difícil de lograr, por medio de la negociación colectiva en general, y la negociación de un plan de igualdad de una empresa internacional en particular, igualar al alza los derechos en materia de igualdad de género de todos los trabajadores de la empresa, tomando como mínimo aquellos derechos que reconozca el ordenamiento jurídico más protector, y extendiéndolos, por la vía de la negociación colectiva materializada en la aprobación de un plan de igualdad, al resto de empleados de la empresa, que se beneficiarán de la extensión por vía convencional de estas normas protectoras. Se consigue así unificar las oportunidades de todos los trabajadores de la empresa internacional, acercando las distancias entre ordenamientos jurídicos, intensificando el espíritu de unidad gracias al simple hecho de equipar al alza los derechos en materia de igualdad y conciliación de los que podrán disfrutar todos los trabajadores de la empresa independientemente de cuál sea su lugar habitual de prestación de servicios.

Por último, aunque parezca obvio, no está de más insistir una vez más en que será cada Estado, dentro de su respectivo, territorio, el encargado de comprobar su aplicabilidad, pues no existe ninguna forma de que sea una misma entidad la que supervise el correcto cumplimiento de las disposiciones del plan en los diversos países y que además, en su caso, pueda sancionar los posibles incumplimientos.

En cualquier caso, se ha de tener siempre presente que el proceso de elaboración de un plan de igualdad en una empresa internacional tiene sin duda, sus peculiaridades. Y es que un plan de igualdad que pretenda ser aplicado, en su conjunto, a una empresa de estas características tiene que atender de forma especialmente intensa a las particulares condiciones inherentes a la dispersión nacional y movilidad consustancial al carácter internacional de la plantilla. De esta forma, cuando una empresa voluntariamente decide iniciar el proceso de elaboración de un texto de este alcance, tiene un objetivo añadido que no afecta a las empresas en las que la totalidad de su plantilla radica en un único territorio: muchas veces, los rasgos que definen el carácter internacional de la prestación de servicios de estos empleados, son los que resulta más difíciles de compatibilizar con la atención de las dificultades de conciliación y la salvaguarda de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, por lo que muchas veces, en ausencia de obligación legal, es este hecho el principal factor que lleva a disuadir a las empresas de emprender este proyecto.

En cualquier caso, en una sociedad cada vez más globalizada, en la que las empresas, con mucha frecuencia, tienen intereses económicos en varios países del mundo y necesitan disponer de empleados en diversos territorios nacionales, la creación de un plan de igualdad de dimensión internacional no debería ser una práctica desconocida.

Ante este contexto, es previsible intuir que, posiblemente en poco tiempo, los Estados miembros, cada vez más sensibilizados con las cuestiones de género, empezarán a percatarse de la necesidad de elaboración de un plan de igualdad de estas dimensiones y con este alcance, siendo quizá, la creación de la figura del «plan de igualdad europeo» el nuevo reto que por el momento tiene pendiente de respuesta la sociedad del siglo XXI, lo que permitirá ofrecer cierta homogeneidad en la salvaguarda de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres al menos en las empresas que dispongan de varios centros de trabajo situados en el territorio de varios países europeos.

V. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV: «El principio de igualdad en la negociación colectiva», Sánchez Trigueros (dir.), Kahale Carrillo y Velasco Portero (coord.), *Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2016.

AA.VV: «Guía práctica de Planes de Igualdad para empresas privadas y públicas», Ferrando García y Cavas Martínez (dirs.), *Laborum*, Murcia, 2022.

Aguilar Navarro, M.: «Derecho Internacional Privado», *Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Volumen I, Tomo I, Madrid, 1976.

Ballesteros Doncel, E.: «Condiciones de posibilidad de los Planes de Igualdad como política de promoción de la equidad en el ámbito laboral», *Cuadernos de relaciones laborales*, vol. 28, n.º 1, 2010 (ejemplar dedicado a: Deslocalizaciones internacionales y sus efectos sobre los trabajadores y las relaciones laborales), pp. 133-150.

Calvo Caravaca A.L. y Carrascosa González, J.: «Derecho Internacional Privado». Volumen I, *Comares*, Granada, 2011.

Carrascosa González, J.: «La ley aplicable a los contratos internacionales: el reglamento Roma I», *Colex*, Madrid, 2009.

Casas Baamonde, M.E.: «Los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n.º 147, 2020, pp. 51-89.

Comisión De Las Comunidades Europeas: «Libro verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización», Bruselas, 14.1.2003. COM (2002).

Di Blase, A.: «Guida alla guirisprudenza italiana e comunitaria di dirritto internazionale privato», *Ed. Scientifica*, Napoli, 2010.

Espinella Menéndez, Á.: «La relación laboral internacional», *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2022.

Galiana Moreno, J.M.: «Aplicación extra-territorial de las normas de trabajo (art. 14)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 100, 1, 2000, pp. 109-124.

Giubboni S.: «Diritto del lavoro e competizione regolativa nell'Unione Europea», *Rivista trimestrale dell`avvocatura dell`instituto nazionale della previdenza sociale*, n.º 3, 2008.

Marino, S.: «Metodi di diritto internacionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario», *Ed. Giuffré*, Milano, 2010.

Menéndez Sebastián, P.: «Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero», *Lex Nova*, Valladolid, 2006.

Montoya Melgar, A.: «Derecho del Trabajo», *Tecnos*, Madrid, 2022.

Olarte Encabo, S.: «Los planes de igualdad: los "parientes pobres" de la negociación colectiva», en aa.vv, *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, R. Moya Amador (dir.), Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 533-554.

Rodríguez González, S.: «Discriminación retributiva por razón de género y responsabilidad social corporativa*», Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, n.º extra 1, 2019 (ejemplar dedicado a: Mujer en el futuro del trabajo), pp. 249-286.

Romero Burillo, A.M.: «Empresas de Trabajo Temporal y Planes de Igualdad», *Iuslabor*, n.º 3, 2020, pp. 1-16 soporte informático.

Romero Ródenas, M.J.: «Los trabajadores puestos a disposición (ETT) forman parte del ámbito de aplicación del plan de igualdad de la empresa usuaria, STS-SOC núm. 778/2019, de 13 de noviembre», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 2, 2020.

Ruano Albertos, S. y Vicente Palacio, M.A.: «Transversalidad y diálogo social: los planes de igualdad como técnica para la consecución de la igualdad en las empresas, regulación internacional y comunitaria*», Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 67, 2007 (ejemplar dedicado a: Derecho social Internacional y Comunitario), pp. 147-174.

Selma Penalva, A.: «Lo que no se dice sobre la igualdad de género», *Aranzadi*, Pamplona, 2022.

A VUELTAS CON LA VIDEOVIGILANCIA COMO CONTROL DE LA PRESTACIÓN LABORAL Y EL JUICIO DE PONDERACIÓN

IN A RETURN WITH VIDEO SURVEILLANCE AS A CONTROL OF LABOR BENEFIT AND THE WEIGHTING JUDGMENT

M.ª Elisa Cuadros Garrido
Profesora Contratada Doctora. Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. https://orcid.org/0000-0003-0297-5330
mariaelisa.cuadros@um.es

Enviado el 7 de mayo de 2024; aceptado el 7 de mayo de 2024.

Palabras clave: Videovigilancia permanente, cámaras ocultas, protección de datos, derecho a la intimidad, principio de proporcionalidad.
Keywords: Permanent video surveillance, hidden cameras, data protection, right to privacy, principle of proportionality.

Resumen: Dentro de las Tecnologías de la Información y la Comunicación uno de los mecanismos de control de la prestación laboral que más giros doctrinales produce en la jurisprudencia es la videovigilancia, probablemente por la configuración del derecho a la protección de datos que no se encuentra cerrada a día de hoy, lo que genera problemas de interpretación y constante readaptación. El presente estudio trata de sistematizar las diferentes fases existentes en la doctrina judicial constitucional, para proceder terminando con una reflexión sobre un posible uso excesivo del principio de proporcionalidad utilizado como canon de enjuiciamiento en esta materia.

Abstract: Within Information and Communication Technologies, one of the control mechanisms of labor provision that produces the most doctrinal twists in jurisprudence is video surveillance, probably due to the configuration of the right to data protection that is not closed today. of today, which generates problems of interpretation and constant readaptation. The present study tries to systematize the different phases existing in the constitutional judicial doctrine, to proceed ending with a reflection on a possible excessive use of the principle of proportionality used as a canon of prosecution in this matter.

Sumario: I. DELIMITACIÓN. II. NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA. 2.1. Nivel europeo. 2.2. Ámbito nacional. III. PRIMERA ETAPA EN LA DOCTRINA DE LA VIDEOVIGILANCIA. 3.1. Alcance de la fase. 3.2. Grabaciones en el Casino de la Toja. 3.3. El caso del economato de Ensidesa. IV. SEGUNDA ETAPA EN LA DOCTRINA DE LA VIDEOVIGILANCIA. 4.1. Delimitación. 4.2. El caso

de la Universidad de Sevilla. V. TERCERA ETAPA EN LA DOCTRINA DE LA VIDEOVIGILANCIA. 5.1. Razonamiento. 5.2. El caso Berska. 5.3. El caso López Ribalda y otras. VI.CUARTA ETAPA EN LA DOCTRINA DE LA VIDEOVIGILANCIA. 6.1. Delimitación. 6.2. STC 119/2022 de 29 de septiembre. VII. DOS ÚLTIMAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE VIDEOVIGILANCIA. 7.1. Empleada de hogar grabada. 7.2. Videovigilancia a una funcionaria de la AEAT. VIII. Consideraciones finales.

I. DELIMITACIÓN

Los poderes empresariales, hunden sus raíces en el principio de libertad de empresa y se desgranan en una serie de facultades de contenido muy variado que principalmente se encaminan a la ordenación, al control y la disciplina en el trabajo. Las facultades de control y vigilancia empresarial, que se reconocen al empleador, exceden con mucho a las de normal comprobación de que se ejecuta lo convenido, como puede observarse en cualquier otra relación jurídica; este carácter, en cierto modo exorbitado, se suele justificar por las peculiaridades de la relación laboral.

Un aspecto social como el trabajo puede ser supervisado mediante videovigilancia, ya que el desarrollo del mismo no es un acto íntimo siempre que tal control se mantenga dentro de los límites estrictamente laborales y no sea arbitrario. Todo lo cual guarda relación directa con los derechos fundamentales del trabajador, que ejercen como una barrera frente a esta potestad empresarial. No puede desconocerse que la inserción en la organización ajena que supone el contrato de trabajo modula los derechos fundamentales en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva. El trabajador al ser contratado queda sometido a las instrucciones y controles del empresario, lo que supone una limitación o modulación de sus derechos fundamentales. Cabe apuntar que tal aseveración ha sido difundida por la propia jurisprudencia constitucional[1].

La idea de modulación de los derechos fundamentales entraña un proceso de reflexión que ha de desarrollarse en tres pasos sucesivos:

1. La delimitación del derecho en cuestión.
2. La identificación de los bienes o derechos afectados por su ejercicio.
3. La búsqueda en su caso de criterios razonables y proporcionados para la adecuada resolución de eventuales situaciones de conflicto.

El modo jurídico en que se solventa este dilema, puesto que el legislador no tiene obligación reconocida legalmente de regular con mayor o menor detalle las distintas esferas de los derechos constitucionales, ha sido establecido por la jurisprudencia a través de la técnica de la ponderación entre derechos y bienes constitucionales y la modulación de su ejercicio conforme al criterio de la buena fe.

La modulación trata de articular un sistema que permita al trabajador ejercitar, sin desvirtuarlos, sus derechos fundamentales y libertades públicas aun en el seno de la relación de trabajo; que habrá de respetar, porque los deberes contractuales que ahora chocan con sus derechos fundamentales han sido asumidos voluntariamente por él (art. 5 a) Estatuto de los

1 STC 99/1994, de 11 de abril (ECLI:ES:TC:1994:99).

Trabajadores[2] (ET). En ese forcejeo se busca evitar que los derechos constitucionales cedan absoluta y desproporcionadamente ante los deberes laborales, puesto que aquellos son inherentes a la dignidad de la persona, y constituyen el fundamento del orden público y la paz social (art. 10.1 Constitución Española[3] (CE).

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado a favor de que las resoluciones judiciales preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito modulado por el contrato. Dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación solo deberá producirse en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado respeto de los derechos fundamentales del trabajador. Ello significa que, aunque el empresario pueda controlar el cumplimiento por los trabajadores de sus obligaciones laborales, deberá atenerse siempre a los límites que les vienen impuestos con respecto a los derechos constitucionales de aquellos y ello supone dos cuestiones:

- La modulación que el contrato de trabajo puede producir en el ejercicio de los derechos fundamentales ha de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales, así como proporcional y adecuada a la consecución de tal fin.
- La omisión de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales del trabajador frente a lesiones padecidas en el ámbito de la relación laboral puede ser impugnada a través del recurso de amparo constitucional, como si fuese la resolución judicial la que incurriese en la vulneración de aquellos.

El hecho de que se deje a la casuística una temática tan delicada como el ejercicio de los derechos fundamentales en un contexto de dependencia jurídica tiene como resultado que, de entre los diversos derechos inespecíficos, se hayan producido protecciones de distinto grado ya que la modulación implica una relativización del planteamiento; existen derechos constitucionales, pero modalizados. Todo ello, en suma, desemboca en un juicio de razonabilidad; y sabido es que tal campo nos lleva al ámbito de la subjetividad.

Para el desarrollo del juicio de razonabilidad el principio de proporcionalidad supone el criterio metodológico que se viene empleando para resolver el conflicto de constitucionalidad. Tal razonamiento cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales sirve para controlar cualesquiera actos que inciden sobre los intereses de los particulares.

Los primeros antecedentes del principio de proporcionalidad en el Derecho Público español datan de mediados del S. XX, cuando comenzó a ser utilizado en la jurisdicción contencioso-administrativa para la fundamentación de sus decisiones. La Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 3.ª de 20 de febrero de 1959, fue pionera de esta corriente jurisprudencial sostuvo que los principios generales del Derecho constituían un límite a la potestad reglamentaria, aplicando el principio de proporcionalidad. Tras la promulgación de la Constitución Española y, posteriormente, con la (hoy derogada) Ley 30/1992[4], esta tendencia se propagó a

2 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.

3 Constitución Española BOE núm. 311, de 29/12/1978.

4 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. BOE núm. 285, de 27/11/1992.

otros campos del control de la actividad administrativa: urbanismo, medio ambiente, liquidación de impuestos municipales, construcción, imposición de medidas cautelares, sanciones administrativas, etc. y en general, al ejercicio de los poderes discrecionales. El propio Tribunal Supremo ha señalado la sorprendente difusión del principio de proporcionalidad a lo largo y ancho de su jurisprudencia administrativa.

El principio de proporcionalidad también ha sido adoptado por el Tribunal Constitucional como uno de sus criterios estelares, para la fundamentación de sus decisiones[5]. En esta jurisdicción se ha aplicado en los asuntos de la más variada índole. La principal novedad de los últimos años radica, en el intento del Tribunal Constitucional español «de formalizar este principio», es decir, llenarlo de contenido mediante diversos criterios que permitan disminuir, en la medida de lo posible, su indeterminación.

La utilización formal, a partir de mediados de la década de los noventa del «test alemán» de la proporcionalidad, esto es, de los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, ha convertido a este principio en uno de los protagonistas de la jurisprudencia constitucional.

En Alemania el principio de proporcionalidad comenzó siendo empleado tanto en Derecho Administrativo como en Derecho Constitucional, y se ha extendido durante estos años por Europa, gracias al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y, sobre todo, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El principio de proporcionalidad en el ámbito europeo es el criterio utilizado para decidir si la intervención de las autoridades nacionales es arbitraria. La proporcionalidad ha ido cada vez adquiriendo cada vez más importancia ha sido reconocida como uno de los principios centrales que gobiernan en la aplicación de derechos y libertades en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)[6]. Su importancia se ve reflejada en el hecho de que sirve habitualmente como último filtro para la evaluación de la legitimidad en las interferencias con el derecho a la vida privada[7].

Por su parte, la jurisprudencia europea ha sido emulada por otros Tribunales Constitucionales Europeos, el francés, el italiano, el portugués, el austriaco, el húngaro, el checo, el esloveno, el estonio, el español y por la Jurisdicción Constitucional Suiza.

La regla argumentativa que define la ponderación en sentido estricto fue esbozada por el Tribunal Constitucional Alemán y enunciada doctrinalmente por ALEXY[8], según la ley de la

5 El principio de proporcionalidad fue enunciado en la STC 37/1998, de 17 de febrero (ECLI: ES:TC:2017:17) en relación con la vulneración del derecho de huelga por la grabación de imágenes realizada por la Ertzaintza a un piquete de huelga informativo. Asimismo, también había sido utilizado para valorar diversas medidas que afectaban a derechos fundamentales, entre los que podemos citar, a título de ejemplo, la libertad de expresión de la STC 1/1998 de 12 enero (ECLI: ES:TC:1998:1) y el derecho de reunión de la STC 66/1995 de 8 de mayo (ECLI: ES:TC:1995:66).

6 Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570.

7 Álvarez Alvite, A: «El derecho a la vida privada en la doctrina del Tribunal europeo de Derechos Humanos: un largo camino por recorrer», *Revista Aranzadi de la Unión Europea*, n.º 5, 2022.

8 Filósofo del Derecho, jurista alemán y catedrático de Derecho público y Filosofía del Derecho de la

ponderación, que tiene el sentido siguiente: cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro[9]. El resultado del examen de ponderación consiste en una relación de precedencia condicionada, porque uno de los dos intereses en pugna adquiere prioridad. En este sentido, el Tribunal Constitucional estableció en la STC 320/1994, de 28 de noviembre[10], que, en caso de colisión de derechos fundamentales, la solución consistirá en otorgar la preferencia de su respeto a uno de ellos, justamente aquel que lo merezca, tanto por su propia naturaleza, como por las circunstancias concurrentes en su ejercicio.

No se trata, sin embargo, de establecer jerarquía de derechos ni prevalencias, *a priori*, sino de conjugar, desdén la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala, explícita o implícitamente.

La formulación del principio de proporcionalidad puede servir para dar respuesta a problemas interpretativos que se pudieran plantear, con el llamado «triple test». Es necesario comprobar si se cumplen los tres requisitos o condiciones siguientes:

1. Juicio de idoneidad

El subprincipio de idoneidad es también conocido con el nombre de «subprincipio de adecuación». De acuerdo con el concepto juicio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Y aplicándolo al control empresarial, si la medida del empleador es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, supera la idoneidad. De modo que se convierte, de inicio, en legítimo cualquier interés empresarial que pueda ser satisfecho por la medida de control; lo único que se precisa es adecuación.

2. Juicio de necesidad

El subprincipio de necesidad se denomina también subprincipio de «indispensabilidad» en la doctrina alemana, pero en la española se ha acuñado de forma unánime el concepto necesidad. El juicio de necesidad implica la comparación entre la medida adoptada por la empresa, y otros medios alternativos que se pudieran haber escogido.

Universidad Christian-Albrechts de Kiel, hasta su retiro a finales de 2013. Es uno de los más destacados creadores y defensores de la teoría de la ponderación. Robert Alexy desarrolló el modelo del constitucionalismo y mostró la omnipresencia de los derechos y de la Constitución, la primacía de esta frente a la ley o la consideración de los órganos de adjudicación, en particular los tribunales constitucionales como órganos primarios. *Vid*. Seoane Rodríguez, J. A: «Todo exceso es insano, también para el Derecho. Comentario a la Ponencia del Dr. Carsten Bäker», aa.vv, Elósegui Itxaso, M: *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 Aniversario*, Marcial Pons, 2016, pág. 245.

9 Alexy, R.: «La fórmula del peso» en aa.vv, Carbonel, M. (Coord.): *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos*, ed. Carbonell, 2008, págs. 13-42.

10 STC 320/1994, de 28 de noviembre (ECLI:ES:TC:1994:320).

En esta comparación se examina si alguno de los medios opcionales logra cumplir dos exigencias: en primer lugar, si reviste el grado de idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo inmediato de esta última; y, en segundo término, si afecta al derecho fundamental en un grado menor. Es decir, que no exista otra medida más moderada para la consecución del propósito perseguido por la empresa con igual eficacia. Con la expresión «igual eficacia» se hace referencia al parámetro para verificar, el carácter necesario o indispensable de la instalación de una cámara en un determinado lugar del trabajo, por ejemplo, para lo cual se ha de realizar una atenta valoración de otros medios posibles, el examen de su idoneidad y de la intensidad con que afecta negativamente al derecho fundamental; pues estos son los aspectos determinantes del juicio de necesidad.

Los subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas. En ellos la ponderación no juega ningún papel. Se trata de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales, que sean evitables, sin menoscabo de otros principios, se trata, en definitiva, del «óptimo de Pareto»[11].

3. Juicio de proporcionalidad, en sentido estricto

Conforme al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, también conocido como juicio de ponderación en nuestro país, y en la doctrina alemana, como juicio de adecuación, nos referimos a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Existen autores que utilizan el principio de proporcionalidad y el principio de ponderación como sinónimos, también hay otros que opinan que su coincidencia solo es parcial. La posición más coherente, nos parece la de BERNAL PULIDO, que identifica la ponderación con el principio de proporcionalidad en sentido estricto, por lo que es considerado una parte de principio de proporcionalidad, ya que la ponderación es el procedimiento de aplicación jurídica mediante el cual se establecen las relaciones de prelación entre principios en colisión[12].

La importancia de la intervención del derecho fundamental debe estar justificada por la magnitud del fin perseguido por el empleador; las ventajas que se obtienen mediante la intervención del empresario en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para el trabajador. En resumen, si la medida es ponderada o equilibrada, porque derivan de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios o valores en conflicto.

Para llevar a cabo esta comparación es imprescindible haber fijado la magnitud de la importancia de los dos objetivos perseguidos, respectivamente, de manera positiva y de manera negativa. Por un lado, proteger los derechos fundamentales del trabajador y; por otro lado, lo que se obtendría con la intervención empresarial. De acuerdo con la nomenclatura, ya usual en la doctrina, dicha magnitud se conoce como «el peso»; se tiende a reducir el enjuicia-

11 Concepto de la economía que consiste en que, partiendo de una asignación inicial de bienes entre un conjunto de individuos, si se realiza un cambio nueva asignación que al menos mejore la situación de un individuo sin hacer que empeore la situación de los demás, se denominaría mejora de Pareto. Una asignación se define como «pareto-eficiente» o «pareto-óptima» cuando no pueden lograrse nuevas mejoras de Pareto. Término que tiene aplicaciones en ingeniería y diferentes ciencias sociales y que recibe su nombre a partir del economista italiano Vilfredo Pareto, quien utilizó este concepto en sus estudios sobre eficiencia económica y distribución de la renta.

12 Bernal Pulido, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales,* «Centro de Estudios Políticos y Constitucionales», 2007, pág. 581.

miento de las pretensiones a un problema de peso, cuanto más intensa sea la intervención en el derecho fundamental, mayor será el peso del derecho de la ponderación. Correlativamente, cuanto más intensa sea la realización de la finalidad perseguida por el empresario y que fundamenta la medida de control, mayor será su peso en la ponderación.

En estos casos, según ALEXY, «uno de los principios tiene que ceder ante el otro». Por tanto, no cabe confundir el valor o peso específico del bien jurídico con la técnica o garantía de protección, de tal forma que no existe de antemano una jerarquía que haga prevalecer automáticamente unos derechos sobre otros. Llegados a este término, como ya hemos apuntado anteriormente, el punto débil de la referida técnica consiste en que la ponderación actúa como un «mandato de optimización», los intereses a ponderar se convierten en un problema de peso; el reproche a la teoría de los principios se centra en señalar que es incapaz de determinar de forma adecuada, por un lado, la relación entre los derechos fundamentales y el control constitucional, y, por otro lado, de éstos con la democracia[13].

Finalmente, cabe destacar que la recepción de la doctrina de ALEXY tiene voces críticas como la de POSCHER[14] que califica la técnica del principio de proporcionalidad como algo que se ha hipertrofiado al abarcar la metodología y la teoría de las normas, por lo que se encuentra asentada bajo errores ya que las reglas y los principios son estructuralmente idénticos con lo cual critica que la distinción entre dichos conceptos se vincule a la distinción entre subsunción y ponderación[15].

También se argumenta que para desarrollar el principio de proporcionalidad es necesario contar con criterios valorativos para seleccionar cuáles son estas circunstancias que tanta incidencia tienen en la de noción del peso de los elementos en conflicto y ALEXY pasa por alto esta cuestión. En cambio otros modelos de ponderación, como el método de HURLEY, solucionan mejor el problema, porque en lugar de una referencia genérica abstracta a las circunstancias del caso que por sí sola no ofrece ninguna guía para la selección de las propiedades, HURLEY propone una acotación de «propiedades relevantes admisibles», determinadas en función de su aptitud para incidir en las que fundamentan las distintas soluciones del caso: son aquellas que guardan alguna incidencia a la hora de satisfacer o impedir la satisfacción de las razones en pugna. Por tanto, resulta más eficaz en cuanto prevé criterios para determinar el marco de aquellas circunstancias que pueden resultar relevantes para la resolución del conflicto, en función de la incidencia en las razones que fundamentan cada posible solución del supuesto[16].

Por su parte, el norteamericano constitucionalista FORSTHOFF considera que con el principio de proporcionalidad el intérprete se ve compelido a llevar a cabo valoraciones subjetivas, por lo que cada aplicación de este principio constituye una intervención ilegítima del juzgador. En consecuencia, Tribunal Supremo Federal de Estados Unidos, carece de legitimidad para aplicar el principio de proporcionalidad, dado que la aplicación de este principio no

13 ALEXY, R.: «Principios formales», *DOXA, cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 37, 2014, pág. 16.

14 Catedrático de Filosofía del Derecho y de Derecho Público de la Universidad Albert-Ludwig de Friburgo (Alemania).

15 POSCHER, R: «Teoría de un fantasma: la búsqueda infructuosa de la teoría de los principios por su objeto» en AA.VV, ELÓSEGUI ITXASO, M: *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 Aniversario*, Marcial Pons, 2016, págs. 140-141.

16 MARTÍNEZ ZORRILLA, D: «Alternativas a la ponderación. el modelo de Susan I. Hurley», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 86, 2009.

puede orientarse por criterios jurídicos completamente certeros. Este método en la actualidad se ha convertido en una fórmula formalista y rígida por lo que considera que se ha de proceder a buscar nuevas técnicas de enjuiciamiento[17].

Por su parte, GOÑI SEIN sostiene que la regla del triple test es insuficiente por su escaso grado de efectividad, y propone la autotutela informativa como elemento de cierre del juicio de legitimidad de la actividad de control empresarial, que integra las reglas y requisitos que conciernen a las actividades de recogida de información, e incorpora las condiciones de licitud del tratamiento de datos del trabajador[18].

II. NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA

2.1. Nivel europeo

El CEDH, regula en su art. 8, sobre el Derecho al respeto a la vida privada y familiar[19].

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en algún caso sobre ciertas medidas de control o intercepción de comunicaciones en el lugar del trabajo, que pueden considerarse lesivas del derecho de la vida privada de los empleados, en concreto de su derecho a la intimidad. Ciertamente ello podría resultar sorprendente porque de la literalidad del art. 8 del CEDH, cabría inferir un ámbito de aplicación circunscrito a las injerencias de los poderes públicos, dejando al margen la vigilancia ejercida por los empresarios en el contexto laboral; sin embargo, no es esa la interpretación de la Corte de Estrasburgo. Se ha declarado la exis-

17 Alexander Aleinikoff es uno de los juristas de mayor relevancia en las discusiones del Derecho Constitucional norteamericano, considera que cuando el Juez Constitucional, lleva a cabo una ponderación, termina inevitablemente ejerciendo la función de armonizar los intereses sociales que en todo Estado Democrático está atribuido al poder legislativo. *Vid*..: ALEINIKOFF, A: *El Derecho Constitucional en la era de la ponderación*, Palestra, 2015.

18 GOÑI SEIN, J.L.: «Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos», *Justicia Laboral*, n.º 39, 2009, pág. 19.

19 «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás». El Consejo de Europa protege el derecho a la vida privada de la persona en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. El primer párrafo de dicha disposición afirma que «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia». Lo primero que debemos destacar de este precepto es que impone dos tipos de obligaciones. De un lado, una obligación negativa, esto es, el mandato de evitar una injerencia contra cualquier derecho contenido en el art. 8.1 CEDH. Por otro lado, una vertiente positiva, es decir, la obligación de tomar medidas para proteger la vida privada de las personas. El art. 8.2 CEDH establece que para que la injerencia en la vida privada de la persona esté justificada, es que dicha intromisión esté «prevista por la ley». Debemos reseñar que el incumplimiento de este requerimiento lleva en última instancia, a que el TEDH estime que ha habido una violación del artículo 8 del Convenio.

tencia de lesión del derecho al respeto de la vida privada en diversos supuestos de utilización de medios técnicos de control a distancia en ámbitos profesionales; también incluso cuando son los propios empleadores o superiores jerárquicos los que ordenan la intercepción, la grabación o registro de las llamadas telefónicas desde su puesto de trabajo. Dos ejemplos de este tipo de acciones, los encontramos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las sentencias de los, casos *Halford y Copland*.

Con las referidas sentencias el criterio de la expectativa razonable de privacidad[20], fue incorporado de manera expresa, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los términos que establecen las SSTEDH de 25 de junio de 1997[21] —caso Halford[22]— y de 3 de abril

20 Hay que aludir primero, a los antecedentes, que parten de la interpretación dada por la *Supreme Court* a la Cuarta Enmienda de la Constitución Americana, que contempla la protección contra persecuciones e investigaciones irracionales, y sirvió de base para sentar el criterio de la expectativa razonable de intimidad, conocido también como *expectation of privacy test* o *Katz-test*. El caso Katz v. United States, 389. Vs. 347, resuelve la legalidad del seguimiento del ciudadano estadounidense Charles Katz por agentes del FBI, con motivo de ser sospechoso de traficar de manera ilegal con información confidencial sobre apuestas, se sabía que solía hacer uso siempre de una misma cabina telefónica de los Ángeles para llamar a sus contactos de Miami y Boston, el FBI en las inmediaciones de la red telefónica colocó un micrófono para grabar las conversaciones, material que se convirtió en la base esencial de su posterior condena. El fallo fue desestimatorio para el señor Katz; porque la esencialidad de la Cuarta Enmienda exigía la existencia de contacto físico, bien con la persona objeto de investigación, bien con cualesquiera bienes u objetos que fueran de su propiedad. Posteriormente, el Tribunal Supremo estadounidense, a lo largo de una extensa y gradual jurisprudencia, ha considerado implícito un *«right to privacy»* en la garantía de la Cuarta Enmienda frente a registros y requisas arbitrarias *(unreasonable searches and seizures)*, que limita la intrusión del gobierno en las personas, domicilios, documentos y efectos personales, incluyéndose no sólo los supuestos de invasión material *(physical trespass)* sino también de vigilancia electrónica.

21 STEDH de 25 de junio de 1997 (TEDH 1997\37).

22 El caso Halford contra el Reino Unido, como ya hemos apuntado, constituye el primero en el que se llevó a cabo una utilización explícita de la doctrina de la expectativa de privacidad. Los hechos que se declararon probados en la sentencia son los siguientes: - La demandante, llamada Alinson Halford, era inspectora general de la policía británica de Merseyside. - Antes del proceso ante el TEDH, presentó una demanda por vulneración del principio de igualdad ante un tribunal de trabajo, debido a que se rechazó en sucesivas ocasiones su candidatura a un ascenso; y, sin embargo, según sostenía, se concedió a colegas con menos méritos, pero todos de sexo masculino. - Halford tenía derecho a un despacho para su uso exclusivo y en él hacía uso de dos teléfonos, uno de los cuales era para sus comunicaciones privadas y otro de trabajo (Estos teléfonos formaban parte de un sistema interno de comunicaciones de la policía, independiente de la red pública). - La inspectora tuvo conocimiento de que se habían interceptado sus llamadas telefónicas y solicitó a la comisión competente en su país, en materia de interceptaciones de comunicaciones que abriera una investigación puesto que consideraba que tal medida se había realizado para obtener información que sería utilizada contra ella en el curso del procedimiento en materia de discriminación. Como el amparo se le denegó en el país inglés agotadas todas las vías legales en el mismo, acudió al TEDH. El TEDH consideró que la intercepción de las llamadas de la demandante representaba una violación del art. 8 del CEDH. Para el Tribunal se desprende claramente de su jurisprudencia que las llamadas telefónicas que proceden de locales profesionales, al igual que las procedentes del domicilio, pueden incluirse en los conceptos de «vida privada» y de «correspondencia» citados en el apartado 1 del artículo 8del Convenio de Roma. No había pruebas de que a la Sra. Halford se

de 2007[23] —sentencia Copland[24]— para valorar la existencia de una lesión del art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos; y a través de este ha pasado a formar parte de la jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo[25] y posteriormente de la del Tribunal Constitucional[26]. El referido criterio podría resumirse en la siguiente máxima: un ciudadano no puede ser sometido a una injerencia sobre su privacidad con la que no pudiera contar en términos razonables.

Por otro lado, cabe mencionar, el Reglamento General sobre Protección de Datos (RGPD)[27] establece una normativa única, válida en toda la UE y aplicable al tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado del tratamiento en la Unión independientemente de dónde el tratamiento tenga lugar. Dentro del ámbito laboral[28] recoge en su art. 88 que las normas que establezcan los Estados

le hubiera avisado, en calidad de usuaria de la red interna de telecomunicaciones de la policía, de que las llamadas efectuadas mediante la misma podían ser interceptadas.

23 STEDH de 3 de abril de 2007 (TEDH 2007\23).

24 En el caso Copland contra el Reino Unido, el TEDH estima que el almacenamiento de la información personal sobre el teléfono de la demandante, su email y el uso que hace de Internet sin su consentimiento suponía una interferencia con su derecho a la vida privada del art. 8 de la CEDH. Durante su empleo en un colegio estatal, el teléfono de la demandante, su email y el uso de internet estuvo sujeto a monitorización por parte de una institución británica ante las sospechas de que la recurrente estaba realizando un abuso de tarificación desde los terminales telefónico e informático. El TEDH declara el quebranto de la expectativa razonable de privacidad, porque la recurrente vivía en un ambiente de permisividad con el que se manejaba en su puesto de trabajo, lo que la había llevado a la creencia de que estaba libre del escrutinio de sus comunicaciones por parte del empleador.

25 SSTS 26 septiembre 2007 (rec.966/2006, ECLI:ES:TS:2007:6128), 8 marzo 2011 (rec. 1826/2010, ECLI:ES:TS:2011:1323), 6 octubre 2011 (rec. 4053/2010, ECLI: ES:TS:2011:8876) y 8 febrero 2018 (rec.1121/2015, ECLI: ES:TS:2018:594).

26 El arranque en la doctrina de la expectativa en la jurisprudencia constitucional fue más tardío, pues no tuvo lugar hasta la publicación de las SSTC 12/2012 de 30 de enero (rec. 1826/2010 ECLI:ES:TC: 2012:12) y 74/2012 de 16 de abril (ECLI:ES:TC: 2012:74) referidas ambas a un reportaje periodístico de investigación oculta, rodado en el interior de una clínica sospechosa de intrusismo profesional. En el ámbito laboral la primera sentencia del Tribunal Constitucional, en la que se recoge el mismo criterio de expectativa razonable de confidencialidad (se adapta el criterio al secreto de las comunicaciones), es la STC 241/2012, de 17 de diciembre (ECLI:ES:TC:2012:241) aplicado a enervar la eficacia de la inmunidad de la protección formal del art. 18.3 CE.

27 Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de datos. DOUE 4 mayo 2016, L 112/1

28 Cabe destacar como otros aspectos relevantes que el tratamiento de datos está prohibido cuando revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida o la orientación sexuales de una persona física. Asimismo el Reglamento da la posibilidad a los Estados miembros de establecer normas más específicas, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, en particular a efectos de contratación de personal, ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por el convenio colectivo, gestión, planificación y organización del

deben incluir medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana de los interesados, así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales, prestando especial atención a la transparencia del tratamiento, a la transferencia de los datos personales dentro de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo. El RGPD contiene un exigente el deber informativo, que ha de cumplirse a través de capas o niveles, el básico y el adicional. Además, establece una lista exhaustiva de la información que debe proporcionarse a los interesados y que comprende: la información sobre el responsable del tratamiento; la finalidad del tratamiento; el título que legitima el tratamiento; los destinatarios de las cesiones o transferencias de los datos; los derechos de las personas; los datos del delegado de Protección de Datos[29] y la procedencia o fuente de los datos.

2.2. Ámbito nacional

No existe en nuestra Constitución Española un precepto que se refiera de manera expresa a estas captaciones visuales, pero los derechos fundamentales inespecíficos garantizan los derechos de la persona trabajadora y del empleado público. Esencialmente, la videovigilancia puede entrar en colisión con los derechos fundamentales del art. 18.1 CE referidos al honor, intimidad y a la propia imagen[30], así como el derecho a la autodeterminación informativa art. 18.4[31] CE.

Las numerosas sentencias que se han enfrentado con problemas relacionados con la captación y transmisión de las imágenes de las personas por un sistema de videovigilancia comienzan por destacar que la imagen es un dato de carácter personal protegido por la legislación en materia de protección de datos pues, aunque tales imágenes no se graben o conserven constituyen un tratamiento de datos. Los mayores conflictos interpretativos se presentan en relación con el derecho fundamental del art. 18.4 CE que han dado origen a una jurisprudencia oscilante.

trabajo, igualdad y diversidad en el lugar de trabajo, salud y seguridad en el trabajo, protección de los bienes de empleados o clientes, así como a efectos del ejercicio y disfrute, individual o colectivo, de los derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la extinción de la relación laboral.

29 concretos como Administraciones Públicas, entidades cuya principal actividad lleve aparejada la monitorización de datos personales o el tratamiento de datos personales a gran escala y entidades cuya principal actividad lleve aparejado el tratamiento de datos especialmente protegidos a gran escala, así como de antecedentes penales.

30 La intimidad es *«a concept in disarray»* (término en desorden) que abarca la libertad individual, el control sobre el propio cuerpo, la potestad de información personal, la libertad ante los sistemas de control y vigilancia, la protección al honor y a la reputación.

31 La autodeterminación informativa es un derecho de perfil muy formalista, garantiza a la persona el control activo de las informaciones que le afectan, y el derecho a no ser instrumentalizado a través del conocimiento adquirido de aspectos de su personalidad, en la medida en que supone ser informado de quien posee sus datos personales, a qué uso se están sometiendo y el derecho a oponerse, en su caso, a una posesión ilegítima o uso ilícito; es la potestad de control sobre el uso de los datos propios

Por su parte, la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales[32] en su art. 89 regula de forma expresa el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo. Cabe destacar que la redacción del precepto no es del todo afortunada, pues el legislador se refiere de manera expresa al derecho a la intimidad y entendemos que, de manera implícita al derecho a la protección de los datos personales (tampoco proporciona la exposición de motivos explicación alguna). Este precepto establece pautas distintas para declarar lícitos los dos tipos de videovigilancia existentes, por un lado, se regulan mayores requisitos para la modalidad permanente (se exige con carácter previo, información de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes) y por otro lado, las exigencias para la forma encubierta son menores (en el supuesto de la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo informativo).

El carácter relativamente reciente de la incorporación del derecho a la protección de datos en el elenco de derechos fundamentales en el ámbito nacional europeo y la rápida evolución y complejidad técnica de los métodos de control y monitorización han propiciado la necesidad de una constante reconsideración en pocos años, que no ha conseguido un consenso lo suficientemente amplio para consolidar una doctrina estable[33], por lo que cabría afirmar sin lugar a dudas que el derecho del art.18.4 CE está en construcción[34], como lo demuestran los vaivenes jurisprudenciales de las diferentes etapas de la fiscalización de la prestación del trabajador por videovigilancia que analizamos a continuación.

III. PRIMERA ETAPA EN LA DOCTRINA DE LA VIDEOVIGILANCIA

3.1. Alcance de la fase

Esta etapa comienza con las SSTC 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio, como las primeras del más alto interprete de la Constitución que abordan directamente el trasfondo constitucional de la adopción de medidas de control y vigilancia por parte del empresario. Aunque no son las primeras en tratar el principio de proporcionalidad y no introducen una regla nueva, su novedad radica en su aplicación al ámbito de las relaciones privadas y más en concreto, al ámbito de las relaciones laborales desde su originario ámbito público.

32 LO 3/2018, de 5 de diciembre. BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018, páginas 119788 a 119857. La aprobación del texto orgánico supone una novedad respecto a la anterior normativa ya que extiende su ámbito material a las relaciones de trabajo. De la propia literalidad del nombre de la Ley y de su Exposición de Motivos, se desvela que son objeto de protección el derecho a la autodeterminación informativa (art.18.4 CE) y los derechos digitales que podemos definirlos como derechos y libertades reconocidos a todos los ciudadanos predicables al entorno de Internet.

33 Parte del voto particular a la STC 119/2022, de 29 de septiembre (rec. 7211/2021, ECLI:ES:TC:2022:119).

34 Sánchez Trigueros, C. y Cuadros Garrido, M.E: «Autodeterminación informativa: un derecho en alza», *Revista Gallega de Derecho Social*, n.º 8, 2019, págs. 85- 127.

Ambas sentencias definen toda una pauta de resolución de conflictos en el ámbito laboral, habiéndose convertido en el canon prevalentemente utilizado en la práctica constitucional y judicial para valorar la legitimidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales pues hasta ese momento existían distintos pronunciamientos de los tribunales laborales, que no siempre eran coincidentes.

Suponen un cambio de método o de enfoque a la hora de enjuiciar el problema, puesto que parten de que la instalación de los medios es *a priori* una medida restrictiva de los derechos del trabajador y, por tanto, se ha de considerar también de modo restrictivo la posibilidad de recurrir a tal medida. Generalmente se califica estos dos pronunciamientos como trascendentales, porque más allá de ofrecer soluciones y respuestas en torno a las posibles cuestiones que se susciten con respecto a las nuevas tecnologías, configuran una doctrina general acerca de los derechos fundamentales del trabajador y el alcance de la vigilancia y control en el marco de la relación laboral.

Desde otra perspectiva, se entendió que estos dos pronunciamientos se encuentran en buena sintonía con la jurisprudencia internacional y comunitaria pues existe plena coincidencia, al menos en dos puntos. Por una parte, se afianza el rechazo hacia una concepción restrictiva de la vida privada del trabajador; y por otra, se acepta que la protección a la intimidad o privacidad pueda proyectarse sobre posibles manifestaciones de lo personal en el ámbito del trabajo.

3.2. Grabaciones en el Casino de la Toja

La STC núm. 98/2000 de 10 de abril de 2000[35] aplica como canon de enjuiciamiento el principio de proporcionalidad[36] y en función de este el Tribunal Constitucional considera que los dispositivos de grabación de vídeo y audio colocados en la caja y en una mesa de juego de un casino, que complementaban el sistema de seguridad existente, habían sido una medida desproporcionada en vista de la importante interferencia resultante en el derecho de los empleados y clientes a que se respetara su vida privada.

El tribunal observó que el empleador no había demostrado cómo la grabación de sonido, que era particularmente intrusiva para el derecho a la privacidad de los interesados, había sido necesaria para la protección de sus derechos e intereses legítimos.

35 STC núm. 98/2000 de 10 de abril de 2000 (rec. 98, 2000, ECLI: ES:TC:2000:98).

36 El Tribunal Constitucional valida la decisión de la Sentencia del Juzgado de lo Social 3 de Pontevedra 7 noviembre 1995 (proc. 835/1995) dictada por el magistrado José Fernando Lousada Arochena. El juez de lo Social no consideró superada la exigencia del subprincipio de necesidad. *Vid*. Lousada Arochena, J. F.: «Acerca de la crítica de Ralf Poscher a las tesis de Robert Alexy, Comentario a la Ponencia del Dr. Ralf Poscher» en AA.VV, Elósegui Itxaso, M: *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 Aniversario*, Marcial Pons, 2016, pág. 153.

3.3. El caso Economato de Ensidesa

La STC 186/2000, de 10 de julio[37] supone una *leading case*, en ella desestima el recurso interpuesto por el recurrente, cajero de un economato, al considerar que la medida de videovigilancia oculta acordada por la empresa demandada estaba justificada por la necesidad al haberse producido irregularidades en la actuación profesional del trabajador.

Se demostró así que la conducta del empleado era constitutiva de transgresión de la buena fe contractual; la filmación no constituía ninguna vulneración del derecho a la intimidad resultando una medida proporcionada para la finalidad perseguida por la empresa, que no es otra sino la comprobación de las sospechas de la comisión por parte de la demandante de graves irregularidades en su puesto de trabajo.

El problema

El pronunciamiento resuelve sobre la instalación de un circuito cerrado de televisión de manera clandestina, enfocado a dos puestos de trabajo, en concreto, a la caja registradora y al mostrador de paso de un economato, ante las sospechas de la empresa de un comportamiento irregular. Se reafirma por parte del TC, una vez más, el principio de proporcionalidad como criterio base para determinar la legitimidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales.

Doctrina básica

El Tribunal Constitucional efectúa una sistematización compleja del principio de proporcionalidad, describiéndolo como un juicio que ha de ponderarse y constatarse si se cumplen sus tres requisitos. De conformidad con la lógica aludida, se llega a la conclusión de que la medida de instalación de un circuito cerrado de televisión era una medida ajustada al principio de proporcionalidad, porque la filmación era: 1.º) Una actuación justificada, ya que existían razonables sospechas. 2.º) Idónea para la finalidad pretendida por la empresa que necesitaba saber si el trabajador cometía las irregularidades sospechadas. 3.º) Necesaria, ya que la grabación constituye la prueba de tales irregularidades. 4.º) Equilibrada, pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de cajas y tenía una duración limitada, temporal.

Valoración

La conclusión es que la intimidad del trabajador no resulta agredida, no hay intromisión ilegítima y la medida no es de vigilancia y de control, pues la había provocado la actitud irregular del trabajador. La doctrina de los tribunales ha interpretado que la STC 186/2000, de 10 de julio viene a matizar la doctrina fijada en la STC 98/2000, de 10 de abril; en concreto en lo que respecta a la prohibición de la utilización indiscriminada de los dispositivos de control en los puestos de trabajo, aunque atendiendo a una cierta disponibilidad de uso de los dispositivos de control empresarial, cuando, por ejemplo, concurren razones de seguridad.

37 STC 186/2000, de 10 de julio (rec.2662, 1997, ECLI:ES:TC:2000:186).

IV. SEGUNDA ETAPA EN LA DOCTRINA DE VIDEOVIGILANCIA

4.1. Determinación

Se procede a fijar una etapa distinta porque la STC 29/2013, de 11 de febrero[38], supuso un hito en tanto en cuanto fue la primera vez que en la jurisprudencia constitucional se aplicaban los principios de protección de datos a las técnicas de control empleadas por el empresario.

El TC consideró lesionado el derecho a la protección de datos del trabajador que recurrió en amparo, siendo el criterio dirimente no el principio de proporcionalidad sino el de ausencia de información previa al mismo. Esta solución, pues, supuso la admisión de los principios de protección de datos como canon de enjuiciamiento constitucional; hasta entonces, llevar a cabo un control videográfico sin conocimiento de los trabajadores había sido declarado por el TC que era una cuestión de legalidad ordinaria que no le competía.

La sentencia generó un precedente importante para otras posteriores, por apartarse del que desde la STC 186/2000, de 10 de julio venía siendo el paradigma generalizado en la jurisprudencia constitucional y ordinaria, resolviendo la cuestión simplemente aplicando la normativa de protección de datos, centrándose en particular en un ingrediente concreto —novedoso o al menos no analizado en profundidad hasta ese momento—: el derecho a ser informados previamente a la recogida de datos personales.

4.2. El caso de la Universidad de Sevilla

El supuesto

El Tribunal Constitucional anuló las sanciones impuestas a un subdirector técnico sancionado por una institución universitaria tras ser controlado con cámaras de videovigilancia para conocer si cumplía con su jornada laboral. Se consideró lesionado su derecho a la protección de datos. Se afirmó que la actuación de la Universidad no podía justificarse por el hecho de que hubiera distintivos para advertir de la instalación de cámaras, sino que era necesario que se informase a los trabajadores de forma previa, precisa y clara de las grabaciones y de su objetivo.

En la base de su fundamentación aparece el siguiente relato: En el caso enjuiciado, las cámaras de videovigilancia instaladas en el recinto universitario reprodujeron la imagen del recurrente y permitieron el control de su jornada de trabajo; captaron, por tanto, su imagen, que constituye un dato de carácter personal, y se emplearon para el seguimiento del cumplimiento de su contrato. De los hechos probados se desprende que la persona jurídica titular del establecimiento donde se encuentran instaladas las videocámaras es la Universidad de Sevilla y que ella fue quien utilizó al fin descrito las grabaciones, siendo la responsable del

38 STC 29/ 2013, de 11 de febrero (rec.10552/2009, ECLI:ES:TC:2013:29).

tratamiento de los datos sin haber informado al trabajador sobre esa utilidad de supervisión laboral asociada a las capturas de su imagen. Vulneró, de esa manera, el art. 18.4 CE (FJ 8.º). Se establece además que la información a los trabajadores había de ser previa y expresa sobre la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida.

Visibilidad del sistema de videovigilancia

El hecho de que las cámaras pudieran ser vistas por los trabajadores porque no se ocultaba su existencia y eran apreciables a simple vista, y la existencia de carteles informativos, tampoco se considera relevante por la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta, para enervar la ilicitud de la prueba. No contrarresta esa conclusión que existieran distintivos anunciando la instalación de cámaras y captación de imágenes en el recinto universitario, ni que se hubiera notificado la creación del fichero a la Agencia Española de Protección de Datos; era necesaria además la información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida. Una información que debía concretar las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo.

Habeas data

Principalmente, uno de los efectos de esta Sentencia más destacados fue el hecho de que, con ella, el derecho a la protección de datos ex art. 18.4 CE quedaba sujeto a un canon de control de constitucionalidad distinto al que previamente se había aplicado a otros derechos fundamentales cuando, como en este caso, entraban en conflicto con medidas empresariales de fiscalización de la prestación laboral. Como ya se ha explicado, en la colisión con el derecho a la intimidad de las medidas de audio y videovigilancia enjuiciadas en las STC 98/2000 y 186/2000, el TC partió de la existencia de un conflicto entre un derecho fundamental del trabajador y la concreta medida adoptada por el empresario en ejercicio de su poder de dirección y vigilancia reconocido en el art. 20.3 ET y puesto en relación con los arts. 33 y 38 CE, de tal manera que, apreciada esa controversia entre bienes e intereses constitucionales, la solución debía alcanzarse mediante la aplicación del principio de proporcionalidad.

Por el contrario, la STC 29/2013, de 11 de febrero[39], aproximó el asunto debatido desde parámetros de enjuiciamiento distintos, al rechazar la existencia de norma legal en las relaciones laborales que autorizara restricciones del derecho a la información sobre el tratamiento de datos personales, no considerando hábil a tal fin el art. 20.3 ET. Desde esta máxima, por tanto, negada la validez constitucional de restricciones al derecho fundamental de los trabajadores *ex* art. 18.4 CE, quedaba en consecuencia impedida la ponderación de la medida empresarial y la consiguiente aplicación del principio de proporcionalidad. De este modo, se establecía un canon de control de constitucionalidad más rígido que el que la jurisprudencia constitucional venía aplicando respecto al otros derechos fundamentales como el derecho a la intimidad. Por la anterior razón a cuyo servicio se sitúa la garantía prevista en el art. 18.4 CE

39 STC 29/2013, de 11 de febrero (ECLI:ES:TC:2013:29).

cierto sector de la doctrina afirma que con la STC 29/2013, se otorgaba una protección cuasi absoluta al derecho fundamental del art. 18.4 CE.

Discrepancia

Cabe destacar el voto particular del magistrado Ollero Tasara, aludiendo a la doctrina de la STC 186/2000, afirma que esta sentencia tras analizar la cuestión a enjuiciar realizaba la correspondiente ponderación, en base al principio de proporcionalidad, mientras que la sentencia de cuyo sentido disiente, no aplica el triple test de proporcionalidad, a su juicio, a todas luces necesario. Por otro lado, considera un error que se realice la fundamentación, en base a la STC 292/2000, pues ésta se pronunciaba en abstracto sobre la constitucionalidad de una ley y no sobre un hecho concreto como el que se enjuicia, lo que hace que el derecho a la protección de datos no se haya interpretado de manera restrictiva sino en abstracto. Estos postulados en buena medida se verán recogidos en la argumentación principal de la STC 39/2016, de 3 de marzo.

V. TERCERA ETAPA EN LA DOCTRINA DE VIDEOVIGILANCIA

5.1. Razonamiento

El TC con la STC 39/2016, de 3 de marzo[40] afirma que su dictamen *se ha perfilado su doctrina*, pero tal aseveración no es del todo acertada. En puridad, cabe sostener con rotundidad que el Pleno del TC ha cambiado de manera tangencial la doctrina de la STC 29/2013, de 11 de febrero por ello hemos marcado este epígrafe como el inicio de una nueva etapa doctrinal. Sin embargo, resulta sorprendente que no se haya mencionado este trascedente cambio en el cuerpo de la sentencia. El recurso de amparo fue admitido a trámite por la Sala Primera del TC, y esta hizo uso de la posibilidad ofrecida por el art. 10.1 n) de LOTC y propuso que el litigio fuera conocido por el Pleno del TC. Así ocurrió efectivamente: el motivo esgrimido para reunir al Pleno fue clarificar la doctrina existente sobre videovigilancia, aunque realmente se produce un giro brusco en la doctrina o *overruling* que no fue presentado como tal.

5.2. El caso Bershka

La STC 39/2016 desestima el recurso de amparo interpuesto por una trabajadora despedida por sustracción de dinero de la caja en la que prestaba su actividad, contra el auto que resolvía la desestimación de un incidente de nulidad de actuaciones planteado ante un TSJ[41].

40 STC 39/2016, de 3 de marzo (rec.722/2013, ECLI: ES:TC:2016:39).

41 La empleada interpuso incidente de nulidad de actuaciones ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que fue desestimado mediante auto. El TSJ respondió denegando el incidente de nulidad porque la sentencia cuya nulidad se instaba (STSJ de Castilla y León de 23 de julio de 2013) era susceptible de recurso de casación para unificación de doctrina y porque la misma ya abordó la cuestión que se suscitaba en el recurso de suplicación. Se desestimó

Los hechos transcurren del siguiente modo: la empresa Bershka del grupo INDITEX despidió a una trabajadora por transgresión de la buena fe contractual porque sostenía que se había venido apropiando de efectivo de la caja de la tienda, en diferentes fechas y de forma habitual. Los hechos que dieron lugar al despido fueron conocidos a consecuencia de la instalación de videovigilancia oculta. Para proceder a tal instalación de cámaras ocultas, la empresa argumentó que, a raíz de la instalación de un nuevo sistema de control informático de caja, había detectado que en la tienda y, en concreto, en la caja donde prestaba sus servicios la trabajadora existían múltiples irregularidades, por lo que entendía que había indicios para poder presumir una posible apropiación dineraria por parte de alguno de los trabajadores que operaban en dicha caja. Por tal motivo encargaron a una empresa de seguridad que instalara una cámara de videovigilancia en la tienda donde prestaba sus servicios la demandante y que controlara la mencionada caja en cuestión. La cámara se instaló no habiendo comunicado a los trabajadores dicha instalación, si bien en el escaparate del establecimiento, en un lugar visible, se colocó el distintivo informativo.

En las actuaciones seguidas en el Tribunal Constitucional el Ministerio Fiscal interesó la desestimación del amparo, planteando su inadmisión por defectos formales, y en el supuesto de que la Sala entrara a conocer del fondo consideraba que la decisión empresarial cumplió con los criterios fijados por la Constitución y el propio Tribunal Constitucional para entenderla ajustada a derecho, entendiendo que la doctrina constitucional de referencia debía ser la de la STC 186/2000, de 10 de julio y no la STC 29/2013, de 11 de febrero. En un sentido parecido al del Ministerio Fiscal, se muestra la oposición al recurso planteada por la empresa.

Consentimiento del trabajador

Por lo que se refiere, en primer lugar, a la violación del derecho a la autodeterminación informativa, el TC precisa que la imagen se considera un dato de carácter personal, en virtud de lo establecido en la Ley Orgánica de Protección de Datos[42] (hoy derogada) LOPD art. 3, de protección de datos de carácter personal (FJ 3.º).

El empresario no necesita el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa con la finalidad de seguridad o control laboral, ya que se trata de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral y es conforme con el art 20.3 ET. Para fundamentar tal aseveración se hace mención expresa de la doctrina contenida en la STC 292/2000, de 4 de enero[43]: el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder

la suplicación interpuesta contra la sentencia de la instancia, en la que se pretendía la declaración de nulidad del despido efectuado por vulneración de derechos fundamentales por obtención de las pruebas que posibilitaron el despido disciplinario de forma ilícita. Para la sentencia de instancia, en la instalación de las cámaras y en la posterior grabación se cumplió de manera escrupulosa la normativa aplicable, ya que de acuerdo con la STC 186/2000, 10 de julio, concurría la situación precisa para el control oculto; esto es, sin notificar expresamente la colocación de la cámara a los trabajadores, porque era, en principio, el único medio posible dicho control para satisfacer el interés empresarial de saber fehacientemente quién estaba realizando los actos defraudatorios de los que indiciariamente ya se tenían conocimiento.

42 Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. BOE núm. 298, de 14/12/1999.

43 STC 292/2000, de 4 de enero (ECLI:ES:TC:2000:292).

de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.

Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos. De este modo, se resalta que son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele.

Por tanto, para el TC el consentimiento del afectado es, el elemento definidor del sistema de protección de datos de carácter personal. De lo que colige que en el ámbito laboral el consentimiento del trabajador pasa como regla general a un segundo plano pues el consentimiento se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes. Por ello un tratamiento de datos dirigido al control de la relación laboral debe entenderse amparado por la excepción citada, pues está dirigido al cumplimiento de esta.

Por el contrario, el consentimiento de los trabajadores afectados sí será necesario cuando el tratamiento de datos se utilice con finalidad ajena al cumplimiento del contrato. Quizás el TC parece confundir los términos consentimiento y conocimiento previo del trabajador, porque ni tan siquiera existía debate con anterioridad a esta sentencia sobre la necesidad de consentimiento del trabajador en videovigilancia, por constituir una excepción del art. 6 LOPD. Una cosa es eximir del consentimiento, como hacen la LOPD y su reglamento de desarrollo y otra abogar por el consentimiento implícito. O hay consentimiento o no lo hay. La ley y su reglamento se decantan por la primera vía: no hay consentimiento y no hace falta que lo haya. En otros pasajes de la sentencia el TC abandona la citada tesis del consentimiento implícito para pasar a la de la improcedencia/inexistencia del consentimiento, de modo que en este punto ha faltado un mayor cuidado en la construcción de la argumentación de la sentencia.

Conocimiento del trabajador

Para entender satisfecha la obligación empresarial de conocimiento del trabajador basta con la mera información genérica. Sorprendentemente la fuerza prevalente del derecho del

art. 18.4 CE, en esta sentencia se diluye con la sola constatación de una pegatina informativa exigida por la Instrucción núm. 1/2006 de la Agencia Española de Protección de Datos. Para el TC ya no hay que acudir a la información detallada de la STC 29/2013, de 11 de febrero, basta ahora con el distintivo informativo general de zona videovigilada; no hay necesidad de comunicar a los trabajadores los ámbitos concretos de control de la prestación laboral a que pueden destinarse las grabaciones de las cámaras; por tanto, los trabajadores se considerarán suficientemente informados con los carteles estándares indicativos mencionados.

Juicio de proporcionalidad

Argumenta el TC que en cuanto toda medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad, debe examinarse además el razonamiento de las sentencias impugnadas. De ellas se desprende que en el caso que nos ocupa, la medida de instalación de cámaras de seguridad que controlaban la zona de caja donde la demandante de amparo desempeñaba su actividad laboral era:

- Una medida justificada ya que existían razonables sospechas de que alguno de los trabajadores que prestaban servicios en dicha caja se estaba apropiando de dinero. Era idónea para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si algunos de los trabajadores cometían efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes).
- Era necesaria (ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades) y era equilibrada (pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja), por lo que debe descartarse que se haya producido lesión alguna del derecho a la intimidad personal.

En ningún momento la Sala se plantea de forma autónoma si se ha vulnerado el deber de información previa, cuyas excepciones sólo pueden fijarse vía legal, sino que ha centrado su argumentación en el papel complementario de la información con respecto al consentimiento (o no necesidad de este) por el afectado.

Voto Particulares

Existen dos votos particulares formulados por magistrado Valdés Dal-Ré[44] y Xiol Ríos[45] son muy bastante críticos.

44 Se manifiesta por el juez disidente que llama la atención sobre la mutación constitucional que sufre el contenido esencial del derecho del art. 18.4 CE y la ausencia de motivación sobre las razones del cambio en la jurisprudencia constitucional. El voto particular centra su atención en el juicio de ponderación y proporcionalidad que la sentencia considera que debe realizarse en el caso enjuiciado, despreocupándose de cuál sea el contenido esencial del derecho en cuestión, puede igualmente efectuarse «incluso si los poderes empresariales se ejercitan con manifiesta irregularidad o exceso; esto es, fuera del marco de la ley», recordando que tal hipótesis está expresamente contemplada, de tal manera que pudiera llegar a darse el caso de prevalencia del ejercicio del poder de dirección empresarial, aún ejercido de manera no conforme a derecho sobre el derecho constitucional del art. 18.4 CE y la doctrina del TC en SSTC 292/2000 de 30 de noviembre y 29/2013 de 11 de febrero, siempre y cuando ello resultara tras la utilización de aquellos juicios, planteando el voto particular en forma de duda, pero con un innegable contenido muy crítico.

45 El magistrado comparte sustancialmente, el voto anterior, si bien introduce algunas matizaciones porque a su juicio la sentencia básicamente, que sostiene que la información de la LOPD art. 5 se

Valoración

Por primera vez y en contra de la doctrina establecida en la STC 29/2013, de 11 de febrero, se somete al juicio de proporcionalidad el derecho del art. 18.4 CE, afirmándose que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad, consideramos que la premisa es del todo errónea pues para determinar si existe o no infracción del art. 18. 4 CE, no existe un conflicto constitucional en este punto sino una cuestión de delimitación previa; previamente había información suficiente o no la había, esa es la cuestión que creemos debía haber sido objeto de enjuiciamiento constitucional.

5.3. El caso López Ribalda y otras

El supuesto

La sentencia *López Ribalda II y otras contra el Reino de España*, resuelve sobre una pretendida vulneración del art. 8 CEDH por lesionar la prueba videográfica el derecho a la privacidad de las cinco demandantes, antiguas empleadas de MERCADONA, en su día despedidas, por haber cometido diversos hurtos.

Los hechos transcurren del siguiente modo: en un supermercado de la cadena antes mencionada, en la provincia de Barcelona, en Granolls, se realizó una auditoría de los últimos meses de facturación que desprendió un importante descuadre contable. Para detectar el origen de las anomalías, se decidió instalar varias cámaras de vigilancia oculta en la línea de caja, para fiscalizar la actividad de los empleados, que junto que a las cámaras permanentes en el área de entrada y de cuya existencia conocían los trabajadores, fiscalizaron la totalidad de la actividad de la plantilla. Del visionado de las grabaciones se constató que varias cajeras cometían pequeños hurtos, antes de proceder a los correspondientes despidos disciplinarios, las afectadas fueron convocadas a una reunión con presencia de un representante de los trabajadores, en el transcurso de las entrevistas, todas reconocieron los hechos e incluso tres de las empleadas, firmaron su renuncia a impugnar en sede judicial el despido a cambio de ellos la empleadora ofreció no instar acciones penales contra ellas. Procesalmente se instan dos procesos, en uno de ellos, figuraba como parte accionante, una única trabajadora, la señora López Ribalda y en el otro procedimiento, como parte actora cuatro trabajadoras. Ambas demandas postulan la nulidad de la prueba por falta de la información previa, art. 18. 4 CE y la nulidad del acuerdo de transacción con la empleadora por faltar uno de los elementos para considerarlo válido que es el consentimiento por haber firmado bajo la amenaza de una acción penal. En el Juzgado de lo Social y en la Sala del TSJ Cataluña se consideraron los despidos como procedentes y la prueba videográfica que no era nula. El TS inadmitió los recursos unificación doctrina e igual respuesta dio el TC a través de auto de inadmisión.

cumple mediante un anuncio hecho al público sobre la existencia de cámaras de seguridad en el establecimiento y no, como entiende que debiera ser, con una información suministrada a los «trabajadores especificando el fin de control de cumplimiento de la relación laboral», en tanto dicho precepto «ordena específicamente que la información se dirija a los interesados, configurando con ello el contenido esencial del derecho, que en el ámbito laboral debe entenderse referido a los trabajadores». Señalando, además, que, aunque se hubiera anulado la videovigilancia, no debieran ser anuladas las sentencias pues existían otros elementos probatorios de la procedencia del despido.

Proceso en Estrasburgo primera parte

Agotada la vía judicial en España, las demandantes acudieron al TEDH, basaron su postulación en una infracción del art. 6 por no haberse garantizado el derecho a un juicio justo y 8 CEDH por vulneración del derecho a la privacidad. El primer motivo se rechaza porque entiende el Tribunal que en la instancia en el proceso se practicaron varias pruebas y no solo la videográfica, para justificar la procedencia de los despidos, por lo que había más elementos aparte de esta prueba para calificar el despido disciplinario como procedente, calificación que se mantiene.

La STEDH de 9 de enero de 2018[46] *López Ribalda y otras contra el Reino de España* respecto al art 8 CEDH, se declara el evidente incumplimiento de la normativa nacional, puesto el derecho al respeto a la vida privada y familiar, implica un conocimiento previo de la fiscalización de la actividad de las trabajadoras a través de la videovigilancia, y respecto de las cámaras instaladas ad hoc, no existía pues no se había facilitado información previa. El Tribunal parte del derecho del empleador a velar por el correcto funcionamiento de su empresa, ejerciendo las correspondientes facultades de control que correspondan, pero siempre salvaguardando un justo equilibrio con los derechos de los trabajadores, lo que en el supuesto objeto de enjuiciamiento no se cumple argumenta el TEDH. En la fase de alegaciones el Reino de España alegó que era cierto que no existía conocimiento de las cámaras ocultas pero que tal omisión no suponía una vulneración del art. 18.4 CE ya que tal medida había superado el juicio de proporcionalidad a través de la regla del triple test, el TEDH discrepa de esta afirmación, entendiendo que no se salvaguardó el correspondiente canon de equilibrio justo entre las partes, lo que provocó una situación de menoscabo hacia los derechos legítimos de las Se accede a la solicitud de indemnización por daño moral a cada trabajadora en la cantidad de 4.000 euros.

Segundo Proceso en Estrasburgo: López Ribalda II

La segunda sentencia de 17 octubre 2019[47] fue dictada en Gran Sala y estima el recurso del abogado del Estado en nombre de España y considera que no se ha vulnerado el derecho a la privacidad de las demandantes, la medida estaba justificada por un objetivo legítimo que no podía lograrse con otras medidas, dado que se parte de unas sospechas de irregularidades fundadas en unas importantes pérdidas que llevan a la empresa a arbitrar cámaras ocultas en los puestos de caja lugares en los que se insiste que eran de acceso público y a mayor abundamiento, únicamente se grabó durante diez días, en consecuencia, la intrusión muy está limitada en el tiempo.

Al efecto, y en función de la doctrina actual de Estrasburgo emanada de esta sentencia, son decisivos como factores para tener en cuenta los siguientes:

a) El grado de intromisión del empresario

El «alcance de la vigilancia y el grado de intrusión en la vida privada de las demandantes», concluyendo que la medida era «limitada en cuanto a las zonas y el personal que se vigilaban —ya que las cámaras solo cubrían la zona de caja, que probablemente era donde se producían

46 STEDH de 9 de enero de 2018 (c. 1874/13 y 8567/13).

47 STEDH (Gran Sala) de 17 de octubre de 2019 (números 1874/13 y 8567/13) (asunto López Ribalda II).

las pérdidas— y que su duración no había superado lo necesario para confirmar las sospechas de robo» (§ 124).

El «alcance de la medida en el tiempo», limitada al visionado del periodo necesario para identificar a los empleados responsables de la infracción (§ 126).

b) La concurrencia de legítima razón empresarial justificativa de la monitorización

La legitimidad de la instalación del sistema de videovigilancia, basada en «la sospecha, alegada por el gerente del supermercado debido a las importantes pérdidas registradas durante varios meses, de que se habían cometido robos. También tuvieron en cuenta el interés legítimo del empleador en adoptar medidas para descubrir y castigar a los responsables de las pérdidas, con el fin de garantizar la protección de sus bienes y el buen funcionamiento de la empresa» (§ 123).

c) La inexistencia o existencia de medios menos intrusivos para la consecución del mismo objetivo

«En las circunstancias del caso, no había ningún otro medio de cumplir el objetivo legítimo perseguido» (§ 128).

d) El destino dado por la empresa al resultado del control

Las consecuencias de la vigilancia «[…], no fueron utilizadas por el empleador para ningún otro fin que el de localizar a los responsables de las pérdidas registradas de bienes y adoptar medidas disciplinarias contra ellos» (§ 127).

e) La previsión de garantías para la persona trabajadora

Los distintos «lugares en los que se llevó a cabo la vigilancia, a la luz de la protección de la privacidad que un empleado podría razonablemente esperar. Esa expectativa es muy elevada en los lugares de carácter privado como los aseos o los vestuarios, en los que se justifica una mayor protección, o incluso la prohibición total de la videovigilancia […]. Sigue siendo elevada en las zonas de trabajo cerradas, como las oficinas. Es manifiestamente inferior en los lugares visibles o accesibles a los compañeros o, como en el presente caso, al público en general» (§ 125).

La infracción del deber de información constituye «solo uno de los criterios que deben tenerse en cuenta», en el marco de una valoración conjunta del resto de elementos ponderativos, que adquieren una particular relevancia en el caso de que no se haya facilitado esa información (§ 131), ya que «solo un requisito primordial relativo a la protección de intereses públicos o privados importantes podría justificar la falta de información previa» (§ 133).

Valoración

La ausencia de información previa respecto de las cámaras ocultas se reconoce como incumplimiento de un requisito obligatorio según la normativa nacional, pero se justifica por una exigencia imperativa de protección del interés privado del empresario, deducción duramente

criticada por las opiniones disidentes de los jueces Gaetano, Yudkivska y Grozev argumentaban que no se ofrecieron suficientes garantías jurídicas a las trabajadoras afectadas fueron recogidos y utilizados para fines desconocidos para ellas». Reflexionan que «con la creciente influencia de la tecnología en nuestra sociedad, no podemos permitirnos que los individuos se tomen la justicia por su mano y permitan que el derecho a la vida privada previsto en el art. 8 del Convenio siga estando insuficientemente protegido ante estos nuevos desafíos».

Cabe destacar que en la STEDH 5 octubre 2010 *Köpke v. Germany*[48] el Tribunal de Estrasburgo analizó un supuesto similar, pero en la Sentencia *López Ribalda II*, la vídeo vigilancia encubierta no siguió a una sospecha previa contra las cinco recurrentes en concreto, y, por tanto, no estaba orientada a ellas específicamente, sino a toda la plantilla que trabajaba en las cajas registradoras, se llevó a cabo durante semanas, sin ningún límite temporal y durante todo el horario de trabajo. En la Sentencia *Köpke*, en contraste, la medida de vídeo vigilancia estaba temporalmente limitada —duró durante dos semanas— y sólo dos empleados fueron objeto de esta. Al contrario, que el caso que nos ocupa, la decisión de fiscalizar por vídeo vigilancia se basó en una sospecha general sobre toda la plantilla, a la vista de las irregularidades que previamente habían sido reveladas por el director del supermercado MERCADONA[49].

El TEDH había tendido a proteger la vida privada de los demandantes al fallar habitualmente a su favor, como hizo la STEDH 5 de septiembre de 2017 Barbulescu II[50] Sin embargo, esta

48 STEDH 5 octubre 2010 *Köpke v. Germany* (C.420/07).

49 Preciado Doménech, C.H: «Comentarios de urgencia a la STEDH 17 octubre de 2019 caso López Ribalda c. España (Gran Sala)», *Jurisdicción social Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, n.º 204, 2019, págs.4-22.

50 STEDH 5 de septiembre de 2017 revoca la STEDH de 12 de enero de 2016, caso *Barbulescû vs. Romania* (demanda 61496/2008), avaló el despido de un trabajador de profesión ingeniero, por realizar un uso particular de la cuenta de mensajería de *Yahoo! Messenger*, basando su fundamentación en que se demostró que incumplió el código interno de conducta que estaba establecido en la empresa, respecto a la utilización de las tecnologías de la información y de la comunicación. Posteriormente la Gran Sala revisa el caso y con la STEDH 5 de septiembre de 2017, se falla a favor del empleado. Los antecedentes del caso son los siguientes: un empleador informó a un trabajador que había realizado un control de la actividad de su cuenta de mensajería instantánea y había comprobado que la había usado para fines particulares, prohibidos por el protocolo sobre uso de nuevas tecnologías establecido en la empresa, por lo cual procedió a su despido disciplinario. En el acto de juicio se aportó como prueba documental de los hechos una transcripción de las comunicaciones de dicha mensajería instantánea, en la que constaban intercambios de mensajes entre el demandado y varias personas e incluso algunos de naturaleza sexual. La Gran Sala repasa su amplia jurisprudencia sobre la noción de «vida privada», recordando que debe interpretarse de forma amplia, incluyéndose las actividades profesionales, de tal manera que restricciones que afecten a la vida profesional de una persona pueden que dar protegidas por el art. 8 del CEDH. El TEDH considera que los tribunales nacionales rumanos omiten datos fundamentales para resolver el supuesto, por un lado, verificar si el trabajador había sido advertido con carácter previo por su empresario de la posibilidad de que sus comunicaciones, fueran vigiladas, y, por otro lado, ha de enfatizarse en la ausencia de información previa y clara ya que el trabajador no había sido informado ni de la naturaleza, ni del alcance de la vigilancia de que había sido objetivo, así como del grado de intromisión en su vida privada y su correspondencia. Para la mayoría de la Sala, de los hechos declarados probados de la sentencia no puede extraerse la conclusión de que la parte ahora recurrente fuera

sentencia modifica la línea doctrinal y afirma que con la finalidad de detectar un delito en el contexto de sospechas fundadas junto con el hecho de que las demandantes no utilizaran otra serie de recurso previstos por la ley constituía una justificación suficiente para que la injerencia en la vida privada de las demandantes estuviera permitida. Cuando existe un cambio de criterio de envergadura como este la motivación ha de ser prolija, aspecto que consideramos que no concurre, lo que nos lleva a plantear dudas acerca de la eficacia del test de proporcionalidad en el presente caso. En este sentido se pronuncia una parte importante de la doctrina[51].

VI. CUARTA ETAPA EN LA DOCTRINA DE LA VIDEOVIGILANCIA

6. 1. Delimitación

La jurisprudencia hasta ahora existente de las tres etapas anteriores se pronunció al amparo de la normativa en la materia establecida por la LOPD que se limitaba en su art. 5.1 a) al reconocimiento genérico del derecho a la información de los afectados, entre otros, de la existencia del tratamiento de los datos y de su finalidad. A partir de esta nueva etapa se enmarca la aplicación de la actual LO 3/2018 y se inicia con la STC 119/2022, de 29 de septiembre[52].

6.2. STC 119/2022, de 29 de septiembre

El amparo constitucional

El TC declara que se vulnera el derecho fundamental de la empresa a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) y a un proceso con todas las garantías (art.

informada «por anticipado de la extensión y de la naturaleza de la vigilancia llevada a cabo por su empleador», ni tampoco de que este tuviera posibilidad de «acceso al contenido de sus comunicaciones». Lo que conduce a la Gran Sala a considerar que el art. 8 del CEDH es aplicable al supuesto debatido. Los tribunales nacionales rumanos no verificaron si el trabajador había sido advertido con anterioridad de la vigilancia que iba a llevarse a cabo de sus comunicaciones electrónicas efectuadas desde la cuenta profesional, ni tampoco hasta qué punto se ha producido una intromisión en la vida privada del trabajador en el ámbito de la relación de trabajo que hubiera podido alcanzarse por vías menos invasivas. En conclusión, no se ha protegido de manera adecuada el derecho del trabajador al respeto de su vida privada, y desde ese momento, no han realizado una ponderación justa de los intereses en juego y han vulnerado el art. 8 CEDH.

51 *Vid*. Molina Navarrete, C: «¿Son legítimos los usos laborales de cámaras ocultas?: «no, pero sí; sí, pero no», Comentario de la STEDH de 17 de octubre de 2019 (Caso López Ribalda c. España —II)», *La Ley Privacidad*, n.º 3, 2020. Nogueira Guastavino, M.: «La STEDH Gran sala de 17 de octubre de 2019, López Ribalda y otros contra España: Una sentencia razonable no razonada», en aa.vv, Pérez Manzano, M: *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, Universidad Complutense de Madrid, 2020, págs. 883-893. Álvarez Alvite, A.: «El derecho a la vida privada en la doctrina del Tribunal europeo de Derechos Humanos: un largo camino por recorrer», *op.cit.*

52 STC 119/2022, de 29 de septiembre (rec. 7211/2021, ECLI:ES:TC:2022:119).

24.2 CE), en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por haber sido anulada la prueba videográfica que servía de base a un despido disciplinario. Se restablece a la empresa demandante de amparo en su derecho y, en consecuencia, se declara la nulidad de la STSJ País Vasco 6 octubre 2020 y del auto de 14 de septiembre de 2021, dictado por la Sala de lo Social del TS, por el que se acordó la inadmisión del recurso de casación para unificación de doctrina quedando firme la sentencia del del Juzgado de lo Social núm.1 de Vitoria-Gasteiz.

El caso

El Juzgado de lo Social núm.1 de Vitoria-Gasteiz dictó sentencia en fecha 3 de junio de 2020 por la que se decretaba procedente el despido acordado en virtud de carta de despido que se declaró ajustada a Derecho por la prueba de videovigilancia practicada. En su resolución, el órgano judicial considera que los hechos acreditados suponen «una transgresión de la buena fe contractual. Tales hechos consisten en entregar unos productos propiedad de la empresa demandada a un tercero que le abona un dinero en metálico del que se apropia, absteniéndose de entregar albarán de entrega ni recibo de pago alguno, y que tienen la gravedad suficiente como para justificar su despido disciplinario».

El medio de prueba determinante fue la grabación procedente del visionado de una cámara de videovigilancia colocada en el interior del centro de trabajo, dentro del sistema general de seguridad de la empresa, que aparecía anunciado mediante un cartel colocado en el exterior del centro, en el que constaba la mención a «zona videovigilada».

El gerente de la empresa revisó las imágenes grabadas al haber apreciado el día anterior que, en la zona interior del mostrador de atención al público donde prestaba servicios el trabajador despedido, se encontraba una bolsa con el signo identificativo de una empresa de la competencia, conteniendo en su interior un producto de su propia empresa. Cuando, al final de la jornada del día siguiente, observó que la bolsa no se encontraba en ese lugar, y ante lo irregular de la situación, comprobó la grabación de ese día, advirtiendo la conducta determinante del despido.

Derechos fundamentales en colisión

El TC aborda los dos derechos fundamentales en conflicto reconociendo que desde la perspectiva del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), el canon de control de constitucionalidad de la medida de colocación de cámaras y la consiguiente grabación y utilización de las imágenes captadas en el ámbito disciplinario laboral exige un juicio de proporcionalidad entre los distintos derechos e intereses en presencia que, partiendo de la finalidad legítima de la medida, permita valorar su idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Sin embargo, desde la óptica del derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE), el enjuiciamiento constitucional presenta matices derivados de la regulación legal vigente. Exige, en primer lugar, un análisis sobre el cumplimiento de la normativa vigente en la materia y, muy singularmente, sobre el respeto a los principios de información y consentimiento que se configuran como elementos esenciales del contenido de este derecho fundamental; y, en segundo lugar, para el caso de que no se hayan respetado esos principios, habrá que realizar una tarea de ponderación o juicio de proporcionalidad a fin de valorar la justificación o no de la medida adoptada.

Doctrina básica

El TC considera que, en las concretas circunstancias del caso, puede afirmarse que la instalación del sistema de videovigilancia y la consiguiente utilización de las imágenes captadas superaba el principio de proporcionalidad, y no debió anularse por el TSJ del País Vasco ya que:

- La medida puede considerarse como idónea porque concurrían sospechas indiciarias suficientes de una conducta irregular del trabajador que debía ser verificada. La finalidad que no era otra que la constatación de la eventual ilicitud de la conducta, lo que fue confirmado precisamente mediante el visionado de las imágenes.
- La fiscalización por videovigilancia era necesaria, ya que no parece que pudiera adoptarse ninguna otra menos invasiva e igualmente eficaz para acreditar la infracción laboral. Cualquier otra medida habría advertido al trabajador, haciendo entonces inviable la actuación de la empresa.
- Finalmente, la medida puede considerarse como proporcionada. En este punto el TC considera que hay que ponderar diversos elementos de juicio. Así, en primer lugar, las cámaras no estaban instaladas en lugares de descanso, ocio o de carácter reservado, en los que existiera una expectativa razonable de privacidad, sino que estaban instaladas en zonas de trabajo abiertas a la atención al público. En segundo lugar, las cámaras no estaban instaladas de forma subrepticia, sino que estaban ubicadas en lugares visibles, tanto para los trabajadores del establecimiento como para el público en general. En tercer lugar, las cámaras no fueron utilizadas con carácter generalizado o indefinido, o para realizar una investigación de carácter prospectivo, sino para verificar la posible existencia de una conducta irregular detectada el día anterior. Por lo tanto, el grado de intromisión en la esfera de la intimidad del trabajador (art. 18.1 CE), en términos de espacio y tiempo, no puede considerarse como desequilibrado frente a los derechos e intereses de la empresa en la detección y sanción de las conductas atentatorias contra la buena fe contractual, en el marco del ejercicio de los derechos a la propiedad privada y a la libertad de empresa, reconocidos en los arts. 33 y 38 CE, respectivamente. Por todo ello, puede descartarse que se haya producido una lesión del derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 CE.

Con respecto al derecho a la protección de datos, el TC advierte que se cumplió lo previsto en los preceptos citados, mediante la colocación en lugar visible del distintivo que advertía de la existencia de un sistema de videovigilancia, lo que se entiende suficiente para activar la excepción a la regla general prevista en el art. 89.1, por remisión al art. 22.4, ambos de la Ley Orgánica 3/2018.

Valoración

La sentencia cuenta con los votos particulares de los jueces Xiol Ríos, Conde-Pumpido Tourón, Balaguer Callejón, Sáez Valcárcel y Montalbán Huertas con lo que no podemos más que estar plenamente de acuerdo. Los magistrados vienen a sostener que en defecto de una información específica de carácter previo a los trabajadores acerca de la medida, no cabe afirmar la suficiencia de la posibilidad excepcional de entender suplido ese deber mediante los carteles informativos sobre la existencia de la videovigilancia[53].

53 En este sentido, Toscani Giménez que considera que el TC confunde cámaras de seguridad,

Asimismo, consideran que un planteamiento de estas características hubiera debido llevar, sin mayor esfuerzo, a la desestimación de la demanda de amparo toda vez que, al margen de la legítima discrepancia que en Derecho se pueda sostener sobre la interpretación y aplicación de normativa reguladora de este tipo de pruebas videográficas en el ámbito de las relaciones laborales, no cabe apreciar en la resolución impugnada una infracción del deber constitucional de motivación.

VII. DOS ÚLTIMAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE VIDEOVIGILANCIA

Finalmente, se procede a comentar dos sentencias recientes del Tribunal Supremo, una de la Sala Cuarta; la STS de 22 de julio de 2022 y otra la de la Sala Tercera STS 26 abril de 2021 y en virtud del análisis de estas, se pretende razonar si la doctrina es similar o no.

7.1. Empleada de hogar grabada

Delimitación

Como antecedentes importantes de la STS 22 julio de 2022[54], dictada en el marco peculiar de la relación laboral del trabajo doméstico, cabe comenzar mencionado la doctrina precedente de la Sala IV sobre videovigilancia en el marco de las relaciones laborales no sujetas a especialidades. En este sentido debemos reseñar las SSTS 31 de enero 2017[55] y de 1 de febrero 2017[56], ambas dictadas en Pleno, en ellas la videovigilancia fue validada por superar el principio de proporcionalidad. Las sentencias resolvieron supuestos muy similares de manipulación de tiques de caja y sustracción de efectivo realizados por dos empleados que fueron grabados por las cámaras instaladas en la empresa por razones de seguridad y cuya existencia y finalidad de seguridad conocían, aunque no se hubiera especificado su posible uso para cuestiones laborales.

Siguiendo la doctrina anterior, cabe destacar como precedentes posteriores pronunciamientos del TS sobre videovigilancia que suponen una continuidad doctrinal:

– **Conductor de autobús grabado.** La STS 13 octubre 2021[57] estima el recurso de casación unificación doctrina y revoca la STSJ Galicia 24 julio 2018 que anuló la prueba

para proteger el patrimonio de la empresa, para las cuales sí sería suficiente la mera existencia de distintivos anunciando su presencia, con la videovigilancia cuyo objetivo es someter a control el cumplimiento o no de las obligaciones laborales de los trabajadores, como puede ser el control y acceso a los puestos de trabajo, entre otros. *Vid*. Toscani Giménez, D: «Novedades en la videovigilancia de los trabajadores en cuanto al uso de videocámaras clandestinas u ocultas», *Diario La Ley*, n.º 10161, 2022.

54 STS 22 julio 2022 (rec.701/2021, ECLI:ES:TS:2022:3160).

55 STS 31 de enero 2017 (rec. 3331/2015, ECLI:ES:TS:2017:654).

56 STS 21 julio 2021(rec.4877/2018, ECLI:ES:TS:2021:3115).

57 STS 13 octubre 2021 (rec.3715/2018, ECLI:ES:TS:2021:3789).

videográfica de la empresa. Se considera suficiente para superar el principio de proporcionalidad, la presencia de carteles informativos en el autobús y que el trabajador conociera la existencia de videovigilancia permanente para validar las imágenes que le captaron en seis ocasiones (2,27, 28, 29 y 30 junio y 23 julio 2017) fumando dentro del autobús y dejando pasar a una pasajera sin billete con la que tiene muestras de afecto en varias ocasiones, por lo que el despido se declara procedente.

– **Vigilantes de seguridad de IFEMA.** Las SSTS 21 julio 2021 y 25 enero 2022[58] estiman los recursos de la empresa SECURITAS y revocan, respectivamente, las SSTSJ Madrid 12 diciembre 2017 y 12 marzo 2018 declarando los despidos de los trabajadores procedentes en virtud de la prueba videográfica que los graban varios días incumpliendo con su obligación de realizar requisas de seguridad en vehículos, pese a documentarlo en los partes de trabajo. Las cámaras de seguridad no eran de la empleadora sino de IFEMA y SECURITAS pide al centro el visionado de las imágenes por sospechas de irregularidades de los respectivos empleados. El TS señala que es indiferente quien sea el titular de la grabación (con independencia de la responsabilidad por incumplimiento ley de protección de datos) y que la finalidad de la videovigilancia fuera la seguridad de las instalaciones ya que existía el dispositivo informativo y todos los trabajadores de SECURITAS eran conocedores de la existencia de videovigilancia, con ello se supera el juicio del triple test de proporcionalidad.
– **Camarero del aeropuerto de Madrid-Barajas.** La STS 30 marzo 2022[59] estima el recurso de la empresa y revoca la STSJ Madrid 16 enero 2020 declara pertinente la prueba videográfica y considera el despido del empleado como procedente. Se supera el principio de proporcionalidad de la medida de videovigilancia al existir un problema consistente en la pérdida desconocida en el comercio al por menor; idónea para el logro de esos fines, necesaria, debido a la inexistencia de otro tipo de medios menos intrusivos para conseguir la citada finalidad; y proporcionada a los fines perseguidos, habiéndose utilizado el dato obtenido para la finalidad de control de la relación laboral y no para una finalidad ajena al cumplimiento del contrato[60].
– **Empleada de STARBUCKS.** La STS 1 junio 2022[61] casa la STSJ Cataluña 7 febrero 2020, que declaró nulo el despido de la empleada de la entidad recurrente, al considerar ilícita la prueba videográfica en la que se basó el despido por vulnerar el derecho a la protección de datos. La videovigilancia permanente es proporcional porque se conoce por los trabajadores que existen cámaras en el lugar de trabajo y debido a que están instalados los carteles informativos[62].

58 STS 25 enero 2022 (rec. 4468/2018 ECLI:ES:TS: 2022:362).

59 STS 30 marzo 2022 (rec. 1288/2020 ECLI:ES:TS: 2022:1233).

60 La empresa instaló un sistema de control por videovigilancia con la finalidad de intentar reducir y prevenir el problema de la pérdida desconocida en el comercio al por menor y se colocaron carteles informativos. Al trabajador se le detectan ocho irregularidades en el cobro durante cinco días. La actividad de video vigilancia era continuada efectuándose comprobaciones aleatorias y el sistema de videovigilancia era conocido por el trabajador por evidente y notorio.

61 STS 1 junio 2022 (rec.1993/2020, ECLI:ES:TS:2022:2252).

62 Se recibió una queja por redes sociales de que una camarera no atendía a los clientes porque no faltaban 15 minutos para la apertura de la tienda, pero sí servía gratis a un amigo un café. Se procedió al visionado de las cámaras se cotejó la información del cliente y se despidió a la trabajadora.

El caso de la empleada de hogar: STS 22 julio 2022

Los hechos relevantes del supuesto que nos ocupa son los siguientes: una empleada de hogar venía prestando sus servicios desde el 15 de noviembre de 2006, realizando 25 horas a la semana de lunes a viernes para una señora que sufría tetraplejía. El 10 de junio de 2019, el marido de la empleadora interpuso una denuncia en la policía nacional denunciando que le habían sustraído 30.000 euros y joyas de la caja fuerte que estaba dentro de los cajones de un armario ubicado en su casa. Ante tales hechos se colocó una cámara oculta junto a la caja fuerte. Dos días después del hurto, se graba a la empleada de hogar abriendo el armario y tratando de acceder a la caja fuerte, sin poder hacerlo porque se había introducido un código de acceso. Se procede a despedir a la trabajadora mediante carta de despido disciplinario a través de burofax.

Iter procedimental

Se procedió a impugnar el despido que resultó desestimado mediante sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón 30 de enero de 2020.

Se interpuso recurso de suplicación que dio origen a la STSJ Asturias 20 octubre 2020 que revocó la sentencia de la instancia y consideró el despido como improcedente al invalidar la prueba videográfica por considerarla lesiva del derecho a la autodeterminación informativa de la trabajadora.

Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de la empleadora recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el TSJ de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, de fecha 14 de septiembre de 2016. Admitido el recurso, el Ministerio Fiscal informó dictaminando en el sentido de considerar el recurso procedente. La Sala de lo Social del TS estimó que, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procedía su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la LOPJ.

Finalmente se dictó la STS 22 julio 2022 que estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto, se casa y anular la STSJ 20 de octubre de 2020. Resolviendo el debate planteado en suplicación, en el sentido de desestimar el recurso de tal clase interpuesto por la empleada y confirmar la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Gijón, de 30 de enero de 2020.

Existencia de contradicción

Se considera que ciertamente, existen diferencias entre la sentencia recurrida y la de contraste, pero tales desigualdades (relación común y laboral especial, sitios de las cámaras, sustracción de comida y robo de joyas y dinero, normas distintas: LOPD y LO 3 /2018) son menores pues en lo sustancial concurre la contradicción exigida. En el caso de la sentencia referencial la trabajadora fue despedida disciplinariamente por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza por sustracción de bienes empresariales, lo que se acreditó, tras la existencia de sospechas, por una grabación de videovigilancia con ausencia en ambos casos de información previa. Y el debate planteado es el mismo es si existe alguna justificación para prescindir del deber de información previa que en la actualidad impone el art. 89.1 de la LO 3/2018, incluso del dispositivo al que se refiere el párrafo segundo del precepto.

Criterios precedentes

- La sentencia comentada recoge que la STC 39/2016, 3 de marzo de 2016, concluye que la ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada puede excluir que el incumplimiento del deber de información previa suponga una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos del art. 18.4 CE.
- La sentencia que nos ocupa señala que la doctrina de la STEDH 17 de octubre de 2019 (López Ribalda II), afirma que una imperativa protección de intereses privados puede justificar la ausencia de información. En este punto el TS matiza que la sentencia que se recurre en casación interpreta mal este aspecto, pues recoge que, si había cartel informativo, pero este era para las cámaras de videovigilancia permanente no existía para las que se colocaron *ad hoc*. Por otro lado, se afirma que de la doctrina de la *López Ribalda II*, se desprendía que existían diversas esferas para tutelar la vulneración del art. 18.4 CE aparte de la laboral. Asimismo, se recuerda que la sentencia corrigió a la doctrina de la *López Ribalda I* y que tal jurisprudencia europea superada fue la tenida en cuenta a la hora de elaborar la LO 3/2018.

Doctrina básica

En un proceso por despido de una empleada de hogar son válidas de pruebas de grabación de imagen obtenidas a través de cámara oculta justificada ante la cantidad sustraída del hogar familiar sin necesidad de carteles informativos, teniendo en cuenta que sólo enfocaba al armario donde se encontraba la caja fuerte, siendo no sólo una medida justificada e idónea, sino también necesaria al no existir otros medios menos intrusivos para conseguir esa finalidad, y, en consideración también a la gran vulnerabilidad de la empleadora.

Pasajes determinantes

La Sala de lo Social somete la fiscalización de la prestación laboral a videovigilancia encubierta y se considera que supera el principio de proporcionalidad por superar los tres subprincipios, a saber:

1. En relación con el subprincipio de idoneidad. El TS considera que la justificación era seria, habida cuenta del alcance de lo denunciado como cantidad sustraída en el domicilio familiar en el que prestaba servicios la empleada.
2. En lo referente al principio de necesidad lo decisivo es que no existe otro medio menos intrusivo para probar los hechos, pues se considera que no es fácil imaginar con qué otra prueba podría acreditarse dicho incumplimiento y autoría, que la empleadora está obligada a probar en el juicio por despido.
3. A mayor abundamiento la cámara únicamente enfocaba al armario en el que estaba instalada la caja fuerte, sin que lo hiciera sobre ningún otro punto de la habitación ni del hogar familiar. Además, se alegan las circunstancias concretas del presente caso la gran vulnerabilidad de la empleadora por su situación de salud. La imposibilidad de que se inadmitiera en el proceso de despido la prueba de videovigilancia dejaría inerme a la empleadora, que además es especialmente vulnerable como ya se ha señalado.
4. Se considera que la prueba era proporcionada en sentido estricto, al fin perseguido, por lo que satisfacía las exigencias de proporcionalidad de la jurisprudencia del TEDH y del TC.

El TS reconoce que existe un incumplimiento del deber de información previa a la empleada de hogar, pero ello no supone una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos por tres motivos concurrentes y decisivos, a saber:

- El supuesto es de videovigilancia bajo la modalidad encubierta u oculta con otros requisitos y prerrogativas diferentes a la permanente. Se trata sospechas razonables por una sustracción previa de una cantidad importante, conducta que desde la perspectiva penal incluso podría haber dado lugar a una videovigilancia judicialmente autorizada sin información de la persona afectada.
- Previamente se ha realizado una ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada de videovigilancia y el triple juicio se ha superado.
- Se trata de un *supuesto excepcional y singular*, que es la prestación de servicios de una empleada en el hogar: *«un lugar bien específico y singular desde la perspectiva de la protección de datos personales. Y ciertamente en el hogar familiar su titular y quienes con él conviven ejercen derechos fundamentales de especial importancia y reforzada tutela*». Se menciona la excepción doméstica del art. 2.2 c) del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Se recoge que precepto dispone que el Reglamento no se aplica al tratamiento de datos personales «efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente ... domésticas». Aunque por el TS se admite que de conformidad con el considerando 18, esta excepción doméstica ha de estar en principio desconectada de una actividad profesional. Parece que se interpreta la aplicación de la excepción en la *frontera* como algo que está cerca de ser subsumible.

De tal que forma que, y si se dan circunstancias similares a las tres anteriores del supuesto que nos ocupa calificadas de manera reiterada en varios pasajes como singulares y excepcionales, las obligaciones informativas podrán *excepcionalmente modularse*, y ello supone también que en otros casos enjuiciables se podrá prescindir del distintivo informativo de la Instrucción 1/2006 de la AEPD. Pues tal colocación habría con toda probabilidad frustrado la posibilidad de acreditar el grave incumplimiento, sobre el que existían muy fundadas sospechas, así como la posibilidad de acreditar la autoría de dicho incumplimiento.

Se afirma por el TS que el hecho de que no se produzca un incumplimiento de los derechos fundamentales no significa que no existan posibles responsabilidades por incumplimiento de la legislación de protección de datos de otro tipo para la empleadora como administrativas civiles o de que otra naturaleza que ello pueda conllevar.

Comentario

La Sala IV del TS manifiesta una continuidad en su doctrina anterior, únicamente ahora da un paso más y se refiere a una situación en la que a diferencia de las anteriores, no existe un dispositivo informativo de videovigilancia, pero cabe destacar que estamos ante la situación peculiar de una empleada de hogar, que constituye una relación de trabajo con características especiales a la relación laboral común.

Como deficiencias del razonamiento, cabe destacar que el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se encuentra menos justificado y argumentado que los dos subprin-

cipios anteriores, cuando la ponderación tiene un papel fundamental y determinante en esta técnica de enjuiciamiento.

Por otro lado, ha de hacerse una llamada de atención en relación con el hecho de que la expectativa razonable de privacidad es muy elevada en los lugares de carácter cerrado, como es un domicilio particular donde se trabaja, mientras que esa expectativa es significativamente menor en los sitios abiertos al público. En el análisis de la proporcionalidad de la medida de videovigilancia, a la luz de la protección de la privacidad que la empleada de hogar podría razonablemente esperar, este aspecto se tenía que haber razonado y analizado ponderado ese sacrificio a la expectativa razonable de privacidad, pero no ha sido tenido en cuenta.

7.2 Videovigilancia a una funcionaria de la AEAT

El caso de la STS 26 abril 2021

Los hechos del supuesto de la STS 26 abril 2021[63] son los siguientes: una funcionaria de la Hacienda es suspendida de empleo y sueldo por ocho meses al haberse constatado por videovigilancia permanente que había evadido los sistemas de control de horarios del edificio donde trabajaba sito en la Calle Guzmán el Bueno de Madrid, todo ello para impedir que fueran detectados los incumplimientos injustificados de la jornada de trabajo. Para el conocimiento de tales extremos mencionados se utilizaron cámaras cuya finalidad era salvaguardar con fines de seguridad las zonas generales de acceso y uso general del público.

Iter procedimental

El Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm.2 dictó sentencia de fecha 15 de diciembre de 2017 que fue desestimatoria de las pretensiones aducidas. La funcionaria afectada recurrió en apelación frente a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y el recurso fue estimado en parte dejando la sanción en cuatro meses de suspensión de empleo y sueldo por aplicación del principio de proporcionalidad se rebajó la sanción pero la fiscalización por la videovigilancia se consideró adecuada y necesaria, por no existir otros medios, de comprobar los mecanismos que utilizaba la funcionaria para acceder al edificio y detectar las posibles irregularidades. Disconforme con tal pronunciamiento recurre ante el Tribunal Supremo. El interés casacional del recurso queda delimitado, a tenor de lo acordado mediante ATS de 25 de febrero de 2020, en delimitar el ámbito de aplicación de la videovigilancia a los funcionarios públicos y la ausencia de precedentes al respecto.

Criterios precedentes

La sentencia reseña que la STC 29/2013, de 11 de febrero, había considerado, que era necesario informar expresamente a los trabajadores de la finalidad de control sobre el cumplimiento de las condiciones del trabajo, que tenían las cámaras instaladas, incluso para la imposición de posibles sanciones disciplinarias.

63 STS 26 abril 2021 (rec.4645, 2019, ECLI:ES:TS:2021:1564).

También resalta que la posterior STC 39/2016 citada había declarado que resulta suficiente la colocación del distintivo informativo exigido por la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras.

Doctrina básica

La Sala III del TS afirma que, en el ámbito de la Administración Pública, el uso de sistemas de videovigilancia, establecidos con carácter permanente y con una finalidad general de vigilancia y seguridad, no exige informar a los funcionarios de manera previa, expresa e inequívoca, sobre la finalidad de control de la actividad laboral de dicho sistema y, en su consecuencia, su posible utilización para la imposición de sanciones disciplinarias.

Pasajes determinantes

La Sala de lo Contencioso Administrativo declara que la graduación del deber de información ha de atender al casuismo, a las circunstancias de cada caso y que en el presente la captación de imágenes no se realizó mediante la instalación de cámaras nuevas específicamente instaladas *ad hoc* para fiscalizar la labor de la funcionaria, sino que la comisión de la infracción se acreditó con las cámaras existentes, que ya conocía la recurrente como se revela:

- Por un lado, porque lo indicaban los carteles de información ordinaria de las cámaras instaladas con carácter general en el edificio para la seguridad y vigilancia. Se ha declarado que resulta suficiente la colocación del «distintivo informativo» exigido por la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la AEPD.
- Por las propias maniobras de la funcionaria que pretendían esquivar el control de las cámaras y de las condiciones de trabajo como el horario de cumplimiento diario. Todo ello con una potente presencia del interés general ante este tipo conductas que además de mancillar la imagen de la Administración como organización servicial de la comunidad, su generalización afectaría al adecuado funcionamiento de la institución.

No es necesario especificar, más allá de la existencia de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control. Tras esto se aplica el principio de proporcionalidad, argumentándose a la hora de utilizar la videovigilancia concurre un objetivo legítimo que es la prueba de idoneidad, que la medida es necesaria para el cumplimiento de la finalidad pretendida prueba de necesidad y que efectivamente resulta proporcionada y adecuada al interés general proporcionalidad estricta.

Finalmente se considera que el juicio de proporcionalidad se supera porque concurre un objetivo legítimo en el uso de los datos, pues se acredita un incumplimiento reiterado de los deberes propios de un funcionario público con el consiguiente descrédito que se ocasiona a la imagen de la Administración Pública.

Para cierto sector de la doctrina la sentencia pone de relieve lo frágiles que son las normas protectoras de derechos cuando éstos se enfrentan a la necesidad de reprimir conductas infractoras de la ley[64].

Comentario

El razonamiento del principio de proporcionalidad no es del todo elaborado, se ha utilizado de una manera inconsistente y vaga, se enuncia en un plano meramente teórico, sin proceder a analizarse en las circunstancias del caso concreto. Finalmente, se alude al interés público y a la condición de funcionaria de la litigante que parecen ser lo determinante, primeramente, se analiza el resultado de la videovigilancia y después se justifica el medio cuando, debería ser al revés.

Comparativa entre las sentencias de las dos Salas

La dotrina de la Sala IV en la STS de 22 de julio de 2022 y la de Sala III en la STS 26 abril de 2021 es similar ya que ambas utilizan el principio de proporcionalidad como técnica de enjuiciamiento para validar la videovigilancia y sendas sentencias recogen la misma jurisprudencia constitucional y europea para su fundamentación, aplicando ambas una visión restrictiva desde el punto de vista de los derechos fundamentales del trabajador.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

Tras la comparativa de las sentencias del Tribunal Supremo de dos Salas diferentes dictadas en materia de videovigilancia, y la doctrina de la STC 119/2022, de 29 de septiembre de 2022, cabe, sin duda, concluir que la tendencia es homogénea en la doctrina. La jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de atenuar el rigor de las exigencias de los derechos protegidos por el art. 18 CE en sus apartados 1 y 4, ello sin duda, supone un menoscabo por el recorte de los derechos fundamentales al trabajador o al funcionario, en su caso.

Se puede afirmar, que las tres sentencias tienen un común denominador que es el margen de apreciación, un ámbito de discrecionalidad en la aplicación del ámbito de la videovigilancia regulada en la LO 3/2018. Es por todos sabido que cuanto más importante es considerado un derecho en una sociedad democrática, menor el margen de apreciación, parece que la configuración del derecho a la protección de datos no ha terminado de penetrar con relación al alcance de su relevancia. El margen de apreciación es extenso en las posibilidades excepcionales de la videovigilancia que se otorgan en caso de flagrancia y ello conlleva a limitar de sobremanera los derechos fundamentales de los trabajadores.

64 Xiol Ríos, C: «Protección de datos. La validez de la prueba de imágenes obtenidas por cámaras de video de seguridad no requiere advertencia expresa al personal de su uso en procedimientos sancionadores. Basta con que estén instalados los carteles de aviso al público. Videovigilancia. Expedientes disciplinarios», *La Administración Práctica*, n.º 12, 2021.

Los diferentes pronunciamientos judiciales de las distintas etapas analizadas en la jurisprudencia sobre videovigilancia nos llevan a concluir que el test de proporcionalidad no ha sido aplicado de manera uniforme, sino que se utilizan diferentes variantes para contextos similares. Da la impresión de que la doctrina sobre videovigilancia es algo volátil, por sus múltiples vaivenes.

Cabe plantearse si no existe una aplicación desmedida del principio de proporcionalidad como vara de medir, una sobreutilización como medida de enjuiciamiento. En ocasiones, incluso, se vacía de contenido el razonamiento judicial al no enjuiciarse sobre los tres subprincipios, pero con el mero uso del principio de proporcionalidad ya se justifica la medida fiscalizadora, es decir, se utiliza la técnica como un mero formalismo, pero sin justificación o argumentación material sólida y ello de por sí ya es suficiente para justificar la fiscalización de la prestación por videovigilancia. Ello lleva a concluir que se debe de acudir a otras técnicas de enjuiciamiento más objetivas y no optar por esta técnica siempre porque tiene debilidades.

El principio de proporcionalidad conlleva un mandato de optimización, pero no todos los enjuiciamientos de derechos fundamentales exigen ponderación como resolvió la STC 29/2013, de 11 de febrero. Es probable que el derecho a la protección de datos no se pueda encorsetar por un mandato de optimización sin que pierda su esencia. Puede recurrirse a otras técnicas como la delimitación y especificación donde se decida cuándo resulta legitimo ejercer el derecho a la protección de datos por encima de los derechos de la empresa.

BIBLIOGRAFÍA

ALEINIKOFF, A: *El Derecho Constitucional en la era de la ponderación*, Palestra, 2015.

ALEXY, R.:

— «La fórmula del peso» en AA. VV. CARBONEL, M. (Coord.): *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos*, ed. Carbonell, 2008.

— «Principios formales», *DOXA, cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 37, 2014.

— *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ÁLVAREZ ALVITE, A.: «El derecho a la vida privada en la doctrina del Tribunal europeo de Derechos Humanos: un largo camino por recorrer», *Revista Aranzadi de la Unión Europea*, n.º 5, 2022.

BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

GOÑI SEIN, J. L.:

— «Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos», *Justicia Laboral*, n.º 39, 2009.

— «Los Derechos Fundamentales Inespecíficos en la Relación Laboral Individual: ¿Necesidad de Reformulación?» en AA.VV. (AEDTSS): *Los Derechos Fundamentales Inespecíficos en la Relación Laboral y en Materia de Protección Social, XXIV Congreso Nacional Del Trabajo y de la Seguridad Social*, ed. Cinca, 2014.

— «Los límites de las potestades empresariales vs. Derecho a la intimidad de las personas trabajadoras en el entorno de las TIC. El control empresarial en el espacio virtual. Problemática laboral de las redes sociales», *Actum Social*, n.º 95, 2015.

— «El derecho a la privacidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo (Comentario al artículo 89 LOPDGDD)» en AA.VV.: *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Aranzadi 2021.

LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Acerca de la crítica de Ralf Poscher a las tesis de Robert Alexy, Comentario a la Ponencia del Dr. Ralf Poscher» en AA.VV, ELÓSEGUI ITXASO, M: *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 Aniversario*, Marcial Pons, 2016.

Martínez Zorrilla, D.: «Alternativas a la ponderación. el modelo de Susan I. Hurley», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 86, 2009.

Molina Navarrete, C.: «¿Son legítimos los usos laborales de cámaras ocultas?: «no, pero sí; sí, pero no», Comentario de la STEDH de 17 de octubre de 2019 (Caso López Ribalda c. España -II)», *La Ley Privacidad*, n.º 3, 2020.

Nogueira Guastavino, M.: «La STEDH Gran sala de 17 de octubre de 2019, López Ribalda y otros contra España: Una sentencia razonable no razonada», en aa.vv, Pérez Manzano, M.(coor): *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, Universidad Complutense de Madrid, 2020.

Preciado Doménech, C.H.: «Comentarios de urgencia a la STEDH 17 *octubre de 2019 caso López Ribalda c. España (Gran Sala)», Jurisdicción social Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, n.º 204, 2019.

Poscher, R.: «Teoría de un fantasma: la búsqueda infructuosa de la teoría de los principios por su objeto» en aa.vv. Elósegui Itxaso, M: *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 Aniversario*, Marcial Pons, 2016.

Sánchez Trigueros, C. y Cuadros Garrido, M.E.: «Autodeterminación informativa: un derecho en alza», *Revista Gallega de Derecho Social*, n.º 8, 2019.

Seoane Rodríguez, J. A.: «Todo exceso es insano, también para el Derecho. Comentario a la Ponencia del Dr. Carsten Bäker», aa.vv. Elósegui Itxaso, M: *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 Aniversario*, Marcial Pons, 2016.

Toscani Giménez, D.: «Novedades en la videovigilancia de los trabajadores en cuanto al uso de videocámaras clandestinas u ocultas», *Diario La Ley*, n.º 10161, 2022.

Xiol Riós, C.: «Protección de datos. La validez de la prueba de imágenes obtenidas por cámaras de video de seguridad no requiere advertencia expresa al personal de su uso en procedimientos sancionadores. Basta con que estén instalados los carteles de aviso al público. Videovigilancia. Expedientes disciplinarios», *La Administración Práctica*, n.º 12, 2021.

EL ACCIDENTE DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO: RETOS Y PERSPECTIVAS

ACCIDENT AT WORK IN TELEWORKING: CHALLENGES AND PERSPECTIVES

Alba García Torres
Profesora Contratada Doctora de la Universidad de Oviedo
garciatalaba@uniovi.es

Enviado el 7 de mayo de 2024; aceptado el 7 de mayo de 2024.

Palabras clave: Accidente de trabajo, Teletrabajo, Presunción de laboralidad, Persona teletrabajadora.
Key Word: Accident at work, teleworking, Labour presumption, Teleworking person.

Resumen: En este trabajo se realiza un análisis del accidente de trabajo en la modalidad de prestación de servicios de teletrabajo. Para ello, se realiza un análisis de los elementos configuradores del concepto de accidente de trabajo, en especial de la presunción de tiempo y lugar de trabajo, para analizar su adecuación a las distintas modalidades de teletrabajo, pues ni la Ley de Trabajo a Distancia, ni la normativa de Seguridad Social ofrecen una solución a las posibles controversias que se pudieran plantear en esta materia.

Abstract: In this work, it is carried out an analysis of the work accident in the modality of teleworking services. For this, it is realized an analysis of the elements that configure the concept of work accident, a legal figure of eminently jurisprudential construction, especially the presumption of time and workplace, to analyze its adaptation to the different modalities of teleworking, since neither Labor Law, nor the social security regulations offer a solution to the possible controversies that could arise in this matter.

Sumario: I. EL NUEVO MARCO NORMATIVO DEL TELETRABAJO: LEY 10/2021, DE 9 DE JULIO, DE TRABAJO A DISTANCIA. II. EL ACCIDENTE DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO: ALGUNAS PRECISIONES JURISPRUDENCIALES. III. EL ALCANCE DE LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD EN EL ACCIDENTE TRABAJO: ¿QUÉ ES EL «TIEMPO»Y «LUGAR» DE TRABAJO EN EL TRABAJO A DISTANCIA? IV. EL ACCIDENTE DE TRABAJO IN ITINERE EN EL TELETRABAJO. V. CONCLUSIONES.

I. EL NUEVO MARCO NORMATIVO DEL TELETRABAJO: LEY 10/2021, DE 9 DE JULIO, DE TRABAJO A DISTANCIA

El trabajo a distancia, en su concepción clásica de trabajo a domicilio, se conceptualiza como aquel que se realiza fuera del centro de trabajo, sin el control directo por parte de la empresa y vinculado a sectores y ámbitos geográficos muy concretos. Sin embargo, esta fórmula se ha visto superado por la realidad de un nuevo marco de relaciones laborales que se caracterizan por el implemento generalizado de las nuevas tecnologías.

A pesar de que su incremento ha sido constante en las últimas décadas, en España la generalización del teletrabajo trajo su causa principal en la situación derivada de la crisis sanitaria ocasionada por el SARS-CoV-2, que conllevó la aprobación de urgencia del Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia y el Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19[1].

A pesar de que la adopción de estas medidas eran necesarias para contener y frenar la expansión de la pandemia, su implementación *forzosa* se tradujo en una suerte de desequilibrio de derechos y obligaciones entre empresas y personas trabajadoras, ya que la situación de urgencia no permitió una regulación prolija que tuviera en cuenta todos los extremos de estas nuevas modalidades de organización de la prestación de servicios. Por ello, se requiere un esfuerzo legislativo para trasladar a estas nuevas realidades el carácter tuitivo del derecho del trabajo, en la medida en que se ha visto que el teletrabajo no va a ser una situación coyuntural, sino que se está instaurando como elemento estructural en muchos sectores.

En la actualidad, más que trabajo a domicilio lo que existe es un trabajo remoto y flexible, que permite que la prestación de servicios se realice en nuevos entornos que no requieren la presencia de la persona trabajadora en el centro de trabajo. Esta nueva concepción de las relaciones laborales desvincula o deslocaliza a la persona trabajadora de un «lugar» y un «tiempo» determinado. Si bien la Ley 10/2021, de 9 de julio, de

1 El citado Real Decreto-ley supuso la incorporación al TREBEP del artículo 47 BIS —*«Teletrabajo»*— el cual define el teletrabajo como *«aquella modalidad de prestación de servicios a distancia en la que el contenido competencial del puesto de trabajo puede desarrollarse, siempre que las necesidades del servicio lo permitan, fuera de las dependencias de la Administración, mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación»*. La prestación del servicio mediante teletrabajo habrá de ser expresamente autorizada y será compatible con la modalidad presencial. En todo caso, tendrá carácter voluntario y reversible salvo en supuestos excepcionales debidamente justificados. El teletrabajo deberá contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento (art.47 BIS TREBEP apartados 2 y 3).

ISSN: 2952-1955

trabajo a distancia, trata de dar cobertura a esta nueva realidad, siguen persistiendo lagunas o imprecisiones en su régimen que a buen seguro causara una alta litigiosidad, en la medida en que no se ha incluido una regulación específica para determinar la jornada de trabajo en el teletrabajo. Esta omisión no solo afecta a la vertiente que fija las condiciones de trabajo, en sentido estricto, sino que puede alcanzar otras vicisitudes de la relación laboral, como la relativa al accidente de trabajo, cuya regulación no ha sido adecuado a este nuevo escenario y sigue rigiéndose en exclusiva por el artículo 156 de TRLGSS, que remite al «tiempo y lugar de trabajo» para delimitar el ámbito de aplicación de la presunción de laboralidad de los accidentes[2].

En este contexto, no debe olvidarse que uno de los objetivos principales con lo que se generaliza el teletrabajo, más allá del ahorro de costes y reducir los riesgos en los desplazamientos, es la flexibilización del tiempo de trabajo. En efecto, la posibilidad de ordenar el tiempo de trabajo de manera libre tiene mayor peso, incluso, que la elección del lugar dónde se desarrolla la prestación[3]. Por ello, se puede afirmar que uno de los principios definitorios de esta modalidad de prestación de servicios es el principio de libertad de gestión del tiempo de trabajo, en el que es el teletrabajador quien elige cómo distribuir su tiempo de trabajo, siempre con el debido respeto a las jornadas máxima diaria y semanal[4].

A pesar de que el régimen legal del teletrabajo no esté concluido, el nuevo marco de regulación incluye definiciones que resultan útiles para delimitar o precisar cuestiones posteriores. En concreto, el artículo 2 establece que debe entenderse como Trabajo a distancia: «forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular»; Teletrabajo: «aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación»; Trabajo presencial: «aquel trabajo que se presta en el centro de trabajo o en el lugar determinado por la empresa».

El legislador podía haber seguido las directrices fijadas en el Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo y definir el trabajo a distancia como «una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales», pero en lugar de ello se refiere a un lugar elegido por la persona trabajadora. A mayor abundamiento, cuando se define el «trabajo presencial», se dice que es el que se realiza, no sólo en el centro de trabajo, sino también en otro «lugar determinado por la empresa», como un telecentro o un centro de recursos compartidos, lo que llevaría a pensar que si el trabajado realiza su prestación de servicios desde

2 *Vid*. 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, pp. 167-168.

3 *Vid*. Arruga Segura, M.ª C., «Las implicaciones del derecho a la desconexión digital en la prestación de trabajo y en el teletrabajo regular», *Revista derecho social y empresa*, n.º 15, 2021.

4 *Vid*. Cañadas Sánchez, F. J., «Teletrabajo: Revisión teórica y análisis jurídico-laboral», *Tesis Doctoral*, Granada, Universidad de Granada, 2017.

una de estas localizaciones, por voluntad del empresario, no quedaría amparado por la regulación de la Ley 10/2021[5].

Por lo demás, la Ley 10/2021, establece los requisitos necesarios para poder acogerse a esta modalidad de prestación de servicio, precisándose un acuerdo *ad hoc* denominado, «acuerdo de trabajo a distancia» (art. 6), reproduciendo a estos efectos los postulados Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia. Dicho acuerdo deberá formalizarse necesariamente por escrito. A falta de modelo oficial, se admite su suscripción tanto en el propio contrato de trabajo, o incluso como documento anexo al mismo, y en cualquier momento de la relación de trabajo, de tal manera que nada impide su articulación cuando la persona trabajadora se encuentre ya prestando servicios en el seno de la empresa[6].

El acuerdo de trabajo a distancia tendrá un contenido mínimo obligatorio, sin perjuicio de la regulación recogida al respecto en los convenios o acuerdos colectivos (art.7), conforme al cual se deberá reflejar: a) Inventario de los medios, equipos y herramientas que exige el desarrollo del trabajo a distancia concertado, incluidos los consumibles y los elementos muebles, así como de la vida útil o periodo máximo para la renovación de estos; b) Enumeración de los gastos que pudiera tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia, así como forma de cuantificación de la compensación que obligatoriamente debe abonar la empresa y momento y forma para realizar la misma, que se corresponderá, de existir, con la previsión recogida en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación; c) Horario de trabajo de la persona trabajadora y dentro de él, en su caso, reglas de disponibilidad; d) Porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia, en su caso; e) Centro de trabajo de la empresa al que queda adscrita la persona trabajadora a distancia y donde, en su caso, desarrollará la parte de la jornada de trabajo presencial; f) Lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora para el desarrollo del trabajo a distancia; g) Duración de plazos de preaviso para el ejercicio de las situaciones de reversibilidad, en su caso; h) Medios de control empresarial de la actividad; i) Procedimiento a seguir en el caso de producirse dificultades técnicas que impidan el normal desarrollo del trabajo a distancia; j) Instrucciones dictadas por la empresa, con la participación de la representación legal de las personas trabajadoras, en materia de protección de datos, específicamente aplicables en el trabajo a distancia; k) Instrucciones dictadas por la empresa, previa información a la representación legal de las personas trabajadoras, sobre seguridad de la información, específicamente aplicables en el trabajo a distancia; l) Duración del acuerdo de trabajo a distancia.

Además, en lo relativo al tiempo de trabajo la ley prevé que de conformidad con los términos establecidos en el acuerdo de trabajo a distancia y respetándolos tiempos de disponibilidad obligatoria a normativa sobre tiempo de trabajo y descanso, la persona que desarrolla el trabajo a distancia podrá flexibilizar el horario de prestación de servi-

5 *Vid*. Thibault Aranda, X., «Ámbito de aplicación de la nueva ley del trabajo a distancia: definición y calificación jurídica», en vv.aa., Pérez de los Cobos Orihuel, F. y Thibault Aranda, X. (Dir.), *El Trabajo a Distancia*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, p.104.

6 *Vid*. Ron Latas, Ricardo Pedro, Lousa Arochena, J.F., *El trabajo a distancia en el Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre*, Anuario de Facultade da Universidad da Coruña, Vol. 25, 2021, p. 282-283.

cios establecido (art.13), debiendo contar con un sistema de registro horario que refleje fielmente el tiempo se dedica a la actividad laboral, incluyendo el momento de inicio y finalización de la jornada (art.14). Junto a estas previsiones se reconoce el derecho de los teletrabajadores a la desconexión digital (art.18).

II. EL ACCIDENTE DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO: ALGUNAS PRECISIONES JURISPRUDENCIALES

El nuevo marco normativo que regula el teletrabajo, como ya se anunció en el epígrafe anterior, no introduce ninguna especialidad en materia de «accidente de trabajo», por lo que para su análisis y delimitación hay que seguir acudiendo a las reglas generales previstas en el artículo 156 de TRLGSS. Así, en sus apartados 1 y 3 se establece que «se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena» y «se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo».

El silencio legislativo sobre las contingencias profesionales genera grandes dificultades interpretativas[7]. La adecuación de la definición legal a este sector hace necesario redefinir todos los extremos, y elementos, que componen el propio concepto de accidente de trabajo, siendo su conceptualización general ya de por si compleja, vinculada a una construcción jurisprudencial extensísima, y no siempre uniforme, sobre sus inclusiones, exclusiones, aclaraciones, presunciones[8].

Para ello, se hace preciso analizar de manera individualizada los elementos propios de la definición legal: lesión corporal y nexo causal. Para que exista accidente de trabajo el primer elemento que debe producirse en la «lesión corporal», entendida —conforme un largo devenir jurisprudencial— de una manera amplia y flexible, que no solo incluye las lesiones típicas producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las producidas por un deterioro lento y progresivo, típico de las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo causadas por agentes patológicos internos o externos[9] e incluso a las enfermedades de súbita

7 *Vid*. San Martín Rodríguez, Á., «Los principales retos del accidente de teletrabajo», en vv.aa., Monereo Pérez, J.L. (Pr.), *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, Vol.1, pp.327-334.

8 *Vid*. Moreno Romero, F., «Accidente de Trabajo y sus elementos de presunción en el teletrabajo», en vv.aa., Pérez de los Cobos Orihuel, F. y Thibault Aranda, X. (Dir.), *EL Trabajo a Distancia*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, p.486.

9 *Vid*., entre otras, STS 15 de junio de 2010 (rec. 2101/09); 24 de febrero de 2014 (rec. 145/13); 23 de junio de 2015 (rec.944/14).

aparición o desenlace[10]. Por tanto, la expresión «lesión corporal» debe entenderse como cualquier alteración de la salud, integrando cualquier patología producida por cualquier circunstancia que traiga su causa o sea consecuencia del trabajo[11].

Si bien el concepto de «lesión corporal» es extrapolable sin mayores dificultades al ámbito del teletrabajo, mayores problemas plantea precisar el nexo de causalidad entre la lesión sufrida y el trabajo, delimitando cuales proceden de la actividad laboral y cuales son accidentes «domésticos», ya que la extensión del teletrabajo ha difuminado los límites de qué se considera accidente laboral o accidente común o doméstico.

Aun así, debe descartarse una posible restricción del accidente común a aquellas lesiones debidas a fuerza mayor, dolo o culpa grave del trabajador lesionado, o intermediación de un tercero totalmente ajeno a la actividad desarrollada, sino también cualquier otro factor o circunstancia con valor probatorio suficiente como para demostrar que la lesión producida no guarda relación alguna con el trabajo realizado[12]. Por ello, parece que cobra una especial relevancia la naturaleza de las lesiones sufridas, debiendo hacerse un esfuerzo mayor por precisar la conexión exacta y real entre aquellas y las actividades encargadas (*v.gr*. resulta obvio que el nexo de causalidad entre la lesión y el trabajo queda roto si se presentan quemaduras por aceite o cortes con un cuchillo en una persona que desarrolla una labor informática).

La necesidad de que concurra un nexo causal entre lesión y trabajo se codifica en la ley mediante la fórmula «con ocasión o por consecuencia» del trabajo. Por ello, no solo debe producirse la lesión si no que esta debe estar relacionada con el trabajo que se ejecute por cuenta ajena, bien porque el mismo sea el origen directo e inmediato de la lesión, bien porque la contingencia sobrevenga con motivo de ese mismo trabajo[13]. La jurisprudencia ha entendido que la codificación legal incluye una cláusula estricta [«por consecuencia»] que implica que el trabajo sea la verdadera «causa» por la que se produce el accidente y una fórmula más amplia o relajada [«con ocasión *de*»] que no exige que el trabajo sea la causa determinante del accidente, sino que es suficiente la existencia de una causalidad indirecta, quedando tan solo excluida del carácter laboral la ocasionalidad pura. Por ello, se puede concluir que la expresión «con ocasión» se describe una condición [aquello sin lo que —*sine qua non*— no se produce el accidente], más que una causa en sentido estricto[14].

En definitiva, la idea del precepto, y la interpretación dada por doctrina y jurisprudencia, es que no solo «el acto de trabajo en sentido estricto», conlleva la clasificación como accidente de trabajo, sino también todo acontecimiento que tenga alguna conexión con el trabajo, cualquiera que sea su causa última[15]. Sin duda en el teletrabajo

10 *Vid*., por todas, STS 28 se septiembre de 2000 (rec. 3690/99).

11 *Vid*. Moreno Romero, F., *op.cit*. p.487.

12 *Vid*. Selma Penalva, A., *op.cit*., p. 143.

13 *Vid*., por todas, STS de 7 de febrero de 2001 (rec. 132/00).

14 *Vid*., entre otras, SSTS 27 de febrero de 2008 (rec. 2716/06); 27 de enero de 2014 (rec. 3179/12); 24 de febrero de 2014, (rec. 145/13); 06 de julio de 2015, (rec. 2990/13); 23 de junio de 2015, (rec. 944/14).

15 *Vid*. García Murcia, J., «El continúo desbordamiento y expansión del concepto de accidente de trabajo», en vv.aa., *Accidentes de Trabajo y enfermedades profesionales, IV Congreso Inter-*

a domicilio la conceptualización de «con ocasión de» permitirá resolver en términos afirmativos muchos interrogantes sobre si concurre o no el accidente de trabajo, en la medida en que al manejar un concepto amplio de la causalidad van a adquirir relevancia muchos actos realizados en el domicilio del trabajador y por tanto en su espacio privado, sin los cuales el trabajo no podría efectuarse[16].

Mayores dificultades se van a presentar aún a la hora de establecer la conexión entre el trabajo y las lesiones, en aquellos supuestos que no se trate de un acto súbito y violento de un agente exterior, si no de enfermedades o menoscabos de la salud (*v.gr*. infartos, ictus, desprendimientos de retina), en los que inevitablemente tendrá una gran importancia a la hora de establecer si es un accidente de trabajo el juego de la presunción —tiempo y lugar de trabajo— recogida en el artículo 156.3 TRLGSS (*vid*. *infra*). El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco[17] calificó como accidente laboral el infarto mortal que sufrió un comercial cuando estaba trabajando desde casa y acababa de iniciar su jornada de trabajo[18].

Esta es la primera vez que un infarto producido mientras se teletrabajaba es considerado accidente laboral en nuestra doctrinal judicial. Así, en los antecedes de hecho se relata que el trabajador había estado de baja los días previos por una incapacidad temporal derivada de contingencias comunes —corte en un dedo por accidente doméstico— pero el día que se produce el infarto agudo de miocardio por el cual fallece se encontraba en su domicilio y se produjo en tiempo de trabajo (en torno a las 8.30 de la mañana). La sentencia constata que el trabajador realizaba labores de comercial, realizando visitas programadas a clientes en la zona y que al no contar con oficina física realizaba los trabajos administrativos desde su propio domicilio.

El Tribunal entiende que se desencadena un hecho súbito en tiempo y lugar de trabajo, por lo que el trabajador se ve favorecido por la presunción «iuris tantum» de accidente de trabajo que contiene el artículo 156.3 TRLGSS, y que la Mutua demandada no ha logrado destruir, ateniéndonos al propio relato fáctico de la sentencia.

El trabajador, continua la Sala, realizaba parte de su cometido laboral en su propio domicilio (considerado a estos efectos lugar de trabajo). Por ello, «al haberse desencadenado el infarto en tiempo de trabajo, debe presumirse *"ex lege" que el finado estaba llevando a cabo en su domicilio alguno de esos cometidos administrativos que formaban parte de su prestación de servicios, lo que exige calificar el fallecimiento como un accidente de trabajo»*[19]. Por tanto, concluye la sentencia, es la parte que niega la

nacional y XVII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Tomo I, 2020, p. 39 y ss.

16 *Vid*. Moreno Romero, F., *op.cit*. p.489.

17 *Cfr*. STSJ País Vasco 1075/2020, de 15 de septiembre de 2020.

18 Sobre la conceptualización del infarto como accidente de trabajo y teletrabajo, *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, p. 162- 164.

19 Cabe señalar que una vez determinado por el TSJ del País Vasco que en este supuesto opera la presunción de laboralidad el resto del pronunciamiento en torno a la consideración de los infartos de miocardio y su conexión con el trabajo sigue la doctrina general del Tribunal Supremo en la materia. Por lo que el elemento del trabajo a distancia solo se valora a la hora de delimitar

contingencia profesional del óbito la que debe desplegar la actividad probatoria que permita afirmar que la actividad llevada a cabo en el domicilio no tenía nada que ver con el cometido profesional del trabajador. Pese a que la actividad realizada en el domicilio por el trabajador no fuera preponderante, lo cierto es que al menos una parte de sus obligaciones laborales las realizaba habitualmente desde su domicilio, de manera que debe presumirse que las estaba llevando a cabo en lugar y tiempo de trabajo al producirse el episodio cardíaco.

Siguiendo esta primera sentencia, el pasado 12 de noviembre de 2020, el Juzgado Social de Girona dictaminó que el domicilio era el lugar de trabajo, en el supuesto de un trabajador que sufrió un ictus mientras se encontraba teletrabajando en su casa[20].

III. EL ALCANCE DE LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD EN EL ACCIDENTE DE TRABAJO: ¿QUÉ ES EL «TIEMPO» Y «LUGAR» DE TRABAJO EN EL TRABAJO A DISTANCIA?

En la calificación del accidente de trabajo ha jugado siempre un papel esencial la cláusula de cierre que utiliza el artículo 156.3 TRLGSS que determina que «se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufre el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo»[21]. La presunción *iuris tantum* codificada en el citado artículo parece —por la línea jurisprudencial iniciada en la materia— que va a seguir siendo determinante en la calificación del accidente de trabajo también en el teletrabajo o en el trabajo a distancia.

Sin embargo, el alcance de la presunción va a ser más problemático de determina en este sector, ya que los elementos constitutivos de la misma —«tiempo» y «lugar de trabajo»— se desvirtúan, al menos desde la concepción clásica, en esta nueva modalidad de prestación de servicios. Máxime cuando uno de los rasgos definitorios de esta modalidad es la flexibilidad horaria, en función de las necesidades y la voluntad de la persona trabajadora.

que debe entenderse por «tiempo» y «lugar de trabajo».

20 Para un análisis pormenorizado de esta sentencia, *vid*. 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, núm.7, 2021.

21 *Vid*. Moreno Romero, F., *op.cit*. p. 490.

Aun así, cabe afirmar, en primer término, que la presunción de accidente de trabajo ocurrido «en tiempo y lugar de trabajo», debe aplicarse siempre y sin excepción, cualesquiera que sean las características que rodeen la prestación de servicios, y es que la redacción de la ley es clara en este aspecto, pues establece una presunción con vocación de generalidad, sin condicionarla a excepciones o limitaciones de ninguna clase, salvo las expresamente previstas por el legislador. Así, independientemente de que la actividad laboral del sujeto se desarrolle en las instalaciones de la empresa, en centros de trabajo móviles o itinerantes, en un telecentro, o en el domicilio de la propia trabajadora, no influye en la aplicación de la presunción, que surtirá todos sus efectos independientemente de cuál sea el lugar de prestación de servicios[22].

Partiendo de esta premisa, será entonces la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, o incluso, la propia entidad empleadora, la que debe probar que no existe conexión alguna entre el menoscabo de la salud y el trabajo, intentando demostrar el carácter común de las lesiones sufridas, lo cual es evidente que resulta especialmente complejo en aquellos supuestos en los que el accidente haya acaecido en el domicilio del trabajador, protegido por las garantías constitucionales del derecho a la intimidad personal y la inviolabilidad del domicilio (art. 18. 1y 2 de la CE).

En este contexto, cobra una especial relevancia determinar si el «lugar» de trabajo debe limitarse solo a la estancia o puesto en el que desarrolla la actividad laboral —y que haya podido ser evaluada desde la perspectiva de la prevención de riesgos por la empresa— o si engloba también a otras estancias del domicilio del trabajador, lo que hace posible la movilidad por el domicilio a otras habitaciones, baño, cocina, terrazas, patios, etc. Si se traza un paralelismo con el trabajo presencial se puede observar que la «unidad» de referencia entonces es la empresa o el centro de trabajo y no el despacho o el puesto delimitado —en analogía con la habitación del domicilio—. De esta manera, la posible movilidad por el domicilio no debe condicionar la calificación del accidente de trabajo siempre que ocurra en tiempo de trabajo. Por tanto, con esta interpretación flexible, amplia y razonable, el elemento condicional básico será el tiempo de trabajo y además actuará como elemento indiciario la tipología de la lesión[23].

Más problemas planteará el hecho de que la lesión se produzca fuera del lugar destinado a teletrabajar en el acuerdo (*v.gr*. cuando vamos a teletrabajar a una segunda residencia cuando en el acuerdo de teletrabajo se ha fijado como lugar de trabajo el domicilio habitual)[24]. Sin embargo, no parece descartable que los tribunales pudieran mantener una interpretación amplia en torno al concepto de domicilio habitual, habida cuenta que la jurisprudencia más reciente en la materia tiende a un concepto extensivo del mismo, para aumentar la protección del trabajador.

Así, el Tribunal Supremo ha entendido que, conforme a lo establecido en el artículo 3.3 del Código Civil, la interpretación de las normas «debe adaptarse a la realidad social», por lo que «a la vista de la evolución de las nuevas formas de organización del trabajo y de la propia distribución de éste en el hogar familiar» se debe modular el

22 *Vid*. Selma Penalva, A., «El accidente de trabajo en el teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas», *Temas Laborales*, n.º 134, 2016, pp. 142-143.

23 *Vid*. Moreno Romero, F., *op.cit*., p.494.

24 *Vid*. Gala Durán, C., *op.cit*., p. 167-168.

propio concepto de domicilio, que puede alcanzar «tanto el domicilio del trabajador en sentido estricto como la residencia habitual a efectos de trabajo» [STS 26 de diciembre de 2013 (Recurso núm. 2315/2012)]. Bien es cierto que en la Sentencia citada se hacía referencia al concepto de domicilio en relación con un accidente in itinere para determinar el lugar de partida y regreso desde el centro de trabajo[25].

Sin embargo, lo relevante de la doctrina contenida en este fallo judicial es la necesidad de ajustar los conceptos normativos a la nueva realidad social, para que se mantenga la voluntad del legislador en el tiempo presente. Y que, en este caso, se concreta en la protección del trabajador respecto a los accidentes de trabajo. Por esa razón, no parece que desvirtué la finalidad última del artículo 156.3 del TRLGSS un concepto amplio respecto de domicilio de la persona trabajadora (incluyendo el domicilio legal, la residencia habitual o incluso segundas residencias) si realmente se estaba desarrollando la prestación[26].

Si bien la opción, aparentemente, más extendida del trabajo a distancia es el teletrabajo a domicilio, no se puede olvidar que «el trabajo remoto permite que existan tantos tipos de teletrabajo como lugares en donde se realiza la prestación de servicios»[27]. La propia definición legal permite esta concepción amplia del trabajo remoto, al reconocer en su articulado que es trabajo a distancia la realización de la actividad laboral que se desarrolla «en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta». De estas previsiones legales, la doctrina infiere que existen tres grandes modalidades de trabajo a distancia: el teletrabajo a domicilio —que ya ha sido analizado—, el teletrabajo en oficinas remotas y, por último, teletrabajo móvil o *telework on the road*.

La modalidad de trabajo en oficinas remotas engloba diferentes lugares de trabajo, como los centros de recursos compartidos, los telecentros u oficinas satélites y *telecottages*. El telecentro es una oficina a distancia, dotada de los medios informáticos y de telecomunicación necesarios para el uso regular u ocasional por los teletrabajadores, que se presenta como alternativa al despacho en casa. El telecentro, centro vecinal o centro de recursos compartidos puede acoger a varios teletrabajadores que tengan el mismo estatuto, ya sean todos subordinados o autónomos; que realicen actividades parecidas o diferentes; o que tengan algún tipo de conexión entre ellos o no, según se trate de trabajadores que dependan del mismo empleador o de varios, y/o de trabajadores autónomos que tengan o no el mismo cliente[28]. De un modo semejante, los denominado centros u oficinas satélites[29] son instalaciones de las empresas alejadas

25 *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, p.174.

26 *Vid*. Poquet Català, R., «Accidente de trabajo in itinere en el teletrabajo: su difícil conjunción, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 5, n.º 4, octubre-diciembre de 2017, p. 53.

27 *Vid*. Sierra Benítez, E.M., *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, 2011, p. 52.

28 *Vid*. Hibault Aranda, J., «El teletrabajo», *Acciones e investigaciones sociales. Escuela Universitaria de Estudios Sociales de la Universidad de Zaragoza*, n.º 8, 1998, p.212.

29 Es cierto que desde un punto de vista dogmático el desarrollo de la prestación de servicios en oficinas satélites no debería ser considerado trabajo remoto o trabajo a distancia, ya que la realización del trabajo se lleva a cabo en la sede de la propia empresa, aunque no sea el centro

de las sedes o centros organizativos, donde acuden los trabajadores que viven en sus proximidades, aunque conectadas a las mismas por vía telemática[30].

Esta modalidad no conlleva un esfuerzo interpretativo desde la perspectiva de determinar qué es «lugar de trabajo», y cuando despliega sus efectos la presunción. Bajo esta modalidad de trabajo a distancia es sencillo para el empresario controlar dónde y cuándo se trabaja y someter a un control el registro de la jornada. De hecho, algunos autores han asimilado esta situación al centro de trabajo, toda vez que el trabajador a distancia se regirá por las mismas normas sobre jornada que la empresa en la que se teletrabaja, conllevando una «menor flexibilidad en la gestión del tiempo por parte del teletrabajador» que en otras modalidades de trabajo a distancia[31].

Más complejo resulta establecer el régimen del teletrabajo móvil, denominado también *telework on the road o workshifting*. Esta modalidad se caracteriza por la posibilidad de alternar el lugar de trabajo, careciendo la persona teletrabajadora de un lugar habitual para el desempeño de la actividad laboral. El problema principal de esta modalidad es que la regulación contenida en la Ley 10/2021, no resulta útil, en la medida en que las personas teletrabajadoras no van a poder especificar previamente en el acuerdo de trabajo a distancia el lugar de desarrollo de la prestación laboral, por lo que uno de los elementos clave en la presunción del artículo 156 del TRLGSS no es posible de determinar.

Para poder lograrlo, algún autor propone la necesidad de emitir partes semanales en los que concrete, con anticipación, cuál va a ser el lugar previsto de desarrollo de la prestación laboral por parte de los trabajadores móviles[32]. De esta forma, podría aplicarse la presunción de laboralidad al accidente sufrido por el trabajador mientras se encontraba conectado a la plataforma informática en el lugar en el que previamente había indicado que desarrollaría su actividad[33].

Sin embargo, esta exigencia podría suponer una interferencia en la propia filosofía del *workshifting* que —como ya se adelantó— se basa en permitir al personal que elija el lugar y el momento para llevar a cabo sus tareas habituales, tratando con ello de mejorar la efectividad y el rendimiento de trabajo, entendiéndose que estos se ven incrementados si no deben adaptarse a un horario y ubicación determinada previamente por la empresa. Para estas nuevas modalidades de prestación de servicios el trabajo no es el sitio físico, ni el horario, sino el resultado final del esfuerzo, idea que se ha plasmado en la propia literalidad de la ley al permitirse la flexibilidad horaria. Por ello, parece excesivo afirmar que, habida cuenta de la situación, sería inaplicable, en cualquier caso,

de trabajo principal. Aun así, esta precisión es indiferente a los efectos que se persiguen con esta disertación, que lo que trata de analizar es la conceptualización de «lugar de trabajo», a fin de delimitar el ámbito subjetivo de la presunción de accidente de trabajo contenida en el artículo 156.3 TRLGSS.

30 *Vid*. Sierra Benítez, E. M., *op.cit*., p. 76.

31 *Vid*. Sierra Benítez, E. M., *op.cit*., p. 176.

32 *Vid*. Cervilla Garzón, M.ª J. y Jover Ramírez, C., «Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 3, n.º 4, octubre-diciembre 2015, p. 20.

33 *Vid*. Selma Penalva, A., *op.cit*., p. 146.

la presunción de laboralidad de los accidentes acaecidos en esta modalidad, debiendo vincular la acción de la presunción al otro elemento constitutivo de la misma: esto es, al tiempo de trabajo.

Máxime cuando el desarrollo del *workshifting* se suele realizar a través de una conexión directa con el sistema informático central de la empresa, quien llevará a cabo «una supervisión y dirección remota»[34], a través de lo que algunos autores han denominado «dispositivo de presencia»[35], que permite un permanente contacto en la distancia, con la misma intensidad que si se realizase su actividad en el centro de trabajo. Este sistema garantiza una monitorización permanente, incluido el horario de trabajo, haciendo un control exacto de la duración de la prestación de servicios, incluidas las pausas y los descansos obligatorios[36].

Por ello, a estos efectos, resulta más determinante precisar que se entiende por «tiempo de trabajo». Como ya se anunció, no existen en la Ley 10/2021 cláusulas específicas sobre el tiempo de trabajo en el teletrabajo, más allá del derecho a flexibilizar el horario de la prestación de servicios establecido, respetando los tiempos de disponibilidad obligatoria y la normativa sobre descansos (art. 13) y con la obligación de registro de inicio y fin de la jornada (art.14).

Aun así, no siempre resulta posible, o sencillo, determinar realmente qué es tiempo de trabajo en la prestación a distancia. De esta manera, se hace evidente la importancia que cobra la ordenación jurídica del tiempo de trabajo, emergiendo su concreción como uno de los aspectos fundamentales de su régimen, ya no solo en materia de jornada, sino también en períodos de descanso, permisos y vacaciones, así como la vigilancia de la seguridad y salud de los trabajadores a distancia[37].

En este sentido, debe de tenerse en cuenta, nuevamente, que la realidad del teletrabajo es muy diversa, ya que son posibles prácticas en las que lo único exigible sea el resultado, con independencia de la distribución del tiempo, y otras en las que, por el tipo de actividad, se deban cumplir horarios concretos. Si bien en ambos casos la persona asalariada debe cumplir con determinadas funciones en su domicilio utilizando la tecnología en idénticas condiciones que, si se encontrara en el centro de trabajo, no es lo mismo que a dichos efectos goce de total libertad horaria que deba adecuarse a la distribución del tiempo de trabajo pactada. E, incluso, es posible un tercer escenario: la

34 *Vid*. Padilla Meléndez, A. «El teletrabajo como Sistema de Aspectos en el Contexto de las Organizaciones Actuales: Concepto, Perspectivas de Futuro y Aplicación al Turismo», en vv.aa, *Teletrabajo. Una visión multidisciplinar actas del I Congreso de Turismo y Teletrabajo*, 1998, p. 11-26.

35 *Vid*. Mella Méndez, L., «Las cláusulas convencionales en materia de trabajo a distancia: contenido general y propuestas de mejora», Revista Derecho Social y empresa, n.º 6, 2016, p. 16 y 17.

36 *Vid*. Thibault Aranda, J., *Toda crisis trae una oportunidad: el trabajo a distancia*, Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, n.º 12, 2020, p. 10.

37 *Vid*. Gil Plana, J., «El tiempo de trabajo en el trabajo a distancia», en vv.aa., Pérez de los Cobos Orihuel, F. y Thibault Aranda, X. (Dir.), *EL Trabajo a Distancia*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp.230-231.

existencia de límites temporales con flexibilidad pactada [STSJ Cataluña de 15 de enero de 2019 (rec. 5609/2018)].

El trabajador podrá tener una jornada todo lo flexible que se quiera, pero por imperativo legal y aun con flexibilidad de fórmulas, la jornada y las horas de trabajo deben estar registradas[38]. En este escenario, cobran especial relevancia -como ya se señaló- los mecanismos de control de la jornada, a los efectos de poder constatar que efectivamente el teletrabajador se encontraba dentro de su jornada de trabajo (incluido el tiempo de descanso considerado como tiempo de trabajo efectivo, tal y como pasa generalmente con la denominada «pausa para el bocadillo», pero excluyendo en cambio los desplazamientos dentro de la jornada para cumplir con encargos personales como, por ejemplo, acudir al médico).

Los datos derivados del mecanismo de control o de registro de la jornada serán fundamentales a la hora de determinar si el accidente se ha producido dentro del tiempo de trabajo[39], habida cuenta de que como antes se señaló, la propia Ley 10/2021, permite la flexibilización horaria (art.13), que en muchos supuestos conlleva que un amplio margen de decisión por parte del trabajador, que puede decidir realizar la prestación de servicios en cualquier momento del día o de la noche, incluyendo fines de semana, según sean sus preferencias personales[40].

Atendiendo a las circunstancias especiales en las que se desarrolla la prestación de servicios del teletrabajo parece necesaria una clasificación de los tiempos —y así podría concretarse en la negociación colectiva o en los acuerdos de teletrabajo— en los que se descompone la jornada para establecer en cuales de ellos opera la presunción: tiempo de trabajo efectivo, disponibilidad y desconexión[41].

Si bien en el artículo 34 del Estatuto de los trabajadores, que regula la jornada de trabajo, no se hace distinción alguna sobre esta cuestión hay otras normas que aluden -al menos- a la desconexión digital de manera expresa. Así, el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, establece que: «1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar (…) 3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores (…) En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas».

38 *Vid*. Moreno Romero, F., *op.cit*., p. 497.

39 *Vid*. Gala Durán, C., «La compleja relación entre teletrabajo y accidente de trabajo (comentario a la sentencia del Juzgado de lo Social nº3 de Girona de 12 de noviembre de 2020, proc. 524/2020)», *La Administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, n.º 7, 2021, p. 167-168.

40 *Vid*. Selma Penalva, A., *op.cit*., p. 145.

41 Sobre el tiempo de trabajo, *vid*. García Murcia, J., *Tiempo de Trabajo*, Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico, n.º 4, 2020, p. 111–124.

También en la normativa europea encontramos una primera definición de tiempo de trabajo. Así, el artículo 1.3 de la Directiva 2003/88/CE que lo define como «todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo a disposición del empresario y en el ejercicio de sus funciones». Esta definición, a los efectos que nos interesan ahora de diferenciar entre tiempo de trabajo y disponibilidad en el teletrabajo, es poco resolutiva, ya que exige, no sólo el hecho de estar a disposición del empresario sino también «permanecer» en el puesto de trabajo, que en estos supuestos sería el domicilio del trabajador o el lugar consignado por este en el acuerdo de teletrabajo[42].

La jurisprudencia y la negociación colectiva ha querido ver el tiempo de disponibilidad como una suerte de «tertium genus» entre el tiempo de descanso y el de trabajo efectivo. Sin embargo, no está resuelta la compatibilidad entre la disponibilidad pactada en el contrato de trabajo y la desconexión digital. Además, la jurisprudencia ha sido cambiante en este respecto, si en un estadio inicial se consideraba que el tiempo de disponibilidad durante el cual el trabajador debe permanecer en contacto sin obligación de hallarse presente en el lugar de trabajo, no es considerado tiempo de trabajo, salvo en aquellos periodos empleados en proporcionar servicios después de una llamada (STJUE de 3 de octubre de 2000, C-303/98, Asunto Simap).

Sin embargo, más recientemente, se ha sostenido que no se puede considerar tiempo de descanso el tiempo de disponibilidad que obligaría eventualmente a un trabajador a responder a las convocatorias de su empresario en un plazo prestablecido, lo que restringe considerablemente la posibilidad de desempeño de otras actividades personales (STJUE 21 de febrero de 2018, C- 518/15, Asunto Matzak). Matizando esta cuestión, la STJUE de 5 de octubre de 2004 (C-397/2001, Asunto Bernhard Pfeiffer y otros), declaró la incompatibilidad con el Derecho de la Unión de una norma nacional que permitiera de algún modo la existencia de periodos de disponibilidad por encima de la jornada pactada, aun asumiendo que estos periodos no siempre son de trabajo efectivo, sino que a veces no existe actividad laboral alguna.

Con esta indefinición legal de los tiempos se hace más complejo determinar en qué momento opera la presunción recogida en el artículo 156. 3 TRLGSS. Habida cuenta de esta situación debe acudirse a criterios jurisprudenciales que, sin ser extrapolables automáticamente, pudieran discernir cual sería el devenir jurisprudencial en la materia. Aquí tendría relevancia la doctrina contenida en la STS de 6 de marzo (rec. 3415/05) que distingue entre tiempo de trabajo, tiempo de disponibilidad y descanso, aplicado al accidente de trabajo en misión en el sector transporte[43].

La doctrina judicial entiende que durante el tiempo de trabajo se está en el lugar de trabajo, a disposición del empresario en el ejercicio de las tareas normales, realizando funciones complementarias o en periodos de espera. En el tiempo de disponibilidad no se permanece en el lugar de trabajo, pero se está disponible para responder a posibles instrucciones que ordenen emprender o reanudar la prestación de servicios. El tiempo

42 *Vid*. Rodríguez Hernández, J., «El derecho a la desconexión digital», *Diario La Ley*, n.º 9631, Sección Tribuna, 2020.

43 Para ello, el Tribunal Supremo se apoya en las definiciones de la Directiva 2002/15/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera.

de disponibilidad se define precisamente por oposición a «los periodos de pausa o descanso». El periodo de descanso, por ende, será aquel en el que no existe ningún tipo de responsabilidad laboral, siendo un tiempo de ocio y recuperación.

En el caso examinado la lesión se produce durante el tiempo de descanso, que en ningún caso puede confundirse con el tiempo de trabajo en ninguna de sus acepciones y que, por tanto, no queda comprendido en el ámbito de aplicación de la presunción. La presunción de laboralidad, contenida en el artículo 156.3 TRLGSS, se funda —a juicio de nuestro Alto Tribunal— en la probabilidad de que una lesión que se produce durante el tiempo y el lugar del trabajo se deba a la actividad laboral, lo que obviamente no sucede cuando el trabajador fuera de la jornada se encuentra descansando.

Esta doctrina es fácilmente extrapolable a los supuestos de teletrabajo, englobando en los tiempos de descanso los pactados como tiempos de desconexión digital. En lo que se refiere a la disponibilidad no se excluye la calificación como accidente de trabajo, si realmente se estaba desarrollando la prestación, pero no se aplica a todo este tiempo la presunción, ya que no siempre se va a estar desarrollando actividad laboral (SSTS 06 de marzo de 2007, rec. 3415/05 y 07 de febrero de 2017, rec. 536/15).

En este contexto, los esfuerzos deben reconducirse a hacer compatible la disponibilidad pactada y asumida por las partes con el derecho a la desconexión digital. De esta manera, la desconexión digital ha de proyectarse necesariamente sobre los tiempos mínimos de descanso (jornada diaria y semanal), además de sobre las vacaciones. En estos periodos, la persona trabajadora en ningún caso puede estar disponible y alerta para responder mensajes relacionados con problemas laborales, por cuanto el tiempo de descanso ha de ser efectivo. Esto implica que el reconocimiento del derecho a la desconexión comprende, como norma general, la prohibición de establecer fuera de la jornada de trabajo, cualquier tipo de comunicación con un subordinado, ya se lleve a cabo mediante un procedimiento tradicional o físico, o bien mediante herramientas digitales, y el derecho del trabajador a no contestar[44].

Aun así, la litigiosidad en este sentido no se cierra con calificar el tiempo como de desconexión digital, en la medida en que la regulación actual la configura como un derecho, y no como una obligación, lo que permite a la persona trabajadora realizar comunicaciones fuera de su jornada laboral. Este hecho vuelve a difuminar las fronteras del «tiempo de trabajo efectivo», en la medida que es la persona trabajadora quien en uso de su flexibilidad horaria realiza actividades relacionadas con su prestación de servicios.

En estos supuestos, lo más razonable sería determinar que no opera la presunción, pero que si se pudiera probar que efectivamente la persona trabajadora estaba desarrollando su prestación de servicios pudiera ser calificado como accidente de trabajo si existe el nexo de causalidad necesario.

44 *Vid*. Arruga Segura, M.ª C., «Las implicaciones del derecho a la desconexión digital en la prestación de trabajo y en el teletrabajo regular», *Revista derecho social y empresa*, n.º 15, 2021.

IV. EL ACCIDENTE DE TRABAJO *IN ITINERE* EN EL TELETRABAJO

Por último, cabría plantearse si es posible que se produzcan accidentes *in itinere* en el marco del teletrabajo. Es decir, se trataría de determinar si es posible la aplicación de esta construcción judicial a los teletrabajadores, pues, como es sabido, el concepto legal y doctrinal de accidente de trabajo *in itinere* se sustenta en el desplazamiento al ir o volver del lugar o centro de trabajo, elemento que no siempre aparece, o que puede estar difuminado, en el ámbito del teletrabajo.

Resulta evidente que no puede haber una respuesta cerrada, atendiendo a las distintas realidades que aparecen en torno al teletrabajo. En efecto, las consideraciones serán muy diferentes si nos encontramos ante un modelo de teletrabajo mixto, esto es, aquel en el que se combina el trabajo presencial y el teletrabajo a lo largo de la jornada de trabajo semanal (como por el que aboga el artículo 47 bis del TREBEP), que en aquellos supuestos en que se realiza solo trabajo en el domicilio, o aquellos otros que se desarrollan en oficinas satélites o el que responden a una organización de trabajo móviles que visiten clientes.

Si nos encontramos ante modelo de teletrabajo mixto, resulta evidente que los días en que el teletrabajador tiene que desplazarse al centro de trabajo puede producirse un accidente de trabajo *in itinere*; aplicándose en este caso la jurisprudencia consolidada existente en torno a esta materia. La misma solución se aplicaría en los supuestos en que, siendo un día de teletrabajo, el teletrabajador tenga que desplazarse al centro de trabajo o sede de la empresa, por motivos como una reunión, la entrega o recogida de alguna documentación, asistencia a un curso de formación, etc. Cabe recordar, no obstante, que el accidente de trabajo *in itinere* se limita a los supuestos de accidente —entendido como un hecho externo y fortuito—, quedando excluidas las enfermedades[45].

De una manera semejante habría que responder en los supuestos en los que el lugar de trabajo que se ha consignado en el acuerdo de trabajo a distancia o es domicilio de la persona trabajadora si no oficinas satélites o telecentros. En estos lugares no resulta complejo aplicar la fórmula «clásica», en la medida en que es fácilmente inidentificable cuál es el centro de trabajo y cuál es el domicilio de la persona trabajadora para delimitar en que constituye el desplazamiento objeto de protección[46].

45 *Vid*. Gala Durán, C., «La compleja relación entre teletrabajo y accidente de trabajo (comentario a la sentencia del Juzgado de lo Social nº3 de Girona de 12 de noviembre de 2020, proc. 524/2020)», *La Administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, n.º 7, 2021, p. 167-168.

46 *Vid*. Arufe Varela, A., «Capítulo II. 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 vv.aa., Monereo Pérez, J.L. (Pr.), *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, Vol.1, pp. 61-76.

Más problemático resulta su aplicación en aquellos supuestos en los que el teletrabajador no presta sus servicios en una oficina satélite o telecentro determinado de ante mano, sino que desarrolla su actividad laboral en diversos lugares, compartiendo su domicilio con una segunda residencia, con el domicilio de un familiar o con otros lugares elegidos libremente por aquel, y en el trayecto entre unos y otros sufre un accidente.

La doctrina se ha planteado, en estos supuestos, cuál sería la calificación del accidente, y si con ello se abren nuevas formas de accidente *in itinere*[47]. Es decir, se trata de determinar si es aplicable el concepto de accidente *in itinere* a los accidentes sufridos por los teletrabajadores que, aprovechando las facilidades que ofrecen las nuevas tecnologías, y que, por diversas razones personales o familiares, deciden prestar sus servicios en varias dependencias, sufren un accidente en el trayecto entre dichos centros. Como es sabido la construcción e interpretación de los elementos que componen el accidente de trabajo in itinere es de raigambre jurisprudencial, por lo que la solución última a este conflicto se encontrará en la sede judicial. Aun así, es necesario recordar que la jurisprudencia más reciente en la materia parece abogar por un concepto más extensivo de los elementos constitutivos del accidente *in itinere* de domicilio que puede alcanzar «tanto el domicilio del trabajador en sentido estricto como la residencia habitual a efectos de trabajo» [STS 26 de diciembre de 2013 (Recurso núm. 2315/2012)], por lo que no sería descartable que se siguiera ahondando en esta línea[48].

Otra situación que debe diferenciarse es la aquella que ocurre con los trabajadores móviles en atención a la prestación de servicios que desarrollan. No estamos haciendo referencia aquí a los supuestos de trabajadores que varían a voluntad el lugar en el que desarrollan la prestación sino de aquellos que por su actividad ordinaria necesitan desplazarse, como, por ejemplo, el caso analizado en la STSJ del País Vasco 1075/2020, de 15 de septiembre de 2020, que se trataba de un trabajador que realizaba labores de comercial, realizando visitas programadas a clientes en la zona norte y no contaba con oficina física en la zona utilizando su propio domicilio para realizar trabajos administrativos.

En el supuesto de hecho, el accidente ocurre cuando el trabajador aún se hallaba en el domicilio, pero podríamos plantearnos que hubiera ocurrido si se hubiera producido en los desplazamientos para visitar a clientes. En estos casos a pesar de que se mezcle el elemento del domicilio el trabajador no se desplaza desde él para iniciar o finalizar la jornada de trabajo, sino que a estos efectos actúa como centro o lugar de trabajo habitual, por lo que los accidentes acaecidos al ir o volver no pueden ser calificados como accidentes *in itinere*, porque no siguen la lógica de aquellos. Más bien deberían ser calificados como accidentes «en misión», entendiéndose por estos aquellos que ocurren en un viaje de servicio durante el trayecto que la persona trabajadora debe cubrir por motivos profesionales, o mientras se cumple una misión o actividad comprendida dentro del ámbito del trabajo[49].

47 *Vid*. Selma Penalva, A., *op.cit*., p. 135.
48 *Vid*. Poquet Català, R., *op.cit*, p. 53.
49 *Vid*. STS de 11 de enero de 1996.

El Tribunal Supremo ha establecido, a estos efectos, que un accidente en misión es una modalidad específica de accidente de trabajo en la que se produce un desplazamiento del trabajador para realizar una actividad encomendada por la empresa. La misión integra así dos elementos conectados ambos con la prestación de servicios del trabajador: el desplazamiento para cumplir la misión y la realización del trabajo en qué consiste la misión[50], por lo que no aparecen inconvenientes para aplicarlos en los supuestos que se combine la aparición de los citados elementos con el teletrabajo.

Por último, cabe plantearse si existen los accidentes de trabajo *in itinere* en los supuestos de teletrabajo en el domicilio de la persona trabajadora. En principio parece que la respuesta debiera ser negativa, en la medida en que los desplazamientos realizados fuera del domicilio —que no tengan un motivo laboral y puedan ser calificados en misión— responderán a motivaciones particulares de la persona trabajadora y, por tanto, no pueden ser clasificados como laborales. Además, resulta evidente que una de las principales ventajas del teletrabajo es que reduce los riesgos de que ocurran este tipo de accidente, en la medida en que se eliminan casi por completo los desplazamientos.

En este contexto, parece sensato entender que no pueden ocurrir accidentes «al ir o al volver del lugar de trabajo» si el lugar de trabajo coincide con el domicilio. Aun así, no faltan soluciones imaginativas, como la adoptada por Segunda Sala del Tribunal Federal de lo Social de Alemania, que en su sentencia número B2U4/21 R, de 8 de diciembre de 2021 (ECLI:DE:BSG:2021:081221UB2U421R0) entendió que se producía un accidente de trabajo en *in itinere* al caerse un trabajador por las escaleras de su domicilio desde el piso superior al inferior donde tenía su puesto de trabajo.

Así, se entendió que el primer viaje matutino de la cama al escritorio sí era una ruta que debía estar asegurada con la misma cobertura que se proporciona a los desplazamientos ocurridos desde el domicilio a las instalaciones de la empresa. En este sentido, su trayecto por la escalera fue «para empezar a trabajar por primera vez en el día» y, por tanto, es un «servicio en interés del empleador», lo que lo conceptualiza como accidente de trabajo.

V. CONCLUSIONES

1. La implementación del teletrabajo en nuestro país, derivada de la crisis sanitaria del SARS-CoV-2, ha conllevado una nueva regulación de esta materia, que supera el denominado trabajo a domicilio, que se recogía en el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores. Aun así, la nueva normativa, contenida en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de Trabajo a distancia, no recoge todos los extremos de esta modalidad contractual,

50 *Vid*., por todas, STS 22 de julio de 2010.

dejando abierta determinadas cuestiones de capital importancia, como son la adecuación a esta nueva realidad del accidente de trabajo y de la presunción de *«tiempo y lugar de trabajo»*, establecido con carácter general en el artículo de 156.3 del TRLGSS.

2. En la medida en que no existe un único modelo de teletrabajo, no habrá una única respuesta cerrada y uniforme para establecer cuando se produce el accidente de trabajo y, principalmente, cuando opera la presunción de *«tiempo y lugar de trabajo»*. Inicialmente no resulta complejo operar con la definición tradicional de accidente, en el que se exige una lesión corporal y un nexo de causalidad, codificado en la normativa de Seguridad Social como *«con ocasión o por consecuencia del trabajo»*. Sin embargo, se hace necesario un esfuerzo interpretativo adicional en este último elemento, para delimitar con precisión qué lesiones proceden de la actividad laboral y cuales son accidentes *«domésticos»*, ya que los límites entre ambos pueden resultar en ciertas ocasiones difusos. Por ello, parece que cobra una especial relevancia la naturaleza de las lesiones sufridas, debiendo hacerse un esfuerzo mayor por precisar la conexión exacta y real entre aquellas y las actividades encargadas por el empleador a la persona trabajadora.

3. A la hora de establecer en que supuestos juega la presunción de laboralidad es necesario analizar cada una de las modalidades de teletrabajo existentes, ya que algunas de ellas se caracterizan por una flexibilización casi absoluta del tiempo y lugar de trabajo, lo que dificulta sobremanera el juego de la presunción y los medios de prueba. En estas circunstancias la implementación de herramientas o sistemas electrónicos de control horario y de jornada podrían ser decisivos a la hora de determinar si realmente se estaba trabajando y, por tanto, si se puede calificar como laboral el accidente.

4. Junto a los medios de control electrónicos de la jornada y horario deberían configurarse medidas adicionales que delimiten con mayor precisión que se considera tiempo y lugar de trabajo en el teletrabajo. Así, puede resultar de interés la división de los tiempos establecidos en otros sectores —como, por ejemplo, en sector del transporte— que se distingue entre tiempo de trabajo efectivo, tiempo de disponibilidad y tiempo de descanso. Llevada esta división de los tiempos al ámbito del teletrabajo, se podría afirmar que solo en el último —tiempo de descanso—, que debería coincidir con los tiempos de desconexión, no operaría la presunción de laboralidad en caso de producirse una lesión. A mayor abundamiento, esta categorización de los tiempos obligaría a replantear el contenido y alcance de la desconexión digital, que en la actualidad está definido como un derecho de la persona trabajadora, pero que quizás su observancia debiera ser obligatoria en todo caso para garantizar los descansos mínimos, no solo desde la perspectiva del ocio o la conciliación de la vida familiar y laboral de la persona trabajadora, sino vinculado a la seguridad y salud en el trabajo.

5. En el teletrabajo pueden producirse desplazamientos: bien porque el teletrabajador tiene un régimen de trabajo mixto o por qué en ocasiones es citado a reuniones o actos presenciales. Si durante esos desplazamientos se produce un accidente es innegable que debe aplicarse la doctrina judicial consolidada sobre el accidente *in itinere*. Esta doctrina, por el contrario, no operaría en aquellos supuestos en el que el teletrabajador haya abandonado el lugar habitual de trabajo por cuestiones no profesionales.

6. Cuestión distinta al punto anterior es la que se plantea en los desplazamientos realizados por teletrabajadores que tienen que visitar clientes o acudir a lo largo de su jornada a distintos centros (*v.gr*. un comercial que carece de oficina física). En estos supuestos, no sería de aplicación la doctrina del accidente *in itinere*, ya que no se está realizando un desplazamiento del domicilio de la persona trabajadora al lugar de trabajo, sino que se estaría en el radio de acción del denominado accidente en misión.

ISSN: 2952-1955

LAS REGULARIZACIONES FISCALES DERIVADAS DE LA RECALIFICACIÓN DEL VÍNCULO DE MERCANTIL A LABORAL EN EL TRABAJO PARA PLATAFORMAS DIGITALES

TAX ADJUSTMENTS RESULTING FROM THE RECLASSIFICATION FROM COMMERCIAL TO EMPLOYMENT RELATIONSHIP IN THE WORK FOR DIGITAL PLATFORMS

Norberto Miras Marín
Profesor Contratado Doctor Universidad de Murcia

Enviado el 7 de mayo de 2024; aceptado el 7 de mayo de 2024.

Palabras clave: Economía colaborativa, regularización por laboralización, «Ley Rider», falsos autónomos.
Keywords: Collaborative economy, regularization by employment, «Rider Law», false self-employed.

Resumen: El presente análisis tiene como finalidad el estudio de las consecuencias tributarias del cambio en la naturaleza del vínculo, de mercantil a laboral, que se ha producido en masa —aunque no totalmente, pues hay notables excepciones— en el sector de los prestadores de servicios a las plataformas digitales. Asimismo, en este trabajo proponemos un marco teórico-práctico en el que estudiar este sector de la economía colaborativa y las figuras personales que lo componen, incidiendo en cómo tributa la figura del *«rider»*, considerado como empresario autónomo y como empleado por

cuenta ajena. Finalmente, consideramos que su contenido será de gran ayuda para los abogados laboralistas y tributaristas por cuanto responde eventuales preguntas que se puedan hacer sobre un tema eminentemente de Derecho del Trabajo en todas las sedes de tributación.

Abstract: The purpose of this paper is to study the tax consequences of the change in the nature of the contract, from commercial to labor, which has occurred en masse —although not completely, as there are notable exceptions— in the sector of service providers to digital platforms. Likewise, in this work we propose a theoretical-practical framework in which to study this sector of the collaborative economy and the personal figures that compose it, emphasizing how the figure of the *«rider»* is taxed, considered as an autonomous entrepreneur and as an employee. Finally, we believe that its content will be of great help to labor and tax lawyers, as it answers any questions that may be asked on an eminently Labor Law issue in all tax offices.

Sumario: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. APROXIMACIÓN AL DEBATE SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LAS PLATAFORMAS DIGITALES EN SEDE LABORAL. 3. LOS EFECTOS TRIBUTARIOS DEL CAMBIO DE NATURALEZA DEL VÍNCULO. 3.1. La regularización en sede del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. 3.2. La regularización en sede del Impuesto sobre el Valor Añadido. 3.3. La regularización en la fiscalidad de la plataforma digital. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación ha favorecido la creación de nuevos modelos de organización industrial y de distribución que permiten el intercambio de bienes y servicios de forma fácil y personalizada. En este contexto han surgido plataformas electrónicas que, sirviéndose de estas tecnologías hacen posible el encuentro entre los proveedores y los receptores de bienes o servicios y, en definitiva, facilitan la contratación online entre los intervinientes.

Estas plataformas digitales han contribuido decididamente al desarrollo de la denominada economía colaborativa en cuanto constituyen el instrumento que hace posible la colaboración entre los proveedores y los receptores de bienes y servicios. En efecto, las nuevas tecnologías de la información han multiplicado las posibilidades de interacción entre grupos que interaccionaban a un elevado coste. Gracias a las nuevas tecnologías, las plataformas digitales pueden identificar la demanda y conectar en tiempo real a oferentes y demandantes de servicios, conectados a Internet y geolocalizados gracias al terminal móvil.

La característica común de todas las plataformas digitales es el servicio de soporte electrónico con la finalidad de lograr la contratación de un servicio determinado. Ahora bien, para determinar la naturaleza jurídica de la actividad de estos operadores es nece-

sario analizar el modelo de negocio que desarrollan y evaluar si están organizando y asumiendo en nombre propio la prestación del servicio contratado o, en cambio, si se limitan a intermediar, a poner en contacto a los usuarios en el ámbito del mercado correspondiente. Esto resulta claro en la mayoría de los casos porque resulta diáfana la posición intermedia de las plataformas entre el cliente final y la empresa de restauración, pero no tan clara es la naturaleza del vínculo contractual entre la plataforma digital y los que realizan el transporte para la misma.

II. APROXIMACIÓN AL DEBATE SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LAS PLATAFORMAS DIGITALES EN SEDE LABORAL

En una esfera de Derecho del Trabajo, el debate sobre la naturaleza jurídica del vínculo que une al personal de las plataformas digitales con las mismas ha sido pródigo: existe una gran cantidad de sentencias sobre este tema con conclusiones dispares, todas ellas sobre litigios planteados en plataformas digitales que actúan en el sector del pequeño transporte o reparto a domicilio de comercios y restaurantes. Frente a la predisposición empresarial a configurar mercantilmente la relación de servicios con su personal, incluso como si fuera la única opción posible, tenemos el baño de realidad que supone observar la figura del «rider»[1], un señor —o señora—, muchas veces en mallas de ciclista, que no es precisamente el paradigma de empresario. La calificación de la naturaleza contractual que une a la plataforma digital con sus trabajadores debe hacerse mediante la aplicación del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores. Este precepto eleva la nota de dependencia o subordinación a criterio principal de distinción entre el trabajo dependiente y el trabajo autónomo. La determinación de si en una prestación de servicios concurren las notas marcadas por el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores presenta dificultades, unas de carácter general y otras específicas para el caso de la prestación de servicios en plataformas digitales.

Los problemas de carácter general derivan del método de aplicación del artículo 1.1 ET, del modo como en cada supuesto debe averiguarse si concurren las notas de ajenidad y dependencia: el llamado método indiciario[2] en virtud del cual las notas de ajenidad y

1 Como empresario, el *«rider»* está obligado a darse de alta presentando la declaración censal de inicio de actividad del modelo 036 de manera previa. El epígrafe fiscal deberá de ser el 849.5 «Servicios de mensajería, recadería y reparto y manipulación de correspondencia».

2 Al respecto véase Selma Penalva, A.: *Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia*

dependencia se entienden concurrentes si en el caso concreto se prueba la concurrencia de determinados hechos que sirven como indicios de su existencia[3]. La doctrina jurisprudencial se ha encargado de codificar este método construyendo un verdadero catálogo casuístico para la solución de casos litigiosos[4].

Siguiendo a Cámara Botía a los problemas de carácter genérico se sumarían dos de carácter específico[5]: los derivados a los contradictorios términos en que muchas veces se plantea la discusión sobre la calificación de la naturaleza del vínculo en este sector y la presentación del trabajo en plataformas como incompatible con la regulación laboral[6].

Por otro lado, la figura del «rider» tiene posible adaptación a la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente (en adelante, TRADE), que es aquel que realiza una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 % de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales[7]. Si no se acreditase la condición de que el setenta y cinco por ciento de los ingresos del TRADE proceden del cliente, se entenderá que carece de dicha condición[8]. Además, para considerarlo como trabajador económicamente dependiente, debe reunir simultáneamente una serie de condiciones[9]. Ahora bien, también tenemos la figura del «falso» autónomo, que hay que

española, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 91 y ss.

3 González Ortega, S.: «Trabajo asalariado y trabajo autónomo en las actividades profesionales a través de las plataformas informáticas», *Temas Laborales*, n.º 138, 2017, p. 93.

4 Un ejemplo de este proceder lo tenemos en la STS de 20 de enero de 2015 (rec. 587/2014) que muestra el *iter* jurídico para determinar la naturaleza jurídica de una prestación de servicios controvertida.

5 Cámara Botia, A.: «La prestación de servicios en plataformas digitales: ¿trabajo dependiente o autónomo?» *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º . 222/2019, p. 79.

6 *Ad imposibilia nemo tenetur* señalaba el adagio latino y, en parte, las empresas insisten en argumentar la imposibilidad de la laboralidad en este sector.

7 Tal y como establecen los artículos 11 y siguientes del Estatuto del trabajo autónomo.

8 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas de fecha 27 de marzo de 2017 y número de recurso 75/17.

9 El trabajo autónomo económicamente dependiente viene definido en el artículo 11.1 de la Ley 20/2007 de 11 de julio, por la que se aprueba el Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA), como aquel que realiza una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por recibir de él, al menos, el setenta y cinco por cien de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales. En el desempeño de su actividad deberá asumir las siguientes condiciones, como no tener a cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes (con excepciones); no ejecutar su actividad de manera conjunta e indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier forma contractual por cuenta del cliente; disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente; desarrollar su actividad bajo criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas de carácter general que pueda recibir de su cliente; percibir una contrapres-

distinguir del trabajador autónomo —en general— y del TRADE —en particular—. Denominamos «falso» autónomo al trabajador que está dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), y, sin embargo, en la realidad se trata de un trabajador por cuenta ajena, en términos de total dependencia y ajenidad. Por tanto, se trata de una figura que desvirtúa completamente la esencia del trabajo por cuenta propia y cuya implantación ha resultado favorecida por el ahorro de costes sociales para el empresario[10]. La interconexión entre las figuras citadas y la prueba de laboralidad en el sector de las plataformas digitales han dado para multitud de sentencias y un profundo debate doctrinal[11].

Con este debate encima de la mesa y la alta litigiosidad consecuente[12], el legislador decidió aparecer en escena con el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, tácitamente sustituido por la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales[13].

Esta Ley, denominada popularmente «Ley Rider», introduce una disposición adicional sobre la presunción de laboralidad de las actividades de reparto o distribución de cualquier tipo de producto o mercancía[14], cuando la empresa ejerce sus facultades de organización, dirección y control, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital[15]. Ahora bien, su eficacia está basada en la valoración de la naturaleza del vínculo, por tanto, va a depender en gran medida de la prueba indiciaria que se tenga acerca del desarrollo de la actividad a través de plataformas, que debe permitir discernir si las condiciones de prestación de servicios manifestadas en una relación concreta encajan en la situación descrita por dicha disposición.

---

tación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquella.

10 Calvo Vérgez, J., «La problemática de los llamados «falsos autónomos» en el mercado laboral español», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 8, 2020, p. 1.

11 Ayala Sánchez, A., «Un triángulo imperfecto: Tics, empresarios y trabajadores», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 59, 2021 [versión online, acceso el 7 de noviembre de 2022].

12 Únicamente las sentencias sobre la plataforma Glovo van a sobrepasar a la decena. Para mayor abundamiento Guindo Morales, S., «Los indicios o notas características del trabajo autónomo y del trabajo por cuenta ajena a raíz de las recientes y relevantes sentencias judiciales sobre los rider», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 67, 2020 [versión online, acceso el 7 de noviembre de 2022].

13 Porque ahora las cosas se hacen así. No es un abuso del Decreto-ley, es algo moderno.

14 Dicha disposición establece, no obstante, que dicha presunción de laboralidad no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

15 En este sentido, la Exposición de Motivos destaca la necesidad de la medida precisamente para garantizar la igualdad de trato entre empresas a pesar del impacto del desarrollo de las tecnologías en la prestación de los servicios de la misma naturaleza.

El texto, además, entre otras cuestiones de enjundia, modifica dos puntos del Estatuto de los Trabajadores y establece que los repartidores de plataformas digitales son trabajadores laborales y regula, por primera vez, el derecho de los trabajadores a ser informados por su empresa de los «algoritmos o sistemas de inteligencia artificial» que pueden afectar a las condiciones de trabajo, la contratación o el mantenimiento de empleo[16].

La recepción de la norma ha sido desigual: existen plataformas digitales multinacionales que han optado por abandonar el mercado español al entender que los costes sociales de laboralizar la relación hacían inviable el negocio[17]; por otro lado, existen plataformas que han laboralizado a toda su plantilla, pero otras han optado por modelos «mixtos» en los que se modifican sus relaciones con los trabajadores para evitar indicios de laboralidad en una gran parte de su plantilla[18].

En este punto, con la meritada «Ley Rider» garantizando los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales y algunas de las plataformas manteniendo su vínculos mercantiles, se plantea una pregunta importante ¿qué efectos tributarios se derivarían al recalificar al trabajador de autónomo a laboral en eventuales inspecciones de trabajo?

16 Se echa de menos más transparencia, para conocer los designios del algoritmo rector de las plataformas y esto se podría haber regulado de manera más prolija. Ginès Fabrellas, A., «El derecho a conocer el algoritmo: una oportunidad perdida de la "Ley Rider"», *Iuslabor*, n.º 2, 2021. 2021 [versión online, acceso el 7 de noviembre de 2022].

17 La empresa birtánica Deliveroo, que fue de las primeras compañías de reparto de comida a domicilio en llegar a España, anunció que dejaba de operar en el país ante la inviabilidad del negocio, que «requiere un nivel de inversión muy elevado». Lo curioso es que, para poder terminar con su actividad en España, tuvo que reconocer la laboralidad de sus repartidores para hacer un Expediente de Regulación de Empleo (ERE).

18 La conocida Glovo solo laboralizó una pequeña parte de sus empleados —unos 2.000 de sus 11.000 trabajadores— y añadío en un comunicado público que aplicaría «un nuevo modelo de colaboración para profesionales autónomos» que les iba a permitir «simultanear otras aplicaciones y actividades con total flexibilidad, autonomía e independencia». La Inspección de Trabajo mantiene investigaciones en todas las provincias en las que opera Glovo y ya han trascendido las primeras sanciones. Fue Uber Eats, otra de las principales plataformas, la que denunció que Glovo incumplía la ley y seguía utilizando «al menos 8.000 trabajadores autónomos» en su operativa. García Quiñones, J. C., «El caso Deliveroo: un ejemplo loable de implicación jurisdiccional a la búsqueda de la verdad material como pauta para la compatibilidad entre la economía colaborativa y el derecho del trabajo», *Derecho de las relaciones laborales*, n.º 6, 2018, p. 633 y García, H.O., «La prestación personal de servicios de transporte organizados por plataformas electrónicas *(ride sharing)* tomando como referencia a la empresa Uber», *Revista derecho del trabajo*, n.º 18, 2018, pp. 39-62. [versión online, acceso el 7 de noviembre de 2022].

III. LOS EFECTOS TRIBUTARIOS DEL CAMBIO DE NATURALEZA DEL VÍNCULO

Partimos de una situación en la que el «rider» es «empresario» y fiscalmente puede optar entre dos métodos para determinar la base imponible en el IRPF: estimación directa simplificada y estimación objetiva, con sus correspondientes regímenes de IVA. Entendemos que para un «rider», económicamente es más barato el régimen de Estimación directa simplificada, no obstante, la tributación en módulos es posible con el alta en el Epígrafe IAE: 849.5 de transporte de mensajería y recadaría, cuando la actividad se realice exclusivamente con medios de transporte propios. Tendrá que autoliquidar el modelo 131 de Pago fraccionado a cuenta IRPF y el modelo 303 del IVA, en simplificado. Respecto a la estimación directa; aunque tiene la desventaja respecto a la estimación objetiva, de la llevanza de contabilidad de facturas de ingresos, gastos e inversiones, por contra sólo se paga en función de los beneficios que se tienen, en cambio en módulos, se paga por las unidades de módulos, independientemente que se tengan perdidas o muchos beneficios. Como los beneficios suelen ser escasos, tributar en estimación objetiva no merece la pena. En cuestión de obligaciones formales, en estimación directa simplificada, de forma trimestral, hay que presentar el modelo 130 para ingresar el pago fraccionado a cuenta de la declaración de la renta, si hay existido beneficios en el trimestre. También hay que presentar de forma trimestral, el modelo 303 para ingresar la liquidación del IVA, si aplica, si la liquidación del IVA sale negativa, también se tienes que presentar, pero no se ingresará ningún importe a hacienda. Y de forma anual, una vez terminado el año, se deberá de presentar al menos el modelo 390 del Resumen anual del IVA y otras declaraciones informativas, que se podría también tener que presentar, depende del caso.

Al producirse la «laboralización» del vínculo queda simplificada la gestión tributaria del «rider» limitándose a la presentación en su caso del modelo 100 de autoliquidación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en donde declararan sus ingresos como rendimientos del trabajo.

Ahora bien ¿qué ocurre con lo tributado antes del citado cambio de naturaleza del vínculo? La «Ley Rider» nada regula sobre si la situación de estos trabajadores con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley[19], cumplido su período transitorio, era correcta o no, lo que supone que, en un principio, la situación deba estimarse como la apropiada y, por tanto, no proceda regularización alguna respecto a los rendimientos que tributaron como procedentes de actividades económicas. Ahora bien, hay que destacar que el Tribunal Supremo en su sentencia 805/2020, de 25 de septiembre, ha calificado que la relación que existía, entre uno de los trabajadores y una de las empresas más conocidas del sector, era una relación de carácter laboral. Y, en todo caso, la «Ley Rider» no suponía el establecimiento de una presunción de laboralidad *iuris et de iure* de laboralidad en el sector, sino una *iuris tantum*, que admite prueba en contrario,

19 Gil de Gómez Pérez-Arados, C.; Imaz Montes, M. del M., «Economía colaborativa y mercado de trabajo. Un repaso a propósito de la "Ley Rider"», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 81, 2021. [versión online, acceso el 7 de noviembre de 2022].

la prueba indiciaria casuística de los requisitos estudios en el epígrafe primero de este análisis[20].

Por tanto, la regularización de su situación tributaria debería realizarse con efectos retroactivos hasta la fecha que corresponda, bien por prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria[21], bien por no haberse extendido la calificación como de falso autónomo más allá de dicho período.

Para mayor claridad en la exposición debemos bifurcar el tratamiento tributario de la figura según tipo de imposición distinguiendo entre la tributación directa en renta y la indirecta en el Impuesto sobre el Valor Añadido.

3.1. La regularización en sede del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

Está claro que, considerado como trabajador autónomo, un «rider» obtiene rendimientos de actividades económicas; mientras que si los rendimientos se hubiesen generado mediando relación laboral entre empresa y trabajador hubiesen tenido la calificación de rendimientos del trabajo, lo que supone diferencias importantes en la tributación de unos y otros[22].

Así, la inclusión de dicho «rider» en el Régimen General de la Seguridad Social como consecuencia de una inspección de trabajo o por decisión de una instancia judicial, comporta que los efectos de esa consideración tengan también su incidencia en los rendimientos percibidos[23], durante el período temporal al que se contrae la existencia de esa relación laboral, por lo que procede calificarlos como rendimientos del trabajo.

Por tanto, se deberá incluir en las declaraciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de este trabajador, correspondientes a los períodos impositivos afectados por dicha relación temporal, los rendimientos íntegros del trabajo que correspondan a los servicios prestados, rendimientos que, evidentemente, deben abandonar su previa consideración como rendimientos de actividades económicas.

20 Trillo Párraga, F., «La "Ley Rider" o El arte del volver», *Revista de derecho social*, n.º 94, 2021, p. 21.

21 La Agencia Tributaria dispone de cuatro años para determinar deudas tributarias mediante liquidaciones, así como para exigir el pago de liquidaciones y autoliquidaciones. Así pues, a los cuatro años prescriben derechos de la Administración como el de determinar una deuda tributaria mediante liquidación, exigir el pago de deudas liquidadas o imponer sanciones. Todo *ex* artículo 66 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

22 Sobre esta cuestión se pronuncia la Resolución a Consulta Vinculante de 16 de marzo de 2021, fichada bajo el código V0605-21, reiterando el criterio de la Dirección General de Tributos sobre la tributación de las cantidades que deben regularizarse por el cambio de calificación jurídica.

23 En su momento calificados como rendimientos de una actividad económica por aplicación de lo dispuesto en el primer párrafo del apartado 1 del artículo 27 de la LIRPF.

El procedimiento para llevar a cabo la regularización de su situación tributaria sería el aplicable según el artículo 122 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que establece que los obligados tributarios podrán presentar autoliquidaciones complementarias, o declaraciones o comunicaciones complementarias o sustitutivas. Y hacemos énfasis en que las autoliquidaciones serán complementarias y, por tanto, de ellas resultará un importe a ingresar superior al de la autoliquidación anterior o una cantidad a devolver o a compensar inferior a la anteriormente autoliquidada, porque lo más probable es que la tributación sea mayor por el cambio de calificación de los rendimientos. Esta conclusión deriva de la posibilidad de incrementar los gastos deducibles al calcular el rendimiento de la actividad conforme al método de estimación directa, por el contrario, respecto de los rendimientos del trabajo, únicamente serán deducibles los gastos recogidos en el artículo 17 de la LIRPF. Las presiones sociales no siempre redundan en efectos fiscales positivos para el contribuyente[24].

En efecto, las cantidades tributadas en IRPF por un «rider» con un vínculo mercantil con su plataforma digital empleadora normalmente serán menores que con un vínculo laboral. Esto se debe al incluir en el cómputo del neto de los rendimientos por actividades económicas la deducción de gastos de explotación —que no existe con la misma extensión en la tributación por rendimientos del trabajo[25]—. Los gastos deducibles en las actividades económicas en el IRPF son aquellos que Hacienda permite deducir de ingresos para calcular el beneficio de la actividad[26]. Y en la actividad del «rider», observada desde un punto de vista empresarial, tendríamos gastos deducibles por consumos de explotación, cuota de autónomos[27], reparaciones y conservación y amortizaciones, conceptos no aplicables al régimen de tributación de los rendimientos del trabajo si el vínculo pasa a considerarse laboral.

24 Recuérdese la presión social por la aceptación de las daciones de viviendas en pago en la crisis hipotecaria, que suponía una tributación adicional para el banco, que se encontraba sujeto al ITPO y al mismo hipotecado, con una tributación en IRPF por la alteración patrimonial, que fue declarada -irónicamente- exenta pasada la crisis.

25 Los gastos deducibles en los rendimientos de trabajo son cuantitativamente y cualitativamente menores. Básicamente, en este caso, las dietas y asignaciones para gastos de viaje, que se deben de declarar como ingreso íntegro de rendimiento de trabajo, pero según el artículo 9 del Reglamento de IRPF, estarán exentos los gastos de locomoción y los normales de manutención y estancia en establecimientos de hostelería con ciertos límites y gastos de sindicación y asimilados.

26 Siempre que cumplan los criterios para que un desembolso económico pueda ser considerado como gasto deducible. Por tanto, deben ser gastos vinculados a la actividad económica realizada por el autónomo o, como como señala la LIRPF, que estén «afectos a la misma», deben encontrarse convenientemente justificados mediante las correspondientes facturas y deben estar registrados por el autónomo en sus correspondientes libros registro.

27 Desde el inicio de la actividad hasta su finalización el «rider» considerado empresario autónomo paga la cuota de autónomos. La cuantía depende de si se están disfrutando de bonificaciones y de la base de cotización elegida. Si se eligen la base mínima, y no se disfruta de ninguna bonificación el cargo de autónomo la cuota de autónomos a pagar en 2022, incluida la incapacidad temporal, el cese de actividad y la formación continua es el 30,6 % de 966,6 euros, lo que supone 294 euros. Lo que significa una cuantía importante comparada con las magras ganancias que pueden tener.

3.2. La regularización en sede del Impuesto sobre el Valor Añadido

En el ámbito de la imposición indirecta el tratamiento de los servicios prestados por un «rider» si la naturaleza del vínculo fuera considerada mercantil y él fuera un empresario autónomo. Tendrá la condición de empresario o profesional a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido cuando ordene un conjunto de medios personales y materiales, con independencia y bajo su responsabilidad, para desarrollar una actividad empresarial o profesional, sea de fabricación, comercio, de prestación de servicios, etc., mediante la realización continuada de entregas de bienes o prestaciones de servicios, asumiendo el riesgo y ventura que pueda producirse en el desarrollo de la actividad, siempre que las mismas se realizasen a título oneroso.

Lo que determina que una prestación de servicios realizada por una persona física se encuentre sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido es que sea prestada, por tanto, por cuenta propia, razón por la cual el artículo 7.5.º LIVA dispone que no estarán sujetos «los servicios prestados por personas físicas en régimen de dependencia derivado de relaciones administrativas o laborales, incluidas en estas últimas las de carácter especial»[28].

La consideración de una relación de carácter laboral, caracterizada porque el servicio es prestado por cuenta ajena, ha sido tratada por la jurisprudencia, como hemos señalado en la instrucción a este trabajo. En este orden de cosas, las notas o indicios determinantes de la dependencia o ajenidad de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo sobre este particular, contenidos, entre otras, en la sentencia de fecha 12 de febrero de 2008 y en la de 29 de noviembre de 2010, han sido incorporados a la doctrina administrativa en numerosas resoluciones a consultas tributarias[29]; dichas

28 Desde el punto de vista del derecho comunitario, el artículo 9.1 de la Directiva 2006/112/CE, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido, establece que «serán considerados sujetos pasivos quienes realicen con carácter independiente, y cualquiera que sea el lugar de realización, alguna actividad económica, cualesquiera que sean los fines o los resultados de esa actividad». Por su parte, el artículo 10 de la mencionada directiva comunitaria dispone que la condición de que la actividad económica se realice con carácter independiente contemplada en el apartado 1 del artículo 9, excluye del gravamen a los asalariados y a otras personas en la medida en que estén vinculadas a su empresario por un contrato de trabajo o «por cualquier otra relación jurídica que cree lazos de subordinación en lo que concierne a las condiciones laborales y retributivas y a la responsabilidad del empresario». En sede de IVA, la normative europea hace mucho hincapié en el requisito del carácter independiente con que se desarrolla una determinada actividad económica, que ha sido analizado pormenorizadamente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en diversas ocasiones, entre otras, en la sentencia de 26 de marzo de 1987, Asunto C-235/85, en la de 25 de julio de 1991, Asunto C-202/90 y en la sentencia del Tribunal de 12 de noviembre de 2009, Asunto C-154/08. Sin embargo, no todo en Europa es proteger el sacrosanto IVA. Así, Gil Otero, L., «Un paso (necesario) más allá de la laboralidad. Análisis y valoración de la propuesta de directiva relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas», *Lex social: revista de los derechos sociales*, vol. 12, n.º 1, 2022, pp. 89 y ss.

29 Por todas, resolución a consulta vinculante número V2533-12, de 26 de diciembre.

notas o indicios se han tomado de forma objetiva, sin referirlas a la existencia o no de un determinado porcentaje de titularidad en la entidad por parte de aquel que presta los servicios.

En virtud de lo expuesto, y como hemos señalado al principio de este análisis, cabe concluir que la prestación de servicios profesionales se debe instrumentar a través de un contrato de trabajo cuando concurran las notas configuradoras del mismo a que se refiere el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores; esto es, cuando el profesional se compromete voluntariamente a prestar sus servicios por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección del empresario a cambio de una retribución. *Sensu contrario*, dicha prestación podrá instrumentarse a través de un contrato de arrendamiento de servicios cuando no concurran en ella los caracteres propios de la relación laboral, esto es, cuando el profesional no preste un servicio dependiente, remunerado y por cuenta ajena[30].

Por tanto, y a pesar de la presunción de laboralidad afecta a los profesionales que, como los «riders», efectúen prestaciones de servicios de reparto para una plataforma digital, dicha presunción decaería en caso de que el trabajador mismo quedara personalmente obligado a responder del buen fin de la operación asumiendo el riesgo y ventura de la misma[31].

Cabe destacar, por otra parte, que, sin perjuicio de la presunción de laboralidad a la que se acaba de hacer referencia en la normativa laboral, que tiene carácter *iuris tantum*, admitiendo prueba en contrario, las circunstancias que determinan la ajenidad en la prestación de un servicio es una cuestión de hecho y la Hacienda Pública no puede pronunciarse no siendo competente —está en manos de lo que señale la inspección—, tampoco, para discernir si en el caso particular la relación es de carácter laboral o mercantil de arrendamiento de servicios.

Ahora bien, si a la Hacienda Pública ya se le presentan -por parte de la inspección- hechos claramente indiciarios de que los servicios prestados por «riders» deberían encuadrarse -siempre según el caso concreto- en el marco de una relación laboral en régimen de dependencia no sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido en virtud del artículo 7.5.º LIVA, máxime teniendo en cuenta la presunción de laboralidad aplicable a dichos trabajadores de acuerdo con la normativa sectorial.

En caso de que se hubieran repercutido cuotas del Impuesto, al tratarse de una prestación de servicios no sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido en los términos que

30 Guindo Morales, S., «Los indicios o notas características del trabajo autónomo y del trabajo por cuenta ajena a raíz de las recientes y relevantes sentencias judiciales sobre los rider», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 67, 2020. [versión online, acceso el 7 de noviembre de 2022].

31 Caso recogido en la letra f) del artículo 1.3 del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Lo cual deja abierto el sistema a la prueba, como señala Dieste Cobo en Dieste Cobo, J.M., «Los trabajadores en las plataformas digitales: ¿autónomos o empleados?: Ser o no ser, la cuestión no resuelta por la Ley Rider. To be or not to be, that is the question not solved by the Riders' law.», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 11, 2021. [versión online, acceso el 7 de noviembre de 2022].

se acaban de exponer, será necesario rectificar las cuotas indebidamente repercutidas, siendo de aplicación lo dispuesto por el artículo 89 de la Ley 37/1992[32].

Así, los sujetos pasivos deberán efectuar la rectificación de las cuotas impositivas repercutidas cuando el importe de las mismas se hubiese determinado incorrectamente o se produzcan las circunstancias que, según lo dispuesto en el artículo 80 LIVA, dan lugar a la modificación de la base imponible.

Sin embargo, pese a que está claro que si no existe empresario que realice una actividad económica no se devenga IVA y, por tanto, si se ingresaron indebidamente en el Tesoro Público cuotas del mismo se debería proceder a la rectificación de las mismas[33]; no está tan claro que sea el «rider» el que pueda solicitar la devolución de las cuotas. Esto ocurre porque el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, en su artículo 14. 2. c) señala que solo pueden instar la devolución del IVA a aquellos que soportan la repercusión del IVA. Y en el caso de la relación «rider»-plataforma digital con carácter mercantil, parte de las cantidades que percibía el «rider» destinadas al abono del IVA no son cantidades destinadas a recompensar la actividad contratada. Es decir, parte de lo que pagaba la empresa al «rider» no se integraba en su patrimonio sino que estaba destinada a pagar la cuota de IVA, luego el «rider» no está legitimado para pedir la devolución.

Esta interpretación —de la que se hace eco la AEAT— tiene origen en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014, número de recurso 1522/2013, que declara en un asunto en el que el vínculo pasa de administrativo a laboral que «las cuantías destinadas al abono del IVA que percibe el prestador de servicios al amparo de un contrato administrativo no son cantidades destinadas a recompensar la actividad comprometida. Se trata de dinero recaudado para el posterior ingreso en favor de la Hacienda Pública y por cuenta de ella —sin perjuicio de que pueda proceder su compensación—; en consecuencia, aunque el vínculo administrativo sea considerado fraudulento y luzca su naturaleza laboral como la verdadera, a la hora de calcular el importe de la indemnización por despido es erróneo integrar en el módulo salarial utilizado el montante de tal Impuesto».

32 La rectificación deberá efectuarse en el momento en que se adviertan las causas de la incorrecta determinación de las cuotas, siempre que no hubiesen transcurrido los cuatro años de la prescripción, contados a partir del momento en que se devengó el impuesto correspondiente a la operación o, en su caso, se produjeron las circunstancias a que se refiere el citado artículo 80 LIVA.

33 En el artículo 89.5 LIVA se posibilitan dos opciones cuando la rectificación determine una minoración de las cuotas inicialmente repercutidas: iniciar ante la Administración Tributaria el procedimiento de rectificación de autoliquidaciones previsto en el artículo 120.3 LGT o regularizar la situación tributaria en la declaración-liquidación correspondiente al periodo en que deba efectuarse la rectificación o en las posteriores hasta el plazo de un año a contar desde el momento en que debió efectuarse la mencionada rectificación. En este caso, el sujeto pasivo estará obligado a reintegrar al destinatario de la operación el importe de las cuotas repercutidas en exceso.

En este fallo, el Tribunal Supremo se remite a un criterio anterior, fijado en sentencia de 20 de octubre de 1989, número de recurso 6008/1988. En dicha resolución, el Tribunal Supremo declaró que el impuesto repercutido por el trabajador a la empresa no era salario. Ello, «dado que la cantidad abonada por la empresa al trabajador por dicho concepto no se integra en su patrimonio, al estar destinada a la Hacienda Pública».

En definitiva, la respuesta a la pregunta de quién tiene derecho a obtener la devolución del IVA ingresado en Hacienda, si el trabajador o la empresa, depende en gran medida de la consideración como salario, o no, de dicho IVA repercutido por el falso autónomo a la empresa[34].

Por el contrario, existe jurisprudencia menor como la sentada por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en una sentencia de 20 de febrero de 2019, número de recurso 1926/2018, ha considerado que los «falsos» autónomos tienen derecho a solicitar la devolución del IVA que ingresaron en Hacienda, porque el Juzgado de lo Social declaró que las facturas emitidas por el trabajador, que incluían IVA y retención, eran salario[35].

En definitiva, el reconocimiento del derecho a la devolución proviene de la consideración de que el IVA que en su día percibió el trabajador de la empresa como parte de la cuantía pagada e ingresó en Hacienda era parte de su salario, cosa que no está clara y sujeta a interpretación, como hemos podido observar.

34 Lo cual hay que probar. En cuanto a la valoración de las pruebas, hay que señalar que en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio general de valoración libre y conjunta de todas las pruebas aportadas, quedando descartado como principio general el sistema de prueba legal o tasada. En sede de IVA, los números 1.º y 2.º del apartado 2 del artículo 13 del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido contienen una relación, a título de ejemplo, de algunos de los medios de prueba que, teniendo en cuenta las circunstancias que normalmente se presentan en los supuestos de hecho a que se refiere, pueden ser utilizados al fin que en dicho precepto se menciona, tal y como se desprende con claridad del principio general de admisión de «cualquier medio de prueba admitido en derecho» que dicho precepto recoge y de las expresiones «en particular» y «cualquier otro justificante de la operación» contenidas en el mismo. Podrán también por tanto ser utilizados a tales efectos otros medios de prueba admitidos en derecho, distintos de los expresamente mencionados en dicho precepto. Se nos antoja al valorar como prueba las facturas en las que se desglosa el IVA pagado por la plataforma digital de manera literal, entendiendo que la cuantía total de base más cuota de IVA no es el total del supuesto salario es una interpretación cuestionable pues una factura y una nómina no son documentos equivalentes correspondientes a realidades equivalentes.

35 Así, el Tribunal Superior de Justicia de Valencia se refiere a que: «Por sentencia firme n.º 402, de dos de octubre de 2015, del Juzgado de lo Social n.º 14 de Valencia, se declaró que la relación entre la actora y la Administración autonómica era y había sido en todo momento de carácter laboral, de manera que las cantidades percibidas de la Conselleria de Educación, Cultura y Deportes previa facturación eran salario, que se fijó en 1.800,84 euros mensuales, incluidas las partes proporcionales de las pagas extraordinarias». Por tanto, toda la remuneración percibida cuando era considerado el vínculo mercantil era considerada «salario» y, consecuentemente, el importe debía ser devuelto al trabajador.

3.3. La regularización en la fiscalidad de la plataforma digital

El concepto de gasto fiscalmente deducible en el Impuesto sobre Sociedades es, en apariencia, sencillo: todo gasto realizado por una entidad es susceptible de ser considerado como tal. En cualquier caso, la contraprestación pagada en concepto de gasto y el gasto que se realiza han de cumplir una serie de requisitos para su consideración como deducibles: la contabilización del gasto y su correlación con los ingresos, la justificación del mismo y la imputación temporal del gasto. Por tanto, modificando asientos contables —cambio de cuenta de proveedores a cuenta del grupo de sueldos y salarios— y cuantías —más elevadas, debido a costes laborales—, tanto los gastos por proveedores de origen mercantil, en un primer término, como los de personal, si se produce la «laboralización del «rider» son deducibles cuando cumplan los requisitos establecidos.

IV. CONCLUSIONES

Habida cuenta lo expuesto y como catálogo sucinto de conclusiones y epítome, debemos considerar:

Primero. La prestación de servicios a las plataformas digitales se debe instrumentar a través de un contrato de trabajo cuando concurran las notas a que se refiere el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores; esto es, cuando el profesional se compromete voluntariamente a prestar sus servicios por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección del empresario a cambio de una retribución. En sentido contrario, dichos servicios podrán realizarse a través de un contrato mercantil de arrendamiento de servicios cuando no concurran los caracteres propios de la relación laboral.

Segundo. En el ámbito de los «riders», en el que opera una presunción de laboralidad a los trabajadores que efectúen servicios de reparto para una plataforma digital, dicha presunción quedaría enervada en el caso que el trabajador quedara personalmente obligado a responder del buen fin de la operación asumiendo el riesgo y ventura de la misma.

Tercero. Sin embargo, es cierto que se ha producido una «laboralización» muy importante en el sector, quedando ciertos reductos como la empresa «Glovo» que insiste en defender la mercantilidad de sus relaciones con los repartidores. Esta «laboralización» del vínculo tiene efectos en la tributación de las cantidades ingresadas en la Hacienda Pública, tanto en la esfera de la imposición directa como en la indirecta.

Cuarto. La «Ley Rider» no regula el ámbito tributario y, por tanto, se podría pensar que no procede regularización alguna respecto a los rendimientos que tributaron como procedentes de actividades económicas antes de su entrada en vigor. No obstante, hay que destacar que el Tribunal Supremo en su sentencia 805/2020, de 25 de septiembre, ha calificado que la relación que existía, entre uno de los trabajadores y una de las empresas más conocidas del sector, era una relación de carácter laboral.

ISSN: 2952-1955

Quinto. Las regularizaciones fiscales en el ámbito del IRPF tenderán a no ser favorables para los «riders»: las cantidades tributadas en IRPF por un «rider» con un vínculo mercantil con su plataforma digital serán usualmente menores que con un vínculo laboral: en la tributación de los rendimientos del trabajo la posibilidad de deducir gastos es muchísimo menor que en rendimientos de actividades económicas. En la actividad del «rider», observada desde un punto de vista económica, encontraríamos gastos deducibles por consumos de explotación, cuota de autónomos, reparaciones y conservación y amortizaciones, no aplicables al régimen de tributación de los rendimientos del trabajo.

Sexto. En sede del Impuesto sobre el Valor Añadido, las regularizaciones debidas al cambio de la naturaleza del vínculo a una relación laboral en régimen de dependencia devendrían en la no sujeción al Impuesto, en virtud del artículo 7.5.º LIVA. En caso de que se hubieran repercutido cuotas del Impuesto, al tratarse de una prestación de servicios no sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido en los términos que se acaban de exponer, será necesario rectificar las cuotas indebidamente repercutidas, siendo de aplicación lo dispuesto por el artículo 89 de la Ley 37/1992.

Séptima. Ahora bien, es una cuestión discutible si el «rider» puede pedir las cuotas indebidamente ingresadas en Hacienda porque el Reglamento general de desarrollo de la Ley General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, en su artículo 14. 2. c) señala que solo pueden instar la devolución del IVA a aquellos que soportan la repercusión del IVA. Y en el caso de la relación entre el «rider» y la plataforma digital con carácter mercantil, las cantidades que percibía el «rider» destinadas al abono del IVA no son cantidades destinadas a recompensar la actividad contratada. Es decir, parte de lo que pagaba la empresa al «rider» no se integraba en su patrimonio sino que estaba destinada a pagar la cuota de IVA, luego el «rider» no está legitimado para pedir la devolución. Existe doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en este sentido, entendiendo que la cantidad abonada por la empresa al trabajador por dicho concepto no se integra en su patrimonio, al estar destinada a la Hacienda Pública.

Octavo. Por otro lado, la jurisprudencia menor ha disentido y ha considerado que los «falsos» autónomos, como los *riders* regularizados, tienen derecho a solicitar la devolución del IVA que ingresaron en Hacienda, declarando que las facturas emitidas por el trabajador, que incluyen IVA y retención, eran salario y llegaron a formar parte de su patrimonio.

Noveno. Las alteraciones en la tributación de las empresas en el plano del Impuesto sobre Sociedades son mínimas, porque son igualmente deducibles las retribuciones a los empleados por sueldos, pagas extraordinarias, dietas y asignaciones por gastos de viaje, retribuciones en especie —incluido el ingreso a cuenta siempre que no se haya repercutido a los perceptores—, que los pagos a proveedores de servicios; ahora bien, los costes sociales de los primeros conllevan una mayor carga económica para la sociedad. Este es el terreno más pacífico.

Décimo. Finalmente, debemos concluir como epílogo que las regularizaciones fiscales en casos de laboralización de «falsos autónomos», como los «riders», suponen un quebradero de cabeza para muchos abogados laboralistas y la clarificación de las mismas es el fin perseguido -que no se si conseguido- de este artículo.

V. BIBLIOGRAFÍA

Ayala Sánchez, A.: «Un triángulo imperfecto: Tics, empresarios y trabajadores», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 59, 2021.

Calvo Vergez, J.: «La problemática de los llamados «falsos autónomos» en el mercado laboral español», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 8, 2020.

Cámara Botía, A.: «La prestación de servicios en plataformas digitales: ¿trabajo dependiente o autónomo?», *Revista española de derecho del trabajo*, n.º 222, 2019, pp. 77-124.

Dieste Cobo, J.M.: «Los trabajadores en las plataformas digitales: ¿autónomos o empleados?: Ser o no ser, la cuestión no resuelta por la Ley Rider. To be or not to be, that is the question not solved by the Riders' law.», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 11, 2021.

García Quiñones, J.C.: «El caso Deliveroo: un ejemplo loable de implicación jurisdiccional a la búsqueda de la verdad material como pauta para la compatibilidad entre la economía colaborativa y el derecho del trabajo», *Derecho de las relaciones laborales*, n.º 6, 2018, pp. 633-640.

García, H. O.: «La prestación personal de servicios de transporte organizados por plataformas electrónicas *(ride sharing)* tomando como referencia a la empresa Uber», *Revista derecho del trabajo*, n.º 18, 2018, pp. 39-62.

Gil de Gómez Pérez-Arados, C.; Imaz Montes, M. del M.: «Economía colaborativa y mercado de trabajo. Un repaso a propósito de la "Ley Rider"», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 81, 2021.

Gil Otero, L.: «Un paso (necesario) más allá de la laboralidad. Análisis y valoración de la propuesta de directiva relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas», *Lex social: revista de los derechos sociales*, vol. 12, n.º 1, 2022, pp. 89-121.

Ginès Fabrellas, A.: «El derecho a conocer el algoritmo: una oportunidad perdida de la "Ley Rider"», *Iuslabor*, n.º 2, 2021.

González Ortega, S.: «Trabajo asalariado y trabajo autónomo en las actividades profesionales a través de las plataformas informáticas», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 138, 2017, pp. 85-123.

Guindo Morales, S.: «Los indicios o notas características del trabajo autónomo y del trabajo por cuenta ajena a raíz de las recientes y relevantes sentencias judiciales sobre los *rider*», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 67, 2020.

SELMA PENALVA, A.: *Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

TRILLO PÁRRAGA, F.: «La "Ley Rider" o El arte del volver», *Revista de derecho social*, n.º 94, 2021, pp. 19-38.

¿CÓMO AFECTAN A LAS TRABAJADORAS LOS RIESGOS PSICOSOCIALES?

HOW DO PSYCHOSOCIAL RISKS AFFECT WOMEN WORKERS?

José María Uris Lloret
Doctor en Género e Igualdad y Doctor en Sociedad, Desarrollo y Relaciones Laborales por la Universidad de Murcia.
joseull@outlook.es
Código ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7936-1567

Enviado el 7 de mayo de 2024; aceptado el 7 de mayo de 2024.

Palabras clave: Trabajo, riesgos psicosociales, salud, género, igualdad.
Keywords: Work, psychosocial risks, health, gender, equality.

Resumen: La exposición a los riesgos psicosociales puede tener consecuencias negativas en la salud, tanto de las trabajadoras como de los trabajadores, no obstante, entendemos que determinadas circunstancias como el papel de la mujer en el trabajo remunerado, la discriminación de la que es objeto en ese ámbito, que ciertas patologías le afectan de forma distinta y el hecho de que el noventa por ciento de las empleadas trabajan en el sector servicios que es donde más incidencia tienen los riesgos de origen psicosocial, requiere un estudio específico que nos facilite avanzar en la prevención de los riesgos que estamos analizando.

Abstract: Exposure to psychosocial risks can have negative consequences on the health of both male and female workers. However, we understand that certain circumstances such as the role of women in paid work or the discrimination they suffer in that area, affect them differently. The fact that ninety percent of the female employees work in the service sector, which is where psychosocial risks have the greatest incidence, requires a specific study that promotes progress in prevention of the risks we are analyzing.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. ENTORNO SOCIOLABORAL. III. LA DESIGUALDAD EN SALUD. IV. LA SALUD LABORAL DE LAS MUJERES. V. LOS RIESGOS LABORALES DE ORIGEN PSICOSOCIAL. VI. REFLEXIONES Y PROPUESTAS.

I. INTRODUCCIÓN

La exposición a los riesgos psicosociales puede tener consecuencias negativas en la salud, tanto de las trabajadoras como de los trabajadores, no obstante en el artículo que les

presentamos vamos a analizar de manera concreta como les afecta a las mujeres, aunque existan muchos puntos comunes con sus compañeros varones. Vamos a realizar ese examen especifico porque entendemos que existen ciertas particularidades que tienen más incidencia en el colectivo femenino que en el masculino, por lo que valoramos que deben ser objeto de un estudio más pormenorizado, debido a que nos puede facilitar conocer mejor los efectos que pueden tener esas patología en las trabajadoras y los medios que se debían utilizar para identificar y evaluar dichos riesgos. Asimismo, al realizar ese análisis tan determinado nos permitirá efectuar unos avances que redundaran en beneficio del conjunto de las personas trabajadoras.

Para apoyar nuestro razonamiento, vamos a situarnos, por ejemplo, en el acoso sexual en los lugares de trabajo, aunque ese riesgo laboral puede afectar a trabajadores de ambos sexos, la realidad es que su incidencia es significativamente mayor en el colectivo femenino que en el masculino. Además, la motivación de esas agresiones y las circunstancias que concurren en esos hechos son significativamente distintos si la persona acosada es una mujer o es un hombre, como veremos en el apartado correspondiente, por lo que creemos que para profundizar en el campo que estamos tratando y aportar un examen que sea de utilidad para evitar que se produzcan dichos comportamientos violentos, debemos realizar un estudio específico teniendo en cuenta el sexo de la persona agredida.

Aun cuando el riesgo laboral que hemos tomado como referencia es muy evidente su distinta incidencia en mujeres y hombres, existen otros riesgos organizacionales y también situaciones específicas que atañen de forma distinta según el sexo de la persona, por lo que es necesario tener en cuenta esas circunstancias cuando se realiza la planificación preventiva en una organización productiva.

Igualmente, para acercarnos a los temas que pretendemos desarrollar: trabajadoras y riesgos psicosociales, queremos detenernos en el importante nivel de desconocimiento que existe sobre el papel de la mujer en el trabajo remunerado, así como con las patologías de origen psicosocial. A estas últimas se les denomina con frecuencia riesgos emergentes, pese a que situaciones como la violencia siempre han estado presente en los centros productivos. Asimismo, aunque la presencia de las mujeres en un número significativo en el mercado de trabajo es de hace aproximadamente seis décadas, las mujeres siempre se han responsabilizado de las tareas reproductivas y muchas de ellas han realizado diversos empleos para aportar un salario a la economía familiar; la discriminación de que han sido objeto y la invisibilización de su trabajo ha facilitado que se desconozca en una medida importante las circunstancias que acontecen a las trabajadoras en el tejido productivo.

Finalmente, queremos resaltar que estamos ante unos riesgos muy complejos, en nuestro opinión los que presentan más dificultad para su evaluación y prevención en los lugares de trabajo. Igualmente, la situación de las mujeres en el mercado laboral, debido al papel secundario en la que se la ha tenido durante muchos años y en algunos espacios del mundo de trabajo aún persiste esa situación, en algunas cuestiones su análisis entraña más dificultad que el de sus compañeros varones por un déficit en los estudios que se debían de haber realizado, lo que implica que examinar como afectan los riesgos laborales de índole psicosocial de forma específica a las mujeres sea una tarea ardua, pero necesaria y urgente realizarla, porque una gestión ineficaz en la prevención de riesgos laborales afectan a la salud de las personas trabajadoras teniendo consecuencias negativas en su carrera profe-

sional, así como en su autonomía personal, debido a que las deficiencias en su bienestar limitan la realización de sus proyectos de vida.

Por todo lo expuesto, estimamos que para desarrollar las cuestiones descritas en el espacio que nos ofrece un artículo, debemos analizar, en primer lugar, el entorno social y laboral donde se desenvuelven las mujeres, porque difícilmente unas patologías que están vinculadas a elementos como el estrés o la carga mental, entre otros, no se pueden estudiar sin tener en cuenta las circunstancias que afectan a las personas.

En segundo lugar, debido a que estamos tratando temas que están en el campo de la salud, debemos observar cual es la situación de la mujer en dicho ámbito, si en esa área tiene un papel secundario o se le presta la atención adecuada que le garantiza un cierto bienestar y calidad de vida.

En tercer lugar, analizaremos la salud laboral de las empleadas y la protección que se les dispensa en dicho campo. Porque además de los obstáculos a que han tenido que hacer frente para poder realizar su carrera profesional, que han sido múltiples, también se han visto afectadas por unas medidas de prevención de riesgos laborales que no contemplaban en toda su dimensión las patologías que les podían afectar, ya que el mundo del trabajo era y sigue siendo un espacio masculino.

En último lugar, analizaremos los riesgos psicosociales y en qué medida afectan a las trabajadoras. Debido a que no existe un catálogo cerrado y excluyente de los riesgos laborales que estamos tratando y que los avances en la investigación científica están identificando otros riesgos profesionales que se pueden conceptuar como psicosociales, expondremos, los que a nuestro juicio, pueden ser más graves para la salud mental y física de las trabajadoras.

Una vez expuestas las premisas sobre las que se va a desarrollar el trabajo, pasaremos al análisis de las cuestiones que hemos considerado más relevantes, con el fin de acercarnos a la situación en que están las trabajadoras en materia de salud laboral y en qué medida esa coyuntura pueda condicionar su evolución profesional.

Asimismo, queremos reiterar que algunas cuestiones que expondremos afectan también a los trabajadores varones, es evidente que viven en la misma sociedad y prestan sus servicios en los mismos centros productivos, pero en algunas circunstancias la presencia del colectivo femenino es mayor y se debe tener en cuenta ese hecho. Citamos, como ejemplo, los problemas de conciliación que puede tener una familia monoparental, las dificultades que se le presente al responsable del hogar serán las mismas, indistintamente que sea una mujer o un hombre, pero la realidad es que en la mayoría de esos hogares está una mujer al frente, por lo que consideramos que es importante tener en cuenta esas matizaciones al tratar temas que pueden afectar tanto a un hombre como a una mujer.

II. ENTORNO SOCIOLABORAL

Los riesgos psicosociales afectan a todas las personas trabajadoras, tanto en horario de trabajo, como fuera del centro productivo, bien estén empleadas o desocupadas. Porque una de sus características es que se extienden en el espacio y en el tiempo. Los otros riesgos laborales

suelen estar de alguna manera delimitados espacial y temporalmente, se circunscriben a un espacio y habitualmente a un momento concreto. Una cultura organizacional o un clima psicosocial no están ubicados en ningún lugar ni es posible precisarlos en un determinado momento.

Asimismo, nuestro estado de salud está muy vinculado al entorno social y laboral en que nos desenvolvemos. La persona como afirmaban Marx y Kierkegaard «se halla ligada inexorablemente a un contexto concreto»[1]. El tiempo y el lugar en que vivimos nos puede facilitar nuestros proyectos o por el contrario los puede limitar, lastrando los objetivos que pretendemos lograr, porque las circunstancias que nos acontecen condicionan nuestra vida, a veces de forma notable. Como indicaba Marías: «Lo que tengo que hacer está condicionado por las circunstancias, que por lo pronto no son más que facilidades y dificultades, que llegarán a ser la fuente de mis posibilidades»[2].

Si nuestro estado de ánimo puede estar estrechamente condicionado por nuestra vida laboral y la satisfacción o frustración que nos proporciona el trabajo influir en nuestro bienestar, de la misma forma las condiciones de vida que disfrutemos o de las que consideramos que carecemos pueden afectar a nuestra carrera profesional. Si ese es un hecho constatado en líneas generales, cuando tratamos los riesgos laborales que estamos estudiando, debido a sus características, la asociación de salud, trabajo y condiciones de vida es más estrecha.

En este sentido Blázquez afirma: «la salud se produce o se pierde en la vida, según las posibilidades de tener un trabajo con buenas condiciones, disponer de alimentos seguros y saludables, de tiempo para cuidarse, hacer ejercicio físico, tener ocio, relaciones sociales, acudir a un programa preventivo»[3].

Por lo que valoramos que es muy importante al realizar un análisis sobre la salud laboral de las personas trabajadoras, observar el entorno, las circunstancias en las que evoluciona la persona. A este respecto, Lemkow y Espluga afirman: «la ubicación económica y las circunstancias sociales de un colectivo determinan en gran medida sus condiciones de vida y trabajo, la calidad de su vivienda y medio ambiente, el grado de escolarización, el acceso y uso de servicios y recursos sanitarios»[4].

En atención a lo que hemos formulado en los párrafos precedentes nos vamos a situar en el entorno en que viven las trabajadoras, porque su conocimiento nos facilitará el estudio que nos proponemos. De esta forma sabremos si las circunstancias en que se desenvuelven pueden ser favorables para su bienestar o por el contario pueden originarle problemas de salud.

---

1 Hersch, J., «El instante», en *Kierkegaard vivo*. Sartre, Heidegger, Jaspers y otros. Obra colectiva. Sánchez Pascual, (Trad.), Alianza Editorial, Madrid, 1980, p.77.

2 Marías, J., *Acerca de Ortega*, Editorial Revista de Occidente, Madrid, 1971, pp.124 a125.

3 Blázquez Rodríguez, M. I. y Montes Muñoz, M. J., «Primera Parte. 1. Aspectos actuales en los cuidados de enfermería a la salud de las mujeres. La perspectiva de género en la salud», en *Enfermería de la mujer. Grado de enfermería*, obra colectiva, Coord. Martínez Ortega, R. M. y García Perea, E., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2011, p.4.

4 Lemkow, L. y Espluga, J., *Sociología ambiental. Pensamiento socioambiental y ecología social de riesgo*. Segunda edición. Icaria, 2017, p.236.

Queremos matizar, que en principio los problemas de vivienda, transporte, etc., son comunes a trabajadores de ambos sexos, pero debido a la discriminación que sufren las mujeres en todos los espacios, la brecha de género, la limitación al acceso de puestos directivos, etc., la precariedad les afecta más a ellas que a ellos, por lo tanto las condiciones de vida de las mujeres están expuestas a más fragilidad, pudiendo repercutir ese hecho en su carrera profesional.

Una clara muestra de lo que estamos afirmando lo tenemos en las familias monoparentales que citábamos en el primer apartado, según el 10.º Informe monomarentalidad y empleo realizado por la Fundación Adecco en el 2022, «en el año 2021, el riesgo de pobreza y/o exclusión social alcanzó el 54,6 % en los hogares monoparentales a cargo de la madre, la cifra más alta desde 2010»[5].

Expuestas las anteriores consideraciones nos vamos a situar en el entorno en que viven las trabajadoras, porque su conocimiento nos facilitará el estudio que nos proponemos. De esta forma sabremos si las circunstancias en que se desenvuelven pueden ser favorables para su bienestar o por el contario pueden originarle problemas de salud.

Así, nos acercamos a la posición y el papel de la mujer en la sociedad, así como en el ámbito laboral. En suma, donde vive, como vive, de qué forma puede llevar adelante sus proyectos, sus objetivos, en fin, sus sueños. En qué medida el tener un empleo le facilita su vida o por el contario no le ayuda a conseguir sus logros. Como afirma Rojas: «La *situación* comprende el entorno de la persona, las circunstancias que la rodean. La situación condiciona y limita al individuo, le marca una geografía»[6].

Como acaba de señalarse, ¿cuál es el paisaje que tienen las mujeres y también los varones en el siglo XXI?, sin lugar a dudas, bastante desolador. Aunque se inició el milenio con muy buenas perspectivas, la economía funcionaba razonablemente bien, nuestro país en el año 2002 entraba en la zona euro, se creaban un número importante de puestos de trabajo y se vaticinaba que en un futuro cercano se lograría el pleno empleo, que «es el núcleo sobre el que se configuró el Estado de Bienestar»[7].

Pero la ilusión de volver a los treinta gloriosos se desvaneció pronto, la crisis financiera del año 2007 tuvo una gran incidencia sobre el empleo y a principios del año 2009 los incrementos de las cifras de paro parecían imparables, pasándose de un cierto bienestar, en cierta medida ficticio —porque aún distaba mucho de haberse logrado—, al miedo, situación que nos recordaba el título del manual de Anisi: «Creadores de escasez. Del bienestar al miedo»[8].

Dicha conmoción financiera fue de tal impacto que sus efectos han permanecido durante varios años y cuando los expertos vaticinaban que ya estaba casi superada la recesión económica, nos vimos inmersos en la pandemia ocasionada por el COVID-19, cuando aún no habíamos dejado atrás la pesadilla de la epidemia, se inició la invasión de Ucrania, con lo que

5 Fundación Adecco, *10º Informe monomarentalidad y empleo*, 2022, p.1. Recuperado el 26 de octubre de 2022 de: https://fundacionadecco.org/wp-content/uploads/2022/09/INFORME-MONOMARENTALIDAD-Y-EMPLEO_2022.pdf

6 Rojas, E., *¿Quién eres? De la personalidad a la autoestima*. Ediciones Temas de Hoy, Madrid, 2001, p.97.

7 Anisi Alameda, D., «Pleno empleo: el núcleo del estado de bienestar», en Ekonomiaz: *Revista vasca de economía*, 1998, n.º 42, p.10.

8 Anisi Alameda, D., «Creadores de escasez. Del bienestar al miedo», *Alianza Editorial*, Madrid, 1995.

se puede afirmar, sin riesgo de equivocarnos, que el joven siglo XXI se está mostrando como un campo de minas del que va a ser difícil salir ilesos, así que las generaciones más jóvenes solo han conocido un escenario de crisis en el desarrollo de su carrera profesional, con todas las circunstancias negativas que esa coyuntura conlleva. Tanto para ellos, como también para los menos jóvenes, porque aunque han conocido épocas mejores, el haber estado varios meses haciendo frente a adversidades deja huella en la ciudadanía.

De esta forma, los tiempos tan difíciles que hemos vivido durante décadas, agravados por las crisis económicas referidas en los párrafos anteriores, han originado que en el acceso al mercado de vivienda, que nunca ha sido fácil para la clase trabajadora, se hayan incrementado notoriamente las dificultades, suponiendo un esfuerzo muy importante para las personas, aunque es «un derecho al que todo ciudadano, según mandato constitucional, debería poder acceder y así satisfacer una necesidad social básica que es imprescindible para que cualquier persona se desarrolle dentro de una determinada sociedad»[9].

Asimismo, el cambio demográfico tan importante que ha tenido lugar en España en las últimas décadas, pasando de ser un país eminentemente rural, a vivir la mayor parte de la población en ciudades, sin tiempo de transición, ha incrementado las barreras para acceder a una vivienda.

A este respecto, Molino afirma: «El Gran Trauma (así, con mayúsculas) consiste en que el país se urbanizó en un instante. En menos de veinte años, las ciudades duplicaron y triplicaron su tamaño, mientras vastísimas extensiones del interior que nunca estuvieron muy pobladas se terminaron de vaciar»[10].

El escenario expuesto en el párrafo anterior ha dado lugar a que tengan problemas, tanto las personas que se han quedado en las zonas más despobladas, como las que han migrado a zonas urbanas. Porque las primeras, al disminuir la población tienen más dificultades para acceder a servicios básicos necesarios, teniendo en algunos casos que hacer varios kilómetros para que los atiendan, y las segundas, al incrementarse la demanda de viviendas, tienen que hacer un esfuerzo económico más importante para comprar o alquilar un piso, que con frecuencia está a una distancia considerable del lugar de trabajo.

Por lo que ese movimiento migratorio ha tenido consecuencias negativas en algunas facetas de la población, entre otras, en la calidad de vida. Situándonos en las trabajadoras, que son el objeto del presente estudio, y centrándonos, por ejemplo, en la conciliación de la vida laboral y familiar, que debido a los déficits de atención y un modelo social desfasado es en un problema de ellas, se observa que las mujeres que viven en zonas rurales no tienen servicio de guarderías o, en muchos casos, se encuentran lejos de su domicilio, con lo que tienen que sumar a su tiempo de trabajo el desplazamiento al centro educativo o cívico.

Igualmente, las mujeres que viven en zonas urbanas usualmente tienen más cerca de casa el centro de conciliación de la vida laboral y familiar, pero al tener el lugar de trabajo lejos,

9 Echaves García, A., «El difícil acceso de los jóvenes al mercado de vivienda en España: precios regímenes de tenencia y esfuerzos», en *Cuaderno de Relaciones Laborales*, 2017, Vol. 35, n.º 1, p.128.

10 Molino (del), S., *La España vacía. Viaje por un país que nunca fue*. Decimotercera reimpresión. Turner Publicaciones, Madrid, 2018, p.28.

también invierten más tiempo en los desplazamientos a la empresa donde prestan sus servicios, lo que afecta a su periodo de descanso, pudiendo incrementar su estado de ansiedad.

Además, como indican Carrasquer y Torns: «la vida puede ser precaria, la situación política o la vivienda también»[11]. Lo que conlleva que muchas trabajadoras en zonas urbanas vivan en pisos compartidos, con menos intimidad y calidad de vida, así como muy distantes de su centro de trabajo.

En Madrid, por ejemplo, a causa del alto coste de la vivienda un número importante de personas se han ido a vivir a pueblos de las provincias limítrofes, con las dificultades, entre otras, administrativas y de transporte, que les puede originar el vivir en otra comunidad Autónoma. En Pozo de Guadalajara, por ejemplo, consiguieron en el año 2019, debido al incremento de la población que había llegado de Madrid, «que un autobús de la Comunidad de Madrid cambie su trayecto para pasar por allí y les deje —o recoja— en Alcalá de Henares»[12]. Hasta que se aprobó esa línea, carecían de dicho servicio y las facilidades que les puede proporcionar ese recurso.

Por lo expuesto en el desarrollo del epígrafe que estamos concluyendo, se puede observar que las trabajadoras afrontan cotidianamente situaciones adversas, que sin lugar a dudas, dejan huellas en su estado de salud y por lo tanto en su bienestar, pudiendo repercutir desfavorablemente en su trabajo y en su realización profesional y personal.

III. LA DESIGUALDAD EN SALUD

Debido al papel secundario que se ha relegado a las mujeres a través de la historia en todos los espacios, la salud, pese a ser un elemento básico y de gran trascendencia en la vida de las personas, no ha sido una excepción y el modelo en que se ha centrado la investigación médica para el estudio y prevención de las enfermedades, ha sido como en otros campos de la ciencia, un varón de raza blanca y heterosexual.

De lo que se deduce, un retraso significativo, que ha perdurado durante varios siglos, en el estudio de todo lo que acontece a las personas del sexo femenino en el campo de la salud y las graves consecuencias que tiene esa demostración de tan poca inteligencia, no solo para las mujeres, aunque evidentemente son las más perjudicadas, sino para toda la ciudadanía, porque una sociedad que no trata de forma igualitaria a todos sus integrantes no progresa.

Es necesario contemplar en todo lo que acontece en materia de salud y también, en otros campos, las diferencias biopsicosociales de cada sexo y un claro exponente lo tenemos en la Ley 28/2005, de medidas sanitarias frente al tabaquismo, que en la Exposición de Motivos señala que no se puede desconocer que el fenómeno del tabaquismo no se manifiesta de

11 Carrasquer, P., y Torns, T., «Cultura de la precariedad: conceptualización, pautas y dimensiones. Una aproximación desde la perspectiva de género. Sociedad y utopía», en *Revista de Ciencias Sociales*, 2007, n.º 29, pp.143 a 144.

12 Jorrín, J., Zuil, M. y Escudero, J., «La llegada de trabajadores cualificados a Madrid expulsa a las clases populares a las provincias vecinas», en *El Confidencial*, 1 de octubre de 2019. Recuperado de: https://www.elconfidencial.com/economia/2019-10-01/exodo-urbano-espana-salidas-madrid-burbuja_2240163/

igual manera en hombres y mujeres, hay diferencias en las causas que inducen al consumo, en la adicción y en la respuesta a los tratamientos, existiendo un mayor impacto negativo en la salud de las mujeres, por lo que es necesario contemplar la perspectiva de género en todas y cada una de las estrategias que se desarrollen para el abordaje del tabaquismo[13].

Asimismo, son numerosas las personas que desde el campo de la investigación, desde diversas disciplinas académicas, se manifiestan en este sentido, entre otras, citamos a Valls especializada en medicina con perspectiva de género que señala: «Existen factores de riesgo diferenciales que deberían ser prevenidos o abordados de forma diferente entre mujeres y hombres, como las causas de patología cardiovascular, diabetes Mellitus o la obesidad»[14].

En atención a las enfermedades cardiovasculares que se asocian más a las personas del sexo masculino Fernández señala que «es la primera causa de muerte de las mujeres, en el año 2019 causo el 35 % de los fallecimientos, frente al 3 % del cáncer de mama»[15]. Asimismo, Rohlfs *et al*., indican que un «número importante de estudios nos informan que las mujeres presentan un mayor tiempo de demora entre el inicio de los síntomas y la llegada al hospital»[16].

En base a lo anterior, se deduce que se debe hacer un esfuerzo significativo en investigación para actualizar el conocimiento sobre la salud de las personas del sexo femenino, debido a que los déficits que existen en la actualidad repercuten negativamente en su bienestar, lastrando de forma notable el progreso de la ciudadanía, porque la sociedad necesita las aportaciones que puedan realizar todos sus integrantes y para ello es necesario ir «desmontando la desigualdad, la inequidad y la injusticia, la opresión y la subordinación genérica que condiciona sus vidas»[17].

IV. LA SALUD LABORAL DE LAS MUJERES

El trabajo, entre otros hechos, dignifica a la persona y puede dar sentido a sus vidas, si consideran que las tareas que están realizando pueden ser de utilidad para el resto de la ciudadanía, si observan que su labor está contribuyendo positivamente con el progreso de la sociedad. En este sentido, Rojas señala que para muchas personas «el empleo constituye una fuente positiva de identidad personal y social que les ayuda a definirse, a valorarse y nutre en ellas el sentido de la propia competencia y la satisfacción con la vida»[18].

13 BOE n.º 309, de 27 de diciembre de 2005.

14 Valls-Llobet, C., *Mujeres, salud y poder*. 2.ª edición. Ediciones Cátedra. Universitat de Valencia. Instituto de la Mujer, 2010, pp.160 a 161.

15 Fernández-Friera, L., «El mayor enemigo de la mujer es el infarto y sigue siendo un desconocido», en *El Confidencial*, 14 de febrero de 2022. Recuperado de: https://www.alimente.elconfidencial.com/bienestar/2022-02-14/mayor-enemigo-mujer-infarto-aun-desconocido_3371126/

16 Rohlfs, I., y otros. «Género y cardiopatía isquémica», en *Gaceta Sanitaria*, septiembre-octubre, 2004, Vol. 18, n.º 5. Recuperado del 20 de agosto de 2022 de: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112004000500008

17 García Ruíz, M. D. y Frías Pérez, A., *Glosario de términos de violencia e igualdad*. Centro de Estudios, Planes de Emergencia y Proyectos, Murcia, 2008, p.19.

18 Rojas Marcos, L., *Superar la adversidad*. Espasa, Madrid, 2010, pp.24 a 25.

Ese bienestar que contribuye a la autoestima de la persona, lo puede proporcionar tanto el trabajo reproductivo como el productivo, porque les da «oportunidades para desarrollar la autoestima y la confianza en la propia capacidad de decidir, el apoyo social para personas que de otra forma estarían aisladas y las experiencias que aumentan la satisfacción con la vida»[19]. No obstante, hasta hace aproximadamente seis décadas, las mujeres tenían muy limitado el acceso al mundo laboral y a los beneficios que proporciona un empleo.

Además, como indican los autores citados anteriormente «el salario aporta a las mujeres independencia económica e incrementa su poder en la unidad familiar»[20]. Sin embargo, también debemos observar que la realización de las tareas productiva puede originar problemas importantes en la salud, debido a que las condiciones de trabajo pueden afectar en el equilibrio físico, mental y social de las personas, porque «el trabajo siempre produce modificaciones en el medio ambiente. Éstas pueden ser mecánicas, físicas, químicas, biológicas, psíquicas, sociales y morales»[21].

En atención a todo lo expuesto, es muy importante promover la seguridad y salud en los lugares de trabajo, pero sí a nivel general la protección de la salud de las personas del sexo femenino presenta un déficit significativo en relación con la de los varones, como hemos expuesto en el epígrafe anterior, en el ámbito laboral, debido a la discriminación que han sufrido las mujeres en esa área a través de la historia, la situación, si cabe, es notablemente más desfavorable para dicho colectivo.

Además, debido a que la presencia de las mujeres en el tejido productivo ha sido minoritaria hasta hace aproximadamente cincuenta años, las investigaciones en salud y seguridad en el trabajo se han centrado casi de forma exclusiva en relación con los trabajadores, olvidándose de lo que acontece a las trabajadoras, salvo en algunas pocas excepciones. Como señalan Blázquez y Montes, «la promoción y protección de la salud de las mujeres trabajadoras es a menudo sólo visible en relación con el embarazo y la lactancia, pensándose en los efectos que pudiera tener su trabajo para la criatura»[22].

Pero como afirman las autoras precitadas «un abordaje desde la perspectiva de género exige que pensemos primero en la salud de las propias mujeres, pues si éstas no disponen de un buen estado de salud, tampoco la dispondrán sus criaturas, ni ellas mismas podrán estar en condiciones para su cuidado»[23].

Siguiendo esos argumentos, se entiende fácilmente que lo más coherente es abordar de forma efectiva todos los ámbitos de seguridad y salud que se presentan en el espacio productivo, porque las lagunas o deficiencias que existan en un área pueden repercutir negativamente en el equilibrio físico-psíquico-social de la persona y en su realización en el mundo del trabajo.

---

19 Artazcoz, L., Escribá-Agüirc, V., y Cortés, I., «Género, trabajos y salud en España», en *Gaceta Sanitaria*, 2004, n.º 18, pp.24 a 35.

20 *IBIDEM*.

21 Gómez Etxebarria, G., *Manual para la formación en prevención de riesgos laborales*-Curso Superior-3.ª edición. Ecoiuris, Barcelona, 2006, p.49.

22 Blázquez Rodríguez, M.I. y Montes Muñoz, M.J., «Primera Parte. 1. Aspectos actuales en los cuidados de enfermería a la salud de las mujeres. La perspectiva de género en la salud», *ob. cit*., p.12.

23 *IBIDEM*.

Porque la salud es un pilar básico y esencial en la proyección de la persona, y la protección de ese espacio tan vital, es fundamental en la construcción de nuestra carrera profesional. Aunque el argumento expuesto es tan obvio, y por lo tanto sería innecesario plantear esa cuestión, los hechos nos obligan reiteradamente a fijarnos en ese punto.

Asimismo, queremos resaltar que aunque a la maternidad se le da una protección especial en la prevención de riesgos laborales, existen importantes lagunas al respecto, porque se está realizando una gestión ineficaz en relación a los factores de riesgos psicosociales. Si tenemos en cuenta que la mayoría de las trabajadoras están empleadas en el sector servicios, que es donde más incidencia tienen dichos riesgos, podemos afirmar, que esa gestión deficiente en el apartado de salud que estamos tratando, afecta a un número considerable de mujeres en esa etapa tan importante en sus vidas.

Conociendo los legisladores el déficit de información y las escasas medidas de prevención respecto a los riesgos psicosociales en las trabajadoras embarazadas, que hayan dado luz recientemente o en periodo de lactancia, al redactar la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en su disposición final tercera, encomienda al entonces Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales la elaboración de unas directrices sobre la evaluación del riesgo laboral de la mujer embarazada, que haya dado a luz recientemente o en periodo de lactancia. Documento que elabora el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, -con cierto retraso, por cierto, porque el plazo era de seis meses- dando cumplimiento a ese mandato y que tiene como principal objetivo, poner a disposición de los diferentes agentes implicados unas recomendaciones para la identificación y evaluación de los riesgos y para la puesta en marcha de las correspondientes medidas preventivas.

Aunque somos conscientes de lo amplio y complejo que es el ámbito de la prevención de riesgos laborales, queremos anotar con el máximo respeto a los autores de la obra —que consideramos que hace una importante aportación en este campo—, que los riesgos psicosociales, de 132 páginas que tiene el documento, sólo ocupan 10, lo que supone menos de un ocho por ciento del citado trabajo, si además observamos que en el sector servicios que es donde más incidencia tienen dichos riesgos está empleado más del 90 % de la población femenina activa, deducimos que es un exponente de la escasa atención que se le está prestando a las dolencias objeto de estudio, en el área de la salud laboral.

Asimismo, dado el exiguo espacio que tienen los riesgos psicosociales en el documento citado, no se contempla en el mismo, acciones, como por ejemplo el acoso laboral a las mujeres embarazadas, que lamentablemente tienen una incidencia muy alta, aunque como sucede con otros tipos de violencia hacia las mujeres, desconocemos los datos reales de esas acciones tan lamentables.

En atención a todo lo expuesto, consideramos que en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo se debe observar que existen riesgos laborales específicos de las mujeres y circunstancias concretas que atañen solo a ese colectivo, porque como afirma González, «múltiples determinantes relacionados con el sexo y con el género provocan que unas y otros estén expuestos a diferentes riesgos, y además que lo hagan de forma diferente»[24].

24 González Gómez, M. F., «Salud laboral y género. Apuntes para la incorporación de la perspectiva de género en el ámbito de la prevención de riesgos laborales», en *Medicina y seguridad del trabajo*, 2011, n.º 57, p.101.

V. LOS RIESGOS LABORALES DE ORIGEN PSICOSOCIAL

En el sector terciario que emplea a más de las tres cuartas partes de la población activa, trabajan casi nueve de cada diez mujeres, según el Informe del Mercado de Trabajo de las Mujeres del año 2019, siendo este el único sector donde la afiliación femenina supero a la masculina, según dicho Informe del año 2021.

De lo que se deduce la presencia tan importante de las mujeres en el sector servicios, así como lo trascendental que puede ser para su calidad de vida conocer los riesgos que pueda originar el trabajo en ese ámbito productivo, donde destacan por su alta incidencia los riesgos de origen psicosocial.

Según Moreno y Báez: «Un riesgo psicosocial laboral es el hecho, acontecimiento, situación o estado que es consecuencia de la organización del trabajo, tiene una alta probabilidad de afectar a la salud del trabajador y cuyas consecuencias suelen ser importantes»[25].

Así, la repercusión de los riesgos emergentes es tan significativa que el estrés en el trabajo se denota como uno de los principales problema de salud que afecta a las personas trabajadoras, equiparado y probablemente superior, al que provocan los riesgos ergonómicos, en especial los dolores de espalda. Siendo, por tanto, las patologías originadas por los factores psicosociales y ergonómicos lo que más incidencia tienen en los lugares de trabajo. «Según datos de Eurostat, el estrés es el segundo problema de salud más frecuente entre los trabajadores tras los trastornos musculoesqueléticos»[26].

Pese a esos datos tan relevantes y a que la presencia de los riesgos psicosociales en los centros productivos se detectó hace cerca de cien años, aunque fue en la década de los setenta del siglo pasado cuando se empiezan a estudiar los problemas que originan los factores psicosociales, su prevención ha sido y sigue siendo, en líneas generales, muy deficiente.

En la actualidad aún hay un importante número de empresas que no realizan una evaluación de dichos riesgos adecuadamente. A este respecto, Ana García de la Torre, secretaria de Salud Laboral y Medio Ambiente de UGT, «asegura que los riesgos psicosociales son la gran asignatura pendiente de la prevención de riesgos laborales en España»[27].

De esta forma, tenemos que riesgos tan importantes, entre otros, como el estrés, la violencia en el trabajo, la conciliación de la vida laboral y personal, la adicción al trabajo, el síndrome

25 Moreno Jiménez, B. y Báez León, C., *Factores y riesgos psicosociales, formas, consecuencias, medidas y buenas prácticas*. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Universidad Autónoma de Madrid, 2010, p.17.

26 Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. Recuperado el 28 de noviembre de 2022 de: https://www.insst.es/estres-laboral

27 Sánchez-Silva, C., «La pandemia silenciosa: la salud mental de los trabajadores empeora a gran velocidad», en *El País*, 26 de febrero de 2021. Recuperado de: https://elpais.com/economia/2021-02-25/la-pandemia-silenciosa-la-salud-mental-de-los-trabajadores-empeora-a-gran-velocidad.html

de burnout y el acoso moral, sexual y por razón de sexo no se conocen de forma apropiada, por lo que no se da una formación y una información correcta sobre dichos problemas y, en consecuencia, siguen teniendo una incidencia notable en el tejido productivo.

Debido a que el trabajo que les estamos exponiendo se centra en los riesgos psicosociales y de qué forma afectan a las trabajadoras, antes de tratar de forma más pormenorizada los riesgos que consideramos más importantes, queremos también trasladarles de forma concisa otros riesgos del universo psicosocial que también pueden afectar al bienestar de las empleadas, aunque algunos de ellos, como la adicción al trabajo, son de una enorme complejidad afectando esta circunstancia a las medidas de prevención de que se deben realizar.

Iniciamos estos breves apuntes con el último riesgo citado, porque además de las dificultades que entraña dicha patología, en la era digital donde muchas veces a causa de las nuevas tecnologías se confunden los límites entre tiempo de trabajo y ocio se puede originar con más facilidad la adicción al trabajo, término que emerge en la sociedad Norteamérica en la década de los setenta del siglo pasado.

En una época en que muchas empresas valoran más el tiempo de trabajo que las aportaciones de calidad que realicen las personas empleadas, se presenta muy difícil erradicar ese patología, no obstante, algunas organizaciones ya son conscientes que esa actitud, por el tiempo, además de tener consecuencias negativas en la salud de la persona, también perjudican a las organizaciones productivas y evalúan implantar medidas preventivas.

La adicción al trabajo puede tener una importante presencia, entre otros colectivos, en las personas que trabajan por cuenta propia, porque no existe un límite en el horario de trabajo y para poder sacar adelante su proyecto trabajan muchas horas, pudiendo originárseles esa dependencia. En el grupo profesional referido, la proporción de hombres es superior a la de mujeres, pero en los últimos años se han incrementado notablemente la cifra de trabajadoras autónomas debido a la promoción que ha tenido dicha actividad profesional, desde diversos ámbitos, para reducir las enormes cifras de paro.

También queremos hacer referencia al síndrome de quemarse por el trabajo que afecta en mayor medida a las empleadas y empleados que trabajan con personas y que tienen una incidencia muy elevada en los sectores sanitarios y educativos, donde la proporción de mujeres empleadas es muy superior a los varones, como en otras dolencias que afectan más a las integrantes del sexo femenino, a estos hechos no se le está dando la atención que pudiera corresponder.

Finalmente, analizamos la violencia que sufren las mujeres en los centros productivos, que se debe principalmente a que un importante número de varones no admitan su presencia en los lugares de trabajo por sentirse amenazados por la competencia que podían originarle las trabajadoras, como afirmaba Millet, «el patriarcado es una ideología dominante que no admite rival»[28].

Dichos comportamientos incívicos no son de un tiempo pasado, están muy presentes en el mundo laboral al igual que en otros ámbitos de la sociedad. Es muy difícil erradicar o corregir en una medida importante la violencia relacional, si no se realiza una prevención de riesgos labo-

28 Millet, K., *Política sexual*. Bravo García, A. M. (Trad.) Traducción revisada por Martínez Gimeno, C. Ediciones Cátedra, Madrid, 2010, p.82.

rales adecuada, que evalúe con determinación las características de ese fenómeno profesional y proponga las medidas más eficaces para afrontar esos procesos conflictuales degradantes.

Sí además tenemos en cuenta que estamos ante un fenómeno complejo del que encima desconocemos su dimensión, ya que un número importante de trabajadoras no relevan ser víctimas de agresiones, prevenir la patología laboral que estamos analizando, supone una tarea muy ardua por las dificultades que entraña.

1. El acoso sexual en el ámbito laboral

El artículo 7.1 de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres define el acoso sexual *como cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo*.

Aunque la LOIMH que contiene el concepto que hemos transcrito en el párrafo anterior está publicada en el año 2007 y los estudios que consideraban el acoso sexual en el trabajo como problema social lo iniciaron feministas norteamericanas de la Universidad de Cornell (Nueva York) a principios de la década de los setenta del siglo anterior, en la actualidad sigue existiendo un desconocimiento muy importante sobre esos comportamientos violentos, que principalmente sufren las mujeres, dificultando una prevención eficaz de esas agresiones.

Aun cuando en la primera década del siglo XXI se inició la publicación de protocolos de actuación para prevenir las distintas modalidades de acoso en las organizaciones productivas. Teniendo en los últimos diez años un incremento significativo la difusión de los procedimientos de actuación que se supone que siempre es un avance para erradicar la violencia sexista, pero si no se realiza la evaluación de los riesgos de origen psicosocial, no se examina bien el procedimiento y no se hace un seguimiento de los conflictos interpersonales que se producen en el seno de la organización, el sistema que hemos puesto en funcionamiento no será eficiente, repercutiendo negativamente en la salud de las personas que integran la plantilla y en el funcionamiento de la compañía mercantil.

En este sentido, se expresan Gimeno, Mejías y Carbonell al afirmar: «Carece de sentido disponer de un protocolo específico de actuación contra el acoso laboral cuando no existe una evaluación de riesgos psicosociales»[29]. En términos parecidos se pronuncia también Rivas Vallejo al referirse a las situaciones de acoso laboral, señalando que «la identificación de los factores susceptibles de generar este particular riesgo es precisamente el principal problema ante el que se enfrenta la evaluación de riesgos»[30]. Continúa dicha autora efectuando un análisis sobre las carencias de dichas medidas, finalizando su argumento con estas palabras: «No cabe duda de que no estamos ante mecanismos preventivos, como no lo son, utilizando otro riesgo tangible, las medidas de extinción de incendios, sino las que evitan que éstos se produzcan»[31].

29 Gimeno Navarro, M. A., Megías García, A. y Carbonell Vayá, E.J., *Protocolos sobre acoso laboral. Procedimientos de solución autónoma de los conflictos de violencia laboral*. 2.ª Edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p.49.

30 Rivas Vallejo, P., *La prevención de los riesgos laborales de carácter psicosocial*, Editorial Comares, Albolote (Granada), 2008, p.95.

31 *IBIDEM*.

En atención a todo lo expuesto, podemos deducir que si no se afrontan con rigor y eficacia la identificación y evaluación de los riesgos organizacionales, los abusos en el trabajo continuaran en las organizaciones productivas. Además desconocemos la dimensión del problema porque estamos ante un delito oculto que, como afirman Bosch, Ferrer y Alzamora es «un delito que sale a la luz y se denuncia proporcionalmente muy poco y, por tanto, sus verdaderas cifras son difíciles de conocer»[32].

Como señala Ayuso, en un artículo publicado en El País con el título «El acoso sexual en el trabajo: un secreto a voces», donde manifiesta que se está invisibilizando ese grave problema, porque según «un informe llevado a cabo por el Consejo General del Poder Judicial, continúa oculto socialmente, porque el clima organizacional español es aún tolerante con este tipo de comportamientos»[33].

Con lo que se están encubriendo y tolerando unas conductas violentas que tienen graves consecuencias para la salud física y psíquica de las trabajadoras, que atenta a su dignidad como persona y que puede repercutir negativamente en su carrera profesional, en su bienestar, en sus relaciones personales y en su ambiente familiar.

A nuestro modo de ver el principal obstáculo para resolver un problema es negar su existencia, si además las información no es suficiente o no tiene la difusión adecuada, nos encontramos que cuando hace cerca de cincuenta años que se realizaron los primeros estudios sobre las conductas inaceptables que estamos examinando, aún queda una labor muy importante por hacer.

A este respecto, son muy positivas iniciativas como la que ha realizado Comisiones Obreras al poner en marcha el Observatorio de acoso sexual y por razón de sexo, que en su página web además de facilitarnos una seria de estudios e investigaciones sobre las conductas incívicas que estamos analizando, nos invita a contar de forma confidencial si estamos sufriendo o conocemos alguna situación de acoso.

Esperemos que con iniciativas de esta índole se vaya superando un problema que está presente durante muchas décadas en los centros de trabajo y que en un futuro cercano los estudios que se realicen nos muestren la realidad de las situaciones de acoso sexual en el ámbito laboral.

2. El desequilibrio entre la vida laboral y personal

Según la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo entre los diez riesgos psicosociales emergentes que los expertos han identificado como principales se encuentra el desequilibrio entre la vida laboral y personal, exponiendo dicha institución que «unos horarios laborales variables o impredecibles (sobre todo cuando no existe la posibilidad de que el trabajador los ajuste a sus necesidades personales) pueden provocar un conflicto entre las

32 Bosch Fiol, E., Ferrer Pérez, A. y Alzamora Mir, A. *El laberinto patriarcal. Reflexiones teórico-prácticas sobre la violencia contra las mujeres*. Anthropos Editorial, Rubí. Barcelona, 2006, p.108.

33 Ayuso, B., «El acoso sexual en el trabajo: un secreto a voces. Las mujeres que sufren episodios de acoso en el ámbito laboral se resisten a denunciar», en *El País*, 24 de septiembre de 2016.Recuperado de: http://elpais.com/elpais/2016/09/23/actualidad/1474651280_624353.html

exigencias de la vida profesional y la vida privada»[34]. Asimismo, el Instituto Nacional de Salud y Seguridad Ocupacional de Estados Unidos, considera que el equilibrio entre el trabajo y la vida familiar o personal puede reducir el efecto de condiciones estresantes[35].

La publicación de la Agencia Europea que hemos citado en el párrafo anterior es del año 2007, la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras es de 1999, han pasado más de diez años desde que se publicó el primer documento y más de 20 desde que entre en vigor la Ley 39/1999. Asimismo, hace más de sesenta años que las mujeres se han ido incorporando de forma continua y numerosa al mercado de trabajo. Seguir escribiendo en la actualidad de los déficits que tiene la conciliación de la vida laboral y familiar es la demostración patente que estamos ante un problema que no se ha afrontado con una voluntad decidida de resolverlo y la realidad cotidiana nos indica que no se solucionará en un futuro cercano.

Y no es un problema menor, más bien todo lo contrario, es uno de los retos más importantes que tiene la ciudadanía de nuestro país, y de un número importante de otras naciones, en la actualidad. La forma en que se resuelva, así como el tiempo que transcurra para tener unos condiciones que faciliten en buena medida el equilibrio entre la vida profesional, familiar y personal serán determinantes en la igualdad entre mujeres y hombres, teniendo por lo tanto una clara repercusión en el progreso de la sociedad.

Subrayamos la relación que hay entre prosperidad y conciliación, porque unas medidas adecuadas en materia de conciliación de la vida laboral, familiar y personal, además de facilitar el devenir diario de la ciudadanía y por tanto su bienestar, incide de forma positiva en la evolución del país al permitir a las personas trabajadoras desplegar una serie de facetas que enriquecerán en todos los aspectos al conjunto de la sociedad.

Somos conscientes de que estamos ante un tema que no es fácil de resolver. Quizás por ese motivo, los servicios que han puesto las Administraciones Públicas y las entidades mercantiles, para que las personas trabajadoras pudieran atender sus necesidades personales, no han tenido nunca la eficacia requerida para cubrir este aspecto de sus vidas, como afirma Conde-Pumpido «lo cierto es que la realidad es tozuda e insiste en demostrarnos que las políticas de conciliación son insuficientes»[36]. En este sentido, San Martín también expone que «después de décadas de potenciar la conciliación de tiempos, ya es hora de reconocer abiertamente que no es suficiente por sí misma para continuar avanzando de modo satisfactorio»[37].

34 Agencia Europea Para La Seguridad Y Salud En El Trabajo. «Previsiones de los expertos sobre la aparición de riesgos psicosociales en relación con la seguridad y la salud en el trabajo», en *FACTS 74*, 2007. Recuperado el 28 de noviembre de 2022 de: https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/69faff47-f746-4653-9537-3b7e886c50e5

35 Instituto Nacional para la Seguridad y Salud Ocupacional (Niosh)-Usa. Recuperado el 28 de noviembre de 2022 de: http://www.cdc.gov/spanish/niosh/pubsnum-sp.html

36 Conde-Pumpido Tourón, M. T., «La maternidad y la conciliación familiar, dentro de la tutela de la igualdad», en *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, obra colectiva, Dir. Conde-Pumpido Tourón, M. Y., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p.38.

37 San Martín Mazzucconi, C., «Capítulo 8. La conciliación de la vida laboral y extralaboral en la IV revolución industrial», *en El impacto de la industria 4.0 en el trabajo: una visión interdisciplinar*,

Pero debemos valorar que estamos ante un riesgo psicosocial laboral relevante, como señalan Moreno y Báez, porque el conflicto trabajo-familia «ocupa elementos centrales de la identidad de la personal actual y ocupa mayoritariamente el uso del tiempo disponible. Ambos son los referentes más determinantes de la vida personal en todas sus manifestaciones, por lo que la interacción entre ambos tiene un valor crítico central»[38].

En base a lo expuesto en las líneas anteriores, tenemos que las consecuencias que se puedan originar en dicho conflicto pueden causar situaciones de estrés importantes en las personas trabajadoras al constatar las dificultades que tienen para realizar sus tareas laborales y poder desarrollar su faceta familiar y personal. Asimismo, puede incidir en su autoestima y satisfacción laboral al no poder superar las dificultades que tiene en los espacios en cuestión.

3. El estrés que originan las condiciones y circunstancias del trabajo remunerado

Usualmente en los manuales de factores y riesgos de origen psicosocial el estrés se suele citar en los primeros epígrafes, debido a que «es probablemente el riesgo psicosocial primero y más global de todos porque actúa como respuesta general ante los factores psicosociales de riesgo»[39].

Asimismo, es una de las patologías que más afecta a la ciudadanía, con frecuencia se suele decir que «la sociedad actual es una sociedad estresada»[40]. En este sentido, Álava señala que «el estrés se está convirtiendo en la auténtica plaga de nuestro tiempo. Nadie parece escaparse y, lo que es peor, la mayoría no sabe cómo controlarlo»[41].

No obstante, en el trabajo que les estamos presentando, hemos considerado situar el apartado que examina dicha dolencia después de analizar el entorno, las circunstancias socio laborales en que se desenvuelven las mujeres y como le afectan a su salud las condiciones y el clima de trabajo, para observar, en qué medida, el devenir de esos hechos, así como las situaciones de conflicto, le originan episodios de tensión que pueden tener consecuencias graves en su calidad de vida.

Porque si reflexionamos sobre lo que hemos redactado en las líneas anteriores, podemos advertir que las mujeres afrentan cotidianamente diversos hechos que son una fuente importante de estrés, que pueden originarle problemas de consideración en su bienestar físico y psíquico, ya que dicho riesgo psicosocial «podría afectar todas las condiciones de salud física y mental, siendo los trastornos más susceptibles aquellos que afectarían los siste-

obra colectiva, Dir. Kahale Carrillo, D. T., Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, p.274.

38 Moreno Jiménez, B. y Báez León, C., *Factores y riesgos psicosociales, formas, consecuencias, medidas y buenas prácticas*, *ob. cit*., pp.45 a 46.

39 *Ibidem*, p.22.

40 Herrero, M. T. «Envejecimiento exitoso», en *La Verdad*, 6 de abril de 2019, p.33.

41 Álava Reyes, M. J., *Trabajar sin sufrir. Claves para superar los problemas y disfrutar en el trabajo*. La esfera de los libros, Madrid, 2008, p.144.

mas cardiovascular, respiratorio, gastrointestinal, inmunitario, endocrinológico y muscular, además de la salud mental»[42].

A este respecto, debemos evaluar que las personas trabajadoras de nuestro país desarrollan su carrera laboral en un mercado de trabajo muy agresivo con elevadas tasas de paro que engendran situaciones de precariedad que afectan a la construcción de sus vidas, a sus proyectos y a las objetivos que se hayan marcado o que les gustaría conseguir, lo que puede provocar frustración. Como señala López, «admitir que no, que no existe ya ese horizonte, que desapareció, puede arrojar al sujeto a la perplejidad y la desesperación»[43].

La situación de precariedad en la que vive una parte significativa de la clase trabajadora española, sobre todo ciertos colectivos como los más jóvenes y también un número considerable de las personas que superan los cincuenta años, conlleva dificultades de acceso a vivienda, alimentación, sanidad, bienes de consumo, formación, cultura, ocio, etc., que trae consigo cierto malestar por las limitaciones que supone acceder a unos niveles de calidad de vida satisfactorios, por no tener unos recursos económicos adecuados.

Esas circunstancias negativas descritas en el párrafo anterior afectan en mayor medida a las trabajadoras. Según el estudio realizado en el año 2021 por Sevilla, Santa Cruz y Ortega, «en relación con la renta media, las mujeres perciben menos ingresos, por lo que están sobrerrepresentadas en los estratos más pobres de la población»[44].

Siguiendo ese dato, podemos afirmar que un número mayor de mujeres se desenvuelven en unas condiciones económicas más difíciles, lo que está asociado, indudablemente, a un menor nivel de vida, y en situaciones básicas como la vivienda, tener que vivir lejos del centro de trabajo, en pisos o apartamentos más pequeños o compartir la residencia, a veces, con personas que no conoce.

Asimismo, también están sometidas a las mismas presiones que sus compañeros varones, como los excesos de trabajos, jornadas interminables, adaptación a las nuevas tecnologías, prisas, falta de tiempo, conflictos, etc., que afectan al equilibrio psíquico de la persona y que puede originar diversas enfermedades y patologías físicas, así como problemas psicosomáticos y alteraciones psicológicas.

Ese cúmulo de situaciones conllevan cuadros de ansiedad, angustia, desamparo, impotencia y trastornos depresivos graves que dan lugar al consumo de ansiolíticos y somníferos. En el estudio realizado por Colell *et al*., sobre prevalencia de consumo de hipnosedantes en población ocupada y factores de estrés laboral asociados, señalan en las conclusiones, que «se observa una alta prevalencia de consumo de hipnosedantes en mujeres y en mayores de 45 años»[45].

42 Moncada i Lluís, S., y otros, «El método COPSOQ (ISTAS 21, PSQCAST21) de evaluación de riesgos psicosociales». NTP-703. *Notas técnicas de prevención. INSHT*, 2005, p.1. Recuperado 20 de agosto de 2022 de: https://www.insst.es/documents/94886/327446/ntp_703.pdf/2c8e594e-6330-429e-ae3d-f03d590ae087

43 López Alós, J., *Crítica de la razón precaria. La vida intelectual ante la obligación de lo extraordinario*, Los libros de la Catarata, Madrid, 2019, p.109.

44 Sevilla, J., Santa Cruz, B. y Ortega, D., *Brecha entre mujeres y hombres*. Colección Brechas Sociales. El Observatorio Social de la «Fundación la Caixa». Palma, septiembre 2021, p.8.

45 Colell, E., y otros, «Prevalencia de consumo de hipnosedantes en población ocupada y

Respecto al consumo de dichas sustancias con efectos ansiolíticos en las personas del sexo femenino, se constata que se sigue manteniendo en el tiempo, ya que el Informe del 2021 sobre alcohol, tabaco y otras drogas ilegales en España realizado por el Observatorio Español de las Drogas y las Adicciones nos informa que el mayor inicio del consumo de hipnosedantes con o sin receta tiene lugar entre las mujeres de 35 a 64 años[46].

Los datos estadísticos expuestos nos muestran que las trabajadoras están en situaciones límites y que es necesario e irrenunciable cambiar ese estado, porque el estrés laboral, como nos indica la Guía sobre el estrés relacionado con el trabajo publicada por la Dirección General de Empleo y Asuntos Sociales de la Comisión Europea, puede no ser nocivo, si se permite a la persona «controlar sus condiciones de trabajo o si se le anima a hacerlo, si se le brinda un apoyo social adecuado y si se proponen recompensas razonables por los esfuerzos realizados»[47].

Porque, como indica la publicación que citamos en el párrafo anterior, cuando consideramos que controlamos la situación, el estrés es un desafío y no una amenaza. Cuando nos falta esa sensación de control, el estrés puede suponer una crisis[48]. Y dicha fase crítica perjudicará en primer lugar y de forma más importante a la persona trabajadora, pero también será negativa para las organizaciones productivas y en consecuencia para el conjunto de la sociedad.

Por lo que consideramos que es importante desarrollar en el estudio que les estamos exponiendo cómo ha evolucionado la situación de la mujer en el ámbito laboral, las perspectivas que tiene en un futuro próximo, la discriminación que ha sufrido y sufre, a qué limitaciones está sujeta o ha estado en un tiempo reciente, condicionando, por tanto, su labor y afectando negativamente su carrera profesional.

VI. REFLEXIONES Y PROPUESTAS

En el año 2015, la filósofa Garcés publicó un ensayo muy interesante con el título de «Filosofía inacabada», en el que realiza unas reflexiones, a nuestro juicio, sumamente relevantes sobre la centuria pasada. Según dicha autora, «el siglo XX es un siglo inacabado. No sólo porque nuestro presente está en continuidad histórica con él, sino sobre todo porque los problemas que el siglo XX ha causado no han podido ser resueltos por sus protagonistas»[49].

factores de estrés laboral asociados», en *Gaceta Sanitaria*, sep/oct.2014, Vol. 28, n.º 5. Recuperado el 20 de agosto de 2022 de: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112014000500005#:~:text=Respecto%20al%20estr%C3%A9s%20laboral%2C%20se,03%2D1%2C99).

46 Observatorio Español de las drogas y las adicciones, *Informe. 2021. Alcohol, tabaco y drogas ilegales en España*. Ministerio de Sanidad. Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, Madrid, 2021. Recuperado el 15 de agosto de 2022 de: https://pnsd.sanidad.gob.es/profesionales/sistemasInformacion/informesEstadisticas/pdf/2021OEDA-ESTADISTICAS.pdf

47 Dirección General de Empleo y Asuntos Sociales de la Comisión Europea, *Guía sobre el estrés relacionado con el trabajo ¿La «sal de la vida» o el «beso de la muerte» ?* 1999, p.8.

48 *IBIDEM*.

49 Garcés, M., *Filosofía inacabada*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2015, pp.19 a 20.

Compartimos totalmente el pensamiento que expone Garcés, por lo que consideramos que en el nuevo tiempo histórico que se iniciaba con el mítico año 2000 se debía de trabajar en dos direcciones; por una parte, superar los errores que se habían cometido en el pasado y acometer las tareas que habían quedado pendientes; y por otra parte, emprender una respuesta para hacer frente a los retos que nos deparaba el futuro.

Con ello, no estamos exponiendo nada nuevo, entendemos que ese punto de inflexión es un hecho cotidiano en la vida de las personas, vamos resolviendo las situaciones que se nos van presentando diariamente y tenemos siempre presente que trabajamos con el pensamiento de tener un futuro mejor, para que el día de mañana tengamos un estatus más confortable.

Pero hay momentos en nuestra vida, bien sea por una fecha de referencia, por una crisis personal, por un cambio de trabajo, etc., que realizamos un análisis profundo para saber dónde estamos y hacía donde vamos. De la misma forma, entendemos que ocurre a nivel colectivo, hay momentos en la historia que son significativos para la vida de los pueblos.

Todo indica que estamos en un periodo crucial de la historia, y de la forma en que se proceda estos años, va a marcar en gran medida los niveles de bienestar a los que pueda tener acceso la población en las próximas décadas, en qué medida va a tener una mayor o menor nivel de calidad de vida.

Pero es inmensa la labor que hay que realizar, porque aún quedan muchas tareas pendientes, como indica Garces, y son muy importantes los retos a los que tenemos que hacer frente, además el nuevo siglo parece que nos trae una crisis tras otra, asemeja que estamos en un camino plagado de obstáculos.

Como hemos indicado en el desarrollo del presente estudio, en la primera década del nuevo milenio, se origina una crisis económica que tuvo un impacto mundial muy profundo, aún no se han curado todas las heridas de esa conmoción financiera y nos vemos inmersos en una pandemia que causa un gran daño y modifica los hábitos de vida de toda la humanidad, cuando todavía no está superada esa epidemia, se inicia la invasión de Ucrania, otro conflicto bélico más, absurdo y estúpido, como todas las guerras, pero por las circunstancias en que se está desenvolviendo, además de los graves daños que está sufriendo la población del país invadido, está afectando negativamente a la economía de un número importante de países, repercutiendo seriamente en el bienestar de sus habitantes.

Este cumulo de circunstancias negativas descritas están dado lugar a que se demoren en el tiempo, algunas medidas que son necesarias para que se avance en igualdad. Un ejemplo de ello lo tenemos en nuestro país, de la forma en que la crisis del año 2007 afecto a las políticas de igualdad.

Entendemos que aunque las circunstancias en que estamos viviendo incrementen la dificultad de los objetivos que nos hemos trazado, no podemos renunciar a ellos, porque estaríamos repitiendo los mismos errores, que por ejemplo, se hizo en las últimas décadas del siglo pasado, en relación con la conciliación de la vida laboral, familiar y personal, que aún, en gran medida, como hemos visto en el apartado correspondiente, están demorando los avances en igualdad, teniendo un efecto sustancial en la pirámide de población que afecta de forma significativa en el relevo generacional.

Por lo tanto, no podemos olvidar, como nos propone Camps en su ensayo «El siglo de las mujeres»[50], que en el siglo XXI se deben consolidar los importantes avances que se han logrado en igualdad de género en todas las áreas de la sociedad y para conseguir ese objetivo, entre otros hechos, es necesario una protección adecuada de la salud de las trabajadoras.

Porque, como hemos mostrado al analizar los riesgos laborales más importantes, según nuestro criterio, que pueden afectar a las mujeres en el tejido productivo, dichas patologías pueden originar consecuencias negativas en su carrera profesional, debido a que la realización personal está muy influenciada por el grado de bienestar que se disfrute, dado que existe una clara relación entre la autonomía de la persona y su estado de salud.

Por lo que podemos afirmar que los progresos en materia de igualdad de género tienen una relación muy importante con la protección de la salud de las mujeres en los lugares de trabajo. Asimismo, las prácticas y medidas que mejoren la seguridad y salud de las trabajadoras tendrán una incidencia positiva en la igualdad entre mujeres y hombres.

Para progresar en esa materia, es necesario tener unos avances significativos en el conocimiento de los riesgos organizaciones y de qué forma afectan a las trabajadoras. Debemos tener en cuenta al implantar las medidas de prevención que las organizaciones de trabajo están diseñadas con una vocación androcéntrica, por lo que partimos de un principio erróneo que condiciona, entre otros, el desarrollo de las relaciones laborales, clima de trabajo, salud laboral y por tanto tiene una importante repercusión negativa en la carrera profesional de las trabajadoras. Por lo que no se puede continuar con un modelo desfasado que no contempla la diversidad de género.

A este respecto Barberá *et al*., afirman que «la diversidad de género en la fuerza laboral, la heterogeneidad en los equipos directivos y la variabilidad en los estilos de liderazgo aporta nuevos valores y presenta ventajas para las personas y para el progreso social»[51].

Igualmente, las medidas y prácticas de seguridad y salud en los centros de trabajo se tienen que implantar con perspectiva de género. Porque como señala González, «el ejercicio de una prevención sin perspectiva de género puede constituir, en sí mismo, un riesgo»[52]. Sí tenemos en cuenta que estamos planteando que existen importantes lagunas en lo que se refiere a la salud laboral de las mujeres, no podemos seguir omitiendo como le afectan esas patologías laborales de forma específica.

En el desarrollo del presente trabajo se ha podido observar que debido a que la mayoría de las mujeres están empleadas en el sector servicios, los riesgos laborales a la que están más expuestas son los psicosociales, de los que se desconoce la dimensión del problema y por tanto su incidencia en la salud de las personas trabajadoras.

50 Camps, V., *El siglo de las mujeres*. Madrid: Ediciones Cátedra, Madrid, 1998.

51 Barberá Heredia, E., y otros, «Mas allá del techo de cristal», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2002, n.º 40, p.65.

52 González Gómez, M. F., «Salud laboral y género. Apuntes para la incorporación de la perspectiva de género en el ámbito de la prevención de riesgos laborales», *ob. cit*.

Asimismo, la información y formación que se ofrece sobre dichos problemas de salud en el tejido productivo es insuficiente y en algunos casos errónea, lo que origina que las medidas de protección pueden confundir a prevencionistas y personas trabajadoras, no sabiendo en muchos casos como actuar para hacer frente a los riesgos que estamos examinando.

Por todo ello, entendemos que el sistema preventivo actual requiere el trabajo de profesionales especializados en los factores de riesgos psicosociales que afectan a las personas trabajadoras en el tejido productivo, pero además deben tener también conocimientos en materia de género, porque, como hemos expuesto reiteradamente en el trabajo que les estamos presentando, los riesgos que hemos analizado, quizás en mayor medida que otros riesgos laborales, afectan de forma distinta a mujeres y hombres.

En base a lo expuestos en los párrafos anteriores, así como en la redacción del artículo, es obvio que se debe invertir mucho en investigación y en trasladar el resultado de esos estudios a las personas que imparten la formación para que las técnicas y técnicos en prevención de riesgos laborales puedan realizar acciones organizativas, formativas e informativas que permitan a trabajadoras y trabajadores conocer a que riesgos están expuestos y como deben afrontarlos.

Asimismo, es necesario avanzar en una política preventiva especifica de riesgos laborales que contemple los problemas de salud que afectan de forma concreta a las trabajadoras en los centros productivos, para ello es imprescindible realizar diversos trabajos de investigación que analicen en profundidad todo lo que afecta a la mujer en el espacio que estamos tratando, porque debido a su complejidad y extensión, si no se realiza un trabajo riguroso, persistirán en el tiempo, entre otras, las situaciones descritas en el presente artículo que afectan a la calidad de vida de las empleadas y en consecuencia a su autonomía como persona.

Concluimos, exponiendo que las cuestiones que hemos planteado son para mostrar la discriminación que sufren también las mujeres en un campo tan fundamental para las personas como es la salud, pero la finalidad no es sólo lograr la igualdad entre mujeres y hombres en dicho espacio, entendemos que el objetivo debe ser mucho más ambicioso, porque estamos en un momento trascendental tanto en el ámbito laboral como en el social.

En el mundo del trabajo, vivimos en una nueva era en la que se está modificando profundamente la forma de realizar las tareas productivas, lo que conlleva, entre otros hechos, un continuo cambio en los diseños de las estructuras organizativas, que a su vez requiere un continuo esfuerzo de las personas que emplean y de las empleadas para adaptarse a las nuevas formas de organización.

A nivel social, la ciudadanía tiene que hacer frente a retos que son inaplazables, como es, entre otros, la protección del medio ambiente, lo que precisara la recuperación de espacios agrícolas y forestales e incorporar nuevos hábitos en el consumo de alimentos, lo que reportara unos cambios importantes en nuestra dieta.

Debido a que las personas tenemos una relación muy estrecha con el trabajo, a él le dedicamos una importante parte de nuestra vida, consideramos que la educación y la promoción de la salud en el tejido productivo nos puede facilitar adquirir hábitos saludables que tendrán una repercusión positiva en nuestro bienestar e incrementarán el progreso del conjunto de la sociedad, por eso entendemos que nuestro objetivo debe ser lograr un modelo donde no exista inequidad en salud por ninguna circunstancia y se mejoren continuamente las condi-

ciones de vida cotidianas. Como se indica en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud: «El goce de grado máximo de salud que se puede lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social» .

Debemos alcanzar en toda su extensión el concepto de salud que se expone en los principios básicos de la Constitución del organismo internacional citado anteriormente: «La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades».

Pero, sin olvidarnos que la constitución de dicho organismo se firmó el 22 de julio de 1946, con lo que no sólo debemos aspirar a que sea realidad ese concepto de salud que ya tiene cerca de ochenta años, tiempo más que suficiente de que se hubiera convertido en un hecho cierto, si no que debemos anhelar un nuevo concepto a este respecto como, entre otros, el que propone Valls, concepto de salud para disfrutar o salud para vivir, relacionado con la calidad de vida, con la capacidad de trabajar en mejores condiciones[53].

BIBLIOGRAFÍA

Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo: «Previsiones de los expertos sobre la aparición de riesgos psicosociales en relación con la seguridad y la salud en el trabajo», en *FACTS 74*, 2007. https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/69faff47-f746-4653-9537-3b7e886c50e5

Álava Reyes, M.J.: *Trabajar sin sufrir. Claves para superar los problemas y disfrutar en el trabajo. La esfera de los libros*, Madrid, 2008, pág. 144.

Anisi Alameda, D.:

— «Creadores de escasez. Del bienestar al miedo», *Alianza Editorial*, Madrid, 1995.

— «Pleno empleo: el núcleo del estado de bienestar», en *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, 1998, n.º 42.

Artazcoz, L., Escribá-Agüirc, V., y Cortés, I.: «Género, trabajos y salud en España», en *Gaceta Sanitaria*, 2004, n.º 18.

Ayuso, B.: «El acoso sexual en el trabajo: un secreto a voces. Las mujeres que sufren episodios de acoso en el ámbito laboral se resisten a denunciar», en *El País*, 24 de septiembre de 2016.Recuperado de: http://elpais.com/elpais/2016/09/23/actualidad/1474651280_624353.html

Barberá Heredia, E., y otros: «Mas allá del techo de cristal», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2002, n.º 40.

53 Valls-Llobet, C., *Mujeres, salud y poder*, *ob. cit*.

Blázquez Rodríguez, M.I. y Montes Muñoz, M.J.: «Primera Parte. 1. Aspectos actuales en los cuidados de enfermería a la salud de las mujeres. La perspectiva de género en la salud», en *Enfermería de la mujer. Grado de enfermería*, obra colectiva, Coord. Martínez Ortega, R. M. y García Perea, E., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2011.

Bosch Fiol, E., Ferrer Pérez, A. y Alzamora Mir, A.: *El laberinto patriarcal. Reflexiones teórico-prácticas sobre la violencia contra las mujeres*. Anthropos Editorial, Rubí. Barcelona, 2006.

Camps, V.: *El siglo de las mujeres*. Madrid: Ediciones Cátedra, Madrid, 1998.

Carrasquer, P., y Torns, T.: «Cultura de la precariedad: conceptualización, pautas y dimensiones. Una aproximación desde la perspectiva de género. Sociedad y utopía», en *Revista de Ciencias Sociales*, 2007, n.º 29.

Colell, E., y otros, «Prevalencia de consumo de hipnosedantes en población ocupada y factores de estrés laboral asociados», en *Gaceta Sanitaria*, sep/oct.2014, Vol. 28, n.º 5. https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112014000500005#:~:text=Respecto%20al%20estr%C3%A9s%20laboral%2C%20se,03%2D1%2C99).

Conde-Pumpido Tourón, M. T.: «La maternidad y la conciliación familiar, dentro de la tutela de la igualdad», en *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, obra colectiva, Dir. Conde-Pumpido Tourón, M.Y., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

Dirección General de Empleo y Asuntos Sociales de la Comisión Europea: Guía sobre el estrés relacionado con el trabajo ¿La «sal de la vida» o el «beso de la muerte» ? 1999.

Echaves García, A.: «El difícil acceso de los jóvenes al mercado de vivienda en España: precios regímenes de tenencia y esfuerzos», en *Cuaderno de Relaciones Laborales*, 2017, Vol. 35, n.º 1.

Fernández-Friera, L.: «El mayor enemigo de la mujer es el infarto y sigue siendo un desconocido», en *El Confidencial*, 14 de febrero de 2022. Recuperado de: https://www.alimente.elconfidencial.com/bienestar/2022-02-14/mayor-enemigo-mujer-infarto-aun-desconocido_3371126/

Fundación Adecco: *10º Informe monomarentalidad y empleo,* 2022, pág. 1. Recuperado el 26 de octubre de 2022 de: https://fundacionadecco.org/wp-content/uploads/2022/09/INFORME-MONOMARENTALIDAD-Y-EMPLEO_2022.pdf

Garcés, M.: *Filosofía inacabada*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2015.

García Ruíz, M.D. y Frías Pérez, A.: *Glosario de términos de violencia e igualdad. Centro de Estudios, Planes de Emergencia y Proyectos*, Murcia, 2008.

Gimeno Navarro, M.A., Megías García, A. y Carbonell Vayá, E.J.: *Protocolos sobre acoso laboral. Procedimientos de solución autónoma de los conflictos de violencia laboral*. 2.ª Edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Gómez Etxebarria, G.: *Manual para la formación en prevención de riesgos laborales*-Curso Superior-.3ª edición. Ecoiuris, Barcelona, 2006.

González Gómez, M.F.: «Salud laboral y género. Apuntes para la incorporación de la perspectiva de género en el ámbito de la prevención de riesgos laborales», en *Medicina y seguridad del trabajo*, 2011, n.º 57.

Herrero, M.T.: «Envejecimiento exitoso», en *La Verdad*, 6 de abril de 2019.

Hersch, J.: «El instante», en *Kierkegaard vivo*. Sartre, Heidegger, Jaspers y otros, obra colectiva, Sánchez Pascual, (Trad.), Alianza Editorial, Madrid, 1980.

Jorrín, J., Zuil, M. y Escudero, J.: «La llegada de trabajadores cualificados a Madrid expulsa a las clases populares a las provincias vecinas», en *El Confidencial*, 1 de octubre de 2019. Recuperado de: https://www.elconfidencial.com/economia/2019-10-01/exodo-urbano-espana-salidas-madrid-burbuja_2240163/

Lemkow, L. y Espluga, J.: *Sociología ambiental. Pensamiento socioambiental y ecología social de riesgo*. Segunda edición. Icaria, 2017.

López Alós, J.: *Crítica de la razón precaria. La vida intelectual ante la obligación de lo extraordinario, Los libros de la Catarata*, Madrid, 2019.

Marías, J.: *Acerca de Ortega*, Editorial Revista de Occidente, Madrid, 1971.

Millet, K.: *Política sexual*. Bravo García, A. M. (Trad.) Traducción revisada por Martínez Gimeno, C. Ediciones Cátedra, Madrid, 2010.

Molino (del), S.: *La España vacía. Viaje por un país que nunca fue*. Decimotercera reimpresión. Turner Publicaciones, Madrid, 2018.

Moncada I Lluís, S., y otros: «El método COPSOQ (ISTAS 21, PSQCAST21) de evaluación de riesgos psicosociales». NTP-703. *Notas técnicas de prevención. INSHT*, 2005.: https://www.insst.es/documents/94886/327446/ntp_703.pdf/2c8e594e-6330-429e-ae3d-f03d590ae087

Moreno Jiménez, B. y Báez León, C.: *Factores y riesgos psicosociales, formas, consecuencias, medidas y buenas prácticas. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo*. Universidad Autónoma de Madrid, 2010.

Observatorio Español de las Drogas y las Adicciones: *Informe. 2021. Alcohol, tabaco y drogas ilegales en España*. Ministerio de Sanidad. Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, Madrid, 2021. https://pnsd.sanidad.gob.es/profesionales/sistemasInformacion/informesEstadisticas/pdf/2021OEDA-ESTADISTICAS.pdf

Rivas Vallejo, P.: *La prevención de los riesgos laborales de carácter psicosocial*, Editorial Comares, Albolote (Granada), 2008.

Rohlfs, I., y otros. «Género y cardiopatía isquémica», en *Gaceta Sanitaria*, septiembre-octubre, 2004, Vol. 18, n.º 5. Recuperado del 20 de agosto de 2022 de: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112004000500008

Rojas Marcos, L.: *Superar la adversidad*. Espasa, Madrid, 2010.

Rojas, E.: *¿Quién eres? De la personalidad a la autoestima*. Ediciones Temas de Hoy, Madrid, 2001.

San Martín Mazzucconi, C.: «Capítulo 8. La conciliación de la vida laboral y extralaboral en la IV revolución industrial», en *El impacto de la industria 4.0 en el trabajo: una visión interdisciplinar*, obra colectiva, Dir. Kahale Carrillo, D. T., Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.

Sánchez-Silva, C.: «La pandemia silenciosa: la salud mental de los trabajadores empeora a gran velocidad», en *El País*, 26 de febrero de 2021. Recuperado de: https://elpais.com/economia/2021-02-25/la-pandemia-silenciosa-la-salud-mental-de-los-trabajadores-empeora-a-gran-velocidad.html

Sevilla, J., Santa Cruz, B. y Ortega, D.: *Brecha entre mujeres y hombres*. Colección Brechas Sociales. El Observatorio Social de la «Fundación la Caixa». Palma, septiembre 2021.

Valls-Llobet, C.: *Mujeres, salud y poder*. 2.ª edición. Ediciones Cátedra. Universitat de Valencia. Instituto de la Mujer, 2010.

Belén García Romero
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

Enviado el 7 de mayo de 2024; aceptado el 7 de mayo de 2024.

Recensión bibliográfica del libro:

Los daños punitivos en Derecho del Trabajo. María Elisa Cuadros Garrido, Editorial Colex, 2022,
ISBN: 9788413595481

La presente obra tiene como presupuesto de partida la importancia en cuanto a la tutela de los derechos fundamentales que supuso la aprobación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). Dicha norma llevó a cabo la unificación en el orden social del conocimiento de cualquier vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas conectada a la relación laboral. Con esta consolidación competencial se pretende que la jurisdicción social sea competente para enjuiciar conjuntamente todos los sujetos que hayan concurrido en la producción del daño sufrido por el trabajador en el marco laboral, creándose un ámbito unitario de tutela jurisdiccional para el resarcimiento integral del daño causado.

Sobre esta base, la Dra. Elisa Cuadros Garrido se plantea si en la vigente Ley Rituaria la indemnización por daño moral por vulneración de derechos fundamentales en la relación laboral se configura como un instrumento punitivo, en el sentido de que su cuantía no estaría

estrictamente destinada a resarcir el daño producido sino que podría tener también un carácter disuasorio, en cuanto destinado a la prevención general.

Para responder a esta cuestión, su autora realiza un pormenorizado análisis de la abundante doctrina judicial existente sobre la materia, y lo desarrolla de forma sistemática a lo largo de nueve capítulos, con un enfoque muy práctico y actualizado.

Así, en el Capítulo I, la Dra. Cuadros Garrido se ocupa de sistematizar y exponer la evolución de la errante doctrina del Tribunal Supremo sobre la prueba del daño moral y su cuantía.

En el Capítulo II, se analiza la problemática de la discriminación por razón de sexo y sus tipos y se da cuenta de numerosos casos judiciales de indemnización por daño moral, la mayoría de los cuales están relacionados con supuestos de maternidad de la mujer trabajadora.

En el capítulo III, rotulado «Discriminación por razón de las circunstancias familiares», es objeto de atención la tutela antidiscriminatoria de los trabajadores —hombres y mujeres— que ejercen los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar y la variada tipología judicial sobre esta problemática, tales como ejercicio del disfrute del permiso o reducción de jornada por lactancia, la falta de promoción por motivos familiares, etc.

El Capítulo IV versa sobre la lesión del derecho a la integridad física y moral y en él se estudia la evolución jurisprudencial y normativa sobre la prevención de riesgos laborales, en especial la indemnización por falta de medidas preventivas en accidentes de trabajo y enfermedad profesional y por acoso laboral.

En el Capítulo V se analiza el tratamiento de la acción resarcitoria colectiva del derecho a la libertad sindical en España. En el mismo se repasa la doctrina judicial sobre resarcimiento del daño moral, entre otros, en casos en que se ha obstaculizado el derecho a la negociación colectiva, se ha lesionado el derecho de huelga o se ha tratado de forma diferente a los sindicatos.

El Capítulo VI lleva por título «El tratamiento de la tutela resarcitoria». En él, la Dra. Elisa Cuadros, pasa revista a los diferentes pronunciamientos judiciales en que se estima que se ha producido daño moral por violación de la garantía de indemnidad, que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Así ha sucedido en supuestos en que el trabajador ha sufrido algún perjuicio tras haber iniciado una reclamación judicial o extrajudicial, tras haber puesto de manifiesto desajustes en su contrato, o haber testificado a favor de otro trabajador de la empresa, etc. El derecho a la indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales es una cuestión que se ha suscitado en numerosas ocasiones, existiendo una consolidada doctrina jurisprudencial sobre la misma.

En el Capítulo VII, sobre la lesión del derecho a la intimidad y a la protección de datos, se analiza el problema de la afectación del derecho a la intimidad del trabajador a través de las nuevas tecnologías (teléfono, ordenador, videovigilancia) o al efectuar reconocimientos médicos.

El novedoso Capítulo VIII se centra en supuestos de nulidad relacionados con la crisis sanitaria, donde se expone de qué modo la legislación de emergencia que ha visto la luz en el marco de lucha contra la pandemia de la COVID 19 ha supuesto matizaciones de la doctrina

del daño moral. En él se realiza una cuidada sistematización de los pronunciamientos judiciales en supuestos relacionados con la vulneración del principio de igualdad, el de la garantía de indemnidad o el de libertad sindical en el contexto de la crisis sanitaria.

El Capítulo IX se ocupa de los aspectos procesales relevantes respecto al daño moral, y es de gran virtualidad práctica. En efecto, en él se ofrecen de manera ordenada las principales recomendaciones a tener en cuenta a la hora de pedir el resarcimiento del daño moral, desde el punto de vista procedimental.

Por último, este libro se cierra con unas brillantes reflexiones finales conclusivas de gran interés.

En definitiva, estamos ante un trabajo de consulta imprescindible para teóricos y prácticos del Derecho del Trabajo, en el que la Dra. Elisa Cuadros Garrido da muestras de su dominio de la materia jurídico laboral, tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal, y de sus extraordinarias dotes como divulgadora de la ciencia del Derecho, al escribir de forma muy clara y amena.

Revista
JUSTICIA & TRABAJO
ISSN: 2952-1955