DL Documentación Laboral

Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
N.º 121 - Año 2020 - Vol. III
Edita: Ediciones Cinca

Coloquio de otoño
"COVID y relaciones laborales"
Castellón, 12 de noviembre de 2020

PRESENTACIÓN
Jaime Cabeza Pereiro

Primera Parte: Coloquio de Otoño. "COVID y relaciones laborales", Castellón, 12 de noviembre de 2020

Teletrabajo y derechos individuales: el trazado de nuevos equilibrios,
Inmaculada Ballester Pastor

Teletrabajo y salud laboral en la era COVID: el nuevo marco normativo de prevención de riesgos laborales en el teletrabajo,
Fernando de Vicente Pachés

La hibernación de las responsabilidades de los administradores durante el estado de alarma y postalarma y su proyección en la derivación de deudas laborales y de Seguridad Social,
Amparo Esteve-Segarra

Implicaciones del COVID-19 en la acción protectora de la Seguridad Social por confinamiento, restricción en los desplazamientos y contagio. ¿Contingencia común o profesional?,
Guillermo Rodríguez Iniesta

Segunda Parte: Premios Rivero Lamas 2020

Propuesta de regulación para el esquirolaje tecnológico en el contexto de una hipotética Ley Orgánica de Huelga,
Rodrigo Tascón López

Problemas prácticos para la ordenación del tiempo de trabajo en las relaciones laborales de plataformas digitales de reparto,
Pablo Gimeno Díaz de Atauri

AEDTSS

ediciones cinca

DL

Consejo de Redacción:

MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE
Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid

JAIME CABEZA PEREIRO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo

MARGARITA ISABEL RAMOS QUINTANA
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de La Laguna

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO
Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Santiago de Compostela

GUILLERMO L. BARRIOS BAUDOR
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos

Consejo Científico:

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Consejero Permanente del Consejo de Estado

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Of Councel de Sagardoy Abogados

FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Magistrado del Tribunal Constitucional

JESÚS CRUZ VILLALÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

JUAN ANTONIO SAGARDOY BENGOECHEA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Presidente de Honor del Despacho Sagardoy Abogados

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Magistrado del Tribunal Supremo

REMEDIOS ROQUETA BUJ
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia

MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid

RICARDO ESTEBAN LEGARRETA
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona

Director:
JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO

DL Documentación Laboral

Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

N.º 121 - Año 2020 - Vol. III

Edita: Ediciones Cinca

Índice

Presentación,
Jaime Cabeza Pereiro 3

ESTUDIOS

Primera Parte: Coloquio de Otoño. "COVID y relaciones laborales" Castellón, 12 de noviembre de 2020

Teletrabajo y derechos individuales: el trazado de nuevos equilibrios,
Inmaculada Ballester Pastor 11

Teletrabajo y salud laboral en la era COVID: el nuevo marco normativo de prevención de riesgos laborales en el teletrabajo,
Fernando de Vicente Pachés 29

La hibernación de las responsabilidades de los administradores durante el estado de alarma y postalarma y su proyección en la derivación de deudas laborales y de Seguridad Social,
Amparo Esteve-Segarra 49

Implicaciones del COVID-19 en la acción protectora de la Seguridad Social por confinamiento, restricción en los desplazamientos y contagio. ¿Contingencia común o profesional?,
Guillermo Rodríguez Iniesta 59

Segunda Parte: Premios Rivero Lamas 2020

Propuesta de regulación para el esquirolaje tecnológico en el contexto de una hipotética Ley Orgánica de Huelga,
Rodrigo Tascón López 91

Problemas prácticos para la ordenación del tiempo de trabajo en las relaciones laborales de plataformas digitales de reparto,
Pablo Gimeno Díaz de Atauri 105

Documentación Laboral
Publicación periódica (Tres números al año)
Esta publicación se edita desde noviembre de 1981
Edita: **Ediciones Cinca, S. A.**

Precio número suelto:
25€ (IVA no incluido)

Precio número doble:
50€ (IVA no incluido)

Suscripción anual:
España: 60€ (IVA no incluido)
Extranjero: 104€ (IVA no incluido)

Fecha de publicación de este número: diciembre, 2020

Distribución a librerías y suscripciones:

Ediciones Cinca, S. A.
General Ibáñez Íbero, núm. 5A
28003 Madrid
Teléfono: 91 553 22 72
grupoeditorial@edicionescinca.com

Producción editorial,
coordinación técnica e impresión:

Grupo Editorial Cinca, S. A.
General Ibáñez Íbero, núm. 5A
28003 Madrid

Depósito legal: M.38.180-1981
ISSN: 0211-8556

La suscripción a esta publicación autoriza el uso exclusivo y personal de la misma por parte del suscriptor. Cualquier otra reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta publicación sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares. En particular, la Editorial, a los efectos previstos en el art. 32.1 párrafo 2 del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquier fragmento de esta obra sea utilizado para la realización de resúmenes de prensa, salvo que cuente con la autorización específica.

Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar, escanear, distribuir o poner a disposición de otros usuarios algún fragmento de esta obra, o si quiere utilizarla para elaborar resúmenes de prensa (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

EDITA:
Ediciones Cinca, S. A.

PRODUCCIÓN EDITORIAL:
Juan Vidaurre

DIRECTOR DE EDICIONES:
Joaquín Sastrón Urioste

EDITOR:
Luis Sastrón Gandullo

PRESENTACIÓN

Jaime Cabeza Pereiro[*]
Universidad de Vigo

Como es habitual, la revista se centra en los resultados de las actividades de la AEDTSS. En este caso, en las ponencias del Coloquio de Otoño de 2020 y en los premios Rivero Lamas correspondientes al Congreso de Granada de 2020. Con respecto a las primeras, es ineludible expresar el agradecimiento de la Junta Directiva, en nombre de toda la Asociación, al grupo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat Jaume I de Castelló por haber organizado –telemáticamente, como no podía ser de otro modo– un coloquio que, a la postre, ha resultado sumamente exitoso, desde todas las perspectivas. En cuanto a los estudios distinguidos con el premio Rivero Lamas, debe hacerse reconocimiento del desinteresado trabajo que desempeñaron las personas que compusieron su comité científico y, en general, de quienes sostuvieron el excelente congreso de Granada. En este caso, la referencia al Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad que nos acogió, cálida aunque telemáticamente, también resulta necesaria. Ciertamente, el elevado número de comunicaciones presentadas y su elevada calidad realzan el prestigio del premio.

El Coloquio de Otoño, celebrado el 12 noviembre 2020 con el título "COVID y relaciones laborales" ha reunido un grupo de excelentes ponencias, la mayoría de las cuales se publican a continuación. La primera de ellas, de la profesora Inmaculada Ballester, versa sobre teletrabajo y derechos individuales. A partir de un análisis sustantivo de la realidad social inmediatamente previa a la pandemia, hace

[*] Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

un recorrido muy adecuado por las fuentes de esta modalidad de trabajo, a partir de los objetivos del Convenio de la OIT 177 y de la Recomendación 184, ambos instrumentos más centrados en combatir el trabajo informal en el contexto del tradicional trabajo a domicilio que de establecer un elenco de derechos mínimos para las nuevas modalidades del trabajo a distancia. En cuanto al Acuerdo Marco Europeo sobre el teletrabajo, expresa interesantes ideas sobre su génesis y sobre las prioridades que en el momento de su aprobación se plantearon, así como sobre su limitada –en cuanto a su efectividad– trasposición al Reino de España. Pone de relieve, ya en el plano interno, alguna de las deficiencias de la legislación sobre trabajo a distancia producida en 2012, como renovación del antiguo trabajo a domicilio, sobre todo en referencia a algunas lagunas regulatorias, así como en cuanto a las dificultades para discernir entre subordinación y autonomía en estos contextos. Asimismo, subraya el limitado papel que ha desempeñado la negociación colectiva, que solo tiene cierta incidencia en el nivel de empresa y en determinados sectores en los que la mayoría de los puestos de trabajo son susceptibles de desarrollarse mediante teletrabajo. A partir de todo lo cual, la normativa de urgencia derivada de la pandemia, de priorización del trabajo a distancia, desencadenó un reto de actualización normativa que, a la postre, ha culminado en el RD-Ley 28/2020, de 22 septiembre. En términos matizados, Ballester Pastor expone algunas fortalezas y debilidades del texto legal, como un compromiso –derivado del acuerdo social del que trae causa– entre estabilidad y flexibilidad, si bien concluye que un adecuado equilibrio entre los derechos y los intereses de ambas partes del contrato plantea grandes dificultades.

El segundo estudio, de autoría del profesor De Vicente Pachés, titulado *"Teletrabajo y salud laboral en la era COVID: el nuevo marco normativo de prevención de riesgos laborales en el teletrabajo"*, parte de un recordatorio de contexto: cómo el teletrabajo era considerado una panacea, al menos desde el punto de vista de la cultura social predominante, pero cómo la experiencia de su utilización masiva en la pandemia ha puesto al descubierto sus zonas oscuras. Desde esta perspectiva ambivalente, expresa un catálogo de ventajas e inconvenientes de esta modalidad de prestación de servicios, así como alguno de los riesgos que la acompañan –tecnofatiga, tecnofobia, teconoestrés, tecnoadicción, riesgos ergonómicos y derivados del sedentarismo, vigilancia extremada por parte de la empresa, exposición a ciber-violencia y ciber-acoso…–. La regulación del RD-Ley 28/2020, en esta materia tiene en cuenta el Convenio 190 OIT y también el más reciente Acuerdo Europeo sobre la digitalización en el trabajo, y se engarza, como no podía ser de otro modo, con la legislación general de prevención de riesgos laborales. A este respecto, desgrana la incidencia de la Ley 31/1995, de 8 noviembre, en cuanto al teletrabajo, con especial referencia a los riesgos psicosociales, ergo-

nómicos y organizativos y expresa las peculiaridades que debe tener en cuenta una adecuada evaluación de riesgos. Y relaciona la materia preventiva con temas conexos, en particular la intimidad y la protección de datos, el derecho a la desconexión digital y la igualdad y la no discriminación en el trabajo. Como colofón, y entre otras ideas conclusivas, destaca la necesidad de que se vaya erigiendo una auténtica cultura de digitalización.

El artículo de la profesora Esteve-Segarra, bajo el título de *"La hibernación de las responsabilidades de los Administradores durante el estado de alarma y postalarma y su proyección en la derivación de deudas laborales y de Seguridad Social"* plantea unos asuntos de Derecho Mercantil con una afectación directa a las garantías de las personas trabajadoras. Se trata de los mecanismos de congelación de los concursos y de limitación de la responsabilidad de los administradores societarios, los cuales, a juicio de la autora, pueden tener un efecto *boomerang* que se vuelva contra la seguridad en el mercado y en el tráfico mercantil. En cuanto a la responsabilidad de dichos administradores por deudas societarias posteriores al momento en el que la empresa incurra en causa de disolución, así como a las que se deriven de la existencia de un concurso culposo, la legislación de la pandemia ha incluido matizaciones importantes. Por ejemplo, se limita la obligación de solicitar el concurso, o de convocar junta general durante el estado de alarma. Asimismo, en cuanto a las deudas contraídas durante el estado de alarma, se han establecido limitaciones, que afectan en particular al deber de solicitar la liquidación de la entidad mercantil a causa de dichas deudas o por pérdidas que alcancen determinados umbrales. Como valoración global, se ha tejido una red de protección al efecto de proteger a los administradores. Lo cual, en términos generales, debe considerarse razonable, pero puede producir consecuencias indeseadas, como que las personas trabajadoras no puedan cobrar sus créditos o que se ponga en mayor riesgo la viabilidad de las empresas y el mantenimiento de los puestos de trabajo. O, en otro ámbito de consideraciones, que la TGSS vea frustradas sus expectativas razonables de poder cobrar las deudas de Seguridad Social. En este proceloso entramado normativo, la profesora Esteve Segarra describe en perspectiva dinámica la normativa aplicable y pone de relieve los importantes riesgos que se producen a causa de esta opción del legislador de urgencia.

El cuarto y último trabajo derivado del Coloquio de Otoño, de autoría del profesor Rodríguez Iniesta, lleva como título *"Implicaciones del COVID-19 en la acción protectora de la Seguridad Social por confinamiento, restricción en los desplazamientos y contagio. ¿Contingencia común o profesional?"*. Con una entrada de corte periodístico, el autor parte del principio de la consideración conjunta de las contingencias, aunque las profesionales han sido privilegiadas y diferenciadas de las comunes. Por ese motivo, ya desde la primera norma previa a la declaración de

alarma se consideró como asimiladas a accidente de trabajo, aunque con ciertas limitaciones, las situaciones de aislamiento y baja derivadas de la COVID-19. El autor estudia minuciosamente los criterios administrativos dictados al efecto, así como su extensión, inmediatamente posterior, a los regímenes de funcionarios públicos, e igualmente la consideración de los períodos de aislamiento como de incapacidad temporal. Posteriormente, son objeto de tratamiento las restricciones en la movilidad asimismo derivadas de las medidas de contención adoptadas, y asimismo las modificaciones que se va produciendo a lo largo de la pandemia, con atención particular al tratamiento que se le da al personal sanitario. El estudio, en términos amplios y muy casuísticos, distingue las reglas especiales para el trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, así como las peculiaridades existentes en los regímenes especiales. A partir de todo el caudal normativo producido, con sus correspondientes criterios aplicativos, el profesor Rodríguez Iniesta formula una valoración crítica centrada en particular en la consideración de todas estas situaciones como accidentes de trabajo. Particular atención le presta a la posibilidad de que se plantee un recargo de la prestación, que aparentemente no cabe en los casos de restricciones en la movilidad o confinamiento, ni en situaciones de aislamiento que no se siguen de la enfermedad, pero sí cuando ésta se produce, aunque habría que precisar la normativa infringida en el contexto de la legislación de prevención de riesgos laborales. Finalmente, se plantea la pregunta de la posible calificación de la contingencia como una enfermedad profesional, de acuerdo con la normativa vigente al respecto.

***

El profesor Tascón López fue una de las personas galardonadas con el premio Rivero Lamas, por su estudio, que aquí se publica, *"Propuesta de regulación para el esquirolaje tecnológico en el contexto de una hipotética Ley Orgánica de Huelga".* Después de unos antecedentes normativos y jurisprudenciales, que sitúan al lector en el contexto del acervo jurídico actual, así como de un repaso por la doctrina académica que ha tomado partido sobre esta controversia, el autor pone de relieve que en absoluto está zanjada, sino que permanece abierta a un sinfín de interrogantes. Por consiguiente, formula una propuesta normativa, a partir de los siguientes parámetros: 1) el carácter lesivo del derecho de huelga de cualquier conducta de sustitución mediante tecnologías de las que no disponía la empresa con anterioridad a la convocatoria. 2) La conveniencia de privar a la empresa de la posibilidad de producir modificaciones muy sustanciales de los procedimientos preexistentes a los efectos de mantener la producción mediante dichas tecnologías. O, dicho en otras palabras, una medida empresarial de afectación particularmente intensa sería desproporcionada y vulneraría el derecho fundamental. 3) No debería ser posible que una huelga de alto seguimiento por parte de las personas trabajadoras quedara invisibilizada mediante estas medidas de sustitución, pues anularía

la adecuada publicidad del conflicto. 4) La combinación del esquirolaje tecnológico con la movilidad funcional de no huelguistas puede producir que incluso resulte ociosa la consideración del primero, o cuando menos que refuerce su valoración como antijurídica. Cerrando estas interesantes reflexiones, el autor formula una concreta propuesta de regulación que resume todas ellas.

La segunda comunicación premiada, aquí publicada como artículo, es obra del profesor Gimeno Díaz de Atauri. Titulada *"Problemas prácticos para la ordenación del tiempo de trabajo en las relaciones laborales de plataformas digitales de reparto"*, se centra, sin duda, en uno de los asuntos que más concentran últimamente el interés de la doctrina académica. El estudio describe las distintas modalidades de economía colaborativa, muchas de ellas ajenas a la idea de una prestación de servicios, así como las realidades en que ésta constituye el objeto principal del negocio. El autor expresa que, como parece evidente, no siempre existe subordinación ni siempre autonomía. Centrada la doctrina legal actualmente más en el caso de los repartidores, se describen las sentencias de suplicación, mayoritariamente inclinadas hacia el carácter laboral del vínculo, sin que la doctrina del auto *Yodel* parezca especialmente decisiva en un hipotético cambio de paradigma. Ya en cuanto al tiempo de trabajo, y partiendo de tal condición laboral, se repasan las condiciones de prestación del servicio de los *riders de Deliveroo* y de *Glovo* y se parte de su encuadre como personas trabajadoras del servicio de transporte, con la aplicación consiguiente de las reglas relativas al tiempo de presencia del art. 8 del Reglamento de Jornadas Especiales. A partir de lo cual, el profesor Gimeno Díaz de Atauri plantea los grandes problemas que produce la aplicación de las reglas relativas a los contratos a tiempo parcial y, en particular, el régimen de realización de las horas complementarias. En este escenario, el hecho de que los contratos se hubieran formalizado como de TRADES complica en gran medida la aplicación de las reglas del art. 12 ET, máxime porque en la practica se asemejan bastante a relaciones laborales de cero horas, y por más que en el modelo contractual utilizado figuren cláusulas relativas a los horarios de prestación de servicios que pueden destruir la presunción de jornada completa del art. 8 ET. Por supuesto, tales dificultades podrían enervarse si el contrato se concluyese desde el inicio como laboral a tiempo parcial o se estableciera un sistema de modificaciones sustanciales dinámicas, a cuyo fin los mecanismos tecnológicos de firma electrónica servirían de ayuda. Como idea conclusiva, el autor propone una modificación del Reglamento de Jornadas Especiales, que tuviese muy en cuenta la Directiva de condiciones transparentes y previsibles.

***

La presentación de un número de *Documentación Laboral* es una magnífica oportunidad para comprobar la vitalidad de nuestra Asociación que, en definitiva, no refleja sino la de nuestra doctrina académica. La AEDTSS ha aumentado hace ya años la densidad de sus actividades, que han permitido una intervención plural de nuestra masa crítica de asociados. La pluralidad ha pretendido ser guía de actuación de esta Junta Directiva, entendida en todas sus dimensiones: generacional, geográfica, temática, ideológica, institucional… Que los resultados hayan sido tan satisfactorios, al menos desde el punto de vista de la implicación de todas las socias y socios y máxime a la vista de unos resultados cualitativamente tan destacados como los que se presentan en este número, pone de relieve que todos los empeños puestos se han visto recompensados con creces.

Al margen de lo cual, y por lo que respecta a este número, se publican unos materiales muy valiosos, que aúnan cierta unidad sistemática y al tiempo una apreciable heterogeneidad temática. Indudablemente, *Documentación Laboral*, como instrumento periódico al servicio de la AEDTSS, se nutre de un amplio colectivo, a cuyo único servicio existe esta revista y los esfuerzos que la sostienen.

En Vigo, a 17 de enero 2021.

AUTORES DEL PRESENTE NÚMERO

Inmaculada Ballester Pastor
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Jaume I de Castellón

Fernando de Vicente Pachés
Prof. TU de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.
Universidad Jaume I de Castellón

Amparo Esteve-Segarra
Profesora Titular de Universidad.
Magistrada Suplente TSJ de la Comunidad Valenciana.
Universidad de Valencia

Guillermo Rodríguez Iniesta
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Murcia

Rodrigo Tascón López
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

Pablo Gimeno Díaz de Atauri
Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid

PRIMERA PARTE
COLOQUIO DE OTOÑO. "COVID Y RELACIONES LABORALES"
CASTELLÓN, 12 DE NOVIEMBRE DE 2020

TELETRABAJO Y DERECHOS INDIVIDUALES: EL TRAZADO DE NUEVOS EQUILIBRIOS

WORKING FROM HOME AND INDIVIDUAL RIGHTS: DESIGNING NEW BALANCES*

Inmaculada Ballester Pastor**
Universidad Jaume I de Castellón

SUMARIO: 1. El teletrabajo como herramienta clave de las nuevas formas de empleo. –2. El marco jurídico del teletrabajo; 2.1. El Convenio n.º 177 de la OIT sobre el trabajo a domicilio: la visibilidad y la protección del trabajo informal; 2.2. El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo: cómo solventar el equilibrio entre flexibilidad y seguridad en las empresas; 2.3. La regulación legal del trabajo a distancia desde 2012 a septiembre de 2020: incompleta y desfasada; 2.4. El papel regulador, pero no tan protagonista, de la negociación colectiva. –3. La regulación del teletrabajo como normativa de mínimos y como conjunción de equilibrios en la empresa; 3.1. El teletrabajo en pandemia: normas mínimas y tiempo extra para adaptar el teletrabajo ya existente; 3.2. Un estatuto para el trabajo a distancia: el trazado del equilibrio entre seguridad y flexibilidad. –4. La conjugación entre control y confianza: ¿utopía?

RESUMEN

El Real Decreto 28/2020, de 22 de septiembre, sobre el trabajo a distancia, supone la promulgación de una norma tuitiva y exhaustiva que pone, al fin, remedio a demasiados vacíos normativos. Hasta septiembre de 2020 las normas sobre trabajo a distancia fueron escasas e incompletas, y no habían servido para implementar reglas válidas en el trabajo en remoto.

El presente estudio efectúa un tratamiento del marco jurídico que, hasta la pandemia, durante la pandemia, y después de ella, han servido y servirán para trazar nuevos equilibrios en la manera de definir el trabajo a distancia como forma de organización del trabajo. Se destaca el papel que tienen cada una de estas normas en la defensa de los derechos individuales de los trabajadores, subrayándose la gran responsabilidad que debe asumir la negociación colectiva. Como gran objetivo, las normas –legales y convencionales– deben usarse para equilibrar el juego entre seguridad y flexibilidad y, también, entre control y confianza: ello será fundamental para poder elaborar un marco jurídico apropiado que encumbre al teletrabajo como instrumento esencial destinado a cumplir un papel clave en las nuevas formas de empleo.

* Recibido el 6 de enero de 2021. Aceptado el 11 de enero de 2021.
** Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ABSTRACT

Royal Decree 28/2020, of September 22, on distance work supposes the enactment of a protective and exhaustive rule that finally remedies too many regulatory gaps. Until September 2020, regulations on remote work were scarce and incomplete, and they had not served to implement valid rules on remote work.

This study deals with the legal framework that, until the pandemic, during the pandemic, and after it, have served and will serve to draw new balances in the way of defining distance work as a form of work organization. The role that each of these standards have in defending the individual rights of workers is highlighted, underlining the great responsibility that collective bargaining must assume. As a major objective, standards – legal and conventional– should be used to balance the game between security and flexibility and, also, between control and trust: this will be essential to be able to develop an appropriate legal framework that heightens teleworking as an essential instrument intended to comply a key role in new forms of employment.

Palabras clave: trabajo a distancia, teletrabajo, trabajo a domicilio, nuevas formas de empleo, flexibilidad, seguridad, negociación colectiva, pandemia, COVID.

Key words: remote work, telework, homework, new forms of employment, flexibility, security, collective bargaining, pandemic, COVID.

1. EL TELETRABAJO COMO HERRAMIENTA CLAVE DE LAS NUEVAS FORMAS DE EMPLEO

En 2020 la pandemia ha transformado un elevado porcentaje de trabajo presencial en trabajo a distancia gracias al uso masivo de las TIC: ello ha mantenido en funcionamiento a las organizaciones. El teletrabajo[1] ha sido un mecanismo imprescindible[2] para minimizar daños tras decretarse el estado de alarma, el confinamiento masivo, y, posteriormente, para sobrellevar el sinfín de medidas de aislamiento social decretadas estos meses. Lo positivo es que se han aprovechado las nuevas tecnologías para seguir activos, pero se ha acudido a teletrabajar con medidas improvisadas, como lo demuestra el hecho de que prácticamente el 80% de las empresas encuestadas había aumentado –de una u otra forma– el trabajo en remoto[3]. Hasta ahora, muy pocas empresas ya teletrabajaban y disponían de un marco normativo –reglas, pautas de funcionamiento– dentro del cual se desarrollaba el teletrabajo, lo que significaba haber diseñado previamente políticas y prácticas; sin estas políticas y prácticas está ocurriendo que están ausentes en demasiadas empresas los marcos precisos para abordar el teletrabajo[4]. El teletrabajo, ha sido pues, estos últimos meses, una medida de urgencia, y, junto a éste, debe darse un cauce jurídico para el desarrollo del teletrabajo ordinario.

---

[1] El término teletrabajo es muy cercano al trabajo a domicilio y al trabajo a distancia, pero no son lo mismo. El teletrabajo da protagonismo a las TIC, el trabajo a distancia se centra en que el trabajo se desarrolla en un lugar remoto, y el trabajo a domicilio considera prevalente la tarea que se efectúa, en el domicilio del trabajador. El art. 2.º del RDL 28/2020, de 22 de septiembre define ambos términos.

[2] El concepto de teletrabajo, amén de otros de más reciente creación legal, fue adelantado por nuestra doctrina científica años atrás, como *un tipo singular de trabajo a distancia en el que la dirección y el control directo sobre el trabajador son sustituidos por la comunicación con éste a través de medios informáticos o audiovisuales. Vid*. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, "El teletrabajo: notas sobre su calificación y régimen jurídico", *Foro Jurídico*, (07), pp. 151-156. Recuperado a partir de:
http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18468

[3] En la encuesta realizada por el Banco de España a un grupo de empresas durante la primera fase de la pandemia, según se puede leer en el Informe BINDUSA, COZZOLINO, LACUESTA, *El teletrabajo en España,* Artículos analíticos, Boletín Económico, n.º 2/2020, elaborado por la Dirección General de Economía y Estadística del Banco de España (Eurosistema). Disponible en: www.bde.es

[4] La OIT ofrece una Guía con recomendaciones prácticas para lograr un teletrabajo eficaz y para brindar apoyo a las organizaciones, proporcionando un marco flexible para que elaboren las empresas sus propias políticas y

Mientras los datos de contagios persisten, y también mientras se intenta ajustar un correcto equilibrio entre salud y economía no sabemos si el teletrabajo permanecerá, ni cómo lo hará, ni en qué sectores, ni qué papel jugará en la nueva normalidad, ni cuánto habremos de esperar para que la relativa normalidad vuelva a aparecer, pero es probable que éste siga siendo una herramienta importante con la que contar y que las empresas y los trabajadores la usen. El ritmo del avance de la pandemia, la rapidez y/o eficacia de las vacunas, las decisiones de los Gobiernos, entre otras muchas variables, tendrán mucho que decir, obviamente, en este proceso.

A efectos conceptuales, el teletrabajo consta de tres elementos que lo definen: el topográfico –el trabajo es a distancia–; el segundo elemento: el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación; y, el tercer elemento, el organizativo: es una nueva forma de trabajar y supone una ruptura con el modelo tradicional de organización del trabajo[5], un cambio que –muchos auguran– será más importante de lo que ahora nos parece[6]. Su implementación requiere una transformación profunda de la relación laboral si se acude al teletrabajo regularmente durante un período de tiempo prolongado ya que muda toda la relación laboral y cambia la naturaleza del contrato[7]. Pero no hablamos de una modalidad de contratación ni de una relación laboral especial, sino más bien de una opción alternativa a la actividad presencial en el centro de trabajo[8]. De hecho, suele aparecer el teletrabajo combinando con trabajo presencial como la opción más frecuentemente acogida en las normas paccionadas –también el previo art. 13.º del TRET, regulador del trabajo a distancia hasta septiembre de 2020 y el RDL 28/2020, sobre el trabajo a distancia abogan única y exclusivamente por esta modalidad[9]–, aunque ninguna de tales normas prohíbe el trabajo a distancia al 100%.

Pero, además, el teletrabajo también puede ser un instrumento útil, de urgencia, para imprevistos, o para simplificar o dar agilidad al trabajo –de la empresa o de los trabajadores–, de manera que, como elemento instrumental, puede plantearse –como opción válida para flexibilizar la gestión del trabajo, en la empresa–, o, para conciliar mejor o para permitir desarrollar trabajos en lugares muy distantes del propio domicilio –como opción válida para el trabajador–. La gran ventaja para los trabajadores es que ahora ya pueden ofertar sus servicios y acceder a más demandas de empleo sin tener que desplazarse a lugares de trabajo cercanos a su lugar de trabajo; para las empresas, el gran atractivo es la flexibilidad que aporta, ya que facilita contar con los trabajadores precisos, en cada momento, de forma más ágil y rápida.

Pero hay más: los beneficios y riesgos que surgen al usar el teletrabajo son diferentes según atendamos a la visión del empleador o a la del trabajador[10]. Genéricamente, el teletrabajo es

---

prácticas. *Vid. El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella.* Guía práctica, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra OIT, 2020. *Vid.* también SIERRA BENÍTEZ, M., "Buenas y/o malas prácticas jurídico-laborales en el teletrabajo como fórmula de implantación del trabajo remoto en las empresas privadas", disponible en: https://idus.us.es/handle/11441/43995.

[5] ARAGÓN GÓMEZ, Cristina, "El teletrabajo en la negociación colectiva", en *Observatorio de la negociación colectiva, nuevas tecnologías y globalización,* coord. por Ricardo Escudero Rodríguez, Madrid, Cinca, 2010, pp. 334-350, p. 335.

[6] "Cobrar el doble por teletrabajar: esto es lo que viene, y no estás preparado". La deslocalización de fábricas va a parecer una anécdota comparada con el impacto global del teletrabajo. Este no está determinado por el dónde, sino por el cómo. Disponible en: https://blogs.elconfidencial.com/tecnologia/tribuna/2020-12-30/teletrabajo-eeuu-pandemia-coronavirus-software-ingenieros_2890043/

[7] *Vid.* MELLA MÉNDEZ, L., "Configuración general del trabajo a distancia en el derecho español", en AA.VV., *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés,* Madrid, Wolters Kluwer, 2017, p. 55.

[8] UGT, *El teletrabajo en la encrucijada. Análisis y propuestas,* Documento de 26 de mayo de 2020. Disponible en: https://www.ugt.es/sites/default/files/documento_teletrabajo_-analisis_y_propuestas_ugt.pdf

[9] A la vista del contenido de la mayor parte del contenido de los convenios colectivos. No obstante, la opción por el teletrabajo al 100% de la jornada también se está usando –*Vid.*, por ejemplo, el art. 20.º del CC de empresas de publicidad, BOE de 10 febrero 2016–.

[10] Para los trabajadores aparece como un instrumento que puede ser beneficioso para la conciliación familiar, y para las empresas puede suponer un mecanismo de abaratar costes y de flexibilizar el modo de desarrollar las

positivo para el trabajador por los motivos siguientes: reducción de los tiempos de desplazamiento, aumento de la autonomía, mayor flexibilidad de autoorganización del tiempo de trabajo, posibilidad de conciliar la vida laboral y familiar, superación de obstáculos físicos o psíquicos que pudieran impedirle trabajar presencialmente (distancia física o discapacidad). Además, por su parte, las empresas se benefician teóricamente de un aumento de la motivación, promovido por la posibilidad de conciliar vida laboral y familiar, de una reducción de la rotación de los trabajadores, de la mejora de la productividad y de la eficiencia y de la reducción de costes asociados con la necesidad de no contar con locales y puestos físicos; y también pueden las mercantiles, gracias al teletrabajo, disponer de más candidatos más rápidamente para desempeñar un mismo puesto de trabajo, pues pueden acudir más lejos en su búsqueda, y sin costes asociados. Pero, como desventajas, aparece también la tendencia a trabajar más horas o no cobrar lo mismo, o no poder ascender si se teletrabaja, la interferencia del trabajo-casa, la invasión de la intimidad del trabajador a través de las nuevas tecnologías, o, en el caso de las mercantiles, la posibilidad de sufrir espionaje industrial por los riesgos de las nuevas tecnologías.

Concluir positiva o negativamente acerca de los efectos del teletrabajo es muy complicado, ya que los datos son ambiguos y se encuentran condicionados con el modo exacto como se desarrolle efectivamente el trabajo a distancia: tiene que ver con el lugar de trabajo en determinados entornos laborales, y con aspectos como el desdibujamiento de la vida laboral y personal o con las características de las distintas profesiones. Para valorar si es conveniente implementarlo –desde las mercantiles– se aboga por efectuar previamente estudios y proyectos-piloto y por planificar las medidas, de forma que se ajusten las necesidades de los trabajadores a las de los entes empresariales implicados. Después, se recomienda igualmente evaluar si las medidas han sido adecuadas y responden a los objetivos marcados. Existen, de hecho, diferentes estudios donde se recogen las experiencias de buenas o malas prácticas de teletrabajo puestas en marcha empresas grandes y que pueden servir de ayuda para adoptar decisiones[11].

En cualquier caso, dependiendo de cada modalidad, las nuevas formas de empleo evolucionan, y está apareciendo un nuevo tipo de gestión del empleo –basado en la confianza y en la gestión de los resultados– y en una nueva forma de trabajar –más autónoma, más flexible, y más adaptada a las preferencias de los trabajadores–[12].

---

tareas. Para MELLA MÉNDEZ, L., "Configuración general del trabajo a distancia en el derecho español", *op. cit.*, pp. 37 y ss., desde la perspectiva del trabajador, la principal ventaja es la flexibilidad laboral y personal, siendo esa libertad clave para conciliar vida laboral y personal; pero ello exige contar con capacidad de autoorganización y mantenimiento del equilibrio vida privada-vida profesional, de forma que si no aparecen las citadas exigencias personales en el teletrabajador debieran introducirse medidas de control y seguimiento más estrictas sobre el trabajador (horarios y actividades delimitadas cada día). Desde el punto de vista de la empresa resulta vital que el trabajo a distancia ayude a generar productividad laboral, para que la experiencia resulte ser un éxito. También ha de valorarse positivamente para la empresa la minoración de los costes que puede generar el trabajo a distancia, y la posibilidad de que se inserten colectivos con especiales dificultades de acceso al empleo, por la ubicación de su domicilio o por sus especiales condiciones físicas.

[11] *El Libro Blanco del teletrabajo en España. Del trabajo a domicilio a los e-workers: un recorrido por la flexibilidad espacial, la movilidad y el trabajo en remoto,* junio de 2012, contiene una visión del teletrabajo desde la perspectiva empresarial Aquí se recogen ejemplos de casos de éxito de buenas prácticas de teletrabajo. Se recomienda para la puesta en marcha del teletrabajo la experiencia piloto, el seguimiento y métricas. Se ha de ponderar si el teletrabajo como medio consigue el impacto querido: la satisfacción de los trabajadores, el uso de los espacios, el absentismo, la productividad, el ahorro en viajes, en energía, etc.

[12] Así se define el teletrabajo en el Documento de la OIT: *El teletrabajo durante la pandemia, op. cit.*, p. 4. Hay muchas modalidades de teletrabajo, es decir, de trabajar a distancia usando las tecnologías de la información. El teletrabajo consiste básicamente en efectuar tareas que podrían ser ejecutadas presencialmente, pero se desarrollan fuera de éste, y puede ser total o parcial, combinando el ejercicio de trabajos fuera respectivamente dentro de las instalaciones de la empresa. Y puede generar un teletrabajo móvil o flexible, de manera que la persona trabajadora decida dónde trabajar –su domicilio, o instalaciones dotadas de la tecnología necesaria (coworking), o desde centros interconectados con la sede de la empresa–. Pero, además, también puede operar el teletrabajo

El teletrabajo, además, es también es predicable del trabajo autónomo y de empresas auxiliares, cuando ofrecen sus servicios en remoto, aunque el teletrabajo no asalariado ha preocupado menos a la sociología, a la economía, al ámbito de los recursos humanos, y también a los interlocutores sociales y, obviamente, a las normas socio-laborales[13]. Aun así, los poderes públicos deben intervenir, pues este cambio sí influiría en la salud y en la aparición de diferentes riesgos laborales del autónomo a los que éste queda expuesto[14], y tiene que ver con las coberturas sociales que se obtienen; hay que estar atentos puesto que la digitalización y el trabajo en plataformas pueden facilitar la reconducción fraudulenta del teletrabajador asalariado hacia el falso autónomo[15] ya que, como gran problema, el trabajo en remoto puede ocultar trabajo informal y/o precario a domicilio, a través de horas accesorias o suplementarias –que no computan como tales horas–; o contando con trabajadores formalmente autónomos pero que realmente son falsos autónomos a distancia. Todas estas fórmulas de trabajo a distancia no declarado deben ser controladas, y ello plantea retos muy complejos. La implementación del teletrabajo, asimismo, se relaciona no solamente con los avances tecnológicos de cada país, sino también con su estructura económica y con la cultura de trabajo existente[16]. Por lo demás, el trabajo a distancia marca también grandes diferencias en grandes y pequeñas empresas dado que la brecha digital deja fuera de la digitalización a aquellas entidades no preparadas para investigar las mejores opciones, o no dispuestas a invertir económica y formativamente en nuevas tecnologías. También se exige más esfuerzos en la gestión de equipos de trabajo –información, comunicación, trabajo en equipo–, por parte de los directivos, de mandos intermedios, y por parte de los mismos teletrabajadores.

En cualquier caso, es claro que los poderes públicos y los representantes de los trabajadores pueden y deben jugar un papel en la delimitación de este modo de gestión del trabajo, fijando límites o pautas mínimas de funcionamiento ya que no cabe que éste quede en manos de decisiones unidireccionales, procedentes de la empresa. Se exige un marco jurídico porque, entre otras razones, el trabajo remoto ha avanzado en estos años y lo seguirá haciendo en un contexto de precariedad, de trabajos atípicos, de descentralización productiva e individualización asociada a los diversos diseños y desafíos de flexibilidad organizacional en los que el teletrabajo se mueve[17].

---

desde centros concertados –telecentros–, de manera que podría trabajarse desde una red concertada con terceros, que podrá elegirse por razón de proximidad a su residencia o domicilio habitual. *Vid.* p. 8. CC OO. *Orientaciones para la regulación del teletrabajo en la negociación colectiva.* Además, en el Informe ejecutivo: *Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar,* p. 7, se alude a las categorías de teletrabajadores que usan las tecnologías de la información clasificándolos en: teletrabajadores en casa; teletrabajadores que usan las TIC con elevada movilidad, que trabajan regularmente en varios lugares, usando las TIC, trabajadores que usen las TIC ocasionales, es decir, empleados que trabajen en uno o más lugares fuera de las dependencias del empleador solo ocasionalmente, y con un grado de movilidad bajo; o los empleados que trabajan única y exclusivamente en las dependencias del empleador.

[13] Excepcionalmente el Convenio n.º 177 de la OIT sobre el trabajo a domicilio sí alude al trabajo independiente como foco de trabajo informal fraudulento y también hace referencia a las empresas auxiliares en las que se teletrabaja.

[14] Los autónomos que trabajen a domicilio no pueden sufrir accidentes *in itinere*, pero es claro que deben declarar claramente cuál es su centro de trabajo porque sí pueden sufrir accidentes de trabajo en el lugar y en la jornada de trabajo que tengan la consideración de contingencia profesional, y, asimismo, también deben ser sujetos a quienes deben dirigirse las normas de prevención de riesgos.

[15] Desde este punto de vista el trabajo a domicilio que más fraude podría generar es el que no se compagina con el trabajo presencial, sino que es trabajo en remoto el 100% de la jornada. Dos ejemplos de fraude existente en los que se analiza la relación y se concluye en su laboralidad pueden encontrarse en la Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1.ª) Sentencia de 1 febrero 2017, JUR\2017\61565 o en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia TSJ de Castilla-La Mancha, (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia núm. 886/2018 de 21 junio, AS\2018\2172.

[16] *Vid.*, el Informe ejecutivo elaborado por la Organización Internacional del Trabajo y Eurofound: *Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral,* disponible en: www.ilo.org

[17] PURCALLA BONILLA, BELZUNEGUI, *op. cit,* p. 32.

2. EL MARCO JURÍDICO DEL TELETRABAJO

2.1. El Convenio n.º 177 de la OIT sobre el trabajo a domicilio: la visibilidad y la protección del trabajo informal

El Convenio n.º 177 de la OIT, adoptado en fecha de 4 de junio de 1996 y vigente desde el 22 de abril de 2000, sobre trabajo a domicilio, es un instrumento actualizado y de carácter técnico, que podría haber operado como marco jurídico del teletrabajo en nuestro país. No obstante, se trata de uno de los Convenios menos exitosos pues solamente ha sido ratificado por 10 países, y España no se encuentra entre éstos[18]. Además, esta norma tiene un ámbito de aplicación diferente al teletrabajo ya que introduce obligaciones a los países firmantes en relación con el trabajo de quien preste sus servicios en su propio domicilio –o de otro lugar que escoja este–, y ello cuando este trabajo sea por cuenta ajena –debe concurrir la ajenidad y la dependencia– y, siempre que la actividad sea regular. Está ausente, pues, en este Convenio, cualquier mención a las TIC[19]. Hay que recordar, a estos efectos, que, propiamente, el trabajo a domicilio se diferencia del trabajo a distancia por dos motivos: primero porque en éste ocurre que habitualmente el lugar de prestación suele venir indicado por la misma empresa que contrata –y aquí el lugar se fija por el trabajador–, y, además, en segundo lugar, porque el trabajo a distancia no está exento del control de la prestación por parte del trabajador, mientras que en el trabajo a domicilio este control no aparece claramente[20].

Además de ello, el Convenio n.º 177 se complementa con la Recomendación n.º 184 de la OIT, que no obliga a los Estados sino que orienta hacia un régimen más favorable para el trabajador. También, tal cual hacen prácticamente todas las normas que regulan de alguna forma el trabajo a distancia, el Convenio incluye en su ámbito subjetivo únicamente a los asalariados a domicilio y, para ello, diferencia a éstos de los trabajadores por cuenta propia, señalándose que es autónomo quien trabaje a domicilio asumiendo un determinado grado de autonomía e independencia económica, el marcado en la legislación o en las decisiones judiciales. Las obligaciones que impone a los estados firmantes el Convenio vienen establecidas en los arts. 3.º y 4.º, obligaciones que no son demasiado exigentes, a la vista de la evolución de nuestra normativa actual. El art. 3º conmina a todo Estado ratificante a adoptar, aplicar y revisar periódicamente una política nacional –mediante leyes, convenios colectivos...– en materia de trabajo a domicilio destinada a mejorar la situación de los trabajadores a domicilio, previa consulta con los interlocutores sociales. Y el artículo 4.º insiste en que, a tal efecto y solo *en la medida de lo posible* la política nacional en materia de trabajo a domicilio debe promover la igualdad de trato entre los trabajadores a domicilio y los otros trabajadores asalariados. Asimismo, se recogen los diferentes aspectos en los que debe fomentarse dicha igualdad de trato[21], destacándose entre ellos el derecho a la Seguridad Social y el derecho a la maternidad.

---

[18] El que hayan sido tan pocos los estados que han ratificado este Convenio tiene que ver con el hecho de que los estados ya cuentan con una normativa muy avanzada en la materia; además el trabajo a domicilio no refleja adecuadamente las necesidades reales de este tipo de trabajo. *Vid.* más ampliamente, acerca de este Convenio, USHAKOVA, Tatsiana, "Convenio sobre el trabajo a domicilio 1996 (n.º 177)", *Revista internacional y comparada de Relaciones laborales y derecho del empleo,* volumen 7, 2019.

[19] Según el art. 1.º del Convenio, la expresión trabajo a domicilio significa el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza: (i) en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador; (ii) a cambio de una remuneración; (iii) con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente, en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales.

[20] Así las cosas: *No todo trabajo a domicilio es teletrabajo, ni todo teletrabajo es a domicilio. Vid.* PURCALLA BONILLA, BELZUNEGUI ERASO, "Marcos jurídicos y experiencias prácticas de teletrabajo", *Revista Doctrinal Aranzadi Social,* n.º 18, 2003.

[21] (a) el derecho de los trabajadores a domicilio a constituir o a afiliarse a las organizaciones que escojan y a participar en sus actividades; (b) a protección de la discriminación en el empleo y en la ocupación; (c) la protección

Late en el Convenio n.º 177 el deseo de evitar que el trabajo a domicilio sirva como excusa para el trabajo informal –desprotegido de las normas de protección social (a día de hoy, este es un gran problema del trabajo en plataformas)–. El Convenio n.º 177 vino a ocuparse de una preocupación frente a la que es particularmente sensible la OIT que es la de cuidar de los trabajadores especialmente vulnerables y la superación de la economía informal, a lo que hay que sumar, que, en 1996 la mayoría de las trabajadoras a domicilio eran mujeres. Por eso, este instrumento normativo pone énfasis en lograr, lo primero, una mayor visibilidad de los trabajadores a domicilio[22] y, lo segundo, en conseguir el reconocimiento del derecho a la igualdad de trato de los trabajadores a domicilio respecto a los trabajadores presenciales.

2.2. El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo: cómo solventar el equilibrio entre flexibilidad y seguridad en las empresas

El Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo (AMET), de 16 de julio de 2002, fue un texto destinado a contemplar un marco general a desarrollar por las organizaciones miembros de las partes firmantes –la CES, la UNICE/UEAPME y la CEEP– en materia de teletrabajo y resultó trascendental para cubrir los vacíos normativos existentes en esta materia –que eran muchos–. Respecto al proceso de su elaboración, al no aparecer en el mismo materias excluidas de la competencia comunitaria, el Acuerdo podía, o bien someterse a una decisión del Consejo, o bien encomendar su aplicación a las prácticas propias de los interlocutores sociales y de los estados miembros, habiéndose optado por lo segundo. Por este motivo, el Acuerdo fue puesto en marcha conforme a los procedimientos y prácticas propias de los interlocutores sociales en los estados miembros, algo que debía efectuarse en los tres años siguientes. Este Acuerdo fue, así, el primero en ser adoptado de acuerdo con el proceso de negociación voluntaria previsto en el art. 139.2.º TJUE y del que los propios sujetos negociadores negaron su fuerza normativa[23]. Y su incorporación en nuestro país se produjo al año siguiente, en el Capítulo VII del Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2003[24], añadiéndose al mismo el texto del AEMET –en su Anexo II–[25].

---

en materia de seguridad y salud en el trabajo; (d) la remuneración; (e) la protección por regímenes legales de seguridad social; (f) el acceso a la formación; (g) la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo; (h) la protección de la maternidad.

[22] *Vid.* USHKOVA, Tatsiana, "El teletrabajo en el derecho de la OIT", *Revista Información Laboral,* n.º 9, 2015.

[23] En el procedimiento precedente a la negociación y firma del Acuerdo, los interlocutores sociales, en la primera fase de consultas, discrepaban acerca de cuál debía ser el objetivo final a lograr para proporcionar un marco jurídico adecuado al teletrabajo. Mientras las organizaciones empresariales se centraban en la importancia de garantizar la flexibilidad con el fin de mejorar la competitividad de las empresas, la parte sindical señalaba la necesidad de atender a la seguridad de los trabajadores. Durante la segunda fase de consultas fue la Comisión quien ofreció un conjunto de principios generales que podrían inspirar la acción de los sujetos colectivos. *Vid*. SANTOS FERNÁNDEZ, M. D., "El Acuerdo Marco europeo sobre teletrabajo: negociación colectiva y teletrabajo. Dos realidades de dimensión comunitaria", en *Revista Trabajo*, n.º 14, Universidad de Huelva, 2009, ISSN: 1136-3819, pp. 51 y ss.

[24] *Vid.* Resolución de 31 de enero de 2003, de la Dirección General de trabajo, por la que se dispone la inscripción en el Registro y publicación del Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva. Se puede leer en dicho Capítulo IV que: … *Dicho acuerdo parte del reconocimiento por los interlocutores sociales del teletrabajo como un medio de modernizar la organización del trabajo para las empresas y conciliar vida profesional y personal para los trabajadores, permitiendo una mayor autonomía en la realización de sus tareas. Las organizaciones firmantes compartimos en su totalidad el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo ya que es un instrumento especialmente útil para facilitar y extender la introducción del teletrabajo en las empresas y resolver algunas dudas que venían surgiendo en determinados aspectos del campo laboral en relación con el teletrabajo*…

[25] En los AINC de los años siguientes también se ha abordado el tema del teletrabajo: en los años 2005, 2007, 2010, 2011, 2012, de 2013 y 2014, y, más recientemente, en el III Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva de 2015, 2016, 2016 y 2017, Acuerdo prorrogado en sus mismos términos en el IV Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2018, 2019 y 2020 aprobado por Resolución de 17 de julio de 2018, BOE de 18 de julio de 2018.

El Acuerdo recoge muchas de las cuestiones que habían sido ya incluidas en diferentes Comunicaciones y varios de los denominados *Libros Verdes*, previos a la iniciativa legislativa. Su finalidad es, en suma, incorporar su texto a los Acuerdos colectivos para mejorar la productividad y la competitividad de las empresas y para lograr el equilibrio entre la flexibilidad y la seguridad. Incorpora el Acuerdo una definición del teletrabajo que resulta omnicomprensiva ya que éste aparece como un modo de organización del trabajo[26]. Se exige en tal concepto la concurrencia de cuatro elementos: el uso de las TIC; una relación jurídica asalariada; que el trabajo se desarrolle fuera del local del empresario –aunque pueda desarrollarse dentro–; y, que el trabajo así definido sea regular.

El AEMET se incluía en el AINC 2003 para ayudar a extender en nuestro país el teletrabajo, solucionando también algunas de las dudas que surgían respecto al mismo, incorporando, como más significativos, y entre otros, los aspectos siguientes:

- a) El carácter voluntario del teletrabajo, voluntariedad que debe aparecer bien al inicio de la relación laboral, o, posteriormente, mediante acuerdo[27], pudiendo este ser reversible –mediante pacto–. El teletrabajo –se aclara también– solamente cambia el modo de trabajar, quedando igual el estatuto laboral del teletrabajador;
- b) El derecho del trabajador a ser informado acerca de los elementos esenciales de la relación laboral[28];
- c) El derecho a detentar las mismas condiciones de empleo y los mismos derechos que los trabajadores presenciales[29];
- d) El derecho a la protección de datos[30];
- e) El derecho al respeto a la vida privada del teletrabajador[31];

---

[26] *Definición y ámbito.—El teletrabajo es una forma de organización y/o de realización del trabajo, con el uso de las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la que un trabajo, que hubiera podido ser realizado igualmente en los locales del empleador, se efectúa fuera de estos locales de manera regular. El presente acuerdo afecta a los teletrabajadores. Se entiende por teletrabajador toda persona que efectúa un teletrabajo tal como se ha definido en el párrafo anterior.*

[27] *El teletrabajo es voluntario para el trabajador y el empleador afectados. El teletrabajo puede formar parte de una descripción inicial del puesto de trabajo, o puede ser acordado de manera voluntaria posteriormente. (…) El paso al teletrabajo como tal, puesto que sólo modifica la forma en que se realiza el trabajo, no modifica el estatuto laboral del teletrabajador.*

[28] *(…) En ambos casos, el empleador proporciona al teletrabajador las informaciones escritas pertinentes, conforme a la directiva 91/533/CEE, que incluye la información sobre los Convenios Colectivos aplicables, una descripción del trabajo que hay que realizar, etc. Las peculiaridades del teletrabajo requieren normalmente información escrita complementaria sobre cuestiones como el departamento de la empresa al que el trabajador está adscrito, su inmediato superior u otras personas a las que puede dirigir preguntas de naturaleza profesional o personal, modalidades de entrega de informes, etc.(…).*

Un ejemplo de tal identificación de los elementos esenciales que debe conocer el teletrabajador lo aportan PURCALLA BONILLA, BELZUNEGUI ERASO, *op. cit*, p. 44. Este ejemplo se encuentra en el Acuerdo Marco comunitario alcanzado en el sector del comercio, en el que se obliga a que aparezca: la identificación de las partes, el lugar fijo de trabajo y domicilio social de la empresa, el uso de los locales para el teletrabajo, la descripción de las funciones, la fecha de inicio del contrato o de la relación laboral, el tiempo de trabajo diario o semanal normal del teletrabajador, el importe base inicial u otros elementos constitutivos de la remuneración del trabajador.

[29] *Condiciones de empleo.—En lo que se refiere a las condiciones de empleo, los teletrabajadores tienen los mismos derechos, garantizados por la legislación y los Convenios Colectivos aplicables, que los trabajadores comparables en los locales de la empresa. No obstante, para tener en cuenta las particularidades del teletrabajo, pueden ser necesarios acuerdos específicos complementarios colectivos y/o individuales.*

[30] *Protección de datos. El empleador es responsable de adoptar las medidas adecuadas, especialmente respecto al software, para garantizar la protección de los datos usados y procesados por el teletrabajador con fines profesionales.*

[31] Si se coloca cualquier tipo de sistema de control, ha de ser proporcional al objetivo y ser introducido conforme a la Directiva 90/270, sobre pantallas de visualización de datos.

- f) El derecho a conocer claramente, antes de comenzar a teletrabajar, todos los aspectos referidos a los equipos de trabajo, la responsabilidad y los costes, recayendo en el empleador la responsabilidad de financiar el teletrabajo si éste es regular[32];
- g) El derecho a la protección de la salud, ya que el empleador es el responsable de la protección de la salud y seguridad profesional del teletrabajador, conforme a lo previsto en la legislación pertinente –se incluye el derecho a recibir información acerca de la protección requerida, e igualmente la necesidad del acceso al lugar de trabajo con el fin de verificar el cumplimiento correcto de tal normativa– incluso si el lugar de trabajo es el domicilio del trabajador;
- h) El derecho a tener el mismo acceso a la formación que los trabajadores presenciales, quedando sujetos a las mismas políticas de evaluación; y,
- i) El acceso a los mismos derechos colectivos que los que poseen los trabajadores en los locales del empleador.

El AEMET pretende proteger los derechos del teletrabajador, pero también coadyuvar en la organización del trabajo, aludiendo, incluso, a la flexibilidad del tiempo de trabajo del teletrabajador. El Acuerdo reconoce expresamente que es el teletrabajador quien gestiona la organización de su tiempo de trabajo, aunque condiciona este aspecto a que ello aparezca en la legislación, en los convenios colectivos y en las reglas de la empresa.

La mención al Acuerdo, el AINC de 2003 y AINC de años posteriores, no significó, no obstante, que este Texto tuviese eficacia *erga omnes*. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 11 de abril de 2005[33], concluía que este Acuerdo resultaba obligatorio únicamente para las partes signatarias. Por tanto, propiamente este Acuerdo nunca llegó a ser traspuesto realmente a nuestro derecho interno, aunque sí operaba como un principio general[34]. Lo que ocurrió después es que gran parte de los convenios colectivos que regularon el teletrabajo lo hacían incorporando, casi literalmente, sus cláusulas, por lo que éste sirvió claramente de inspiración para la regulación de la negociación colectiva[35].

Por lo demás, el Acuerdo dejaba fuera de la regulación del marco jurídico cuestiones como las relativas a la Seguridad Social de los teletrabajadores, e íntimamente ligado a lo anterior, el Acuerdo tampoco aludía a los trabajadores autónomos –posiblemente por el carácter de los sujetos que intervienen en la regulación –aunque también los profesionales independientes precisarían de disposiciones propias, que bien podrían aparecer en los Acuerdos de interés profesional en el caso de los TRADES. Además, quedaba fuera también del Acuerdo cualquier referencia al teletrabajo transfronterizo, con las posibles consecuencias nocivas que éste puede ocasionar en materia de dumping social[36].

---

[32] Como regla general, el empleador está encargado de proporcionar, instalar y mantener los equipos necesarios para el teletrabajo regular, excepto si el teletrabajador utiliza su propio equipo. Si el teletrabajo se realiza de manera regular, el empleador compensa o cubre los costes causados directamente por el trabajo, en particular los relativos a las comunicaciones. El empleador proporciona al teletrabajador un servicio adecuado de apoyo técnico. El empleador es responsable, de acuerdo con la legislación nacional y los Convenios Colectivos, de los costes debidos a la pérdida o daño del equipo y los datos utilizados por el teletrabajador. El teletrabajador tiene que cuidar adecuadamente el equipo que se le proporciona y no recoger o difundir material ilícito mediante Internet.

[33] RJ 2005, 4060.

[34] La eficacia de ese Acuerdo era meramente obligatoria para las partes firmantes, y no operaba *erga omnes. Vid.* al respecto LOUSADA AROCHENA, J. F., RON LATAS, P., "Una mirada periférica al teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia en el derecho español", en AA.VV. (MELLA MÉNDEZ, L.,), *Trabajo a distancia y teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado,* Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 32.

[35] *Vid. Libro blanco, op. cit.*

[36] *Vid.* PURCALLA BONILLA, BELZUNEGUI ERASO, "Marcos jurídicos y experiencias prácticas de teletrabajo", en *Revista Doctrinal Aranzadi Social,* n.º 18, 2003.

2.3. La regulación legal del trabajo a distancia desde 2012 a septiembre de 2020: incompleta y desfasada

El art. 13 del TRET[37] –redactado por el art. 6.º de la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma laboral de 6 de julio de 2012[38]– fue la única disposición legal que reguló el trabajo a distancia hasta el 23 de septiembre de 2020. La nueva redacción del art. 13 fue esperanzadora en 2012, pero llegaba tarde y resultó decepcionante. Ya no se hablaba del contrato a domicilio sino del trabajo a distancia –como un modo de ejecución del trabajo–, y seguía sin aludir la norma a las TIC. Tampoco quedaba claro si se permitía el trabajo a distancia completo –al 100% de la jornada–, ya que aparece el trabajo a distancia cuando *la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa.*

Para algunos, ello parecía excluir el trabajo a distancia al 100% de la jornada -aunque esta comprensión de esta disposición no fue unánime-, para otros esta redacción implicaba que, para que entrara en juego la regulación, el 50% de la actividad debía realizarse fuera del lugar de trabajo[39]. Lo que ocurrió, al fin y a la postre, fue que el porcentaje de dedicación en el caso del teletrabajo –compatible con el trabajo presencial– se fijaba en la negociación colectiva[40], y desde ahí se establecía cuándo la regularidad adquirida determinaba que entraba en juego el régimen jurídico marcado convencionalmente –que era el más extensamente desarrollado–.

Lo que sí hace el art. 13 TRET es reconocer al trabajador a distancia los mismos derechos que los trabajadores presenciales, destacándose ya la necesidad de percibir la misma retribución total que la de los trabajadores de la misma categoría profesional. Y, de forma breve, se reconoce igualmente el derecho del trabajador a distancia a la formación profesional y a la promoción profesional (incluyendo el deber de informar de las vacantes en puestos de trabajo presenciales), añadiendo a lo anterior el derecho a la protección de la seguridad y salud y el derecho a la representación colectiva.

Pero la regulación legal del art. 13.º era absolutamente insuficiente: se obviaban cuestiones clave que afectaban al trabajo a distancia, que fundamentalmente tenían que ver con aspectos clave que sí habían aparecido en el AEMET referidas a las formas de organización del trabajo. En aquel momento, los sindicatos españoles venían demandando una mayor participación de los representantes de los trabajadores en los diseños del teletrabajo: consideraban que era elevada la discrecionalidad de las empresas en su implementación[41].

---

[37] Atrás quedaba la anterior regulación de la norma –vigente desde el 1 de mayo de 1995 hasta febrero de 2012–, una regulación muy desfasada. Se regulaba aquí el contrato a domicilio como contrato especial, un marco jurídico utilizado para regular el trabajo a desarrollar en el domicilio del trabajador o en el lugar elegido libremente por éste, sin vigilancia del empleador. Este contrato debía figurar por escrito, y ser registrado en la Oficina de empleo, debiendo constar el lugar de prestación de servicios y las medidas de prevención aplicables. Además los contratados a través de esta fórmula debían contar con el mismo salario que fuera reconocido a los mismos trabajadores con categoria profesional equivalente, del mismo sector y el empresario debía facilitar a los trabajadores un documento de control donde figuraran instruccions, materiales entregados y tarifas acordadas.

[38] El art. 13.º tuvo otra redacción previa, casi idéntica a ésta, operada por el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, con igual denominación, de medidas urgentes para la reforma laboral. Por aquellos años la doctrina científica consideraba que el nuevo art. 13.º había introducido mejoras sustanciales respecto a la previa redacción del precepto, pero todavía resultaba una regulación excesivamente parca.

[39] *Vid.*, AA.VV., MELLA MÉNDEZ, L., *Trabajo a distancia y teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado, op. cit.*

[40] *Vid.* UGT, *El teletrabajo en la encrucijada. Análisis y propuestas,* Documento de 26 de mayo de 2020.

[41] PURCALLA BONILLA, *op. cit,* p. 36.

2.4. El papel regulador, pero no tan protagonista, de la negociación colectiva

En estos años muy pocos convenios colectivos desarrollan extensamente el contenido del teletrabajo, y la mayoría de los que lo hacen son CC de empresas grandes, que, además, está bien familiarizadas con las TIC –seguros o telecomunicaciones–[42]. Algunas normas colectivas –normalmente las sectoriales– apenas regulan, sino que únicamente reiteran lo establecido en el AEMET o en el art. 13.º TRET y/o recogen, además, cláusulas vagas o genéricas[43] aunque excepcionalmente sí aparecen reglas más precisas en ciertos convenios colectivos sectoriales[44] –sin olvidar de los experimentos operados en las Administraciones públicas–. Diferentes estudios –más exhaustivos– del tratamiento del teletrabajo en la negociación colectiva habían también llegado a esta misma conclusión: que la negociación colectiva, en términos generales, resultaba pobre e insuficiente para dar respuesta a los problemas; tampoco la negociación colectiva sirve para solventar muchas de las cuestiones ligadas a las nuevas formas de empleo y la digitalización[45].

Ha sido, por ello, la tónica, que la fijación de las condiciones de trabajo en las normas convencionales, en lo referido a la organización del trabajo, quede a merced de los empleadores, de forma que ha primado, cuando se adoptan decisiones al respecto, la optimización de los recursos para obtener el máximo rendimiento y productividad porque la negociación colectiva no ha paliado la falta de regulación genérica ni específica sobre ello[46].

Por tanto, ha sido común que el teletrabajo se regulara por códigos de conducta, o manuales de actuación, o códigos éticos, o que el convenio colectivo remite únicamente al acuerdo individual para que éste fije las específicas condiciones de trabajo, sin que se produzca una oportuna participación sindical. Así las cosas, ha ocurrido que la negociación colectiva ha servido también para que la mercantil venga decidiendo, sin contar con los trabajadores o con la representación sindical, los requisitos que debe cumplir el trabajador para acceder al teletrabajo –ello ocurre cuando en el convenio colectivo se condiciona a la concesión del trabajo en remoto a, por ejemplo, la existencia de tareas susceptibles de ser realizadas o a que no existan razones organizativas…; también señala la empresa la duración del teletrabajo; o cuál debe ser la distribución del tiempo de trabajo; o qué horario de trabajo corresponde efectuar…[47]–.

---

[42] Telefónica Ingeniería de seguridad SAU, BOE de 1 de enero de 2020; CC Nokia España, BOE de 18 de octubre de 2019; CC Carlson Wagonit España, BOE de 27 de febrero de 2020; u Orange España, BOE de 18 de octubre de 2019.

[43] CC del sector de las industrias de frío industrial, Resolución de 27 de septiembre de 2018, art. 13.º, el CC de prensa no diaria, Resolución de 10 de diciembre de 2013, art. 16.º, CC del sector del metal de la provincia de Alicante, art. 18.º; CC de oficinas de despachos de Navarra, BO Navarra de 14 de marzo de 2017, art. 34.º. Por su parte, El CC de oficinas y despachos de Valencia, BO Valencia de 20 de diciembre de 2019, art. 14.º se remite a los dispuesto en el AEMET. Un poco más preciso es el CC estatal de prensa diaria, BOE de 27 de agosto de 2019, art. 19.º.

[44] CC estatal de perfumería y afines, BOE de 20 de agosto de 2019, art. 15.º; CC estatal para empresas de mediación de seguros privados para el período 2019-2022, BOE de 7 de enero de 2020, art. 8.º bis; CC del sector de empresas de publicidad, BOE de 10 de febrero de 2016, art. 20.º, o el XIX CC de la industria química, BOE de 8 de agosto de 2018, art. 10.bis; CC VIII estatal del corcho, Resolución de 8 de marzo de 2020, art. 11.º.

[45] *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, diciembre de 2016, p. 1. Y, con la misma opinión, Vid. también VALLE MUÑOZ, F. A., "La regulación de las tecnologías de la información y de la comunicación por la negociación colectiva", *Temas Laborales*, n.º 148, 2019, p. 19.

[46] PURCALLA, *op. cit.*, p. 34.

[47] Señalaba ARAGÓN… que Convendría que el CC señalara qué actividades son trabajables así y qué concretos requisitos han de cumplirse para poder teletrabajar, de forma que, si estos requisitos se cumplen se adquiriera un derecho para el trabajador para teletrabajar.

Los mismos sindicatos, en 2019, instaban a garantizar la regulación del teletrabajo y fomentar su control a través de la negociación colectiva, con el fin de proteger los derechos de las personas trabajadoras y a evitar los abusos de las empresas[48].

3. LA REGULACIÓN DEL TELETRABAJO COMO NORMATIVA DE MÍNIMOS Y COMO CONJUNCIÓN DE EQUILIBRIOS EN LA EMPRESA

3.1. El teletrabajo en pandemia: normas mínimas y tiempo extra para adaptar el teletrabajo ya existente

En España, con cifras del año 2019, solo un 8,3% de los ocupados teletrabajaron, incluyendo aquí a teletrabajadores ocasionales y regulares (se ha entendido que son regulares, a estos efectos, quienes trabajen en modo remoto más del 50% de los días)[49]. Si acotamos esta cifra a quienes teletrabajaron de forma habitual, este dato se rebaja a la mitad: al 4% de los trabajadores –es decir, el 96% fueron presenciales–[50], en cambio, en este momento fueron muchos más quienes teóricamente sí podían teletrabajar –el 22,3% del total, es decir, casi 1 de cada 4 trabajadores–. Pero todo cambió en 2020 con la llegada de la pandemia. De acuerdo con algunos estudios, en 2020, un total de 3,01 millones de personas trabajaron a distancia, triplicando –3,2 veces– el teletrabajo que existía[51]: por ello se habla de que en 2020 teletrabajaban un 15% de la población trabajadora -aunque otros estudios hablan de una cifra cercana al doble –el 30%–.

Antes de la pandemia solamente las empresas y los sectores que acudían al teletrabajo se ocupaban de regularlo, y no eran demasiados los convenios que los recogían; por lo mismo tampoco fueron muy numerosos los conflictos judiciales que tenían su origen en el trabajo en remoto. Pero, con la pandemia, el problema fue que el teletrabajo se implementó sin más, y ello exigía cumplir unas normas –aún mínimas– a las que debían hacer frente las empresas, sin estar preparadas para ello. Por ello, multiplicar el teletrabajo exigió, lo primero, desregular. Se optó por imponer el teletrabajo, a toda costa, para mantener a las empresas en funcionamiento y sin poner en juego la salud: el teletrabajo evita la propagación del virus y minimiza los daños en la continuidad de la actividad. Las normas COVID promulgan el carácter preferente del trabajo a distancia y se implementa éste en cualesquier sector y actividad donde sea posible[52]. Para ello, basta un cumplimiento mínimo de la norma –ya insuficiente, como hemos visto–. En

---

[48] *Vid.* Documentos: *UGT reclama regular en la negociación colectiva el derecho al teletrabajo*, disponible en: https://www.ugt.es

[49] En 2006 esta cifra era aún menor, ya que el porcentaje de los que teletrabajaban en nuestro país ese año alcanzaban al 5,2%. En 2019, por edad, el grupo que más teletrabajó en 2019 fue el de mayores de 55 años (un 9,9%), y el que menos, los jóvenes de 16 a 24 años, un 2,1%. Por lo demás, los ocupados que tuvieron, en 2019, la opción de teletrabajar fueron únicamente el 22,3%, aunque este porcentaje es variable atendiendo al tipo de profesional al que se refieran los datos. Así, la opción por el teletrabajo la tenía en España en 2019 el 49,8% de los técnicos y profesionales científicos e intelectuales, seguidos a distancia por los contables, administrativos y otros empleados de oficina, que suman el 20% del total de los profesionales que pueden optar por esta modalidad de trabajo. Los datos se proporcionan en: La evolución del teletrabajo en España, en gráficos, disponible en: https://www.epdata.es/datos/teletrabajo-datos-graficos/517, fecha de consulta 15 de diciembre de 2020.

[50] En el resto de Europa, concretamente en Países Bajos, en Finlandia y en Luxemburgo se triplicaba la cifra española de teletrabajadores habituales, ya que en estos países se llegaba al 14%, al 13,3% y al 11%, respectivamente, de la población total ocupada. *Vid., La evolución del trabajo en España, op. cit.,* p. 5.

[51] Aunque otros estudios hablan de que los teletrabajadores alcanzaron una cifra cercana al 34% durante la pandemia. *Vid*. la noticia publicada en el periódico 5 días, el 6 de mayo de 2020, que alude a los datos proporcionados por el Instituto valenciano de investigaciones económicas. "La incidencia del teletrabajo en España pasa del 5% al 34% durante la pandemia. Un tercio de los ocupados cambia su modelo laboral por el COVID". Disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/05/05/economia/1588694657_002760.html

[52] Sobre el particular, CRUZ VILLALÓN, J., "Teletrabajo y coronavirus, de la emergencia a la permanencia", *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2020, n.º 4.

tema de prevención de riesgos, para cumplir. Es suficiente que, ahora, mientras dure la pandemia, la evaluación de riesgos se efectúe voluntariamente por la misma persona trabajadora. A esa finalidad sirvieron varias disposiciones incluidas en diferentes Reales Decretos promulgados estos meses[53].

Con la publicación en el BOE del RDL 28/2020, como veremos en el siguiente epígrafe, verá la luz un completo estatuto del teletrabajador, estatuto que deberá acatarse antes del comienzo del trabajo en remoto, pero ello no sucederá instantáneamente en dos situaciones: cuando el trabajo a distancia aparece como medida de contención sanitaria[54], y cuando el teletrabajo ya existente deba adaptarse a las nuevas normas.

Si el trabajo a distancia aparece como medida de contención sanitaria derivada de la COVID-19, según la DT 3.ª del RDL 28/2020, éste se sigue rigiendo por la normativa ordinaria, lo que implica acudir a las normas previas, añadiendo a estas una sola obligación para las empresas: que doten de los medios, equipos, herramientas y consumibles que exige el desarrollo del trabajo a distancia, así como del mantenimiento que resulte necesario. Como mínimo, corresponde, pues, garantizar la empresa que los trabajadores no deban usar sus propios equipos; no obstante, no se obliga a compensar por gastos extras que surjan –obviamente dependerá de cada modalidad de trabajo a distancia que se implante– pero sólo la negociación colectiva es la que puede establecer la forma de compensación de los gastos derivados para la persona trabajadora de esta forma de trabajo a distancia, siempre y cuando también ocurra que estos gastos existieran y no hubieran sido ya compensados.

La DT 3.ª contempla, pues, escuetamente las reducidas obligaciones que compete garantizar a las empresas si teletrabajan por causa de la pandemia. A la vista de que las mercantiles no están preparadas para asumir completamente el régimen legal que viene se compele a la empresa a que dote al trabajador de los medios, equipos, herramientas y consumibles que éste precise, incluyendo también su mantenimiento. La posible compensación de gastos extra –si los hay– (ello dependerá del modo en que se implemente realmente esta forma de organización del trabajo) se deja en manos de la regulación de la negociación colectiva. Esta previsión pretende hacer frente a las situaciones en las que se demanda una protección para el trabajador –que puede quedar indefenso ante la implantación sobrevenida del teletrabajo–. Es la mercantil la que debe garantizar, pues, los medios que se precise para teletrabajar, y el correcto mantenimiento de éstos.

Pero esta DT –tal como está redactada– plantea numerosos problemas, no sólo porque otorga una protección mínima y demasiado genérica, sino porque, lo primero, será difícil que la negociación colectiva –en un tiempo récord– pueda recoger este aspecto (sabemos que los instrumentos convencionales son lentos); y, lo segundo, se desconoce cuándo el teletrabajo como medida de contención sanitaria dejará de ser tal, ¿hasta cuándo persistirá este trabajo a distancia como medida de contención sanitaria? Posiblemente debiera la próxima Ley de trabajo a distancia –en proceso de tramitación parlamentaria– recoger una solución clara.

Además, en segundo lugar, la DT 1.ª del RDL 28/2020 retrasa la vigencia del RDL en los casos en los que las mercantiles ya contaran con convenios o acuerdos previos reguladores

---

[53] *Vid.* así, el Art. 5.º del RDL 8/2020, de 17 de marzo. Igualmente, en otras muchas normas de la era COVID –demasiadas para siquiera listarlas– se opta por el carácter preferente del teletrabajo en las distintas fases por las que ha pasado la pandemia –en las fases de escalada y desescalada dentro del estado de alarma– Así, a modo de ejemplo, el art. 7.º del RDL 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se atribuye al titular de los centros de trabajo la potestad de adoptar las medidas para la reincorporación progresiva de forma presencial a los puestos de trabajo y la potenciación del uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad laboral sea posible.

[54] *Vid.*, en relación con la solicitud de teletrabajar, como recurso para evitar un riesgo para la salud, la Sentencia del TSJ de País Vasco, (Sala de lo Social, Sección 1.ª) Sentencia núm. 921/2020 de 14 julio, AS\2020\2261.

del mismo y éstos precisaran ser adaptados a la nueva regulación. En este caso, la demora en la imperatividad de la norma depende de diferentes factores. Así, si el convenio o acuerdo colectivo tiene plazo máximo de duración máxima, cuando llegue ese plazo el RDL ya resulta exigible; en cambio, si el convenio o acuerdo no tiene plazo máximo de duración, entonces el RDL entra en vigor un año después de que lo haga el texto legal, es decir, el 23 de septiembre de 2021; y, finalmente, si el convenio o acuerdo no tiene plazo máximo de duración, las partes pueden fijar este plazo posteriormente, un plazo que, como máximo, puede ser de tres años. Eso significa que, en la práctica, si las partes lo acuerdan, el nuevo régimen del teletrabajo puede ser obligatorio desde el 23 de septiembre de 2023.

Añadido a lo anterior, una vez entre en vigor el RDL hay que tener en cuenta que se concede un plazo de tres meses para redactar el acuerdo de teletrabajo expreso, aunque el teletrabajo ya esté funcionando. Finalmente, para evitar pérdida de beneficios ya adquiridos, la DT también contempla que deben conservarse y no compensarse ni anularse aquellas condiciones de teletrabajo que resultaran más favorables, condiciones existentes en los acuerdos o en los convenios colectivos previos aplicables a las relaciones de trabajo.

3.2. Un estatuto para el trabajo a distancia: el trazado del equilibrio entre seguridad y flexibilidad

La promulgación del RDL sobre teletrabajo, aprobado por el RDL 28/2020, de 23 de septiembre, fue un RDL aprobado de forma quizá impetuosa –marcado por las circunstancias imperantes que exigían normas rápidas–, pero tras conseguirse un Pacto muy valioso entre patronal y sindicatos. Constituye una norma trascendental en la implementación de ese juego de equilibrios, pues corrige y cubre numerosos vacíos y reconoce los derechos de los trabajadores a distancia. Se trata de una nueva norma muy completa y tuitiva, que contempla un extenso y prolijo estatuto de trabajo del teletrabajador, una norma de rango legal en la que es clara la voluntad de dar entrada a los representantes de los trabajadores y a la negociación colectiva en la modulación de las reglas que sirvan para regir el funcionamiento del teletrabajo en cada entidad. Sus preceptos recogen, y mejoran, la regulación contenida en el AEMET, y la contenida, también ya, en algunos instrumentos convencionales, otorgándoles ahora a tales previsiones, rango legal, y obligando a que la regulación legal y los acuerdos de teletrabajo se adecúen a estas previsiones. Pero hay mucho más.

El art. 1.º describe el ámbito de aplicación del teletrabajo, es decir, cuándo aparece el trabajo a distancia contemplado por la norma. Este teletrabajo es el de los asalariados –quienes cumplen las condiciones del art. 1.º del TRET– y solamente cuando éste se efectúe de forma regular, lo que ocurre si el trabajo a distancia se presta, en un período de referencia de tres meses un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo[55] y limita su extensión en los contratos celebrados con menores y en los contratos en prácticas y para la formación y el aprendizaje, donde como mínimo ha de garantizarse un 50% de trabajo presencial (art. 3.º RDL 28/2020).

El Capítulo II del RDL se dedica al acuerdo del trabajo a distancia comenzando por reconocer –igual que hacía el AEMET– el carácter voluntario del teletrabajo –en el inicio de la relación laboral y, posteriormente–, detallando mucho más las consecuencias. Se trata de garantizar que no existan perjuicios si no se acepta el teletrabajo y que éste no pueda imponerse tampoco[56], ni constituir las dificultades de su desarrollo causa de extinción del contrato (art. 5.º RDL). Y se incluye igualmente la posibilidad de reversión –también pactada–, delegando en la negociación colectiva los términos de la regulación de esa reversibilidad, acudiéndose al acuerdo individual

[55] También incluye las definiciones de trabajo a distancia, de teletrabajo y de trabajo presencial en el art. 2.º.

[56] Ya había señalado nuestro Tribunal Supremo que el trabajo a distancia no podía imponerse vía modificación de condiciones, ex. art. 41 TRET. Vid. la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia de 11 abril 2005, RJ\2005\4060, Magistrado Ponente. Desdentado Bonete.

si no aparecen disposiciones en los convenios. Continúa el art. 6.º contemplando las obligaciones formales del acuerdo a distancia –por escrito, antes del inicio del trabajo a distancia, con copia a la representación de los trabajadores y a la oficina de empleo–, y con un contenido mínimo obligatorio muy detallado –el que aparece en el art. 7.º–[57]. El contenido del Acuerdo sirve para marcar un ámbito seguro de actuación para el teletrabajar y para la empresa, antes de comenzar: cada parte conoce cómo se va a regir esta forma de trabajo. Cada cambio que se establezca en tal Acuerdo ha de ser también objeto de acuerdo y ha de ponerse en conocimiento de la representación legal de los trabajadores (art. 8.º). El no formalizar el acuerdo de trabajo a distancia por escrito en los términos y con los requisitos legal y convencionalmente previstos supone, de hecho, incurrir en una infracción que es considerada grave, y, como tal, es incluida en el art. 7.º de la Ley de infracciones y sanciones del orden social (DF 1.ª RDL 28/2020).

Finalmente, una de las cuestiones que la norma delega claramente en la negociación colectiva es la fijación de los mecanismos y criterios por los que una persona que desarrolla trabajo presencial puede trabajar a distancia o viceversa, así como otras preferencias vinculadas a determinadas circunstancias, remarcándose que en el diseño de estos criterios debe de evitarse perpetuación de roles y estereotipos de género (art. 8. 3.º)[58].

A continuación, el Capítulo II del RDL enumera, explicita y recoge claramente la regulación de los derechos que siempre han de reconocerse a los trabajadores en remoto: el derecho a la carrera profesional, los derechos relativos a la dotación y mantenimiento de medios y al abono y compensación de gastos, los derechos con repercusión en el tiempo de trabajo, los derechos a la prevención de riesgos laborales, los derechos relacionados con el uso de medios digitales y los derechos colectivos, singularizando y remarcando la protección que este colectivo precisa, y ello, tras dedicar el art. 4.º del RDL a la igualdad de trato de oportunidades y no discriminación de los trabajadores a distancia.

Con ello, entendemos que el RDL remarca la ansiada seguridad de la persona teletrabajadora. Se reconocen sus derechos y se fijan claramente cuáles van a ser sus condiciones de trabajo, adaptadas, pero sin pérdidas respecto de las condiciones de trabajo de los presenciales.

Esta seguridad que ofrece este RDL ha de asegurarse, además, a través de la negociación colectiva[59] ya que le corresponde a esta decidir en aspectos clave: la regulación de los términos de reversibilidad del acuerdo y la fijación de los criterios y mecanismos que deciden qué traba-

---

[57] Que ha de incluir: inventario de medios, equipos y herramientas, enumeración de los gastos, el horario, el porcentaje y distribución del trabajo presencial y a distancia, el centro de trabajo de adscripción del teletrabajador, el lugar de trabajo elegido, la duración de los plazos de preaviso para el ejercicio de la reversibilidad, loe medios de control empresarial de la actividad, el procedimiento a seguir en el caso de producirse dificultades técnicas, instrucciones en materia de protección de datos, instrucciones sobre seguridad de la información, y la duración del acuerdo de trabajo a distancia. La fijación clara del horario y los tiempos permite tener más seguridad a las dos partes implicadas. *Vid.*, al respecto, el despido que se analiza en la STSJ de Cataluña Tribunal Superior de Justicia TSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1.ª) Sentencia num. 136/2019 de 15 enero, JUR\2019\64416, en el que se concluye que la teletrabajadora incumplió el horario pactado.

[58] La solicitud del acceso al teletrabajo como medida muy ligada al derecho a la adaptación de la jornada está siendo objeto de diferentes conflictos –en la mayoría de ellos son mujeres las personas trabajadoras que piden teletrabajar–. *Vid.*, por ejemplo, las Sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona (Comunidad Autónoma de Cataluña), Sentencia num. 28/2020 de 29 enero, JUR\2020\269224 o la Sentencia del Juzgado de lo Social de Burgos (Comunidad Autónoma de Castilla y León) Sentencia num. 83/2020 de 10 junio, JUR\2020\289909.

[59] Ya señalaban los sindicatos en julio de 2020 que los convenios colectivos sectoriales sería el ámbito adecuado para establecer garantías amplias para el conjunto de las personas trabajadoras que deberán ser implementadas y desarrolladas en el ámbito de las empresas, sin dar pie a excepciones al principio de regulación colectiva para garantizar los derechos individuales. *Vid.* CC OO, *Orientaciones para la regulación del teletrabajo en la negociación colectiva,* Julio de 2020, página 9, documento disponible en: fecha de consulta, 10 de diciembre de 2020.

jadores pueden acceder del trabajo presencial al teletrabajo y viceversa –como hemos visto–. Pero, además, la DA 1.ª del RDL remite a la negociación colectiva –en atención a la especificidad de la actividad concreta de su ámbito– (el llamamiento parece hacerse a la regulación convencional sectorial) la concreción de: la identificación de los puestos de trabajo y funciones susceptibles de ser realizados a través del trabajo a distancia, las condiciones de acceso y desarrollo de la actividad mediante esta modalidad, la duración máxima del trabajo a distancia y, en general, cuantas otras cuestiones se consideren necesario regular. Asimismo, se remite igualmente a los pactos colectivos la DA 1.ª –en este caso, estos pueden ser de otro ámbito– la fijación del marco jurídico de: la jornada mínima presencial, el ejercicio de reversibilidad, o, incluso, el carácter regular del trabajo a distancia –rebajarlo por debajo del 30% de la jornada en un período de tres meses– o permitir menor presencialidad a los contratos formativos, siempre que no se celebre con menores de edad. Finalmente, también pueden ser objeto de concreción en normas paccionadas las posibles circunstancias extraordinarias de modulación del derecho de desconexión.

Así las cosas, gran parte de la seguridad que la norma otorga al trabajador a distancia puede y debe ser reformulada o reconducida desde la negociación colectiva. Nótese que, incluso, la entrada en juego de la misma norma –cuando se puede cambiar el parámetro de la regularidad del trabajo a distancia– se deja a merced de lo que se establezca en la negociación colectiva. Ello resulta altamente positivo, pero también es peligroso porque, hasta ahora, la negociación colectiva ha sido escasa y poco detallada y esto deberá cambiar muy rápidamente, tan rápido como hemos debido hacer uso del trabajo a distancia, para evitar desprotecciones.

Igual que hacía el AEMET, el RDL intenta que aparezca, pues, esta seguridad. La norma y la regulación convencional deberán encargarse de ello. Pero, además, el AEMET señalaba que el otro objetivo claro a cumplir en el teletrabajo era la obtención de flexibilidad, y ello se refleja también en nuestra norma. La flexibilidad –ya hemos visto– es algo positivo para empresa y trabajador y es bueno que se conjugue con dicha seguridad. El teletrabajo, como aclara la OIT[60], es exponente claro de desarrollo de las nuevas formas de empleo que evolucionan determina la aparición de un nuevo tipo de gestión del empleo –basado en la confianza y en la gestión de los resultados– y en una nueva forma de trabajar –más autónoma, más flexible, y más adaptada a las preferencias de los trabajadores–.

Por ello se alude en el art. 13.º al derecho al horario flexible –aunque en los términos establecidos en el acuerdo de trabajo a distancia y en la negociación colectiva– casi reiterando, hasta aquí, lo que se señalaba en el AEMET. Pero, a continuación, el art. 13.º remarca que debe respetarse los tiempos de disponibilidad obligatoria y la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso, algo que hay que conjugarse –igualmente– con el derecho al registro horario adecuado (art. 14.º RDL 28/2020), lo que implica marcar un momento de inicio y un momento de finalización de la jornada, y el deber de fijar un horario de trabajo y las reglas de disponibilidad de la persona trabajadora (art. 7.c) RDL 28/2020). Nuestra norma piensa en el trabajo flexible, pero al mismo tiempo, le impone el señalar tiempos claros: eso parece ser contradictorio.

Es cierto que uno de los grandes problemas del trabajo a distancia es el riesgo de trabajar más tiempo, y que, sin acotar jornadas claras y tiempos de disponibilidad, es la persona trabajadora la que asume los riesgos empresariales, pero no hay que olvidar que el uso mayoritario del trabajo a distancia se produce por los profesionales con más cualificación, muchas veces altos mandos y mandos intermedios, también. Y quizá éstos precisen de una mayor independencia y libertad, basada en la asunción de responsabilidad y confianza[61]. Ello también va ligado

---

[60] En el Documento: *El teletrabajo durante la pandemia, op. cit.*

[61] Añaden PURCALLA BONILLA y BELZUNEGUI, en "Marcos jurídicos y experiencias prácticas de teletrabajo", en *Revista Doctrinal Aranzadi Social,* n.º 18, 2003, p. 6, que el trasvase del trabajo por horas al trabajo por objetivos tampoco es fácil de asimilar para buena parte de las empresas españolas, en especial de los mandos intermedios y directivos acostumbrados a la presencialidad de los trabajadores.

a los mecanismos que pueden servir para medir la productividad o los resultados. Todas estas cuestiones, por complejas y particulares –cada sector, cada actividad, cada puesto– debieran se moduladas claramente en la negociación colectiva –y no dejarse a expensas de los acuerdos individuales–. Incluso, la negociación colectiva debería establecer que la forma ideal para formular casos concretos sería mediante acuerdos[62].

Así pues, la formulación de gran parte de las reglas que impone el RDL al teletrabajo van a depender del dictado de normas convencionales, que ha de intervenir, también, para modular este correcto ajuste de nuevos equilibrios que ahora entran en juego.

4. LA CONJUGACIÓN ENTRE CONTROL Y CONFIANZA: ¿UTOPÍA?

Los tiempos de trabajo, la carga de trabajo y los criterios de resultados del teletrabajador y su medición son los grandes problemas del reconocimiento de la igualdad de trato del teletrabajador respecto del trabajador presencial; ello y el derecho de los trabajadores a distancia percibir, como mínimo, la retribución total que les corresponde, incluyendo complementos ligados a condiciones personales o resultados de la empresa. Igualmente resultará clave la decisión acerca de cuándo se ha de conceder el derecho a acceder al teletrabajo, si el trabajador lo pide, o cuándo no puede negarse a aceptarlo el trabajador, si es la empresa la que lo solicita.

La negociación colectiva puede regular[63], pero no es fácil hacerlo genéricamente. En ocasiones será necesaria una intervención particular, con acuerdos específicos –no individuales– sino adaptados, ya que el teletrabajo es una cuestión compleja y absolutamente transversal, algo desconocido hasta ahora en la negociación colectiva, y que hay que comenzar a explorar cuanto antes.

Ello exige partir de la seguridad que hay que ofrecer al trabajador, pero incorporando, también, reglas clave como confianza, seguridad, autodisciplina, y responsabilidad, y obliga a olvidar el concepto de la empresa omnipresente y omnicontroladora[64], aunque ello sea, todavía, una utopía. El acuerdo, la ayuda, la evaluación previa, la confirmación posterior, o la intervención ponderada de las dos partes de la relación laboral sería, en cualquier caso, siempre deseable. En suma, ha de haber control, pero también confianza y colaboración. Ello también sirve para conjugar los equilibrios entre seguridad y flexibilidad.

Falta, pues, entender que este modo de organización del trabajo va a imponerse, y debe contarse con él, que los trabajos más cualificados son los que más están accediendo al teletrabajo y que las TIC se están introduciendo en muchos sectores, y con mucha celeridad, y que, en suma, el trabajo flexible –sin tiempos, sin seguimientos– es una de las grandes ventajas que ofrece el trabajo a distancia, al que debe darse un cauce apropiado[65]. Además de ello estamos olvidándonos del trabajador independiente: el teletrabajo del autónomo en España ha sido mucho más frecuente que el del trabajo asalariado: un 30,6% de los trabajadores independientes teletrabajaba en 2019, frente al 4,2% de los asalariados[66].

---

[62] *Vid*., lo dispuesto en el CC Orange España, BOE de 18 de octubre de 2019.

[63] En relación con el derecho a la desconexión digital y la intervención de la negociación colectiva, *Vid.* TERRADILLOS ORMAETXEA, M. E., "El derecho a la desconexión digital en la ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica", *Lan Herremanak,* 2019, n.º 42.

[64] Sobre este particular, Vid. ÁLVAREZ CUESTA, H., "Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia", *Lan Harremanak,* 2020, n.º 43.

[65] El trabajo ágil –como postulado de trabajo flexible en el trabajo a distancia– aparece regulado en Italia como una forma de organización del trabajo por fases, ciclos y objetivos y sin restricciones precisas de tiempo y lugar. *Vid.*, sobre este particular, comparando con el ordenamiento español: CAIROLI, Stefano, "¿Trabajo a distancia a la italiana? La definición del trabajo ágil en la ley y en los convenios colectivos: superposiciones, posibles distinciones y una primera comparación", *Revista española de Derecho del trabajo,* n.º 218, 2019.

[66] *Vid.* Documento de UGT, *El teletrabajo en la encrucijada.* Análisis y propuestas, 26 de mayo de 2020.

TELETRABAJO Y SALUD LABORAL EN LA ERA COVID: EL NUEVO MARCO NORMATIVO DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN EL TELETRABAJO

TELEWORK AND OCCUPATIONAL HEALTH IN THE COVID ERA: THE NEW REGULATORY FRAMEWORK FOR THE PREVENTION OF OCCUPATIONAL RISKS IN TELEWORK*

Fernando de Vicente Pachés**
Universidad Jaume I de Castellón

SUMARIO: 1. Cuestiones preliminares. –2. Ventajas e inconvenientes del teletrabajo: riesgos emergentes a los que están expuestas las personas trabajadoras digitales. –3. El RDL 28/2020, de trabajo a distancia y el nuevo marco normativo en materia de prevención de riesgos laborales: el contenido del derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el teletrabajo; 3.1. La definición de teletrabajo como subespecie de trabajo a distancia y a qué personas teletrabajadoras se aplica el RDL 28/2020; 3.2. El contenido del derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el teletrabajo; 3.2.1. Obligaciones empresariales de prevención de riesgos en el teletrabajo; 3.2.2. Los riesgos psicosociales, ergonómicos y organizativos como riesgos de especial atención en la evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva; 3.2.3. Peculiaridades de la evaluación de riesgos en el teletrabajo: espacio a evaluar y visita física al lugar de trabajo. –4. El reconocimiento de otros derechos en el RDL 28/2020 con incidencia en la seguridad y salud de las personas teletrabajadoras; 4.1. El derecho al respeto de su intimidad y a la protección de datos; 4.2. El derecho a la desconexión digital; 4.3. Igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación. –5. Conclusiones finales.

RESUMEN

Este estudio comprende un análisis y reflexión crítica sobre el RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, que regula el teletrabajo, la repercusión en la salud de esta modalidad de prestación de servicios tras la era COVID y el nuevo marco normativo en materia de prevención de riesgos laborales del teletrabajo, determinando el contenido del derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud de las personas teletrabajadoras.

En relación con los aspectos preventivos del teletrabajo, se abordan en mayor medida los riesgos a los que están expuestos estos trabajadores, con especial énfasis a los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos (distribución de jornada, tiempos de disponibilidad y descansos), así como una breve referencia a otros derechos reconocidos en la norma que afectan a las condiciones de trabajo y tienen especial incidencia en la seguridad y salud de la persona teletrabajadora (horario flexible, registro horario, intimidad, desconexión digital)[1].

* Recibido el 5 de enero de 2021. Aceptado el 11 de enero de 2021.

** Prof. TU de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

[1] Manifestar mi más sincero agradecimiento a la AEDTSS por su invitación a participar en este Coloquio virtual de otoño, brindándome la oportunidad de abordar el tema del teletrabajo y su repercusión en la salud de la persona trabajadora.

ABSTRACT

This study includes a critical analysis and reflection on the RDL 28/2020, of 22 september, of distance work, which regulates telework, the impact on health of this mode of service delivery after the COVID era and the new regulatory framework for the prevention of occupational risks from telework, determining the content of the right to adequate health and safety protection for teleworkers.

With regard to the preventive aspects of telework, the risks to which these workers are exposed are addressed, with special emphasis on psychosocial, ergonomic and organisational factors (distribution of working hours, availability times and breaks), as well as a brief reference to other rights recognised in the regulation which affect working conditions and have a particular impact on the safety and health of the teleworker (flexible hours, time registration, privacy, digital disconnection).

Palabras clave: teletrabajo, riesgos laborales, seguridad y salud en el trabajo, tecnologías de la información y comunicación, intimidad, desconexión digital

Key words: teleworking, occupational risks, safety and health at work, information and communication technologies, privacy, digital disconnection.

1. CUESTIONES PRELIMINARES

La situación provocada por el COVID-19 ha puesto de actualidad el teletrabajo, cuya implantación se ha visto tremendamente incrementada por la pandemia. Si antes de la aparición del COVID únicamente el 6,7% de empleados teletrabajaban, una vez con la presencia del COVID pasan a ser el 51,5% los empleados que trabajan desde casa. La crisis sanitaria hizo que el teletrabajo se mostrara como el mecanismo más eficaz para asegurar el mantenimiento –en el ámbito público y privado– de la actividad durante la pandemia y para garantizar la prevención frente al contagio.

La verdad que el teletrabajo antes de la pandemia nos parecía la panacea, la forma ideal de prestación de trabajo, que nos iba a permitir trabajar de forma más relajada, ahorrar tiempo, poder conciliar y pasar más tiempo con familia y amigos. Sin embargo, el trabajo en casa desembocó para muchos en una conexión permanente (prácticamente las 24 horas del día, los 7 días de la semana), una invasión de la vida íntima, en un aprendizaje a marchas forzadas de nuevas herramientas informáticas, en un caos doméstico con menores y un sinfín de tareas del hogar. De la noche a la mañana, nos vimos inmersos en internet, en las redes sociales, en videoconferencias interminables, en grupos de *whatsapp* y correos electrónicos en jornadas maratonianas, el trabajo se mezclaba espacial y temporalmente con el resto de facetas de la vida.

Posiblemente, nos dimos cuenta de que habíamos sobrevalorado o idealiza el teletrabajo y empezamos a sentirnos desencantados o un tanto desengañados, y lo que es más importante con unas consecuencias nefastas para la salud en la persona trabajadora. En nuestra opinión, las secuelas, la repercusión en la salud de este sobreesfuerzo creemos que está todavía por llegar, por hacerse visible del todo, y, tarde o temprano, pensamos que esas secuelas (físicas y psíquicas) emergerán, si no lo han hecho ya en algunos casos[2].

[2] La pandemia está erosionando la salud mental de millones de individuos. Confinamientos, angustias financieras, distanciamiento físico y social, temor al contagio, preocupación por familiares y amigos, incertidumbre. En octubre 2020, la OMS publicó un informe donde señaló que la crisis por la covid 19 ha perturbado o paralizado los servicios de salud mental críticos en el 93% de los países del mundo. El organismo subrayó igualmente que la emergencia sanitaria ha aumentado la necesidad de estos servicios. Véase el informe de la OMS en: https://www.who.int/es/news/item/05-10-2020-covid-19-disrupting-mental-health-services-in-most-countries-who-survey

En una reciente encuesta en relación con el teletrabajo, los datos analizados revelan que las organizaciones aprueban con nota en la adaptación a esta creciente modalidad de empleo, si bien el aspecto peor puntuado está relacionado –curiosamente– con la prevención de riesgos laborales. Los datos indican que las organizaciones ni facilitan ni garantizan un buen procedimiento de prevención durante las jornadas de trabajo a distancia. Y otras áreas para mejorar son la dificultad de separar vida laboral de la personal, no tener un espacio adaptado y dedicado solo para trabajar desde casa y las interrupciones frecuentes[3].

En definitiva, evidenciamos las sombras o zonas oscuras del teletrabajo, la posibilidad de cómo esta forma de organización de trabajo puede atentar contra la dignidad del ser humano, cómo puede suponer una degradación "asintomática" de las condiciones de trabajo y donde se hace muy difícil delimitar la frontera entre vida profesional y vida personal. Y confirmando que, ciertamente, la línea divisoria entre vida personal y vida laboral en el trabajo digital se hace cada vez más difusa.

Los riesgos a los que está expuesta la persona que teletrabaja y los efectos sobre la salud son numerosos. Pasemos a analizar ahora las ventajas, desventajas, inconvenientes y los riesgos emergentes que entraña esta forma de prestación de servicios y su particular incidencia en la salud de la persona trabajadora que utiliza de forma prevalente las tecnologías de información y comunicación (TIC).

2. VENTAJAS E INCONVENIENTES DEL TELETRABAJO: RIESGOS EMERGENTES A LOS QUE ESTÁN EXPUESTAS LAS PERSONAS TRABAJADORAS DIGITALES

Podemos preguntarnos si con esta modalidad de trabajo son todo ventajas y si nos estábamos perdiendo algo antes de la aparición del COVID en nuestras vidas. Se aluden como indudables ventajas del teletrabajo –entre otras– la 1) flexibilidad (en la gestión de tiempos de trabajo y descanso); 2) mayor autonomía; 3) conciliación trabajo-familia; 4) ahorro de costes por desplazamiento; 5) disminución de la contaminación[4]; 6) trabajadores más motivados; 7) menos conflictos; 8) reducción de absentismo; 9) reducción de costes; 10) mejor productividad y rendimiento y, en general, 11) mejora de la calidad de vida de las personas. Ventajas todas ellas innegables y totalmente constatables.

Sin embargo, en esta modalidad de trabajo a distancia, también nos podemos encontrar diversos inconvenientes o desventajas, toda una serie de riesgos que genera este trabajo en remoto con un gran impacto negativo en la salud de la persona trabajadora que usa medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación.

Además de que se plantean problemas vinculados a la protección de datos y de seguridad digital, propios del análisis desde la Ley 3/2018 de protección de datos personales[5] (que no vamos a abordar por razones de espacio), y sin pretender agotar el tema, sobre todo, preocupa mucho en el teletrabajo: 1) el horario continuo, el horario ampliado, el trabajador siempre disponible; 2) con jornadas de trabajo más extensas o prolongadas –caballo de batalla del trabajo

[3] http://www.rrhhdigital.com/secciones/salud-y-empresa/144392/La-prevencion-de-riesgos-laborales-una-asignatura-pendiente-del-teletrabajo?target=_self

[4] Además de incrementar las oportunidades de empleo, favorece el asentamiento y la fijación de población en el medio rural, revertir la despoblación, como zonas rurales o remotas o pequeños municipios (Exposición de Motivos RDL 28/2020).

[5] Las posibilidades ofrecidas por las tecnologías actuales permiten volver a los trabajadores totalmente transparentes o de cristal, obligando, en este contexto, a garantizar una real protección de los datos personales. En este sentido, el RDL 28/2020 indica que las personas trabajadoras deberán cumplir las instrucciones que haya establecido la empresa en el marco de la legislación sobre protección de datos y que las personas trabajadoras deberán cumplir las instrucciones sobre seguridad de la información específicamente fijadas por la empresa (art. 20).

telemático–, produciendo 3) fatiga informática, (concepto este amplio que engloba el agotamiento físico y psíquico, la sobrecarga mental, el síndrome de *burnout* o estar quemado). Otro aspecto controvertido es la 4) hiperconectividad o conectividad digital permanente, con notable incidencia en la conciliación de la vida laboral y privada-familiar, que ya más que conciliarse se "mezclan" o fusionan en cuanto usamos las tecnologías en ambas esferas personal y profesional; 5) el mayor aislamiento laboral, (trabajadores burbuja que eliminan de sus vidas el aspecto social y el reivindicativo) sin apenas contacto con compañeros; 6) pérdida de integración en la empresa, que puede generar en pérdida de la ilusión por el trabajo o insatisfacción laboral. Todo ello, provoca soledad, culpa, depresión, e insatisfacción laboral, en ocasiones, irritabilidad, frustración, ira…; 7) la pérdida de la identidad corporativa, que puede producir sentimiento de incompetencia, baja eficacia, inseguridad y falta de confianza; 8) la necesidad de adaptar una parte de la vivienda como lugar de trabajo, siendo necesario prestar especial atención a la habilitación de un espacio suficiente para contener los equipos y materiales de trabajo y el mantenimiento de unas condiciones ambientales en la habitación donde se realice la actividad (ventilación, iluminación, temperatura…); 9) el trabajo en soledad, pues la deshumanización del trabajo y de las relaciones hace que el empleo sea menos satisfactorio, a medida que se pierden aspectos humanos/sociales las tareas se vuelven menos variadas y rutinarias. La comunicación virtual carece de la riqueza de la comunicación presencial y la falta de contacto social puede impedir que las habilidades sociales se desarrollen adecuadamente, como la capacidad para trabajar en equipo[6].

También al teletrabajo está unida la denominada infoxicación o sobrecarga informativa, así como el tecnoestrés, en sus distintas manifestaciones: 1) tecnofobia (o tecnoansiedad): ansiedad por utilizar las TIC; 2) tecnofatiga: por exceso de utilización (sobrecarga mental) y 3) tecnoadicción: necesidad incontrolable de utilización de las TIC (comportamientos obsesivos compulsivos). También preocupa la posibilidad de padecer adicción a los dispositivos móviles y portables, de modo que el usuario sufra de ansiedad severa cuando se separe del dispositivo o si este deja de funcionar, esto recibe el nombre de adicción digital, ansiedad por separación, síndrome del "temor a perderse algo" y nomofobia, y podría agravarse a medida que este tipo de dispositivos estén más extendidos y sean más avanzados y necesarios para el trabajo o para la vida en general[7].

También la denominada telepresión, que consiste en el estado psicológico que lleva a no desconectar debido a la preocupación y necesidad de responder inmediatamente a los mensajes que provienen del trabajo, incluso fuera del horario laboral. Se desea satisfacer las exigencias de los superiores, del personal de dirección, de compañeros y compañeras del trabajo, de proveedores, de clientes… La pantalla siempre está abierta para la demanda de última hora de un directivo/a o de un jefe/a.

Y poco se dice de otros riesgos inherentes al teletrabajo –algunos ya clásicos y otros emergentes– a los que también pueden estar expuestos los trabajadores digitales y que pasan más desapercibidos en su tratamiento a pesar de su indiscutible repercusión negativa en la salud, como es el caso de:

*Los trastornos músculo-esqueléticos: Los factores causantes de los trastornos músculo-esqueléticos son las posturas incorrectas, el mantenimiento prolongado de posturas estáticas ante la pantalla del ordenador o de otros dispositivos y los movimientos repetitivos. Esto hace recomendable un correcto diseño ergonómico del puesto de trabajo, teniendo en cuenta la mesa o superficie de trabajo, la silla, el teclado, un atril y un reposapiés[8].

---

[6] Sobre las ventajas y desventajas del teletrabajo, véase el interesante y completo estudio de LUQUE PARRA, M. y GINÉS I FABRELLAS, A., *Teletrabajo y prevención de riesgos laborales,* Madrid, CEOE, 2016, pp. 40 y ss.

[7] VV.AA. "Estudios prospectivo sobre riesgos nuevos y emergentes para la seguridad y salud en el trabajo asociados a la digitalización en 2025", Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, Luxemburgo, 2018.

[8] "Prevención de riesgos laborales en el trabajo a distancia (Teletrabajo)":
https://www.iberley.es/temas/prevencion-riesgos-laborales-trabajo-distancia-teletrabajo-15541

*El trabajo sedentario: en ocasiones minusvalorado y causante de un sin fín de enfermedades. La actividad que conlleva el teletrabajo con el uso constante de dispositivos electrónicos y con escasa movilidad física pueden convertir que el trabajo sea más sedentario de lo común. El hecho de que los procesos de trabajo puedan ser objeto de control y también de mantenimiento a distancia elimina la actividad física que requiere atenderlos personalmente. Un estilo de vida sedentario puede aumentar el riesgo de malas posturas, enfermedades cardiovasculares, obesidad, ictus y diabetes, así como ansiedad.

*El teletrabajo móvil: el puesto de trabajo no está situado en un lugar determinado, esto es, los teletrabajadores están en movimiento, de forma itinerante y se comunican con la empresa a través de medios telemáticos (comerciales, personal de mantenimiento de equipos informáticos…). La tecnología digital utilizada con esta modalidad de trabajo puede facilitar que se trabaje en cualquier momento y lugar, lo que impide realizar una adecuada evaluación de riesgos. Esto podría dar lugar a que se diluyan todavía en mayor medida los límites entre la vida laboral y personal de los teletrabajadores, tanto en lo que respecta a su actividad como a su seguridad y salud, incluidos efectos negativos sobre su salud mental y bienestar. El hecho de que las TIC permitan trabajar en cualquier momento y lugar podría acarrear la necesidad, real o percibida, de estar disponible todo el día durante todos los días (24/7). Puede incluso que sea necesario trabajar con compañeros en un huso horario diferente, prolongando la jornada laboral.

*El trabajo en plataformas digitales: los riesgos pueden verse agravados por las características específicas del trabajo y los trabajadores de dichas plataformas, trabajo en diversos entornos privados, virtualización de las relaciones y pérdida del apoyo de los compañeros, pérdida del efecto protector de un centro de trabajo común, peticiones de trabajo realizadas con muy poca antelación y con penalizaciones sobre futuras oportunidades de trabajo por no estar disponibles, urgencia y rápido ritmo de trabajo, pérdida de control sobre el puesto de trabajo, evaluación continua y calificación del rendimiento en tiempo real, horario irregular; ingresos inseguros, pago por tarea realizada, escasa representación de los trabajadores y responsabilidades indefinidas a nivel preventivo[9].

*La adicción tecnológica: que tiene efecto multiplicador en otro tipo de adicciones, como en videojuegos, redes sociales, pornografía, juego *on line*, compras compulsivas…

*La extrema vigilancia y control informático de la actividad laboral, esto es, la intensificación de los poderes de control empresariales, el peligro en la utilización de programas informáticos más “rigurosos” e “incisivos” que en una relación laboral presencial. Es sabido que mediante la implantación de un *software* se controlan los tiempos de conexión a las aplicaciones, el tiempo que se dedica al trabajo (conexiones, desconexiones, interrupciones, pulsaciones al teclado…), se pueden hacer capturas de la pantalla del teletrabajador cada cierto tiempo, rastrear el GPS del teléfono móvil, ver qué páginas web visita o medir la rapidez con la que realizan las tareas que tiene asignadas. En el trabajo presencial ya tenemos prácticas conocidas como el *“brazalete de amazon”*, experiencias de implantación de *microchips subcutáneos*, dispositivos de geolocalización en vehículos, la monitorización constante, que ha desembocado en el denominado “tecnoservilismo”, considerada la alineación del siglo XXI[10].

---

[9] La tecnología en el trabajo en plataformas tiene nuevas formas de controlar y supervisar a los trabajadores facilitando que el consumidor o el cliente de la empresa pueda dar su opinión en relación con la actuación del trabajador que le ha atendido o prestado un servicio, y algunas empresas deciden publicar esas evaluaciones en internet, es la llamada reputación *online* o reputación digital, véase TODOLÍ SIGNES, A. “La evaluación de los trabajadores por parte de los clientes (la llamada reputación digital) y la prevención de riesgos laborales”, en RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLI SIGNES, A. (direc.), *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital,* Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2020, p. 474.

[10] IGARTUA MIRÓ, M.ª T., “Digitalización, monitorización y protección de la salud: más allá de la fatiga informática”, en RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLI SIGNES, A. (direc.), *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital,* Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2020, p. 620.

*Otro importante riesgo inherente en el teletrabajo es la violencia digital y ciberacoso o acoso cibernético –regulado en el Convenio 190 OIT– en sus múltiples formas: moral, sexual, sexista, discriminatorio. El acoso digital que se produce en las organizaciones productivas es un grave problema de salud laboral en el ambiente de trabajo. De ahí la importancia de que a través de una norma internacional de tanta trascendencia como es el Convenio 190 OIT y la Recomendación 206 OIT se reconozca el derecho de toda persona a un entorno de trabajo libre de violencia y acoso, quedando comprendidas las conductas de violencia y acoso realizadas por medio de las tecnologías de la información y comunicación. La obligación de liberar del entorno laboral de riesgos psicosociales tan nocivos y contaminantes como la violencia y el ciberacoso y afrontarlo desde dentro de un sistema de gestión preventiva eficaz de estos riesgos[11].

Se constata un incremento de este fenómeno del ciberacoso, en cuanto riesgo psicosocial emergente y que se ha disparado por el mayor uso de las TIC, de internet, las redes sociales, la telefonía y dispositivos móviles. Se hace referencia del ciberacoso a menores, pero el acoso digital en el trabajo del mundo de los adultos está todavía invisibilizado como si no existiera, cuando la realidad confirma que numerosas trabajadoras, lamentablemente, sufren cada vez más esta forma de violencia en el trabajo telemático. Y ejemplos recientes tenemos en nuestro país, como el suicidio de la trabajadora de la empresa IVECO en Madrid, con unas consecuencias irreparables y habiéndose cerrado el caso sin ninguna justificación válida y sin proporcionar una solución medianamente digna[12]. Así como el caso del teniente coronel del Estado Mayor de Defensa, condenado a dos años y tres meses de prisión por remitir, vía *Telegram*, a una cabo primero un vídeo con proposiciones obscenas que ella rechazó y que como represalia el mando despechado se dedicó a hostigarla en su trabajo[13].

3. EL RDL 28/2020, DE TRABAJO A DISTANCIA Y EL NUEVO MARCO NORMATIVO EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: EL CONTENIDO DEL DERECHO A UNA ADECUADA PROTECCIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TELETRABAJO

Parece que para tratar de paliar toda esta situación anteriormente expuesta y por adolecer de una normativa interna sobre teletrabajo, se hacía necesaria –y de manera urgente– que se regulara el teletrabajo, publicándose el RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, y como una subespecie del mismo, el teletrabajo. Una norma muy esperada y sobre la que había muchas expectativas, por la falta de regulación específica en España. Si bien, a pesar de ser una norma fruto de la concertación social[14], ha provocado, cómo era de esperar, posiciones y valoraciones encontradas sobre su oportunidad y eficiencia. Para unos, la norma ha supuesto una cierta decepción tanto por las formas como por el fondo y que necesitará inevitablemente disposiciones (reglamentarias) y convenios colectivos o acuerdos de desarrollo

---

[11] El Convenio 190 OIT ha supuesto un hito normativo que supondrá un cambio de modelo en la lucha contra la violencia y acoso en el mundo del trabajo y una necesaria reforma de nuestra normativa de prevención. Un tratamiento detallado en DE VICENTE PACHÉS, F., "El Convenio 190 OIT y su trascendencia en la gestión preventiva de la violencia digital y ciberacoso en el trabajo", *Revista de Trabajo y Seguridad Social.* CEF, núm. 448, 2020, pp. 69-106.

[12] La Inspección de Trabajo en su informe dictamina que la difusión del video "no le afectó" a la hora de decidir quitarse la vida, sino que lo único que temía era que lo supiera su pareja, y que los videos se reenviaron desde móviles privados y no corporativos, una razón más por la que exime de responsabilidad a la empresa. Según el informe, la "única preocupación" de la trabajadora aquellos días era conseguir un cambio de turno que le permitiera cuidar de sus hijos. Un cambio de turno que, por cierto, se lo concedieron justo un día antes de suicidarse en su casa. No tiene sentido argumentar, por contradictorio, que el problema estaba en la concesión del cambio de turno por la empresa y que una vez conseguido la trabajadora se quitara la vida.

[13] https://elpais.com/espana/2020-12-25/dos-anos-de-carcel-para-un-teniente-coronel-por-acosar-sexualmente-a-una-cabo-via-telegram.html

[14] Esta norma es el resultado del Acuerdo por la Reactivación Económica y el Empleo, suscrito por el Gobierno, las organizaciones sindicales (UGT y CC OO) y las asociaciones empresariales más representativas (CEOE y CEPYME), de 3 de julio de 2020.

para aclarar muchos de sus extremos. Y, para otros, supone una regulación que cuenta con numerosos elementos positivos aportando una mayor seguridad jurídica y mayor protección a los derechos y las condiciones laborales de las personas trabajadoras a distancia.

El objetivo de esta norma es "proporcionar una regulación suficiente, transversal e integrada", y que se "requería de una norma que ayude a las partes empresarial y trabajadora a trasladar el carácter tuitivo del derecho del trabajo a la nueva realidad que se ha visto acelerada exponencialmente". En este sentido, hay quienes se preguntaban si las prisas legislativas estaban debidamente justificadas cuando se comprueba que en diversos puntos importantes de esta norma no se establecen ni se delimitan criterios, sino que se remite en muchas materias a una regulación futura a través de la negociación colectiva (hasta en 17 ocasiones). Esta circunstancia, para otros, se ha considerado como un aspecto que sitúa a la negociación colectiva como elemento transcendental a la hora de desarrollar los principios y medidas que emanan de esta norma de trabajo a distancia, dotándola de la suficiente flexibilidad como para otorgar un amplio juego a la negociación colectiva.

En su Exposición de Motivos, esta norma se autocalifica como una "norma sustantiva única que da respuestas a diversas necesidades", si bien las respuestas parece que las darán finalmente y en la práctica los convenios y acuerdos colectivos. En definitiva, dependerá de la negociación colectiva que este modelo funcione proporcionando a las empresas flexibilidad suficiente y ofrezca una protección efectiva a los trabajadores.

En cualquier caso, no se puede negar que la norma cubre una importante laguna en nuestra legislación laboral, y, como se ha afirmado sobre esta forma de organización de trabajo, que "viene para quedarse", "el teletrabajo aporta ventajas para las empresas como beneficios para los trabajadores; pero igualmente resulta indiscutible que presenta perceptibles riesgos y posibles efectos negativos para la productividad y para la garantía de los derechos de los trabajadores" y que "el reto se encuentra en conseguir el equilibrio que favorezca las ventajas del teletrabajo y conjure sus riesgos"[15].

3.1. La definición de teletrabajo como subespecie de trabajo a distancia y a qué personas teletrabajadoras se aplica el RDL 28/2020

El art. 2 RDL 28/2020 define al trabajo a distancia como "forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegida por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular". Y al teletrabajo, como "aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación".

El art. 13 ET, según la Exposición de Motivos del RDL 28/2020, resulta insuficiente para aplicarlos a las peculiaridades del teletrabajo, que requiere no sólo de una prestación laboral que se desarrolle preferentemente fuera de los locales de la empresa, sino también de un uso intensivo de las nuevas tecnologías informáticas y de la comunicación (TIC).

En consecuencia, en la definición de teletrabajo son aspectos fundamentales que el trabajo se realiza a distancia (en el domicilio o lugar elegido por la persona trabajadora) durante toda su jornada o parte de ella (con carácter regular) y el uso intensivo de las TIC (uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación).

En cuanto al ámbito de aplicación subjetivo queda circunscrito a los trabajadores por cuenta ajena *ex* art. 1.1 ET que se desarrollen a distancia con carácter regular (no ocasional o coyuntural) entendido como el prestado bajo esta modalidad durante un mínimo de un 30% de la jor-

[15] CRUZ VILLALÓN, J., "De la emergencia a la permanencia", diario *El País*, de 23 de septiembre de 2020, puede consultarse en, https://elpais.com/economia/2020-09-22/de-la-emergencia-a-la-permanencia.html

nada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato, en un periodo de referencia de 3 meses, salvo porcentaje o periodo de referencia diferente establecido por la negociación colectiva (disposición adicional primera.2 RDL 28/2020)[16].

Con esta delimitación temporal, la legislación ha tratado de resolver la indeterminación del término "preponderantemente" del art. 13 ET con el de "regularidad", no solo estableciendo que sea regular, sino que además realiza un intento limitador, si bien no queda tan claro, ya que nos encontraremos con diferentes casuísticas en función de las jornadas de las personas trabajadoras y sus modalidades contractuales[17].

Por otra parte, las previsiones contenidas en este RDL 28/2020 no serán de aplicación al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, que se regirá en esta materia por su normativa específica (disposición. adicional segunda), concretamente, el Real Decreto-Ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas, con la finalidad principal de asegurar el normal funcionamiento de las Administraciones Públicas, impulsando una nueva forma de organización y estructuración del trabajo para el mejor servicio a los intereses generales.

Tanto por la declaración de intenciones como por lo escueto de la regulación (un solo artículo, cuando para el sector privado hay una ley entera), se ha querido dar margen de maniobra a las Administraciones Públicas de manera que puedan desarrollar sus instrumentos normativos propios reguladores del teletrabajo en sus organizaciones públicas. Por supuesto, este amplio margen regulatorio se completará en primer lugar con las normas que emanen de las CC AA en desarrollo de la legislación básica estatal. Este RD-Ley 29/2020 modifica la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) para introducir un nuevo artículo 47 bis, que en lo sucesivo regulará la prestación del servicio a distancia mediante teletrabajo. El nuevo artículo introducido en la norma básica deja, de forma intencionada, un gran espacio regulatorio y negociador para los convenios y los contratos de trabajo.

3.2. El contenido del derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el teletrabajo

En el RDL 28/2020 se reconoce expresamente –entre el conjunto de derechos– el derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud en trabajo de las personas que teletrabajan, y, en consecuencia, la aplicación de la normativa preventiva, tanto la LPRL como su normativa de desarrollo (como es el caso del RD sobre pantallas de visualización –que bien merece una actualización después del tiempo trascurrido desde su publicación–, así como las notas técnicas de prevención aplicables)[18]. Este derecho a una adecuada protección en prevención de riesgos laborales, en realidad, ya venía reconocido en los mismos términos en el apartado 4 del art. 13 ET, por lo tanto, ninguna novedad que merezca significar respecto la redacción anterior de este precepto[19].

---

[16] La norma al definir el trabajo a distancia y el teletrabajo opta por la noción de la "regularidad" en el uso del trabajo a distancia en vez de la noción de la "preponderancia" del anterior art. 13 ET, ajustándose a la definición que se contiene en el art. 2 del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de 2002 (AMET), firmado por *Business Europe*, UEAPME, CEEP y la Confederación Europea de Sindicatos (CES).

[17] DE LAS HERAS GARCÍA, A., "Análisis de la nueva regulación del trabajo a distancia". *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF,* 452, 2020, p. 175.

[18] Nos referimos al Real Decreto 488/1997, Disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización; el Real Decreto 299/2016, de 22 de julio, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a campos electromagnéticos y, entre otras, a la Nota Técnica de Prevención (NTP) número 412, "Teletrabajo: criterios para su implantación", publicada por el INSHT (actual INSST), en cuanto guía de buenas prácticas y con independencia del carácter no obligatorio de esta nota técnica de prevención.

[19] El art.15 RDL 28/2020 reproduce literalmente el derogado apartado 4 del art.13 ET: *Las personas que trabajan a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el trabajo, de confor-*

Si el personal laboral que teletrabaja tiene el derecho a una protección adecuada (y eficaz, añadiríamos) en materia de seguridad y salud, se les aplicará en toda su extensión la LPRL como su amplia normativa de desarrollo, incluidos los convenios colectivos y acuerdos, que llenarán el vacío normativo existente, en la medida que la negociación colectiva se considera instrumento imprescindible para completar la normativa aplicable en cada uno de los sectores específicos, estableciendo criterios propios.

El RDL 28/2020, de trabajo a distancia, en su EM incide expresamente en los aspectos preventivos relacionados con la "fatiga física y mental, el uso de las pantallas de visualización de datos y los riesgos de aislamiento". Parece que está dando a entender que son estos aspectos los más relevantes desde una perspectiva preventiva, cuando –como hemos tenido ocasión de exponer– son numerosos y diversos los potenciales riesgos existentes en esta forma de prestación de trabajo.

Con anterioridad a este RDL 28/2020, el 22 de junio de 2020, se publicó el *Acuerdo Marco Europeo sobre la Digitalización del Trabajo*[20], importante documento al que concluyeron los interlocutores sociales, el cual incide en la necesidad de poner el acento en la prevención, con el fin de evitar los eventuales efectos negativos sobre la salud y seguridad de los trabajadores y sobre el funcionamiento de la empresa. Debemos tener presente que avanzar en prevención, en la gestión integral de la seguridad y salud de las personas trabajadoras tiene un interés social y económico, pues con ello se propicia una mejora de la productividad y ventaja competitiva de las organizaciones productivas. El propio Foro Económico Mundial, ha destacado que la promoción del bienestar de los trabajadores retorna a las empresas, pues, en definitiva, esta promoción y gestión preventiva adecuada y eficaz generará menos accidentes, menos enfermedades y una mayor productividad para las organizaciones productivas.

De esta forma, el derecho a la salud trasciende las fronteras, el derecho a la protección de la salud en el trabajo debe garantizarse para todas las personas trabajadoras, cualquiera que sea la naturaleza del trabajo (presencial o a distancia-digital). Más que nunca, la aceleración de la evolución tecnológica y el uso que de ella se hace en el trabajo requieren una verdadera ética y educación, así como una toma de conciencia de los infinitos puntos de vista que tiene su impacto sobre el respeto a la dignidad de la persona y el control y la vigilancia de los trabajadores.

Hay ciertos problemas de protección para los que la ley no tiene una respuesta concreta. En un modelo laboral basado en el teletrabajo, las medidas establecidas para garantizar la seguridad de los empleados se enfrentan a ciertos desafíos. Y es que, aunque no se ponga en duda que el teletrabajador también queda al amparo de los derechos en materia de prevención de riesgos, lo cierto es que en las condiciones en que se desarrolla el trabajo en remoto y en un espacio singular como es el propio domicilio de la persona trabajadora no siempre es fácil garantizar que las medidas preventivas se aplican y supervisan correctamente. Y este debería ser uno de los principales retos a materializar con la aparición de este RDL 28/2020 que viene a regular y reconocer el derecho a la prevención de riesgos laborales en el teletrabajo.

Cabe recordar que podemos distinguir tres modalidades fundamentales de teletrabajo y que cada una de ellas difiere en la adoptación de medidas preventivas y de protección. Está el *teletrabajo a domicilio:* en el que el trabajador realiza su trabajo en su propio domicilio; *teletrabajo en telecentros:* la actividad laboral se desarrolla en una oficina que cuenta con equipos informáticos y de telecomunicaciones apropiadas para el desempeño de actividades de teletrabajo

---

midad con lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su normativa de desarrollo.

[20] *Este Acuerdo Marco Europeo sobre la Digitalización del Trabajo* puede consultarse –en su versión inglesa– en: https://www.businesseurope.eu/sites/buseur/files/media/reports_and_studies/2020-06-22_agreement_on_digitalisation_-_with_signatures.pdf

y, finalmente, el *teletrabajo móvil o itinerante*: en el cual, el puesto de trabajo no está situado en un lugar fijo o determinado, los teletrabajadores están en movimiento y mantienen una comunicación con la empresa a través de medios telemáticos. Nos podemos preguntar a qué tipo de teletrabajo se refiere la norma, si es el teletrabajo a domicilio, en telecentros, o el móvil, y parece que el legislador tiene principalmente en mente o está pensando en el teletrabajo a domicilio y en telecentros. Por tanto, no parece se tenga tanto en cuenta el teletrabajo móvil o itinerante, merecedor también de condiciones de seguridad y salud y, sobre todo, por su crecimiento y expansión (de presente y de futuro) como modalidad de teletrabajo.

3.2.1. Obligaciones empresariales de prevención de riesgos en el teletrabajo

Y ¿qué obligaciones en materia preventiva tiene la empresa con sus teletrabajadores? ¿Cómo deben gestionarse las diferentes obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales? De conformidad con el art. 14 LPRL, el empleador tiene la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. En consecuencia, la empresa queda obligada al cumplimiento de lo establecido en la normativa de prevención.

Por lo tanto, vendrá obligada la empresa, esencialmente, además de la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, a realizar una evaluación de riesgos, a una planificación de la actividad preventiva, a facilitar equipos de trabajo y medios de protección individual, informar y formar sobre los riesgos existentes y las medidas de protección adoptadas, a la vigilancia de la salud, a proteger a los colectivos de trabajadores especialmente sensibles, a la protección de la maternidad, de los menores[21], de los trabajadores temporales, además de los derechos colectivos en materia de seguridad y salud reconocidos en la LPRL y normativa de desarrollo.

De ello se deduce que, el empresario garantizará el cumplimiento de todas aquellas medidas contempladas en la LPRL y su normativa de desarrollo que le sean de aplicación al puesto de teletrabajo (domicilio, telecentro). De entre las cuales debemos citar las obligaciones siguientes: a) Evaluación de los riesgos y planificación preventiva del puesto "teletrabajador" (art. 16); b) Proporcionar equipos de trabajo y medios de protección adecuados (art. 17); c) Información de los riesgos existentes y medidas de protección en el trabajo a distancia (art. 18); d) Formación teórica y práctica, suficiente y adecuada (art. 19); e) Vigilancia del estado de salud de la persona teletrabajadora (art. 22; f) Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos (art.25), de la maternidad (artículo 26), de los menores (artículo 27) y de los trabajadores con relaciones de trabajo temporales o de duración determinada (art. 28) y g) prever las situaciones de riesgo especiales que pudieran darse y que puedan constituir una emergencia (art. 20) o generar un riesgo grave e inminente para sus empleados (art. 21)[22]. Es cierto que son poco probables que se presenten situaciones de riesgo grave e inminente en el domicilio del trabajador. Y, asimismo, cuando coinciden en el mismo centro de trabajo los empleados de dos o más empresas o trabajadores autónomos, será preciso coordinar la actividad preventiva (art. 24).

Sin embargo, observamos que en la norma, en el art. 16 RDL 28/2020, solo se hace referencia específicamente a obligaciones empresariales preventivas tan importantes como la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva, pero no se alude a otras obligaciones tan relevantes para los trabajadores digitales como las mencionadas, sobre todo,

---

[21] En el anteproyecto de ley (26 de junio 2020) incluso se recogía que: "El trabajo a distancia se entenderá como un trabajo de especial peligrosidad y por ello quedará prohibido a las personas menores de edad" (art. 15.2)

[22] Las situaciones de emergencia pueden ser originadas por factores externos (ej.: inundaciones, catástrofes naturales o accidentes en instalaciones próximas) o por factores internos (ej.: incendios, explosiones, vertidos, fugas o emisiones de materiales peligrosos…).

las relativas a la formación e información, la vigilancia de la salud, la protección a los colectivos de trabajadores especialmente sensibles, la protección de la maternidad, de los trabajadores temporales… El hecho de hacer alusión o referencia expresa a las obligaciones empresariales preventivas que cuentan con una mayor incidencia en el teletrabajo, hubiera clarificado o aportado mucho más al texto normativo, por lo menos para concretar éstas y, de esta forma, subrayar la importancia de una materia como la prevención y delimitar algo más el contenido esencial del importante derecho a una adecuada protección en seguridad y salud en el trabajo digital.

Es cierto que en el art 15 del RDL 28/2020, al reconocer el derecho a una protección en materia de seguridad y salud, hace ya una clara remisión a lo establecido en la LPRL y a su normativa de desarrollo, por lo que tal referencia puede interpretarse como suficiente para hacer extensible una aplicación del conjunto de obligaciones y derechos ya contemplados en la LPRL, con los que contaría la persona teletrabajadora en materia de prevención de riesgos laborales, ajustados al sector profesional y a la naturaleza del tipo de actividad laboral desempeñada. De todas formas, hubiera sido interesante superar la parquedad o ausencia de concreción de las obligaciones empresariales en materia preventiva de la redacción anterior del art. 13 ET y contemplar obligaciones preventivas tan significativas en el ámbito del teletrabajo como la de formación, información de los riesgos existentes y medidas de protección, la vigilancia de la salud o la protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos.

Las personas trabajadoras a distancia tienen el derecho a que la empresa le proporcione y mantenga los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad a distancia; que podrá ser ejercido o reclamado por parte del trabajador/a, se hayan desarrollado o no por la negociación colectiva los términos para su ejercicio, desde el mismo momento de la firma del acuerdo de trabajo a distancia. Asimismo, la empresa deberá garantizar la atención precisa en el caso de dificultades técnicas, especialmente en el caso de teletrabajo (art. 11), matiz éste importante que supone dar soporte y amparo al trabajador frente las posibles dificultades técnicas (uso de complejos medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación) en los que pudiera encontrarse el trabajador en el ejercicio de su actividad.

Por otra parte, debe entenderse que la empresa adoptará los protocolos y realizará la vigilancia de la salud a intervalos periódicos para determinar la incidencia de esta modalidad de trabajo en la salud de los trabajadores y trabajadoras digitales. Se entiende, que las revisiones o reconocimientos médicos se realizarán teniendo en cuenta en mayor medida la presencia de los riesgos psicosociales reseñados.

No podemos obviar, ni los riesgos psicosociales motivados por el aislamiento y la soledad (ausencia de relación con los compañeros, desarraigo de la empresa, etc.), fruto de la desaparición de las fronteras entre la vida laboral y la vida personal o familiar, así como el aspecto ergonómico, relacionado con el tipo de equipos de trabajo y su instalación (el espacio adaptado en el domicilio), o como el uso de pantallas de visualización de datos, que son ámbitos en los que la evaluación de riesgos y las medidas de protección material y de la salud deben profundizar.

También cabe tener en cuenta que el teletrabajo puede ser una alternativa oportuna para los trabajadores especialmente sensibles. En ciertos supuestos, es posible que el teletrabajo –dadas las posibilidades tecnológicas actualmente existentes– puede ser una opción idónea para ciertos trabajadores que por su vulnerabilidad tengan que llevar a cabo su actividad alejados de unas condiciones o entorno dañinas para su salud. Asimismo, puede considerarse que el teletrabajo es una forma de prestación laboral que puede servir para la integración de jóvenes y la reinserción al mundo del trabajo de personas trabajadoras en situación de invalidez o con capacidad disminuida.

3.2.2. Los riesgos psicosociales, ergonómicos y organizativos como riesgos de especial atención en la evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva

El RDL 28/2020, una vez reconoce el derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el trabajo, pone de relieve que en la evaluación de riesgos y en la planifi-

cación de la actividad preventiva hay que atender fundamentalmente a los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, esto es, hay que poner especial atención o énfasis en los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos.

Consideramos positivo que en la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva haya que poner especial énfasis en los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos, riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, sin olvidar o subestimar otros riesgos de los expuestos (si bien muchos de los calificados como emergentes encajan perfectamente entre los psicosociales y organizativos), así como los riesgos físicos o biológicos, desgraciadamente, tan presentes ahora en nuestras vidas por la pandemia que sufrimos.

En particular, se incide en que deberá tenerse en cuenta la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada (las pausas, tiempos de descanso y respeto a su intimidad personal y familiar…).

Y es que uno de los mayores peligros para la salud de estos trabajadores y trabajadoras digitales, tiene que ver con el riesgo que supone la prolongación de la jornada laboral, la cual, en algunos casos lleva a estar disponibles para la empresa 24 horas los 7 días a la semana, lo que comporta un incremento de los riesgos psicosociales y del estrés laboral.

Desde una perspectiva de salud laboral es trascendental la limitación de la jornada de trabajo (tiempo máximo) y el registro de la jornada, como instrumentos que garantizan poner límites a la misma. El teletrabajo no queda exento del sistema de registro horario ex art. 34.9 ET, de modo que, de conformidad con lo establecido en la negociación colectiva, deberá reflejar fielmente el tiempo que la persona trabajadora que realiza trabajo a distancia dedica a la actividad laboral, sin perjuicio de la flexibilidad horaria, y deberá incluir, entre otros, el momento de inicio y finalización de la jornada. En este sentido, en la norma, entre los derechos con repercusión en el tiempo de trabajo, recoge expresamente el derecho al horario flexible, donde la persona que teletrabaja podrá flexibilizar el horario de prestación de servicios establecido (art. 13) y el derecho al registro horario adecuado (art. 14). Se trata de dos derechos contemplados en la norma que complementan los de prevención de riesgos y que tienen una incuestionable repercusión en la salud de la persona teletrabajadora.

Por tanto, deberá fijarse el momento de inicio y finalización de la jornada de trabajo, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada (las pausas, los tiempos de descanso). En algunos casos, estos derechos son de difícil aplicación práctica, sobre todo en los casos de contratación por objetivos o resultados. Y en otros supuestos, por la necesidad de respuestas rápidas a las exigencias laborales y la imposición de un sistema de trabajo multitarea. De ahí el reconocimiento expreso en la norma del derecho a la desconexión digital, que cobra una importancia vital en el ámbito del teletrabajo, debiendo contar la empresa con una política interna dirigida a este fin, por medio de convenios o acuerdos colectivos.

En cuanto mencionamos la prolongación de la jornada laboral es importante destacar que el teletrabajo debe tener en cuenta la perspectiva de género, adaptarse a la situación familiar de la mujer trabajadora y no aumentar su rol doméstico en el hogar ni incrementar su jornada de trabajo, sobre todo, por el impacto negativo en su salud. Somos plenamente conscientes que tras el COVID se han visto incrementadas las desigualdades sociales y que estas desigualdades sociales han tenido una especial incidencia en el empleo femenino.

3.2.3. Peculiaridades de la evaluación de riesgos en el teletrabajo: espacio a evaluar y visita física al lugar de trabajo

Nos indica la norma que la evaluación de riesgos únicamente debe alcanzar a la zona habilitada para la prestación de servicios, no el resto de zonas de la vivienda o del lugar elegido para el desarrollo del trabajo a distancia. Esta zona habilitada para la prestación de servicios tendrá la consideración de centro de trabajo. Si bien la evaluación tiene sentido acotarla a la

zona en la que se presta la actividad laboral, consideramos que igualmente habrá que tener en cuenta los riesgos fuera de esa zona concreta habilitada para el teletrabajo, dado que otras zonas de la vivienda también pudieran tener repercusión en la seguridad y salud del trabajador, por lo que habrá necesariamente que evaluar o valorar, piénsese en otros riesgos, como el riesgo de incendio, explosión, inundación… así como otras medidas de emergencia que fueran necesarias adoptar[23].

Por consiguiente, se limita el deber empresarial únicamente a la zona de trabajo, no siendo, por tanto, responsable la empresa de la seguridad de otras estancias de la vivienda (como podría ser el caso del baño, comedor o cocina) de las que sí sería responsable si hablásemos de un centro de trabajo tradicional. Esta falta de concreción en relación con la zona de trabajo generará grandes dificultades para la consideración de los accidentes en el domicilio como accidentes de trabajo y habrá que estar a expensas de lo que pueda regularse en este sentido en la negociación colectiva. Igualmente, es preciso el establecimiento de evaluaciones periódicas de riesgos a las que tampoco alude la norma.

Se indica, además, que la empresa para poder llevar a cabo la evaluación de riesgos deberá obtener toda la información precisa mediante una metodología que ofrezca "confianza" respecto de sus resultados. La expresión de optar por un método que ofrezca confianza nos parece una formulación bastante genérica e indeterminada y que puede entrañar serios problemas en la práctica. A pesar de que extrañe tal expresión, no se hace sino reproducir básicamente lo dispuesto en Reglamento de Servicios de Prevención (art. 5.2 RSP). En consecuencia, serán los responsables en prevención de riesgos laborales de las empresas, es decir, los técnicos en prevención, los que deban asumir y determinar qué método deben seguir a los efectos de evaluar los riesgos.

La evaluación de riesgos laborales deberá hacerse presencialmente, es decir, de forma física en el lugar donde desarrolle la persona su actividad laboral y, tal evaluación será llevada a cabo por un técnico de prevención de riesgos laborales de la modalidad preventiva adoptada por la empresa. En esta evaluación presencial se deberá garantizar las necesidades de adaptación al lugar de trabajo elegido por el teletrabajador, circunstancia relevante debido a la particularidad de la actividad[24]. Ya hemos apuntado las dificultades de adaptar un espacio para desempeñar la actividad laboral en un domicilio, pues no todas las viviendas –por dimensiones y otras paticularidades– ofrecen las mismas posibilidades para poder trabajar en condiciones.

Cabe recordar que las personas que trabajan a distancia tendrán derecho a la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad y se garantizará, como hemos dicho, la atención precisa en el caso de dificultades técnicas. El desarrollo del trabajo a distancia deberá ser sufragado o compensado por la empresa, y no podrá suponer la asunción por parte de la persona trabajadora de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral (art. 12).

---

[23] El art. 20 LPRL establece que el empresario, teniendo en cuenta el tamaño y la actividad de la empresa, así como la posible presencia de personas ajenas a la misma (personas convivientes en el domicilio), deberá analizar las posibles situaciones de emergencia y adoptar las medidas necesarias en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores, designando para ello al personal encargado de poner en práctica estas medidas y comprobando periódicamente, en su caso, su correcto funcionamiento.

[24] El AMET señala que el empresario es responsable de la salud y la seguridad profesional del teletrabajador con arreglo a la Directiva 89/391/CEE y a las directivas específicas, las legislaciones nacionales y los convenios colectivos pertinentes. Para comprobar la correcta aplicación de las disposiciones aplicables en materia de salud y seguridad, el empresario, los representantes de los trabajadores y/o las autoridades competentes tendrán acceso al lugar del teletrabajo, dentro de los límites establecidos en las legislaciones y los convenios colectivos nacionales. Si el teletrabajador realiza su tarea en su domicilio, para poder acceder al mismo serán necesarias una notificación previa y el acuerdo del teletrabajador. El teletrabajador podrá solicitar una visita de inspección.

En la norma se detalla cómo ha de procederse en la evaluación de riesgos, sobre todo cuando para tener información sobre los riesgos a los que se expone la persona teletrabajadora se necesite visitar o inspeccionar físicamente el lugar en el que se desarrolla el trabajo a distancia. La visita se realizará por parte del técnico de prevención y será lo razonable que sea este técnico quien la realice como experto en prevención. Sin embargo, por lo que se desprende de la redacción de la norma, la visita física del técnico en prevención no tendrá carácter obligatorio, desde el momento que se permite también la posibilidad de autoevaluación por parte de la persona teletrabajadora, en los casos en que ésta no autorice en su domicilio la presencia del técnico o responsable en prevención para realizar la evaluación. Y ello a pesar de la obligación de cooperación del trabajador en materia de seguridad y salud contemplada en el art. 29 LPRL.

Por tanto, en aquellos casos en los que el teletrabajador no permita la visita del técnico de prevención al lugar donde desarrolla el trabajo a distancia, esto es, no permita el acceso a su vivienda donde teletrabaja, será el propio teletrabajador quien deberá informar acerca de sus condiciones de trabajo mediante autochequeo o autoevaluación, un cuestionario o *checklist*. La negativa del teletrabajador de permitir el acceso a su domicilio no exime a la empresa del cumplimiento de su obligación de evaluación de riesgos laborales.

Nos podemos preguntar si esta autoevaluación ofrecerá suficientes garantías o si estará debidamente formado el teletrabajador para hacerla por sí mismo y comprobar debidamente los riesgos existentes, aun siguiendo las indicaciones oportunas del técnico en prevención. Consideramos que la persona teletrabajadora debe contar con la formación suficiente en materia de prevención para poder hacer esta autoevaluación. Otro extremo que no queda claro es cómo se va a poder probar si la persona teletrabajadora sigue o no las instrucciones del técnico del servicio de prevención.

En consecuencia, tal y como queda redactado este precepto, va a plantear problemas de seguridad jurídica en torno a cuestiones de importancia como la responsabilidad empresarial derivada de una inadecuada actuación preventiva fundada en la autoevaluación de la persona trabajadora.

A diferencia del Acuerdo Marco Europeo de Teletrabajo (AMET), la cuestión del acceso al domicilio se plantea a propósito de la evaluación de riesgos, no de la verificación del cumplimiento de las medidas por el teletrabajador que debe aplicar correctamente las políticas de seguridad de la empresa. Sobre la posibilidad de verificación nada se dice en el RDL 28/2020. Ya veremos cómo matiza o reformula estos supuestos la negociación colectiva[25].

De conformidad con la normativa, para proceder a la visita o inspección física al domicilio para la evaluación de riesgos, será preceptivo un informe y un permiso: 1.º) deberá emitirse un informe escrito, que se entregará a la persona trabajadora y a las delegadas y delegados de prevención, justificando dicho extremo, y 2.º) para acceder al domicilio se requerirá el permiso de la persona trabajadora o del de una tercera persona física.

El AMET también establece que el personal teletrabajador está autorizado a pedir una visita de inspección por parte de la empresa. Por consiguiente, ante un incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la empresa de su obligación de realizar una adecuada evaluación de riesgos laborales del lugar de trabajo, el AMET reconoce a la persona teletrabajadora la capacidad para solicitar a la empresa una inspección.

---

[25] El XIX Convenio colectivo general de la industria química, añadía que el desarrollo del teletrabajo en el domicilio del trabajador solo será posible cuando dicho espacio resulte adecuado a las exigencias de seguridad y salud en el trabajo –importante matiz, que deja en manos del garante de seguridad el veto sobre el lugar de trabajo–, o que la empresa debe adoptar medidas para prevenir el aislamiento del teletrabajador en relación con los otros trabajadores de la empresa (art. 10 bis).

Por otra parte, llama poderosamente la atención, y, sobre todo, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, que la LPRL permita reconocimientos médicos obligatorios por razones preventivas, a los que el trabajador no puede negarse sin incurrir en incumplimiento y desobediencia y, sin embargo, ante el decimonónico derecho a la inviolabilidad del domicilio, las posiciones siguen siendo intocables e igual de estrictas que siempre[26].

La información acerca de sus condiciones de trabajo mediante este cuestionario de autochequeo o autoevaluación no constituirá la evaluación de riesgos laborales, si no una fuente más de información a partir de la cual un técnico de prevención podrá elaborar dicha evaluación. Es decir, la autoevaluación a cumplimentar por el trabajador será realizada conforme a las instrucciones del servicio de prevención, pues hay que tener presente que las evaluaciones de riesgos laborales únicamente pueden ser realizadas por los técnicos de prevención, de acuerdo con la normativa vigente.

Dadas las dificultades no se indica nada de la obligación de evaluación de riesgos en el teletrabajo móvil o itinerante (biblioteca, hotel, cafetería, coche…). Parece ser que no se establece ninguna garantía ni criterio alguno, posiblemente porque sea consciente el legislador de las dificultades que entraña la evaluación de riesgos en el teletrabajo móvil o fuera del domicilio. Con independencia de las dificultades reales de evaluación de riesgos en el teletrabajo móvil, estimamos que sí cabría considerar mínimamente en la evaluación los aspectos ergonómicos y psicosociales.

En el teletrabajo, dado que la prestación de trabajo se hace desde casa, es decir, el centro de trabajo se desplaza al domicilio particular, el principal problema radica en verificar el cumplimiento efectivo de las medidas preventivas adoptadas, si éstas se aplican realmente y si se supervisan correctamente. Tampoco hay alusión o referencia expresa en la normativa a este aspecto que estimamos crucial. Se regula al detalle el procedimiento de evaluación de riesgos, sin embargo, no se establecen criterios específicos para la verificación del cumplimiento de las medidas preventivas por parte del teletrabajador, salvo las facultades de control empresarial reconocidas al empleador en el art. 22 RDL 28/2020.

Además de la obligación de realizar y mantener actualizada la evaluación de riesgos laborales, es preceptivo informar y formar a los trabajadores sobre los riesgos asociados al teletrabajo y las medidas preventivas y pautas recomendables para evitar dichos riesgos. La norma dice expresamente: “el ejercicio de acciones formativas adecuadas y específicas”.

Puesto que esta modalidad de trabajo se desarrolla, en la mayoría de los casos en el domicilio de los trabajadores, las condiciones de seguridad y salud del puesto y del ambiente de trabajo cobran una importancia prioritaria, puesto que además de influir directamente en el desarrollo de la actividad diaria efectuada por la persona que teletrabaja, va a afectar en parte, en su vida personal y familiar. Por lo tanto, la información y formación sobre los riesgos y medidas preventivas asociados al teletrabajo son de vital importancia.

En relación con el deber de información y formación en materia de prevención de riesgos laborales y teletrabajo, deben conceptuarse como dos medidas preventivas básicas o esenciales. El personal teletrabajador ha de tener una información detallada de los riesgos específicos de su puesto de teletrabajo –tanto los derivados del espacio de trabajo como los riesgos organizacionales y psicosociales– y de las medidas preventivas adoptadas por parte de la empresa[27].

---

[26] Como puede observarse, se plantea la complicada relación entre la responsabilidad de la empresa de garantizar la seguridad y salud en el teletrabajo y la protección constitucional de la inviolabilidad del domicilio, cuando este coincide con el lugar de trabajo de la persona trabajadora a distancia. Puede consultarse el *Libro Blanco de Teletrabajo de Repsol (2013)* donde regula cómo debe hacerse las visitas al domicilio de la persona teletrabajadora.

[27] Garantizar una formación previa al proceso de autoevaluación teórica y práctica, suficiente y adecuada, presencial en el centro de trabajo de la empresa u on-line en su caso, que asegure la formación del personal teletrabajador en cuestiones de adaptabilidad y diseño del puesto de trabajo, los riesgos y posibles medidas preventivas.

El *Acuerdo Marco Europeo sobre la Digitalización del Trabajo* (AMEDT) de junio de 2020, plantea también adoptar las medidas de formación y de sensibilización sobre los riesgos vinculados a la digitalización del trabajo, hacer respetar las reglas relativas al tiempo de trabajo en el teletrabajo, clarificar las políticas y/o las reglas establecidas sobre el uso de las herramientas digitales durante el tiempo de trabajo, obligar a la dirección a crear una cultura que evite los contactos fuera de las horas de trabajo, y también evaluar la carga de trabajo, de manera conjunta, entre empleados e interlocutores sociales.

El acuerdo parece priorizar la pedagogía, más que la vía de la sanción, dando preferencia a la recomendación y la información de los empresarios y de los trabajadores, sobre todo en lo que respecta al tiempo de trabajo.

Finalmente, poner de relieve que el hecho de que en el teletrabajo coincida, en la mayoría de los casos, el domicilio del trabajador con el lugar de trabajo puede dificultar la calificación de un accidente como doméstico o como accidente de trabajo. De conformidad con el art. 156.3 TRLGSS, según el cual "se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivos de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y lugar de trabajo", parece claro que el accidente que pudiera sufrir un teletrabajador/a durante el tiempo de trabajo, se presumirá que es accidente laboral, aun en el caso de que su domicilio coincida con el lugar de trabajo. Por ello, son esenciales los contenidos del acuerdo individual de trabajo a distancia referidos a cuál es el lugar de trabajo y la jornada de trabajo que va a desarrollar la persona que teletrabaja.

Mayores dificultades entrañará determinar un accidente como de trabajo en el marco de una relación de teletrabajo esporádica o flexible o en los casos de teletrabajo móvil, donde cualquier lugar podría reputarse como lugar de trabajo de acuerdo con el lugar elegido por el trabajador en cada momento. Lo más razonable será que, en el marco de un teletrabajo flexible, se acuerde con el trabajador o la trabajadora la obligación de comunicar por escrito, con cierta periodicidad, el lugar desde el que previsiblemente vaya a desarrollarse el teletrabajo. En este sentido, de producirse cualquier contingencia, en principio la misma solo habrá de presumirse "laboral" si se ha producido en el lugar previamente comunicado como "de teletrabajo"[28].

4. EL RECONOCIMIENTO DE OTROS DERECHOS EN EL RDL 28/2020 CON INCIDENCIA EN LA SEGURIDAD Y SALUD DE LAS PERSONAS TELETRABAJADORAS

Existen otros derechos reconocidos a la persona trabajadora a distancia en el RDL 28/2020 (además de los derechos al horario flexible y al registro de horario adecuado, ya expuestos) que están estrechamente vinculados a los de prevención de riesgos laborales, a los que brevemente debemos considerar y referenciar (derechos relacionados con el uso de medios digitales), dado que, por la naturaleza de la prestación de servicios del teletrabajo (uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación) tienen también una importante incidencia o repercusión directa en la seguridad y salud de estas personas teletrabajadoras.

4.1. El derecho al respeto de su intimidad y a la protección de datos

La ley protege dos derechos, el derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) frente a cualquier invasión que pueda realizarse en el ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad y el derecho fundamental a la protección de datos, que pretende garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino.

---

[28] "Libro blanco sobre teletrabajo. Más allá del teletrabajo: una nueva forma flexible de trabajo".

La LOPDP ha regulado en su art. 87 el "Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral", concretándose en tres extremos en el art. 17 RDL 28/2020:

1) La prohibición a la empresa tanto de exigir que se instalen programas o aplicaciones en dispositivos que sean propiedad de la persona trabajadora, como de que se utilicen esos dispositivos en el desarrollo del trabajo a distancia.

2) La remisión a los convenios o acuerdos colectivos como marco en el que se podrán especificar los términos en los que las personas trabajadoras podrán hacer uso por motivos personales de los equipos informáticos puestos a su disposición por parte de las empresas.

3) La obligación de que las empresas establezcan criterios de utilización de los dispositivos digitales (tener también una política interna empresarial de uso de TIC) –en cuya elaboración deberá participar la representación legal de las personas trabajadoras– respetando, en todo caso, los estándares mínimos de protección de la intimidad.

La empresa cuenta con unas posibilidades enormes gracias a las nuevas herramientas informáticas, que hacen más intenso y persistente el ejercicio del poder de control empresarial sobre este tipo de trabajadores/as.

Así, la empresa puede utilizar programas informáticos que permiten: registrar el número de tareas que se realizan y el tiempo que se ha invertido en su ejecución; registrar el número de pulsaciones en el teclado, registrar las conexiones, interrupciones y desconexiones, e incluso pueden realizar fotos periódicas o videos del puesto de trabajo, etc. En este sentido, se habilita a la empresa para que adopte las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la utilización de medios telemáticos, si bien deberá guardar en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad (art. 22 RDL 28/2020).

El peligro de estos mecanismos o programas informáticos utilizados para la vigilancia y el control de la actividad laboral de los teletrabajadores conectados es que pueden ser mucho más incisivos y "violentos" que en una relación laboral presencial y provocar mucho más fácilmente una invasión ilegítima en los derechos fundamentales de los trabajadores, en su derecho a la dignidad, a la intimidad personal y familiar y el derecho a la propia imagen[29].

4.2. El derecho a la desconexión digital

El Derecho a la desconexión digital reconocido en la LOPD –abordado en profundidad por la doctrina laboralista– se reconoce igualmente –en parecidos términos– en el art 18 del RDL 28/2020, concretamente, el derecho a la desconexión digital fuera de su horario de trabajo[30].

En el art. 88 LOPD se reconoce expresamente el derecho de los trabajadores 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.

---

[29] Por su parte, el art. 20 bis. del ET, dispone que "los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales".

[30] El RDL 28/2020, hace transcripción literal de preceptos de otras leyes ya vigentes, como es el caso de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDP) o el propio Estatuto de los Trabajadores (ET), técnica legislativa cuestionable. Preceptos, qué por otra parte, ya contaban con sus deficiencias y debilidades técnicas, como la mencionada LOPD, particularmente, en su proyección en el ámbito de las relaciones de trabajo.

Este derecho cobra una importancia vital en el ámbito del teletrabajo, tal vez mayor que en cualquier otra forma de organización del trabajo. Sin duda, el art. 88 LOPD es básico en el ámbito del trabajo a distancia y de ahí la mención expresa de su incidencia en el teletrabajo en su último inciso de este mismo precepto: "En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas" (art. 83.3).

Este derecho, como es sabido, conlleva, en esencia, una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables.

Derecho que hace referencia a la necesaria elaboración de una política interna empresarial dirigida a este fin, remitiéndose a los convenios o acuerdos colectivos (ejemplos tenemos del CC Seguros AXA, Acuerdo Interprofesional de Catalunya, Acuerdo del Grupo Telefónica…entre otros). En esta política interna, tal y como establece la norma, se definirán las modalidades de ejercicio de este derecho y las acciones de formación y sensibilización sobre un uso razonable de TIC, a fin de evitar, en su amplia definición, la denominada "fatiga informática".

La desconexión digital es, en definitiva, un instrumento esencial para conseguir esa separación entre jornada de trabajo y descanso o tiempo de trabajo y de no trabajo. O lo que es lo mismo, delimitar con nitidez la frontera entre vida laboral y personal garantizando el derecho al descanso efectivo.

4.3. Igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación

El art 4 del RDL 28/2020 que consagra estos derechos fundamentales a la igualdad y prohibición de discriminación, deja suficientemente claro que el trabajo a distancia no debe ser un motivo para establecer condiciones menos favorables que si se prestara el mismo de forma presencial.

La protección frente a la discriminación, directa o indirecta, particularmente por razón de sexo, y la inclusión en los planes de igualdad son aspectos que también deberán tener en cuenta las empresas dentro de las políticas de gestión preventiva, así como la adopción de medidas contra el acoso (al que debemos añadir, por las razones expuestas, el ciberacoso o acoso digital) y, particularmente, el sexual, el laboral y el discriminatorio.

Asimismo, se recoge en este mismo precepto los derechos de conciliación y corresponsabilidad, señalándose que las personas que realizan trabajo a distancia tienen los mismos derechos que las personas trabajadoras presenciales en materia de conciliación y corresponsabilidad, incluyendo el derecho de adaptación a la jornada establecido en el art. 34.8 ET, a fin de que no interfiera el trabajo con la vida personal y familiar (art. 4.5).

Desde una perspectiva o enfoque de género del teletrabajo, debemos afirmar que el teletrabajo, no cabe duda, que puede ayudar a una mejor conciliación de la vida laboral y la vida familiar. Sin embargo, esta forma de organización del trabajo puede ser un "arma de doble filo" para aquellas mujeres con cargas familiares y en ámbitos domésticos en el que la corresponsabilidad está ausente del mismo.

Si el teletrabajo no tiene en cuenta la perspectiva de género, ni se adapta a la situación familiar de la mujer, no contribuirá a una mejor conciliación de la vida laboral y familiar, sino a aumentar su rol doméstico en el hogar; incrementar su jornada de trabajo; las situaciones de estrés y su invisibilidad dentro de la organización empresarial[31].

---

[31] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., "De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente", *Lex Social, Revista de Derechos Sociales,* 11(1), 2021, pp. 40-78

En síntesis, la norma recoge en este art. 4 una serie de obligaciones empresariales en relación con la igualdad de género, el acoso, la violencia y la discriminación por razón de sexo y género, concretamente la:

- Obligación de evitar cualquier discriminación, directa o indirecta, particularmente por razón de sexo, de las personas trabajadoras que prestan servicios a distancia.

- Obligación de tener en cuenta a las personas teletrabajadoras o trabajadoras a distancia y sus características laborales en el diagnóstico, implementación, aplicación, seguimiento y evaluación de medidas y planes de igualdad.

- Obligación de tener en cuenta las particularidades del trabajo a distancia, especialmente del teletrabajo, en la configuración y aplicación de medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral.

- En la elaboración de medidas para la protección de las víctimas de violencia de género, obligación de tener especialmente en cuenta las posibles consecuencias y particularidades de esta forma de prestación de servicios en aras a la protección y garantía de derechos sociolaborales de estas personas.

5. CONCLUSIONES FINALES

1.º- El RDL 28/2020, con aspectos criticables y siempre mejorables, representa, sin lugar a dudas, poder contar con una norma que garantiza los derechos y las condiciones laborales de las personas teletrabajadoras. Aun tratándose de una norma importante y necesaria en el ámbito de nuestras relaciones laborales digitalizadas, no podemos obviar los problemas y ambigüedades que plantea todavía esta nueva normativa de teletrabajo, consecuencia, fundamentalmente, de la imprecisa regulación legal cuyo desarrollo se deja en manos de una negociación colectiva algo tímida e inmadura en materia de salud en el trabajo (salvo honrosas excepciones). Por ello, será necesario que se dote, en determinados extremos, de una regulación legal más precisa a ciertas condiciones de esta prestación laboral y sobre todo en materia de seguridad y salud, tal y como terminamos de valorar.

2.º- Precisamos de manera urgente de una auténtica cultura o "educación digital" dirigida a fomentar un uso adecuado de las relaciones personales y profesionales en redes –mayor formacion, concienciación y sensibilización– sobre los riesgos realmente existentes en el entorno del trabajo digital.

La enorme incidencia y utilización de las tecnologias debe llevarnos a plantearnos una profunda reflexión sobre las nuevas formas de relacionarnos, social y profesionalmente. Falta un mayor esfuerzo educativo en el usuario, los gobiernos y las empresas. Estamos haciendo una cesión incontrolada e inconsciente de nuestra esfera íntima y personal en el trabajo, lo público y lo privado se entremezclan, se confunden, por lo que la línea divisoria que los separa es cada vez más difusa.

Debemos apostar porque los ciudadanos-trabajadores digitales podamos convivir en paz y seamos quienes de manera consciente controlemos estos dispositivos tecnológicos, en el sentido que el sistema nunca se ponga por delante de las personas.

3.º- Que debe fomentarse en las organizaciones productivas politicas de uso adecuado y productivamente razonables de las TIC (bien a través de los propios convenios, acuerdos protocolos, guías, buenas prácticas, instrucciones...).

La prevención, la gestión preventiva integral, tiene que ser el mecanismo o instrumento necesario para hacer frente a un uso inadecuado y perjudicial de las TIC, que –a veces sin casi darnos cuenta– genera prolongaciones inadmisibles de la jornada de trabajo, la fatiga informà-

tica, invasiones en la vida privada, acosos digitales, adicciones y, en consecuencia, garantizar un ambiente de trabajo sano y seguro que revertirá indiscutiblemente en una mayor productividad.

Y nos debemos hacer una sencilla reflexión: si el personal directivo de entidades como Google, Twitter, Facebook, están apagando sus dispositivos móviles y desconectándolos de la red –tanto para su protección personal pero sobre todo familiar– debemos preguntarnos si alguna razón nociva de peso habrá detras de ello.

En definitiva, en esta Revolución Industrial 4.0 o de conexión 5G debemos estar convencidos que hay que encauzar el uso de la tecnologia en favor del trabajo decente y la dignidad de la persona.

LA HIBERNACIÓN DE LAS RESPONSABILIDADES DE LOS ADMINISTRADORES DURANTE EL ESTADO DE ALARMA Y POSTALARMA Y SU PROYECCIÓN EN LA DERIVACIÓN DE DEUDAS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL

THE HIBERNATION OF THE RESPONSIBILITIES OF THE ADMINISTRATORS DURING THE ALARM AND POSTALARM STATUS AND THEIR PROJECTION IN THE DERIVATION OF LABOR AND SOCIAL SECURITY DEBTS*

Amparo Esteve-Segarra**
Universidad de Valencia

SUMARIO: 1. Responsabilidades y medidas de protección de los administradores. –2. Vías más usuales para derivar responsabilidades a los administradores por deudas laborales y de Seguridad Social; 2.1. La acción por deudas sociales posteriores a una causa de disolución; 2.2. La responsabilidad por la existencia de un concurso culpable. –3. La congelación parcial de las responsabilidades de los administradores durante la pandemia; 3.1. La no obligación de solicitar el concurso; 3.2. La no obligación de convocar la junta general durante el estado de alarma; 3.3. La responsabilidad por deudas contraídas durante el estado de alarma y la suspensión temporal de la causa de disolución por pérdidas. –4. Conclusiones.

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es analizar las posibles responsabilidades por créditos laborales y de seguridad social que pueden reclamarse a administradores y directivos como consecuencia de la crisis económica del coronavirus. Se traza el estado de esta cuestión tras las previsiones establecidas para empresas en situación de insolvencia, en particular a partir de la no obligación de declararse en concurso, convocar la junta general cuando exista causa de disolución o la suspensión temporal de la obligación de disolución de pérdidas.

ABSTRACT

The objective of this work is to analyze the possible responsibilities for labor and social security credits that can be claimed from administrators and executives as a result of the economic crisis of the coronavirus. The status of this issue is traced after the provisions established for companies in insolvency, in particular from the non-obligation to file for bankruptcy, to convene the general meeting when there is cause for dissolution or the temporary suspension of the loss dissolution obligation.

Palabras clave: Responsabilidad, Administradores y Directivos, deudas laborales y de seguridad social, crisis del coronavirus, concurso de acreedores.

Key words: Liability, Directors and officers, labor and social security debts, coronavirus crisis, bankruptcy.

*Recibido el 16 de diciembre de 2020. Aceptado el 11 de enero de 2021.
El artículo recoge la participación en la mesa del debate del Coloquio de Otoño del 2020 de la AEDTSS organizado por ésta y por la Universidad Jaume I de Castellón.
** Profesora Titular de Universidad. Magistrada Suplente TSJ de la Comunidad Valenciana.

1. RESPONSABILIDADES Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

Desde la declaración en España del primer estado alarma por la pandemia decretado el 14 de marzo de 2020 se han aprobado una serie de normas con la finalidad de tratar de evitar una destrucción sin precedentes del tejido productivo y proteger el patrimonio de los administradores societarios. Estas normas han alterado las reglas generales contenidas en normas mercantiles ante situaciones de insolvencia empresarial. Tanto el Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, en adelante TRLC), como en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC) se ha tendido a proteger el interés de los acreedores y del mercado, estableciendo medidas de gestión leal de los administradores y, en caso de incumplimiento, con posible afectación de su patrimonio empresarial. Se trataría esencialmente de instar temporáneamente el concurso, o la disolución, buscando hacer desaparecer por los cauces legales a las empresas insolventes, para no llamar a engaño a terceros de buena fe. Sin embargo, desde el 2020 la acciones para responsabilizar a los administradores se habrían rebajado por la vía de desactivar alguno de los presupuestos que permitiría utilizarlas.

En otros países europeos también se han introducido medidas similares, con la misma lógica de dar flexibilidad a las sociedades y sus administradores en las difíciles circunstancias de la crisis económica provocada por el COVID-19[1]. En España, los concursos instados por un deudor podrían solicitarse, si bien, no existía la obligación de presentarlos, pero se ha impedido a los acreedores presentar concursos necesarios. La moratoria en la obligación de solicitar un concurso habría provocado un efecto curioso, al que los medios de comunicación denominarían como el espejismo en los concursos, al solicitarse un 15% menos que en el año 2019. Ello implica que las medidas de contención o congelación de los concursos han resultado exitosas, al menos desde la perspectiva estadística. Pero al mismo tiempo, la otra cara de la moneda es que se puede producir una descongelación violenta de todos los concursos no solicitados durante el primer año de la pandemia, que simplemente retrase el hundimiento de un buen número de empresas. Y es que el análisis de los procedimientos concursales evidencia que, pese a todos los intentos del legislador, suelen acabar en la liquidación de las sociedades.

Otro elemento que hace interesante analizar el clásico tema de la responsabilidad de los administradores societarios es que las medidas para protegerlos, pueden tener un efecto *boomerang.* Partamos de un ejemplo de una empresa prototípica en nuestro país, que sería seguramente, una sociedad de responsabilidad limitada. Esta ha sido la forma jurídica más habitual a la que han recurrido muchos empresarios autónomos para no tener que responder de las deudas que contraiga la empresa con su patrimonio personal y generalmente con el capital mínimo de 3.000 euros. Si la sociedad ha recibido ayudas durante el COVID, por ejemplo, préstamos del Instituto de Crédito Oficial, ayudas a las cotizaciones sociales por expedientes de regulación temporal de empleo (en adelante, ERTE), etc., una tentación ante una situación de viabilidad amenazada es la de cerrar. Cualquier administrador sabe que ello es mucho más difícil que crear una empresa, por lo que muchos puedan sentir la tentación de dar un persianazo y desaparecer. Ello dejaría en tierra de nadie a la Tesorería General de Seguridad Social, al Instituto de Crédito Oficial, a los bancos que hayan tramitado estos préstamos y a los trabajadores, que, aunque podrían acudir al FOGASA, no cobrarían toda su deuda. Tradicionalmente el freno para evitar estos cierres fácticos ha sido que cuando un administrador actuaba de esta forma, cabía la posibilidad de derivarle responsabilidades societarias por incumplimiento de sus deberes de gestión leal.

---

[1] Un elenco de estas medidas puede verse en GURREA-MARTÍNEZ, A., *Insolvency Law in Times of Covid.* Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, 2020. Recuperable en:
file:///C:/Users/USER/Downloads/SSRN-id3562685.pdf

Sin embargo, precisamente durante la pandemia, estos frenos se han levantado parcialmente para intentar aliviar la preocupación de muchos administradores por su propio patrimonio personal en una situación de viabilidad empresarial amenazada y motivada por causas exógenas y extraordinarias. Si bien ello es perfectamente razonable, introduce un elemento de preocupación desde la perspectiva de la recuperación de créditos laborales y ayudas públicas, en particular de Seguridad Social.

El presente artículo pretende analizar las medidas de hibernación de la responsabilidad de los administradores societarios. En otros trabajos me he ocupado de estas medidas decretadas hasta el verano de 2020[2], pero cabe tener en cuenta que en la legislación aluvional propia de un estado de incertidumbre, se ha ido aprobando en meses sucesivos ha alterado alguna de las normas e introducido nuevos instrumentos y, en este caso, pretendo reflexionar sobre las consecuencias de los escudos para proteger a los administradores respecto a las deudas laborales y de Seguridad Social. En su ordenación sistemática, el artículo traza brevemente las vías más usuales desde la perspectiva de una iuslaboralista para derivar responsabilidades a los administradores societarios. A continuación, se analizan los escudos introducidos en la legislación mercantil y concursal hasta diciembre de 2020 para favorecer la continuidad de las empresas. Finalmente, se realizan algunas breves reflexiones sobre el panorama resultante.

2. VÍAS MÁS USUALES PARA DERIVAR RESPONSABILIDADES A LOS ADMINISTRADORES POR DEUDAS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL

El cargo de administrador societario conlleva determinados deberes, regulados, l en el art. 236 de la LSC. El incumplimiento de estos deberes y la consiguiente responsabilidad de los administradores puede derivarse de distintas acciones de que disponen los socios y acreedores, pero las más importantes desde la perspectiva de las deudas laborales y de seguridad social, son la acción de responsabilidad por deudas sociales en caso no promover la disolución o concurso (art. 367 LSC) y la posible extensión de responsabilidad en caso de declaración de concurso culpable.

2.1. La acción por deudas sociales posteriores a una causa de disolución

La acción prevista en el artículo 367 LSC puede ser utilizada por cualquier acreedor y, de hecho, frecuentemente es manejada por la Tesorería General de la Seguridad Social y la Inspección de Trabajo, en el correspondiente procedimiento recaudatorio o de liquidación de cuotas de Seguridad Social posteriores al acaecimiento de la causa de disolución[3]. Los procedimientos de derivación de responsabilidades se prevén en los arts. 34 y 35 LGSS-2015 y permiten identificar al sujeto responsable y exigirle el pago bien mediante la reclamación de deuda, bien mediante un acta de liquidación cuando concurran las causas de responsabilidad previstas en la ley, sin necesidad de acudir a la jurisdicción civil[4]. Se basan en que la Administración al defender intereses generales necesita como elemento imprescindible para una gestión eficaz, la ejecutividad inmediata de sus actos.

---

[2] ESTEVE SEGARRA, A., "Responsabilidad de los administradores y directivos de las empresas por deudas laborales y de seguridad social por la crisis económica del coronavirus", *Revista de Derecho Social,* n.º 90, 2020, pp. 71-90.

[3] *Vid.* MERCADER UGINA, J. R. y SUÁREZ CORUJO, B., "La responsabilidad laboral y de Seguridad Social de los Administradores", en AA.VV. (Dir. E. Rojo y E. Beltrán), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 486 y ss., quien cita en apoyo la respuesta a la consulta de la TGSS al exp. 1605/2006.

[4] Entre las monografías de la doctrina laboralistas en la materia, *vid.* DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E., *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores: calificación y concurrencia de relaciones profesionales, responsabilidad laboral y encuadramiento de Seguridad Social.* Lex Nova, Valladolid, 2000. GALA DURÁN, C., *La responsabilidad laboral y de seguridad social de los administradores de las sociedades,* Bosch, Barcelona, 2007. MERCADER UGINA, J. R. y SUÁREZ CORUJO, B., "La responsabilidad laboral y de

Interesa detenerse un momento en esta responsabilidad por la acción del art. 367 TRLSCP que depende exclusivamente de la existencia de una causa legal de disolución en los supuestos legalmente previstos. En este sentido, se la ha descrito como una responsabilidad "objetiva o cuasi objetiva"[5] o, con una descripción más eufemística, de un carácter marcadamente objetivo[6], por el simple incumplimiento de determinadas obligaciones legales, las de convocar la junta general o la de disolver judicialmente la sociedad. Con esta calificación, se trata de diferenciarla claramente de la acción individual que sí que va a exigir una acreditación de la negligencia en la acción u omisión del administrador, del daño ocasionado a los acreedores reclamantes y de la relación de causalidad. Sin embargo, el carácter cuasi objetivo de la responsabilidad prevista en el art. 367 LSC sólo puede predicarse cuando se confronta con la acción individual, no en otros aspectos[7].

Por otra parte, no conviene pasar por alto otros atributos de esta responsabilidad de los administradores. Por ejemplo, el de que, pese a que las deudas son deudas de la sociedad, los administradores son garantes directos de éstas en régimen de solidaridad (de los administradores entre sí y con la sociedad). No se trata de una responsabilidad subsidiaria, para el caso de insuficiencia o insolvencia de la sociedad, sino de una corresponsabilidad de los administradores y éstos responden con todo su patrimonio, con la salvedad de lo dispuesto en los arts. 605 y 606 LEC.

Seguridad Social de los Administradores", en AA.VV. (Dir. E. Rojo y E. Beltrán). *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 455-494.

[5] STS, Civil, 3 abril 1998, rec. cas. 176/1994.

[6] STS, Civil, 124/2010, 11 de marzo, rec. cas. 1435/2010.

[7] Este carácter objetivo, tendría matizaciones relacionadas con la razón de ser del precepto. Así, en la STS 3 octubre 2003 se había insistido en que *"esta responsabilidad sui generis… tiene su fundamento o ratio en que con su conducta omisiva los administradores han inducido a error a un determinados tercero contratante con el ente social, que creyendo en una situación normal desde un punto de vista económico y financiero de la sociedad, ha realizado operaciones mercantiles con él, llevándose con el transcurso del tiempo una desagradable sorpresa que afecta gravemente a su posición patrimonial por mor de dicha contratación". Posteriores sentencias estiraron del hilo argumental, señalando: "Este sistema de responsabilidad, que deriva de los arts. 262.5 TRLSA y 105 LSR considerado extremado por algún sector de la doctrina, no exige relación causal con el resultado producido ni concurrencia de culpa en el administrador responsable, en el sentido de falta de previsión del daño, ya que éste no se precisa. Sin embargo, la doctrina defiende la posibilidad de aplicar a esta responsabilidad la cláusula de exoneración del art. 133 TRLSA, adaptado a las características del supuesto, aproximándolo de este modo a la aplicación de las reglas generales de imputabilidad y, en idéntico sentido, esta Sala también tiene declarado que el fundamento de la responsabilidad del administrador o administradores –que respecto de las sociedades de responsabilidad limitada se consagra en el apartado 5 del art. 105 LSRL– no concurre en el caso de que el acreedor, en el momento de concertar la deuda, conoce la situación económicamente precaria o en bancarrota de la sociedad ".* En aplicación de esta idea, se habría admitido una causa de exoneración, cuando el acreedor en el momento de concertar la deuda conoce la condición económica precaria de la sociedad (STS, Civil, 15 febrero 2006). En igual sentido, la STS 6 abril 2006, insiste en que: «Es cierto que ha venido dándose una lectura del precepto del artículo 262.5 LSA en clave de "responsabilidad cuasi objetiva" (Sentencias de 20 de diciembre de 2000 , de 20 de julio de 2001, de 25 de abril de 2002, entre otras) o incluso objetiva (Sentencia de 14 de noviembre de 2002), o se ha dicho que no se trata exactamente de la reparación de un daño, ni hay que establecer la relación de causalidad entre comportamiento y daño (Sentencias de 20 y 23 de febrero de 2004), pero no es menos cierto que gran número de sentencias han tratado de modular o de templar la responsabilidad de los administradores acudiendo a diversos expedientes, tales como la valoración de la buena fe en el ejercicio de la acción o el conocimiento de la situación (sociedad incursa en causa de disolución) por parte del reclamante en el momento de la operación que da lugar al crédito (Sentencias de 1 de marzo y 20 de julio de 2001, de 12 de febrero y 16 de octubre de 2003, de 16 de febrero de 2006), pues, aunque la responsabilidad ex artículo 262.5 LSA no requiere una negligencia distinta de la que contemplan los propios preceptos que la establecen (Sentencia de 26 de marzo de 2004), se ha de dar un interés digno de protección que justifique la acción y su consecuencia respecto de la responsabilidad, lo que equivale a exigir un daño en sentido amplio, que en este caso sería el impago del crédito, consecuencia de la insolvencia de la sociedad, y una conexión con la actuación (o la omisión) de los administradores».

2.2. La responsabilidad por la existencia de un concurso culpable

El administrador o algunos administradores, liquidadores, de derecho o de hecho o apoderados generales de una persona jurídica concursada, es decir, directores generales, incluidos las personas que hubieran tenido cualquiera de estas condiciones en los dos años anteriores a la declaración de concurso, pueden quedar condenados a cubrir total o parcialmente el déficit concursal conforme al art. 456 del Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC). La responsabilidad de estos administradores respecto de la cobertura del déficit estará en función de su participación en determinadas conductas como pagos injustificados y retraso en la solicitud de concurso. A estos efectos, la condena prevista en el ordenamiento concursal no nace simplemente de la mera calificación de un concurso culpable, sino de determinadas conductas que contribuyan a minorar el activo y agravar la situación de insolvencia, y a provocar la insatisfacción total o parcial de los créditos.

3. LA CONGELACIÓN PARCIAL DE LAS RESPONSABILIDADES DE LOS ADMINISTRADORES DURANTE LA PANDEMIA

Es importante destacar que, durante el 2020 se ha aprobado una batería de medidas que pueden incidir en las responsabilidades de los administradores societarios. Tres son las características comunes de estas medidas.

Primero, el objetivo es la protección de los administradores, pero no son un escudo absoluto, es decir, directamente el legislador no ha optado por excluir la responsabilidad de los administradores.

Segundo, las medidas se han establecido dentro de una legislación aluvional propia de este estado constitucional con método que se aproxima al del ensayo y error, es decir, con constantes rectificaciones, matizaciones o mejoras respecto a las previsiones normativas aprobadas poco tiempo antes.

Tercero, las medidas de salvaguarda de la responsabilidad de los administradores parecen razonables pues tradicionalmente los supuestos de responsabilidad de los administradores y directivos se vinculaban a un supuesto de fracaso en la gestión del negocio, pero ahora las causas son externas, vinculadas a la difícil situación económica de la pandemia. Por consiguiente, las acciones contra los administradores por un comportamiento contrario a los deberes de gestión, lo que en la legislación anglosajona se conocería como *wrongful trading,* deberían ser objeto de relajación.

Otra medida que cabe enunciar está relacionada con la protección del entorno del administrador. En la Ley 3/2020, se prevé la calificación como ordinarios de los créditos de las personas especialmente vinculadas con el deudor, en los concursos que pudieran declararse en el plazo de dos años a la primera declaración del estado de alarma (art. 7 Ley 3/2020). Y es que muchos deudores habrían recurrido a créditos de cónyuge o pareja, ascendientes o descendientes o empresarios del mismo grupo. En el TRLC en el art. 281 LC, eran originariamente créditos subordinados, que eran los que menos preferencia tenían para cobrar. Tras la modificación, quedarían amparadas como créditos ordinarios, al mismo nivel que los créditos de proveedores, tarjetas, créditos personales. Dicha medida que buscaría también facilitar la financiación de las sociedades junto con otras[8], tampoco sería exclusiva de nuestro país, sino que se habría adoptado en legislaciones comparadas, como la italiana[9].

[8] Para facilitar el acceso de las empresas a financiación o liquidez, con la Ley 3/2020, se estableció que los créditos derivados de compromisos de financiación o prestación de garantías a cargo de terceros se califican como créditos contra la masa.

[9] En este sentido, GURREA MARTÍNEZ, A. (b).

3.1. La no obligación de solicitar el concurso

En nuestro país, al igual que en otros países de la Europa continental, ha existido un deber del deudor de solicitar el concurso. Pues bien, una línea de defensa para los administradores durante la pandemia ha suspendido la obligación que tienen los administradores de las empresas insolventes de solicitar su concurso o iniciar una negociación para llegar a un acuerdo con sus acreedores. Inicialmente, el art. 43 del RD-L 8/2020, de 17 de marzo, interrumpió el plazo para que un deudor en estado de insolvencia debiera solicitar un concurso, ante la previsible insolvencia de la empresa. Además, tampoco los acreedores podrían actuar contra las compañías deudoras. La medida de suspensión del inicio del procedimiento concursal fue adoptada por otras legislaciones comparadas, siguiendo las recomendaciones de expertos en insolvencias empresariales, para evitar que una empresa que, en ausencia de la pandemia, fuera solvente se viera abocada a declararse en concurso y con la finalidad de reducir la cantidad de concursos provocados por el COVID-19, lo que también podría ayudar a evitar un colapso del sistema judicial[10]. Sin embargo, la moratoria fue alargada inicialmente por el RD-Ley 16/2020, de 28 de abril, en concreto en el art. 11, hasta final de año.

La Ley 3/2020, de 18 de septiembre, en su disposición derogatoria única derogó la Ley 16/2020 y en su art. 6 reguló, de forma similar la no obligación de solicitar el concurso recogiendo el contenido antes establecido en el art. 11 del RDL 16/2020. Sin embargo, el precepto fue rápidamente modificado por el RD-L 34/2020, de 17 de diciembre, por estimarse que se había quedado nuevamente corto el plazo, de modo que, conforme a la redacción vigente al cierre de este artículo, la obligación de solicitar la declaración de concurso si la sociedad está en estado de insolvencia se suspende hasta el 14-3-2021. Igualmente se prevé que los juzgados no tramitarán las solicitudes de concurso necesario. En cristiano, eso significa que los acreedores no las podrán pedir. En muchos foros mercantilistas, ello se criticó sobre la base de considerar que, aunque se había alargado el plazo, se decía que, en realidad, dicha ayuda a las empresas era una medida para evitar el colapso de los juzgados de lo mercantil. Además, se decía que la moratoria podía ser de ayuda para empresas saneadas a las que les podía dar un respiro, pero que no impedía a los acreedores reclamar contra el patrimonio de la empresa. Por lo que, en compañías insolventes, se recomendaba a los administradores no agravar el estado de insolvencia y plantear un concurso o un preconcurso.

En este último sentido, se introdujo la previsión de que, si se solicitaba el preconcurso regulado en el art. 583 del TRLC, antes de 31 de diciembre de 2020, en este caso, el deudor no tendría la obligación de solicitar el concurso hasta que transcurrieran 6 meses desde la comunicación. Esta medida daba unos meses más a las empresas y a los administradores para sanear las cuentas y evitar declaraciones de concurso, que estadísticamente suelen acabar en la liquidación de una empresa. El dar tiempo a las compañías para recuperarse económicamente mediante la evitación de un concurso permitiría sortear los costes económicos y de reputación empresarial vinculados al estigma de que la empresa hubiera entrado en esta situación. Se trataría también de una medida que protegería a los administradores frente a eventuales reclamaciones ulteriores, pues este período de gracia impide la aplicación de la regla general conforme a la cual la conducta de los administradores de no actuar en plazo podría conllevar que el concurso se calificase como culpable, con el consiguiente riesgo para el administrador, que podría tener que responder solidariamente con su patrimonio de las deudas de la sociedad que se hubieran generado o agravado por esta causa.

3.2. La no obligación de convocar la junta general durante el estado de alarma

Entre las obligaciones de los administradores cuando una sociedad está incursa en una de las causas de disolución previstas en el artículo 363.1 LSC está la de convocar la junta general

[10] En este sentido, GURREA MARTÍNEZ, A. (2020,b) expone que entre los países que adoptarían una medida similar se encontrarían Alemania, República Checa, Luxemburgo, Portugal y Francia.

en el plazo de dos meses para que se adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, se inste el concurso. Si los administradores incumplen esta obligación de disolver la sociedad pueden ver afectado gravemente su patrimonio personal. No en balde, el artículo 367.1 LSC establece que "responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución". El fundamento de esta responsabilidad personal de los administradores es la existencia de una causa legal de disolución no atendida, y que, como consecuencia de ello, se genere una obligación o deuda para la sociedad posterior a la existencia de dicha causa de disolución. Es decir, se asienta en el orden público societario o económico, que establecería esta responsabilidad para atender al objetivo de eliminar del tráfico aquellas sociedades en las que concurre causa legal de disolución con el fin de garantizar la seguridad del mercado y los intereses de accionistas o terceros acreedores. Se trataría de evitar que los administradores induzcan a error a terceros contratantes con el ente social, que pudieran creer que la sociedad se encuentra en una situación normal desde el punto de vista económico y ésta vaya contrayendo obligaciones creando una situación de riesgo frente otros acreedores.

Sin embargo, con la pandemia se ha introducido un segundo escudo para evitar la responsabilidad de los administradores. La previsión apareció durante el primer estado de alarma y, concretamente, se contiene en el artículo 40.11 del RD-L 8/2020, que suspende, hasta que finalice el estado de alarma, el plazo legal de dos meses para que los administradores convoquen junta general en caso de que concurriera causa legal o estatutaria de disolución. Dicha medida parecía del todo lógica, por la imposibilidad de los administradores sociales durante el primer estado de alarma, caracterizado por el confinamiento de la población, tanto para celebrar juntas generales, como para preparar e instar procedimientos judiciales de disolución o concurso de acreedores. Ahora bien, debe llamarse la atención sobre que el plazo no era coincidente con el de la suspensión de la obligación de presentar el concurso.

Un problema interpretativo deriva de si ha renacido este artículo con el nuevo estado de alarma general declarado por el RD 926/2020, de 25 de octubre, o se refiere al primer estado de alarma declarado en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. El gobierno debería aclarar si este artículo continúa vigente o no, porque hay dos posibilidades hermenéuticas.

La primera es considerarlo en vigor, y, por tanto, ello implicaría una hibernación de la responsabilidad de los administradores por la vía del art 367 TRLSC. Un argumento a favor de su vigencia continuada es que el art. 40.11 del RDL 8/2020 no ha sido derogado.

La segunda interpretación es entender que el tenor literal del art. 40.11 del RD-L 8/2020 se referiría al primer estado de alarma que finalizó el 21 de junio de 2020. Ello impondría a los administradores la obligación de hacer desaparecer empresas, por el riesgo de mantener empresas zombis en el mercado. Y es que utilizando una metáfora distópica, las empresas zombis o que deberían estar disueltas suelen atacar patrimonialmente a las sanas (por ejemplo, con impagos a proveedores) y extienden el veneno de la crisis. Esta segunda postura se apoyaría en la lógica de que no se puede mantener la hibernación de la obligación de disolución de empresas que deberían desaparecer por un tiempo prolongado.

En todo caso, la falta de un criterio claro puede frustrar judicialmente una acción para extender responsabilidades a un administrador por la vía más utilizada para la reclamación de deudas laborales y de Seguridad Social, la del art. 367 LSC. Los tribunales clásicamente han aplicado estrictamente esta responsabilidad que toca la clave de la bóveda de nuestro sistema económico, pues se llega a privar del privilegio de la limitación de la responsabilidad propia de las sociedades de capital. De ahí que se exija que se produzcan todos y cada uno de los requerimientos para que pueda derivarse esta responsabilidad personal, entre ellos, la existencia de alguna de causa de disolución prevista legalmente en el artículo 363, el transcurso del plazo de dos meses sin convocar a los socios o que, constituidos en junta, no se adoptara el acuerdo de disolución ni se instara el concurso.

La existencia de dudas sobre el presupuesto enumerado en segundo lugar motivará que seguramente los tribunales vayan a ser cautelosos para admitir una derivación de responsabilidades a un administrador, máxime cuando otras medidas aprobadas por el legislador apuntalarían la hibernación de responsabilidades de los administradores, como las expuestas a continuación.

3.3. La responsabilidad por deudas contraídas durante el estado de alarma y la suspensión temporal de la causa de disolución por pérdidas

Durante el estado de alarma han existido propuestas ambiciosas para excluir que los administradores puedan ser directamente declarados responsables de sus actuaciones para salvar la empresa en esta situación excepcional. Sin embargo, pese a que esta medida no ha sido tomada por el legislador español, sí se adoptaría un tercer escudo muy relevante. Se trata de la exoneración de causa de responsabilidad prevista inicialmente en el apartado 12 del art. 40 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo. Dicho precepto establece que: *«Si la causa legal o estatutaria de disolución hubiera acaecido durante la vigencia del estado de alarma, los administradores no responderán de las deudas sociales* ***contraídas en ese periodo****»*. Ello implicaba que, para las deudas sociales surgidas a partir del 14 de marzo de 2020 hasta el cese del primer estado de alarma por la pandemia, los administradores no responderían solidariamente de las deudas por la vía del art. 367 LSC. Sin embargo, en determinados foros mercantilistas se había criticado que dicho precepto no era suficiente, pues no era un mecanismo de protección fuera del estado de alarma, al liberar únicamente administrador de las deudas sociales correspondientes a este periodo, pero no de las posteriores, y ello pese a que las mismas serían una consecuencia o secuela de la situación de crisis causada por la pandemia. Por ello, no pocos despachos mercantiles publicaban en sus blogs que ante la frecuente cuestión de cómo actuar ante un estado de insolvencia inminente o de pérdidas que redujeran el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social era pedir el concurso o proponer a la junta de socios la disolución para evitar incurrir en responsabilidades.

Por esta razón, el art. 18 del RD-L 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, estableció la suspensión legal de la causa legal de disolución por pérdidas –prevista en el art. 363.1.e) LSC– hasta el 2022. Esta norma según expresa el preámbulo del mencionado Real Decreto ley iba dirigida a que las empresas pudiesen "ganar tiempo para poder reestructurar su deuda, conseguir liquidez y compensar pérdidas, ya sea por la recuperación de su actividad ordinaria o por el acceso al crédito o a las ayudas públicas". La norma tenía dos partes, por una parte, no se tendrían en cuenta las pérdidas del ejercicio 2020 a efectos de la causa legal de disolución por pérdidas que hayan reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social. Para el 2021, se establece que «Si en el resultado del ejercicio 2021 se apreciaran pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, deberá convocarse por los administradores o podrá solicitarse por cualquier socio en el plazo de dos meses a contar desde el cierre del ejercicio conforme al artículo 365 de la citada Ley, la celebración de Junta para proceder a la disolución de la sociedad, a no ser que se aumente o reduzca el capital en la medida suficiente».

La norma se derogó, pero la previsión se mantiene en el art. 13 de la Ley 3/2020, de 8 de septiembre, que vino a recoger el contenido del RD-L 16/2020, con alguna modificación. Por ejemplo, se añadió "sin perjuicio de solicitar la declaración de concurso de acuerdo con lo establecido en la presente ley". El objetivo de la norma era mantener la suspensión temporal de la obligación de los socios de hacer desaparecer sociedades si no disponían de activos suficientes para recapitalizarlas.

En todo caso, la norma de suspender hasta principios del 2022 la regla de "recapitalizar o disolver las sociedades" cuando en una sociedad se habría reducido el patrimonio neto a la mitad del capital social, habría suscitado críticas por entenderla demasiado tibia para proteger a los administradores. Así se señala: «la suspensión de esta regla resulta todavía más necesaria en España, ya que, a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, los admi-

nistradores de las sociedades españolas pueden responder de manera personal y solidaria por todas las deudas contraídas por la sociedad desde la concurrencia de la causa legal de disolución y la pasividad de los administradores para promover, en el plazo de dos meses, la disolución, el restablecimiento del equilibrio patrimonial o, si procediere, el concurso»[11].

4. CONCLUSIONES

Durante el 2020 se ha tratado de construir un muro de contención para proteger a las empresas, relajando medidas de derecho societario y concursal. No en balde, los administradores y administradoras de muchas sociedades tienen aún frescas las consecuencias de la crisis económica del 2008, donde muchas empresas siguieron una estrategia de endeudamiento con intereses cada vez más caros, que resultó no sólo en la desaparición de muchas empresas, que se vieron abocadas a cerrar, sino también en derivación de responsabilidad de administradores si no habían procedido a solicitar el concurso para posibilitar una liquidación ordenada de la empresa. Se produjo en los años posteriores una gran litigiosidad consecuencia lógica de que, para muchos acreedores, la única vía para intentar recuperar sus créditos, fue la de dirigir las reclamaciones, entre ellas por deudas laborales y de seguridad social, contra el patrimonio personal de los administradores.

Sin embargo, las medidas en materia concursal y societaria aprobadas desde el estallido de la pandemia han ido en un sentido contrario, tratando de proteger a los administradores de las acciones de derivación de responsabilidad. Las normas más importantes aprobadas son las de moratoria de la obligación de solicitar un concurso voluntario, la suspensión temporal de los concursos necesarios, la congelación temporal de la obligación de convocar juntas generales para disolver una sociedad y la relajación de la regla de "recapitalización o disolución". Todas ellas van en la línea de proteger a los administradores. Ello puede ser perfectamente razonable, con la finalidad de ayudar a la difícil situación de las sociedades y de sus administradores; pero como ocurre siempre, estas medidas pueden provocar efectos colaterales. Muchos acreedores públicos (ICO, TGSS, FOGASA) y privados, entre ellos los trabajadores, pueden quedarse sin cobrar e incumplirse el objetivo primario de las medidas de contención para garantizar la viabilidad de las empresas, de no destruir tejido productivo y mantener el empleo. Por si ello no fuera suficiente, el Banco de España ha advertido que puede producirse una tormenta perfecta, con una crisis que primero fue sanitaria, después económica y por último, financiera[12]. Y desde la crisis financiera global de 2008 sabemos lo duras que son éstas y sus efectos devastadores en las cifras de paro y en las cuentas de seguridad social, en particular en nuestro país con un mercado de trabajo asentado en la contratación temporal, donde la jubilación anticipada ha sido un remedio para trabajadores mayores en desempleo, y donde los mecanismos de inserción de los parados son muy mejorables.

[11] GURREA-MARTÍNEZ, A. (b).

[12] *Vid.* Informe del Banco de España sobre el año 2019, presentado en junio de 2020, pp. 236 y ss. Recuperable en: file:///C:/Users/USER/Downloads/InfAnual_2019.pdf

IMPLICACIONES DEL COVID-19 EN LA ACCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL POR CONFINAMIENTO, RESTRICCIÓN EN LOS DESPLAZAMIENTOS Y CONTAGIO. ¿CONTINGENCIA COMÚN O PROFESIONAL?

IMPLICATIONS OF COVID-19 IN THE PROCTIVE ACTION OF SOCIAL SECURITY DUE TO CONFINEMENT, RESTRICTION IN DISPLACEMENT AND CONTAGION. COMMON OR PROFESIONAL CONTINGENCY?*

Guillermo Rodríguez Iniesta**
Universidad de Murcia

SUMARIO: 1. Introducción. –2. La especial relevancia en nuestro Sistema de Seguridad Social de la causa que actualiza el riesgo social protegido. –3. La normativa COVID-19 relacionada con la determinación de la contingencia; 3.1. Fase inicial: del 26 de febrero al 11 de marzo de 2020; 3.2. Fase de reconocimiento legal expreso por asimilación limitada extraordinaria al riesgo de accidente de trabajo (a partir de 12 de marzo de 2020); 3.2.1. El artículo quinto del RD-ley 6/2020, de 10 de marzo. Asimilación para trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia; 3.2.2. El art. 11 del RD-ley 7/2020, de 12 de marzo. Asimilación para el personal encuadrado en los Regímenes Especiales de los Funcionarios Públicos[1]; 3.2.3. La ampliación de la protección por incapacidad temporal a las situaciones de confinamiento total; 3.2.4. Las sucesivas reformas del artículo quinto del RD-ley 6/2020; 3.2.5. La consideración singular del personal sanitario afectado por el COVID-19; 3.2.6. A modo de resumen; 3.3. Una valoración crítica de esta asimilación o cobertura singular. –4. Dos aspectos que considerar sobre la calificación del COVID-19 como accidente de trabajo; 4.1. El recargo en las prestaciones de la Seguridad Social; 4.2. Su posible consideración como enfermedad profesional.

RESUMEN

Las respuestas que se ha dado desde el sistema de Seguridad Social a la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 tiene indudables luces, pero también sombras. Su consideración limitada como riesgo profesional es objeto de un análisis crítico en este estudio.

ABSTRACT

The response that the Social Security system has given to the health crisis caused by COVID-19 has undoubted lights, but also shadows. Its limited consideration as a professional risk is the subject of critical analysis in this study.

Palabras clave: COVID-19, Seguridad Social, accidente de trabajo, enfermedad profesional.

Key words: COVID-19, Social Segurity, work accident, occupational disease.

*Recibido el 30 de diciembre de 2020. Aceptado el 11 de enero de 2021.

** Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

[1] Publicado en el BOE de 13 de marzo 2020 y entrada el mismo día.

1. INTRODUCCIÓN

Tras el Consejo de Ministros celebrado en fecha 28 de febrero de 2020, se facilitaba una nota de prensa en la que se noticiaba el informe presentado el Ministro de Sanidad de la situación del brote de coronavirus originado en China. La nota indicaba que en nuestro *"en nuestro país no se ha detectado ninguna persona afectada. Todos los casos analizados hasta el momento han sido descartados. El ministro ha insistido en que España está preparada para afrontar cualquier eventualidad"* y concluía que "… *a pesar de las restricciones chinas y que España no tiene vuelos de conexión directa con Wuhan, no se puede descartar que aparezca algún caso importado en España procedente de la zona de riesgo. Si esto ocurriera, según los expertos del Ministerio de Sanidad, la probabilidad de que se produjeran casos secundarios en nuestro país se estima baja"* [2]. Curiosamente, dos días antes, el 26 de febrero, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, adoptaba un criterio sobre como considerar las situaciones de incapacidad temporal derivadas de los períodos de aislamiento preventivo sufridos por los trabajadores como consecuencia del nuevo tipo de virus de la familia CORONAVIRIDAE, denominado SARS-COV-2. Unos días después, concretamente el 9 de marzo, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, del que forma parte el Ministerio de Sanidad, acordó un conjunto de medidas para zonas que se encontraban en situación de transmisión comunitaria significativa de coronavirus (Comunidad de Madrid, la ciudad de Vitoria y la localidad de Labastida), como la suspensión de la actividad docente presencial y actividades complementarias educativas y recomendaciones en el ámbito laboral (relativas a teletrabajo, reuniones por videoconferencias, etc.). Además, con referencia a todo el territorio nacional, se adoptaban otras medidas relativas a los mayores; evitación de viajes que no sean necesarios, recomendaciones a grupos de riesgo de que permanezcan en sus domicilios, etcétera. Al día siguiente, se aprobó el RD-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección social de la salud pública, de señalamiento especial para lo que aquí interesa será su artículo quinto *"Consideración excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo de los períodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19"* [3], precepto que sería luego objeto de sucesivas modificaciones[4]. Siendo luego completado por el art. 9 del RD-ley 19/2020, 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19 por el que se considerara como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo las enfermedades padecidas por el personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV2 durante el estado de alarma.

El objeto de este estudio es, partiendo de la relevancia que tiene en nuestro sistema de Seguridad Social el que se impute a contingencia profesional o común la actualización de un determinado riesgo social, analizar y valorar las implicaciones que ha tenido, tiene y tendrán el art. quinto del RD-ley 6/2020 y art. 9 del RD-ley 19/2020[5].

---

[2] El parte del Consejo de Ministros se puede consultar en www.lamoncloa.gob.es (consultado en 27 de noviembre de 2020).

[3] Rúbrica inicial. En la actualidad su rúbrica es *"Consideración excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo de los períodos de aislamiento, contagio o restricción en las salidas del domicilio donde tengan el domicilio o su centro de trabajo las personas de las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19".*

[4] Por Reales Decretos Leyes: 13/2020, de 7 de abril; 27/2020, de 4 de agosto; y 28/2020, de 22 septiembre.

[5] Véase MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "La protección social en la emergencia. Entre el ensayo, precipitación y búsqueda de soluciones en tiempos de incertidumbre (A propósito de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 y las medidas legales)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social,* 21 trimestre 2020, n.º 23, pp. 11-54.

2. LA ESPECIAL RELEVANCIA EN NUESTRO SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL DE LA CAUSA QUE ACTUALIZA EL RIESGO SOCIAL PROTEGIDO

En la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, Bases de la Seguridad Social (LBSS), en su apartado I de "Justificación y directrices de la Ley", podemos encontrar afirmaciones tales como que la Ley está presidida por ciertas directrices entre las que se encuentran la conjunta consideración de las situaciones o contingencias protegidas[6] y que la Ley *"superando la regresiva noción de riesgos singulares atendida la causa, delimita situaciones y contingencias susceptibles de protección para la consideración conjunta de las mismas en vista de sus efectos"*[7]. Por tanto, se esperaba que situaciones o contingencias definidas con carácter general se entiendan unívocamente, sin que circunstancias que concurran en la actualización del riesgo lleven consigo una protección social diferenciada. La realidad ha sido otra y la protección social que dispensa el sistema es distinta según la causa que provoque la actualización del riesgo. Y eso, sin ánimo de ser exhaustivo, lo podemos ver en lo siguiente:

A) Garantías y facilidades en el acceso a la protección

Dos son los requisitos generales de acceso a cualquier prestación del sistema el de estar afiliado y en alta o situación asimilada. Ante incumplimientos empresariales relativos actos instrumentales de afiliación y/o alta del trabajador cabe la posibilidad de poder quedar teóricamente desprotegido. Pues bien, en estos casos y a efectos de cualquier prestación que derive de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, el trabajador será considerado en situación de alta de pleno derecho a profesionales, art. 166.4 LGSS[8]. En general –salvo determinadas excepciones[9]– para las prestaciones contributivas de contenido económico del sistema es necesario tener cubierto un determinado período de cotización, que para las situaciones que provengan de accidente de trabajo y enfermedad profesional no es exigible, art. 165.4 LGSS[10].

Por otro lado, ante incumplimientos empresariales de sus obligaciones para con la Seguridad Social, los trabajadores tienen la garantía en su percepción en virtud del principio de automaticidad en las prestaciones, art. 167 LGSS[11] y arts. 94 a 96 Ley de Seguridad Social de 1966[12].

B) Una protección diferenciada y privilegiada

Tanto cuantitativa como cualitativamente el contenido de la acción protectora de la Seguridad Social es más favorable cuando el riesgo protegido proviene de causas profesionales, a saber:

a) Las prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social vienen determinadas por una base reguladora a la que se aplica luego un porcentaje. Pues bien, ambos parámetros son mucho más beneficiosos cuando derivan de causas profesionales:

- Incapacidad temporal: la prestación se percibe desde el día siguiente a la baja, en su base reguladora computan lo cotizado por horas extraordinarias y el porcentaje a percibir desde su inicio es del 75%[13]. Por el contrario, si tal situación procede de contingencias comunes el sub-

[6] Punto 2 del apartado I de la LBSS.
[7] Punto 6 del apartado I de la LBSS.
[8] También para las prestaciones por desempleo.
[9] Por ejemplo, para las prestaciones por nacimiento y cuidado de menor cuando el progenitor sea menor de 21 años.
[10] Tampoco en los casos que provengan –encontrándose en situación de alta o asimilada– de accidente común.
[11] Véanse también los arts. 94 a 96 del texto articulado de Ley de Seguridad Social de 1966, De
[12] Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social. Ante la falta de desarrollo reglamentario de los preceptos de la LGSS relativos a la responsabilidad empresarial, el Tribunal Supremo viene considerando en vigor tales preceptos de conformidad con los prevista en la DT. 2.ª del D. 1645/1972, de 23 de junio.
[13] Véase art. 2.1 D. 3158/1966, de 23 diciembre, reglamento general que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones de derecho de las mismas (RGP); art. 13 D.1646/1972, de 23 de junio; y art. 2.2 Orden 13 octubre de 1967 (OIT).

sidio se inicia a partir del día cuarto, en la base reguladora no se integra lo cotizado por horas extras y el subsidio comienza con el porcentaje del 60% y solo se eleva al 75% en caso de alcanzar el día veintiuno de la baja[14]. Además, en las concatenaciones posibles de incapacidad temporal-desempleo-incapacidad temporal, la cuantía de la prestación en caso de que la incapacidad temporal tenga su origen en contingencias profesionales no se ve afectada por la extinción del contrato y además no afecta a la duración de la prestación subsiguiente de desempleo[15].

- Incapacidad permanente. Tanto en el grado de incapacidad parcial cuya prestación es una indemnización como en los grados pensionables, la determinación de la base reguladora es mucho más favorable que si procediera de riesgos comunes. En el grado de total se toma en consideración el subsidio de incapacidad temporal derivado de contingencias profesionales y en el caso de los grados de total, absoluta o gran invalidez el cálculo es sobre la "vieja" fórmula del capítulo V del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 1956, que viene a suponer en términos generales un promedio sobre los salarios reales del último año[16].

- Pensiones por supervivencia. De similar forma a las pensiones de incapacidad permanente en cálculo de la base reguladora de las distintas pensiones (viudedad, orfandad y favor familiares) se lleva a cabo aplicando la fórmula del capítulo V del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 1956.

b) La existencia de contingencias "específicas" para riesgos profesionales

Sería el caso de las situaciones período de observación para la determinación de enfermedad profesional[17], riesgo durante el embarazo[18], riesgo durante la lactancia natural[19], cuidado de hijo enfermo de cáncer u otra enfermedad grave[20] y lesiones permanentes no invalidantes[21].

c) El establecimiento de prestaciones adicionales o anejas a otras: sería el caso de las indemnizaciones especiales a tanto alzado en caso de fallecimiento para pensionistas de viudedad, orfandad y en su caso favor familiares[22].

d) Las derivadas de la protección complementaria a la básica. Se trata de las que se establezcan como mejoras voluntarias a las básicas[23].

e) La fijación de un plus penalizador sobre las prestaciones causadas a cargo del empresario en todas las prestaciones de la Seguridad Social cuando el accidente de trabajo o enfermedad profesional sea a consecuencia de la falta de equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad o salud en el trabajo, o la de adecuación personal a cada trabajo, teniendo en cuenta sus características y de edad, sexo y otras condiciones del trabajador[24].

---

[14] Véanse: arts. 2 RGP; único del RD 53/1980, de 11 de enero; 13 del D. 1646/1972, de 23 de junio; y art. 2.1 de OIT.
[15] Art. 283.1 ap. 3 LGSS.
[16] Véase art. 12 RGP; arts. 58 a 72 del D. 22 de junio de 1956; y DA. 11.ª del RD 4/1998, 9 de enero, y arts. 60 y ss. del D. 22 junio de 1956; art. 7.3 RGP; DA. 11.ª RD 4/1998, de 9 de enero.
[17] Art. 169.1.b) LGSS.
[18] Arts. 186 y 187 LGSS.
[19] Arts. 188 y 189 LGSS.
[20] Arts. 190 a 192 LGSS.
[21] Art. 201 y 203 LGSS.
[22] Art. 227 LGSS.
[23] Arts. 238 a 240 LGSS.
[24] Véase art. 164 LGSS.

g) La posibilidad de la exigencia de una reparación de daños y perjuicios por responsabilidad civil[25]. No se olvide que la reparación de los daños y perjuicios provocados por un accidente no se agotan con la reparación vía acción protectora de la Seguridad Social incluyendo la penalización en su caso del recargo en las prestaciones, ya que es preciso la reparación integra de los daños y perjuicios causados por el mismo. Ahora bien, no se olvide que una cosa es la compatibilidad y reparación del daño por varias vías y otra es la duplicidad ya que el daño es único.

f) En el caso de las prestaciones de servicios también hay diferencias de trato. Es el caso, por ejemplo, de la asistencia sanitaria que se presta en su máxima extensión[26] y que en el caso de la prestación farmacéutica no lleva consigo aportación del beneficiario[27].

C) Otras cuestiones

En el ámbito de la gestión entran en juego, con plena capacidad, asociaciones empresariales privadas como son las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social[28].

En el aspecto económico financiero, la financiación de las prestaciones que se puedan derivar de riesgos profesionales es a cargo íntegramente (por lo que respecta al Régimen General) de los empresarios, en atención a la mayor o menor peligrosidad de la actividad desempeñada[29]. En el terreno de la acción protectora, en relación con las pensiones, el sistema que se utiliza es el de capitalización de las prestaciones en lugar del sistema reparto para el caso de riesgos comunes[30]. Por otro lado, no cabe olvidar las especiales obligaciones empresariales en el ámbito de la prevención de riesgos laborales con repercusión indirecta en la acción protectora, por ejemplo:

a) Reconocimientos médicos previos a la admisión de los trabajadores que vayan a ocupar y los periódicos que en atención al tipo de enfermedad establezcan las normas de aplicación[31].

b) La prohibición de contratar a trabajadores que no sean declarados aptos para el trabajo[32].

c) La obligación de cambio de puesto de trabajo en caso de riesgo de enfermedad profesional y si no fuera posible la baja del trabajador en la empresa, inscripción con derecho preferente en la oficina de empleo y subsidio a cargo de la empresa durante 12 meses y sí persiste la situación de desempleado, subsidio de seis meses con cargo al Fondo Compensador de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (actualmente asumido por el INSS)[33].

c) En dos prestaciones muy relacionadas con la prevención, la de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, las obligaciones de evaluación, eliminar riesgos y adaptación de las condiciones o tiempos de trabajo[34].

---

[25] Véanse arts. 1101 y 1902 Código Civil.
[26] En palabras de derogado art. once.1 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre "… *se prestará al trabajador de la manera más completa*…".
[27] Art. Segundo RD 945/1978, de 14 de abril; y art. 102.8. e) RD-legislativo 1/2015, 24 de julio.
[28] Arts. 80 y ss. LGSS.
[29] Art. 164 LGSS.
[30] Art. 110.3 LGSS.
[31] Arts. 243 y 244 de la LGSS
[32] Art. 243.3 LGSS
[33] Véase art. 48 de la Orden de 9 de mayo de 1962.
[34] Véase art. 26 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

3. LA NORMATIVA COVID-19 RELACIONADA CON LA DETERMINACIÓN DE LA CONTINGENCIA

3.1. Fase inicial: del 26 de febrero al 11 de marzo de 2020

En los inicios de la crisis sanitaria la situación se abordará con dos criterios administrativos de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOJSS)[35]:

A) Criterio 2/2020, de 26 de febrero de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social.

El criterio surge como respuesta a la cuestión planteada por la situación de los trabajadores que tras su contacto con un caso de SARS-CoV-2, pudieran estar afectados por dicha enfermedad y que, en aplicación de los protocolos establecidos por las autoridades sanitarias queden sujetos a aislamiento preventivo para evitar riegos de contagio hasta que se confirme o no el diagnóstico de dicha enfermedad. La DGOJSS parte de las siguientes consideraciones:

a) Durante esta situación de aislamiento el trabajador no está afectado en sentido estricto por un accidente o enfermedad.

b) Es necesario que el trabajador esté vigilado y reciba la correspondiente asistencia sanitaria en orden a la concreción del diagnóstico de su estado.

c) El trabajador está impedido para el trabajo.

Y por ello, adopta como criterio, que tales períodos de aislamiento a los que sean sometidos los trabajadores por el virus SARS-CoV-2, será considerados como situaciones de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, con derecho a lucrar las correspondientes prestaciones, cumplidos los requisitos exigidos, y en los términos y condiciones establecidos por las normas del régimen de la Seguridad Social en la que se encuentre encuadrado[36].

En realidad, es el mismo criterio (incluidos sus razonamientos) que el adoptado por la Resolución General de 7 de mayo de 2009, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, en relación con el aislamiento preventivo sufridos por los trabajadores como consecuencia de la gripe A H1 N1, como consecuencia de la pandemia de gripe porcina en 2009[37].

B) Criterio 3/2020, de 9 de marzo de la DGOJSS[38].

En este criterio la DGOJSS resuelve la consulta planteada relativa a la determinación de la contingencia de la situación de los trabajadores confirmados como positivos en las pruebas de

---

[35] El art. 3.1. a) del RD 497/2020, de 28 abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, dispone: *"1. Corresponden a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social las funciones siguientes: a) La realización de las funciones de ordenación jurídica del sistema de la Seguridad Social, elaborando e interpretando las normas y disposiciones que afecten a dicho sistema, unificando y dictando los criterios normativos necesarios para su efectividad"*.

[36] Véanse los arts. 172 a 175 y 321 de la LGSS para los trabajadores encuadrados en el R. General (también aplicable a los trabajadores de los Regímenes Especiales de los Trabajadores del Mar y de la Minería del Carbón) y Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.
El 27 de febrero de 2020 el Ministerio de Sanidad hizo pública una guía de Procedimiento de Actuación frente a casos de infección por el nuevo Coronavirus (SARS-COV-2).

[37] En 11 de junio de 2009 la Organización Mundial de la Salud declaró establecida la situación de pandemia y elevó el nivel de alerta mundial a fase 6, debida a un virus influenza A (H1N1) de origen porcino que produjo casos de gripe en marzo en Méjico y que a partir de abril se fue extendiendo a lo largo del mundo.

[38] El criterio tiene en cuenta las consideraciones recogidas en: a) el Informe de la Dirección del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social, emitido con motivo de la elaboración de la Guía sobe el Plan de Ac-

detección del COVID-19. Se parte de considerar que el contacto con virus puede afectar a entornos sanitarios y no sanitarios –obvio– por lo que su ámbito incluye trabajadores involucrados en la asistencia sanitaria[39], transporte aéreo, marítimo y ferrocarril de larga distancia o internacional[40], los colectivos de rescate (bomberos, salvamento marítimo, policía, guardia civil, etc.) –*sic*–, atención al público, hostelería, sector servicios, etc. Y ante ello se fija el siguiente criterio:

"La enfermedad ocasionada por el virus COVI-19 deberá catalogarse como "enfermedad común" a los efectos de las prestaciones de Seguridad Social, salvo que se pruebe que la enfermedad se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo en los términos que señala el artículo 156 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en cuyo caso será calificada como accidente de trabajo.

La fecha del hecho causante vendrá determinada por la fecha de inicio del aislamiento si, con carácter previo al diagnóstico de la enfermedad, ha estado sometido a un periodo de aislamiento."

En definitiva, la situación a 9 de marzo de 2020 era la siguiente:

A) Trabajador sujeto a aislamiento:

- Situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común.

B) Trabajador afectado por el virus COVID-19:

- Regla general: Situación de incapacidad temporal derivado de enfermedad común.

- Regla especial: Situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo cuando se pruebe que la enfermedad ha sido contraída con causa exclusiva en la realización del trabajo en las condiciones previstas en el art. 156 LGSS.

En realidad, la situación descrita y la respuesta dada por la Administración, no era ninguna novedad, ni tampoco presenta singularidades a destacar. Si se está afectado por la enfermedad COVID-19 la contingencia será enfermedad común o si está motivada y es causa exclusiva en el trabajo, será considerado como accidente de trabajo, como cualquier otra enfermedad, previsión ya recogida en el art. 156.2 letra e) LGSS. Queda en principio fuera en la determinación de la contingencia el accidente común, obviamente; y la enfermedad profesional –sobre ello se volverá más adelante– al no estar recogida expresamente en el RD 1299/2006, de 10 de noviembre.

---

tuación de empresas frente a emergencia-pandemia de gripe de fecha 31 de julio de 2009; y b) El "Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al nuevo coronavirus", de fecha 28 de febrero 2020, y en cuya elaboración intervinieron: el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, el Centro Nacional de Medios de Protección, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la Sociedad Española de Medicina y Seguridad en el Trabajo, la Asociación Española de Especialistas en Medicina del Trabajo, la Asociación Nacional de Medicina del Trabajo en el Ámbito Sanitario, la Sociedad Española de Salud Laboral en la Administración Pública, la Federación Española de Enfermería del Trabajo, Comisiones Obreras, Unión General de Trabajadores, la Asociación Nacional de Servicios de Prevención Ajenos, y los Servicios de Prevención Ajenos. Téngase en cuenta que dicho procedimiento ha sido objeto de sucesivas actualizaciones, la última en 21 de diciembre de 2020.

[39] Comprendiendo dentro de ellos las actividades relacionadas con el aislamiento, traslados, labores de limpieza, eliminación de residuos, etc.).

[40] No se menciona al transporte de personas urbano o por carretera.

Por lo que respecta a las situaciones de aislamiento téngase en cuenta, por lo noticiado anteriormente, que se parte de que se considera que el trabajador sometido al mismo está vigilado y recibe la correspondiente asistencia sanitaria en orden a la concreción del diagnóstico de su estado; y por ello está impedido para el trabajo. Es decir, se dan las notas caracterizadoras de una situación de incapacidad temporal.

3.2. Fase de reconocimiento legal expreso por asimilación limitada extraordinaria al riesgo de accidente de trabajo (a partir de 12 de marzo de 2020)

3.2.1. El artículo quinto del RD-ley 6/2020, de 10 de marzo. Asimilación para trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia

Dos días antes de que se declarara el estado de alarma por el RD 463/2020, de 14 de marzo, entrará en vigor el RD-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública[41]. Su finalidad declarada era "… *evitar la propagación de la enfermedad y mantener la protección social de los trabajadores por cuenta propia o ajena …"* [42], se va a considerar que tanto el período de aislamiento o contagio de los trabajadores por el virus COVID-19, se asimilarán a accidente de trabajo a efectos de la prestación económica por incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social. La medida se recoge en su artículo quinto en los siguientes términos[43]:

a) Tiene un carácter excepcional.

b) Se asimilan accidente de trabajo los períodos de aislamiento o contagio de los trabajadores.

c) Con unos efectos limitados: solo para causar la prestación económica de incapacidad temporal.

d) La duración viene delimitada temporalmente por el período de baja por aislamiento y el correspondiente al alta.

e) La fecha del hecho causante será aquella en que se acuerde el aislamiento o enfermedad del trabajador, sin perjuicio de que el parte de baja se expida con posterioridad.

Dos detalles curiosos se habrán advertido:

1) Cuando se habla de la duración, solo hay referencia a la baja por aislamiento, nada se dice en relación con el contagio.

2) En relación con el contagio, nada se indica expresamente si el mismo debe estar o no provocado por el trabajo desempeñado. Lo que nos lleva a plantearnos la existencia de tres escenarios distintos:

- Aislamiento: Situación excepcional asimilada a accidente de trabajo exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal.

- Contagio: Situación excepcional asimilada a accidente de trabajo exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal.

[41] Se publicó en el BOE de 11 de marzo y la entrada en vigor el 12 de marzo de 2020.
[42] Véase la exposición de motivos del RD-ley 6/2020, 10 de marzo.
[43] La redacción inicial de dicho artículo estuvo en vigor desde 12 de marzo hasta el 8 de abril de 2020.

- Contagio contraído por el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo[44]: será considerado como accidente de trabajo a todos los efectos y prestaciones que de ello se puedan derivar.

Las dudas suscitadas en la aplicación de este artículo quinto llevarán a que la DGOSS adopte un nuevo criterio 4/2020, de 12 de marzo, que aclarará y concretará determinadas cuestiones, como[45]:

a) La entrada en vigor de la nueva medida recogida en el artículo quinto. A tenor de las Disposición final segunda del RD-ley 6/2020, la misma se producirá el día siguiente a su publicación en el Boletín Oficial del Estado, es decir el doce de marzo. Pues bien, el citado criterio vendrá a señalar que los períodos de aislamiento y contagio que se hayan producido antes de la entrada en vigor del indicado artículo quinto, la aplicación del mismo tendrá efectos retroactivos al momento en que se hubiera acordado el aislamiento o diagnosticado el contagio, por tanto, la prestación económica de incapacidad temporal será considerada derivada –asimilada– accidente de trabajo.

b) El alcance de la asimilación a accidente de trabajo. El criterio sostiene que solo se extiende al subsidio de incapacidad temporal, no a la asistencia sanitaria, salvo que la enfermedad haya sido contraída con causa exclusiva en la realización del trabajo, en los términos previstos en el art. 156 LGSS.

Por otro lado, el INSS emitirá el 11 de marzo de 2020 (actualizado en 19 de marzo) unas instrucciones aclaratorias relativas al procedimiento de remisión de partes de los Servicios Públicos de Salud (SPS) por CORONAVIRUS, en los siguientes términos[46]:

a) La competencia para emitir dichos partes radicará en los médicos de los SPS, excluyendo expresamente a los facultativos de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social (MCSS), del Instituto Social de la Marina (ISM) o de las empresas colaboradoras.

b) No será necesaria la presencia física del trabajador[47] siempre que exista indicación de la autoridad en caso de aislamiento y constatación de la enfermedad por los medios disponibles en el SPS (por ejemplo, historias clínicas) y cabe la posibilidad de emitir la baja con efectos retroactivos.

c) En el parte de baja, como contingencia, se indicará “enfermedad común”. Y el código a utilizar será[48]:

---

[44] Art. 156.2 letra e) LGSS.

[45] Curiosamente la Subdirección General de Ordenación y Asistencia jurídica del INSS adoptará el criterio de gestión 8/2020, de 17 de marzo, que recoge estas mismas pautas de actuación dada desde la DGOSS y dejará sin efectos los criterios 2 y 3 emitidos por esta última.

[46] También son de tener en cuenta las instrucciones de la Subdirección General de Gestión de Prestaciones y la Subdirección General de Gestión de la Incapacidad Temporal y otras prestaciones a corto plazo a los Directores Provinciales del INSS, en relación con la suspensión por el Servicio de Correos de la práctica de notificaciones y suspensión de plazos para interponer reclamación previa.
Estas instrucciones se completaron con la “Actualización de la emisión y transmisión de partes de incapacidad temporal al Instituto Nacional de la Seguridad Social, en el caso de trabajadores especialmente sensibles y de partes de procesos COVID-19 intercurrentes con otros procesos de IT por distintas patologías”, de 30 de abril de 2020, y con la “Actualización a 17 de junio de 2020 de las instrucciones aclaratorias relativas a los procesos de incapacidad temporal emitidos a los trabajadores especialmente sensibles por especial vulnerabilidad frente al coronavirus SARS-CoV-2”.

[47] Confrontar con art. 2.2 RD 625/2014, de 18 julio.

[48] Esta codificación se hace de acuerdo con la nota informativa de 6 de marzo de 2020 de la Unidad Técnica de codificación del Ministerio de Sanidad. Con posterioridad el Ministerio ha ido estableciendo sucesivos y diversos

Para CIE-10 ES:

- Contacto o exposición:

Z20.828: Contacto y exposición (sospechada) a otras enfermedades transmisibles virales contagiosas

víricas.

- Infección:

B34.2: Infección debida a coronavirus no especificada

Para CIE-9.MC:

- Contacto o exposición:

V01.79: Contacto/exposición a otras enfermedades víricas (Coronavirus diferentes a SARS Cov).

- Infección:

079.82: Infección por coronavirus asociado a SARS

d) La duración estimada para estos procesos de IT se fija entre 5 y 30 días naturales[49] y consecuentemente el primer parte de confirmación no deberá de exceder en más de siete días naturales a la fecha de baja inicial. Caso de que sean necesarios sucesivos partes, no podrán emitirse con una diferencia de más de catorce días naturales entre sí.

e) Se insiste en la necesidad del oportuno parte de baja para iniciar actuaciones que conduzcan al reconocimiento de la prestación económica por IT. Y por ello se hacen las siguientes indicaciones en relación con el mismo[50]:

---

criterios de codificación (véase www.mscbs.go.es). Por otro lado, la instrucción comentada prevé que todos los códigos sean admitidos por el INSS si tacha alguna de error a efectos de cumplimiento de objetivos en relación con los convenios sobre el control de IT suscritos con las CC.AA.

[49] Se consideran procesos de corta duración, art. 2.3 RD 625/2014, de 18 julio.

[50] Se toman en consideración las definiciones recogidas en el documento de procedimiento de actuación frente a casos de infección por el nuevo coronavirus (SARS-Cov-2) del Ministerio de Sanidad:

A) Contacto estrecho de casos posibles, probables o confirmados:

- Cualquier persona que haya proporcionado cuidados mientras el caso presentaba síntomas como pueden ser trabajadores sanitarios que no han utilizado las medidas de protección adecuadas, miembros familiares o personas que tengan otro tipo de contacto físico similar.
- Convivientes, familiares y personas que hayan estado en el mismo lugar que un caso mientras el caso presentaba síntomas a una distancia menor de 2 metros durante un tiempo de al menos 15 minutos.

No se hará un seguimiento activo de los contactos, únicamente se les indicará realizar cuarentena domiciliaria durante 14 días. Las autoridades sanitarias podrán valorar situaciones individuales que requieran otro tipo de recomendación. Si durante los 14 días posteriores a la exposición el contacto desarrollara síntomas y la situación clínica lo permite, deberá hacer autoaislamiento inmediato domiciliario y contactar con los servicios de atención primaria según se haya establecido en los protocolos de cada CCAA.

B) Caso confirmado: caso que cumple criterio de laboratorio (PCR de screening positiva y PCR de confirmación en un gen alternativo al de screening también positiva).

C) Caso probable: caso cuyos resultados de laboratorio para SARS-CoV-2 no son concluyentes.

D) Caso posible: caso con infección respiratoria aguda leve sin criterio para realizar test diagnóstico.

E) Caso descartado: caso cuyos resultados de laboratorio para SARS-CoV-2 son negativos. Es decir, ha tenido un proceso respiratorio de vías altas, pero se descarta COVID-19.

Aislamiento

Se considera que procede la emisión de parte de baja contactos estrechos de casos probables, posibles o confirmados[51] procederá emitir el parte de baja al estar indicado el aislamiento preventivo domiciliario durante 14 días, siempre y cuando se trate de un trabajador que en las circunstancias de estado de alarma esté obligado a acudir a su centro de trabajo.

Enfermedad

Cuando se constate la enfermedad por los medios disponibles en el Servicio de Salud (historias clínicas), o cuando exista indicación de la autoridad sanitaria en caso de aislamiento, podrán ser emitidos los partes de baja y de confirmación en tanto sea necesario sin la presencia física de la persona trabajadora.

Procede emitir el parte de baja por enfermedad COVID-19 en los casos definidos por el Ministerio de Sanidad como confirmados, por lo que cuando el facultativo responsable de la emisión del parte de baja constate por cualquier medio clínico que el trabajador está impedido para el trabajo por presentar un cuadro clínico compatible con la enfermedad emitirá dicho parte y mantendrá el proceso de IT hasta la resolución del proceso y que proceda la reincorporación laboral.

Los casos probables y confirmados que hayan requerido ingreso hospitalario podrán recibir el alta si su situación clínica lo permite, aunque su PCR siga siendo positiva, pero deberá mantener aislamiento domiciliario con monitorización de su situación clínica al menos 14 días desde el alta hospitalaria o hasta que se obtenga un resultado de laboratorio negativo. Los casos ingresados que al alta tengan un resultado de laboratorio negativo podrán ir a su domicilio sin aislamiento.

Sin embargo no procederá a cursarse baja alguna en los casos de trabajadores sin causa actual de IT por sus patologías previas que sean derivadas por las empresas o acudan ellas mismas a solicitar IT por temor al contagio de COVID-19, salvo que se trate de trabajadores/as especialmente sensibles al riesgo de SARS-CoV-2 (estado biológico conocido debido a patologías previas, medicación, trastornos inmunitarios o embarazo), y como tales, con informe del respectivo servicio de prevención de riesgos laborales, tal y como indica el Ministerio de Sanidad, quede acreditada la indicación de aislamiento por imposibilidad de reubicación en puesto exento de riesgo COVID 19 de manera individualizada.

El RD 625/2014, de 18 de julio y la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, que regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos de incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días, que casan mal con las previsiones reseñadas y de aquí que hayan tenido que completarse o ser acompañadas de otras que acrediten la indicación de incapacidad y para ello se ha establecido un procedimiento de actuación de los servicios de Prevención de Riesgos Laborales frente a la exposición al SARS-Cov-2[52].

---

[51] Referido a cualquier persona que haya proporcionado cuidados mientras el caso presentaba síntomas: trabajadores sanitarios que no han utilizado las medidas de protección adecuadas, miembros familiares o personas que tengan otro tipo de contacto físico similar; convivientes, familiares y personas que hayan estado en el mismo lugar que un caso mientras el caso presentaba síntomas a una distancia menor de 2 metros durante un tiempo de al menos 15 minutos.

[52] El último, actualizado a 21 de diciembre de 2020 (véase www.mscbs.gob.es, consultada a 28 de diciembre de 2020) establece unas pautas de colaboración del servicio sanitario del servicio de prevención de riesgos laborales para que quede acreditada la indicación de incapacidad temporal con el fin de facilitar a los servicios de atención primaria o Mutuas colaboradoras su tramitación, en los siguientes términos:

- Los casos sospechosos o confirmados y los contactos estrechos de casos confirmados ocurridos en la empresa. Así como los casos confirmados para los que le sea requerido por la autoridad sanitaria.

3.2.2. El art. 11 del RD-ley 7/2020, de 12 de marzo. Asimilación para el personal encuadrado en los Regímenes Especiales de los Funcionarios Públicos[53]

"En coherencia con lo establecido para los trabajadores encuadrados en el Régimen General de Seguridad Social por el Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo …[54]*" –sic–*, (más bien habría que decir subsanando el olvido del RD-ley 6/2020) y también con la finalidad proclamada de evitar la propagación de la enfermedad y mantener la protección social de la ciudadanía, se extiende en similares términos la protección prevista en el art. quinto del RD-ley 6/2020 al personal encuadrado en el régimen del mutualismo administrativo, considerando que los periodos de aislamiento o contagio como consecuencia del COVID-19 tendrán la consideración de situación asimilada a accidente de trabajo a efectos de la prestación económica por incapacidad temporal del correspondiente régimen especial de Seguridad Social.

3.2.3. La ampliación de la protección por incapacidad temporal a las situaciones de confinamiento total

El RD-ley 10/2020, de 29 de marzo[55], por el que se regulaba un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19, se nos presenta con un objetivo prioritario limitar al máximo la movilidad y concretar los sectores de actividad a cuyas personas trabajadoras se excluye del disfrute obligatorio del permiso, como aquellos que tuvieren su contrato suspendido y aquellos otros que pudieran continuar prestando sus servicios a distancia.

A consecuencia de tales medidas, dos días después, se aprobará el RD-ley 11/2020, de 31 de marzo[56], cuya disposición adicional vigésimo primera normará una situación excepcional denominada "*incapacidad temporal por confinamiento total*", motivada por la situación particular

---

- Las personas trabajadoras con especial sensibilidad en relación con la infección de coronavirus SARS-CoV-2, sin posibilidad de adaptación del puesto de trabajo, protección adecuada que evite el contagio o reubicación en otro puesto exento de riesgo de exposición al SARS-CoV-2.

En este caso, cuando se produzcan cambios en la evidencia científica disponible, en las condiciones de trabajo o en las medidas preventivas que hagan innecesaria la IT, el servicio de prevención debe reevaluar con los nuevos criterios o datos, los informes de indicación de IT emitidos que puedan verse afectados y facilitar su resultado, por la misma vía, a los servicios de atención primaria

Cuando se tenga conocimiento del periodo de aislamiento o de enfermedad con posterioridad al inicio del mismo, los partes de baja se emitirán con carácter retroactivo y sin la presencia física de la persona trabajadora. El servicio de prevención de riesgos laborales informará sobre las actuaciones anteriores a las personas afectadas, a la empresa y a los órganos de representación en materia de seguridad y salud, si los hubiera, guardando la debida confidencialidad, que deberá extremarse con la información relativa a los problemas de salud de las personas trabajadoras con especial sensibilidad. Además, informará de:

- La obligación del aislamiento preventivo o, en su caso, cuarentena.
- Que el parte de baja y los de confirmación serán emitidos sin la presencia física de la persona trabajadora. La persona interesada no debe ir a recoger los partes, puede recogerlos otra persona o utilizar otros medios disponibles para evitar desplazamientos.
- Que, aunque los partes de baja y alta serán emitidos por enfermedad común, el INSS realizará el procedimiento interno correspondiente para convertirlos en accidente de trabajo, a efectos de prestación económica.
- Las medidas y recomendaciones preventivas generales, sobre todo de higiene, de los lugares de trabajo.

[53] Publicado en el BOE de 13 de marzo 2020 y entrada el mismo día.

[54] Exposición de motivos del RD-ley 7/2020. Por otro lado, la cobertura del artículo quinto RD-ley 6/2020 alcanza también a los trabajadores por cuenta propia.

[55] Publicado en el BOE y en vigor desde 29 de marzo de 2020.

[56] En vigor desde el día 2 de abril de 2020. Poco duró esta situación, apenas una semana, ya que esta disposición adicional sería derogada por la disposición derogatoria única del RD-ley 13/2020, de 7 abril (que en el apartado siguiente se analizará).

en que se encuentran algunos municipios de España, que se encuentran en una situación de confinamiento agravada, en la que no se permiten los desplazamientos fuera del perímetro de estos municipios, ni actividad económica, más allá de aquellos servicios considerados esenciales, en la que los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, no pueden desplazarse hasta su lugar de trabajo fuera de este perímetro desde el día 12 de marzo[57], y por ello se entiende oportuno *"adoptar una medida que aclare cómo aplicar la prestación por Incapacidad Temporal en los términos previstos en el Real Decreto-ley 6/2020"*, lo que se hace en los siguientes términos:

a) Dirigido a trabajadores obligados a desplazarse de localidad y tengan obligación de prestar los servicios esenciales a los que se refiere el Real Decreto-ley 10/2020, siempre que se haya acordado el confinamiento de la población donde tenga su domicilio y le haya sido denegada de forma expresa la posibilidad de desplazarse por la autoridad competente.

b) Que no puedan realizar su trabajo de forma telemática por causas no imputables a la empresa para la que presta sus servicios o al propio trabajador y no tenga derecho a percibir ninguna otra prestación pública. Sobre este último condicionamiento, en los términos que se fija, tal restricción o incompatibilidad tan amplia daba lugar a que no se pudiera acceder al mismo si se estaba percibiendo otra prestación compatible con el trabajo (por ejemplo, una pensión de incapacidad permanente o una pensión o prestación de supervivencia).

c) La acreditación del acuerdo de confinamiento de la población donde tiene el domicilio y la denegación de la posibilidad de desplazamiento se realizará mediante certificación expedida por el ayuntamiento del domicilio ante el correspondiente órgano del servicio público de salud.

d) La imposibilidad de realización del trabajo de forma telemática se acreditará mediante una certificación de la empresa o una declaración responsable en el caso de los trabajadores por cuenta propia ante el mismo órgano del servicio público de salud.

e) Se extenderá el correspondiente parte de baja.

Dos aspectos que tener en cuenta:

- La medida dispuesta por la DF. 1.ª se aplicaba con carácter retroactivo (desde el inicio de la situación de confinamiento) pero iba dirigida solamente a los trabajadores con obligación de prestar servicios esenciales a los que se refería el RD-ley 10/2020[58], pero no a otros que debiendo ir a trabajar no hayan podido, que tendrán que esperar para su cobertura a la reforma del artículo quinto del RD-Ley 6/2020 por la Disposición final del RD-ley 13/2020 (que más adelante se analizará).

- No se normó situación similar para las personas incluidas en los Regímenes Especiales de los Funcionarios Públicos.

3.2.4. Las sucesivas reformas del artículo quinto del RD-ley 6/2020

A) La reforma introducida por la disposición final 1 del RD-ley 13/2020, de 7 de abril[59].

Las novedades que se incorporan a la nueva redacción del art. Quinto del RD-ley 6/2020, son las siguientes:

[57] Exposición de motivos del RD-ley 11/2020.
[58] Véase el anexo a dicho RD-ley 10/2020, de 29 de marzo.
[59] En vigor desde 9 abril hasta el 4 de agosto de 2020.

a) Se modifica su rúbrica, incluyendo ahora la referencia a las situaciones de *"… restricción en las salidas del municipio donde tengan el domicilio de las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19"*.

b) La novedad más importante será incluir como situación asimilada a accidente de trabajo las restricciones de desplazamiento en la salida del municipio donde tenga su domicilio la persona trabajadora como consecuencia del virus en los siguientes términos:

- Cuando el trabajador se vea obligado a desplazarse de localidad para prestar servicios en actividades no afectadas por el RD 463/2020, de 14 de marzo (relativo a la declaración del estado de alarma).

- Que la autoridad competente haya acordado restringir la salida de personas del municipio donde dichos trabajadores tengan su domicilio y les haya sido denegada de forma expresa la posibilidad de desplazarse por la autoridad competente.

- Que no puedan realizar su trabajo de forma telemática por causas no imputables a la empresa para la que prestan sus servicios o al propio trabajador y no tengan derecho a percibir ninguna otra prestación pública.

- La acreditación del acuerdo de restricción de la población donde se tiene el domicilio y la denegación de la posibilidad de desplazamiento se realizará mediante certificación expedida por el ayuntamiento del domicilio ante el correspondiente órgano del servicio público de salud.

- La imposibilidad de realización del trabajo de forma telemática se acreditará mediante una certificación de la empresa o una declaración responsable en el caso de los trabajadores por cuenta propia ante el mismo órgano del servicio público de salud.

- Los efectos de la situación será desde el inicio de la restricción de salida del municipio donde tenga su domicilio el trabajador.

c) Se mantiene como situación excepcional de situación asimilada al de accidente de trabajo los períodos de aislamiento y contagio.

d) La duración de la prestación estará determinada por el parte de baja y alta, alcanzando también a las situaciones de restricciones en el desplazamiento.

Respecto de las limitaciones o restricciones a los desplazamientos, el apartado 2 párrafo segundo del nuevo artículo quinto, señala que:

- En caso de trabajadores por cuenta ajena a los que se refiere el artículo 1 del Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo[60] se expedirá un parte de baja con efectos desde la fecha de inicio de la restricción y un parte de alta con efectos de 29 de marzo de 2020.

- Respecto a los trabajadores por cuenta propia el derecho a la prestación comenzará con el parte de baja desde la fecha de inicio de la restricción y durará hasta la fecha de finalización de la misma.

e) Tanto el trabajador por cuenta ajena como propia deberá de encontrarse en situación de alta en cualquiera de los regímenes que integran el sistema de Seguridad Social.

---

[60] Dicho RD-ley regulaba un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19.

f) La fecha del hecho causante será aquella en la que se acuerde el aislamiento, restricción o enfermedad del trabajador, con independencia de que la baja se expida posteriormente.

g) La prestación será compatible con cualquier otra prestación de Seguridad Social que viniere percibiendo y fuera compatible con la actividad desarrollada. Se salva pues la absurda incompatibilidad total que establecía la DA. 21.ª del RD-ley 11/2020.

Un aspecto a tener en cuenta, confinamiento y restricciones en la movilidad, no son realmente lo mismo. El confinamiento en su sentido estricto va más allá de restringir los desplazamientos, ya que limita la actividad del ciudadano hasta extremos de solo poder salir de su domicilio para determinadas y concretas actividades (salir a trabajar, ir al médico, adquisición de alimentos y poco más) y las restricciones en los desplazamientos están haciendo referencia a limitaciones en los desplazamientos de tipo perimetral, sin que afecten –en general– a las actividades que se pueden realizar. Por otro lado, tampoco se dice nada sobre los sujetos incluidos en los Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos, que puede obviamente también verse afectados por las limitaciones en los desplazamientos.

B) La modificación introducida por la Disposición Final 10.ª del RD-ley 27/2020, de 4 agosto[61].

Básicamente, las novedades de la nueva redacción del artículo quinto del RD-ley 6/2020, se concretarán en los siguientes aspectos[62]:

a) Apartado 1. En relación con la acreditación por parte del trabajador por cuenta ajena (relativo las restricciones de desplazamientos) de su domicilio, del municipio donde se encuentra el centro de trabajo y que por parte de la empresa no se ha procedido al cierre del centro de trabajo.

b) Apartado 2. Una precisión respecto a las restricciones en los desplazamientos de personas a las que se refiere el art. 1 del RD-ley 10/2020, en relación con que tales limitaciones se hayan podido acordar antes de la entrada en vigor del RD 463/2020, de 14 marzo.

c) Apartado 2. Se declara incompatible la prestación de incapacidad temporal con los salarios percibidos, así como cualquier otra prestación económica de la Seguridad Social, incluida la incapacidad temporal por contingencias comunes o profesionales. En tales términos significa nuevamente volver al absurdo de incompatibilizar el subsidio con prestaciones que con carácter general son compatibles con el trabajo (por ejemplo: una pensión de viudedad, de incapacidad permanente, etc.).

Tampoco se hace mención alguna a los sujetos incluidos en los Regímenes Especiales de Empleados Públicos.

C) La reforma introducida por la Disposición Final 10.ª del RD-ley 28/2020, de 23 de septiembre.

En realidad, lo que hace este RD-ley 28/2020[63], es recuperar la redacción dada al artículo quinto del RD-ley 6/2020 por el RD-ley 27/2020, que había sido derogado por la Resolución de 10 de septiembre de 2020 que publicó el Acuerdo del Congreso de los Diputados en tal sentido.

---

[61] Entró en vigor el 5 de agosto. Fue derogado por Resolución del Congreso de los Diputados de 10 de septiembre de 2020, publicada en BOE de 11 de septiembre.

[62] Por otro lado, es de interés también su Disposición Adicional 8.ª que prorrogará el art. 9 del RD-ley 19/2020, de 26 mayo, en el sentido de La consideración como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo de las enfermedades padecidas por el personal que presta servicio en centros sanitarios o socio-sanitarios como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV2, se aplicará, a los contagios del virus SARS-CoV2 producidos desde el 1 de agosto de 2020 hasta que las autoridades sanitarias levanten todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, acreditando el contagio mediante el correspondiente parte de accidente de trabajo que deberá haberse expedido dentro del mismo periodo de referencia.

[63] Publicado en BOE de 23 de septiembre y en vigor según lo previsto en su disposición final decimocuarta con carácter general desde 13 octubre de 2020, salvo por lo que respecta a "… las disposiciones adicionales tercera,

Adviértase, lo siguiente: desde 11 de septiembre a 23 de septiembre, las previsiones en este sentido quedaron "en blanco". Se podría entender, que, pese a ello, la cobertura quedaba garantizada a tenor de las previsiones del apartado 2 y 3 de la nueva redacción del artículo quinto del RD-ley 6/2020 que permiten incluso tomar en consideración las situaciones anteriores a 14 de marzo de 2020 y que fijan como fecha del hecho causante aquella en la que se acuerde el aislamiento, restricción o enfermedad del trabajador, incluso aunque el pate de baja se expida con posterioridad a la misma.

3.2.5. La consideración singular del personal sanitario afectado por el COVID-19

El art. 9 del RD-ley 19/2020, 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19, procederá al reconocimiento como accidente de trabajo de las prestaciones de Seguridad Social que cause el personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios y que, en el ejercicio de su profesión, hayan contraído COVID-19, durante cualquiera de las fases de la pandemia, por haber estado expuesto a ese riesgo específico durante la prestación de servicios sanitarios y socio-sanitarios. Tal consideración como accidente de trabajo los será en los siguientes términos:

a) Afecta al personal que preste servicios sanitarios o socio-sanitarios[64] inscritos en los registros correspondientes[65].

---

cuarta, quinta y sexta, la disposición transitoria cuarta, así como las disposiciones finales cuarta, quinta, octava, novena, décima, undécima y duodécima entrarán en vigor el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»".

[64] A tenor del art. 12.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del sistema Nacional de Salud: En el ámbito sanitario, la atención socio sanitaria comprenderá, en cualquier caso:

a) Los cuidados sanitarios de larga duración.

b) La atención sanitaria a la convalecencia.

c) La rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable.

Confróntese con el apartado 1 letras b), c) y d) del criterio de gestión 22/2020, de 18 de noviembre, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, sobre contingencia de la que derivan las prestaciones ocasionadas por el contagio del virus SARS-CoV2. Personal sanitario, que señala:

b) No se consideran derivas de accidente de trabajo las prestaciones del sistema de la Seguridad Social causadas por el personal que trabajando en centros sanitarios o socio-sanitarios desempeñe otras funciones distintas a la prestación de servicios sanitarios y socio-sanitarios (a título de ejemplo se puede mencionar: el personal administrativo, el personal de limpieza, celadores, etc.)

c) Tampoco se consideran derivadas de accidente de trabajo las prestaciones del sistema de la Seguridad Social causadas por el personal que presta

d) Sí se consideran derivadas de accidente de trabajo las prestaciones causadas por el personal que presta servicios sanitarios o socio-sanitarios tanto en centros sanitarios o socio-sanitarios como fuera de dichos centros".

[65] Sobre la autorizaciones e inscripción en registros véanse: el art. 29 Ley 33/2011, General de Salud Pública el art. 27.3 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del sistema Nacional de Salud; el art. 29.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; el art. 4 del RD 1030/2006, de 15 de septiembre, sobre la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización; el RD 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros y establecimientos sanitarios y Orden SCO/3866/2007, de 18 diciembre, por el que se establece el contenido y la estructura del Registro General de centros, servicios y establecimientos sanitarios del Ministerio de Sanidad y Consumo. Las CC.AA. tienen también su propia normativa que debe consultarse.

Sobre la consideración de centro sanitarios o socio-sanitarios véase también el apartado 1.2 de criterio de gestión 22/2020, de 18 de noviembre, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, sobre contingencia de la que derivan las prestaciones ocasionadas por el contagio del virus SARS-CoV2. Personal sanitario, que señala:

"Cabe considerar centros sanitarios o socio-sanitarios únicamente a los centros dedicados a actividades comprendidas en la sección Q ("actividades sanitarias y de servicios sociales") de la CNAE, si bien solo las que se

b) El virus se debe haber contraído en el ejercicio de su profesión en cualquiera de las fases de la epidemia, por haber estado expuesto a este riesgo específico durante la prestación de servicios sanitarios o socio-sanitarios. Se consideran, en consecuencia, cumplidos los requisitos exigidos en el art. 156.2.e) LGSS.

c) Acreditarse tal exposición por los servicios de Prevención y Riesgos Laborales y Salud Laboral[66].

d) Se extiende a todas las prestaciones de la Seguridad Social[67].

e) En los casos en que se produzca un fallecimiento, se considerara que la causa es accidente de trabajo, entendiéndose cumplido lo dispuesto en el art. 217.2 LGSS.

f) Tiene un ámbito temporal concreto: contagios producidos hasta el mes posterior a la finalización del estado de alarma[68], lo que se acreditará con el correspondiente parte de accidente

---

enumeran en la División 86 ("actividades sanitarias") y dentro dela 87 solo los del grupo 87.1 ("Asistencia en establecimientos residenciales con cuidados sanitarios").
Quedan excluidos los centros dedicados al resto de actividades relacionadas en la indicada sección Q, así como otros tipos de centros (por ejemplo, los dedicados a pompas fúnebres y actividades relacionadas, CNAE 9603, o al comercio al por menor de productos farmacéuticos en establecimientos especializados, CNAE 4773, que se incluyen en secciones distintas de la sección Q)."

[66] Véase el Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2 de 21 de diciembre de 2020 (www.mscbs.gob.es, consultado en 28 de diciembre de 2020. A partir de 28 de mayo de 2020 la emisión de los partes de baja y alta se realizará por la entidad colaboradora de la Seguridad Social que corresponda (obviamente, salvo que los riesgos profesionales estuvieren bajo la cobertura del INSS).

[67] En cuanto a la asistencia sanitara en los supuestos de recaída, téngase en cuenta los dispuesto en la disposición transitoria tercera del RD-ley 19/2020 que establece que:
"La asistencia sanitaria prestada a los trabajadores protegidos en el artículo 9 durante la declaración del estado de alarma que, hasta la fecha de entrada en vigor de esta norma, se ha venido considerando como derivada de contingencia común, mantendrá dicha calificación.
No obstante, una vez reconocida la contingencia profesional de la prestación en los términos del artículo 9 la asistencia sanitaria, derivada de la recaída como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV2 durante el estado de alarma, tendrá la naturaleza de contingencia profesional".
El criterio de criterio de gestión 22/2020, de 18 de noviembre, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, sobre contingencia de la que derivan las prestaciones ocasionadas por el contagio del virus SARS-CoV2. Personal sanitario, entiende (apartado 3.2) que la previsión de la disposición transitoria incluye todas las recaídas que puedan suceder después de la entrada en vigor del real decreto-ley debidas al contagio del citado virus, pero en ningún caso permite considerar que la asistencia sanitaria anterior y recaídas anteriores a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 19/2020derivan de contingencia profesional.

[68] La primera declaración de estado de alarma en 2020 se produjo por RD 463/2020, de 14 de marzo, entrando en vigor el mimo día y finalizando, tras sucesivas prórrogas, en 21 de junio. Por su parte, la DA. 8.ª del RD-ley 27/2020, de 4 de agosto, dispuso la prórroga de este artículo 9 en los siguientes términos: *"La consideración como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo de las enfermedades padecidas por el personal que presta servicio en centros sanitarios o socio-sanitarios como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV2, se aplicará, a los contagios del virus SARS-CoV2 producidos desde el 1 de agosto de 2020 hasta que las autoridades sanitarias levanten todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, acreditando el contagio mediante el correspondiente parte de accidente de trabajo que deberá haberse expedido dentro del mismo periodo de referencia".* Esta prórroga quedaría sin efecto por Resolución de 10 de septiembre de 2020 que publica el Acuerdo del Congreso de los Diputados por el que se deroga el RD-ley 27/2020.
El segundo estado de alarma en 2020 se declaró por RD 926/2020, de 25 de octubre, entrando en vigor el 25 de octubre.
Para el caso de que el contagio haya tenido lugar fuera de los límites temporales establecidos en el apartado 1 de la disposición adicional cuarta del RD-ley 28/2020, de 10 de marzo, véase también el apartado 2.3 de criterio de gestión 22/2020, de 18 de noviembre, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, sobre

de trabajo. En caso de fallecimiento, se considerará que como causa de accidente de trabajo si el mismo se ha producido dentro de los cinco años siguientes al contagio y derivada de la misma[69].

g) El reconocimiento de la condición de accidente de trabajo también alcanza a las enfermedades padecidas como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV2.

3.2.6. A modo de resumen

A tenor de lo noticiado anteriormente, la situación es la siguiente:

Para trabajadores por cuenta propia o ajena

A) Situación asimilada accidente de trabajo (únicamente para subsidio de incapacidad temporal).

a) Hasta 8 de abril de 2020

En situaciones de aislamiento o contagio (art. quinto RD-ley 6/2020); y confinamiento total (DA. 21 del RD-ley 11/2020).

b) A partir de 9 de abril de 2020

En situaciones de aislamiento, contagio y restricción en los desplazamientos (artículo quinto del RD-ley 6/2020, en la redacción dada al mismo por la DF. Primera del RD-ley 13/2020)

B) Situación derivada de accidente de trabajo a todos los efectos (a partir de 9 abril de 2020).

En caso de contagio de la enfermedad con causa exclusiva en la realización del trabajo en los términos previstos en el art. 156.2 e) LGSS. En realidad, no era necesaria esta previsión o reconocimiento expreso por la norma.

C) Situación derivada de accidente de trabajo a todos los efectos para el personal sanitario y socio-sanitario (a partir de 28 de mayo de 2020).

De conformidad con lo dispuesto en el art. 9 del RD-ley 19/2020, de forma expresa (aunque quizás innecesariamente), las enfermedades padecidas por el personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios como consecuencia de contagio durante el estado de alarma, que en el ejercicio de su profesión contraigan el virus SARS-CoV2 durante cualquiera de las fases de la epidemia, por haber estado expuesto a ese riesgo específico durante la prestación de servicios sanitarios y socio-sanitarios, cuando así se acredite por los servicios de Prevención de Riesgos laborales y Salud Laboral, se considerarán derivadas de accidente de

---

contingencia de la que derivan las prestaciones ocasionadas por el contagio del virus SARS-CoV2. Personal sanitario, que señala:
a) A los exclusivos efectos de la prestación económica de incapacidad temporal, será de aplicación lo previsto en el primer párrafo del artículo 5.1 del Real Decreto-ley 6/2020,de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública, por lo que el contagio se considerará, con carácter excepcional, como situación asimilada a accidente de trabajo, salvo que se pruebe que el contagio de la enfermedad se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo en los términos que señala el artículo 156 del TRLGSS.
b)Respecto del resto de prestaciones causadas por el personal de referencia como consecuencia de los contagios producidos fuera de los límites temporales previstos en la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 28/2020 se consideran derivadas de enfermedad común, excepto en aquellos casos en que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución de su trabajo, según previene el apartado 2.e) del artículo 156 del TRLGSS, habiéndose emitido a tal efecto el correspondiente parte de baja por accidente de trabajo.
[69] Véase art. 217.2 LGSS.

trabajo, al entender cumplidos los requisitos exigidos en el artículo 156.2.e) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

Para el personal encuadrado en los Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos

Desde 13 de marzo de 2020 se dispone la consideración excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo de los periodos de aislamiento o contagio del personal encuadrado en los Regímenes Especiales de los Funcionarios Públicos como consecuencia del virus COVID-19, si bien solamente para el subsidio económico de incapacidad temporal (art. 11 del RD-ley 7/2020).

3.3. Una valoración crítica de esta asimilación o cobertura singular

Valoraciones positivas de esta medida excepcional las hay. Y así, se llega a decir de la misma que se trata de *"Una solución inteligente que permite proyectar, entre otros efectos, el acervo garantista y de tutela que lleva consigo la calificación como contingencia profesional pero mantener su dimensión sanitaria en la esfera de los Servicios Públicos de Salud…"*[70], pero también tiene sus "sombras" esta equiparación o asimilación[71].

---

[70] MERCADER UGUINA, J. R.: "La prestación excepcional por incapacidad temporal como consecuencia del virus COVID-19: una excelente respuesta de la Seguridad Social", en *COVID-19*. R*eflexiones de la Sociedad Civil,* Fundación FIDE, disponible en:
https://www.fidefundacion.es/La-prestacion-excepcional-por-incapacidad-temporal-como-consecuencia-del-virus-Covid-19-una-excelente-respuesta-de-la_a1242.html (consultado en 22 diciembre 2020).

[71] La relevancia de la incidencia de los procesos de incapacidad temporal derivados de COVID-19 (sin información de los imputables a restricciones en los desplazamientos, aislamiento y enfermedad) son los siguientes: datos agregados del sistema acumulado al mes de septiembre de 2020, fuente INSS, se pueden examinar en http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/ (consultado en 28 de diciembre de 2020).

Autonomía	Duración media de los procesos finalizados en el periodo	Incidencia media mensual por cada mil trabajadores protegidos	Número de procesos iniciados en el periodo	Prevalencia por cada mil trabajadores protegidos	Número de procesos en vigor al final del periodo considerado	Trabajadores protegidos al final del periodo considerado
ANDALUCÍA	18,26	6,91	121.457	4,52	11.346	2.508.264
ARAGÓN	16,44	15,59	60.538	7,18	4.002	557.708
ASTURIAS	19,31	6,86	16.429	3,76	1.303	346.206
BALEARES	14,63	10,79	35.635	3,55	1.736	489.538
CANARIAS	16,91	6,78	36.063	3,91	2.993	765.391
CANTABRIA	18,11	10,78	15.710	4,55	963	211.441
CASTILLA Y LEÓN	19,11	10,98	63.188	7,47	6.232	834.095
CASTILLA-LA MANCHA	19,62	14,78	69.953	9,15	6.359	695.037
CATALUÑA	19,47	13,89	319.126	7,31	24.025	3.286.924
EXTREMADURA	17,59	6,58	13.975	6,03	1.865	309.114
GALICIA	20,98	5,72	36.712	3,96	3.661	925.286
MADRID	21,11	16,05	330.327	9,58	28.165	2.941.008
MURCIA	15,27	13,34	52.895	11,60	6.542	564.123
NAVARRA	15,57	18,48	34.641	11,00	2.989	271.773
LA RIOJA	17,41	15,88	13.896	6,85	881	128.691
PAÍS VASCO	17,09	16,95	103.618	7,14	6.272	877.915
VALENCIA	20,14	8,74	109.950	4,30	7.833	1.820.345
CEUTA	22,62	8,98	1.291	17,79	351	19.731
MELILLA	12,95	10,20	1.378	9,19	180	19.585
Total	**19,03**	**11,76**	**1.436.782**	**6,70**	**117.698**	**17.572.175**

Realmente, la asimilación a accidente de trabajo, a los solos efectos de la prestación económica de incapacidad temporal, tiene unas motivaciones claras, aunque no se digan expresamente:

- Facilitar el acceso a una protección a cargo del sistema, pues si se considerara como la situación procedente de enfermedad común, podría dejar fuera cobertura muchos afectados, por ejemplo: aquellos que no alcancen a cubrir el período mínimo de cotización exigible[72].

Por otro lado, hay un aspecto que no queda claro en esta asimilación. Se trata de saber si al trabajador se le va a exigir que reúna los requisitos generales de acceso a la protección contributiva del sistema, es decir, estar afiliado y en alta al momento del hecho causante[73]. O bien, dada la asimilación, caso de qué pese a estar trabajando se hayan incumplido los deberes empresariales de afiliación y alta, el trabajador ¿será considerado de alta de pleno derecho[74] y se podrán en marcha los mecanismos de responsabilidad empresarial previstos en la LGSS?[75]. Téngase en cuenta qué, si se considerara como enfermedad común y el trabajador no se encuentra en alta debido a incumplimientos empresariales, la situación de alta de pleno derecho no sería aplicable, ni tampoco el principio de automaticidad de las prestaciones, ni de subsidiaridad de la Seguridad Social[76] y cabría una posible desprotección del trabajador en caso de insolvencia empresarial. Por otro lado, parece una obviedad, que el trabajador protegido por esta asimilación tiene que encontrarse en alta real y efectiva prestación de servicios y no en situación asimilada alta[77], no tendría mucho sentido otro entendimiento. No obstante, las situaciones que se podrían plantear son numerosas, por señalar una, piénsese en el caso de quien se encuentre en situación de desempleo subsidiado ¿procedería aplicar las previsiones de "desempleo-IT"?[78] ya que si está en aislamiento o tiene restringido el desplazamiento no estaría en condiciones de aceptar una oferta de empleo en dicha situación.

Tampoco queda claro cómo actuar en otras situaciones de alta sin realizar actividad alguna, si ello les afecta o no.

- Una mejora cuantitativa en la prestación, pues se abonaría desde el día siguiente a la baja, sobre base reguladora de cotización de accidente de trabajo (incluiría lo percibido por horas extraordinarias) y en porcentaje del 75% que si fuera por enfermedad común el subsidio se iniciaría al cuarto día, sobre base reguladora de contingencias comunes y en porcentaje inicial del 60% que solo alcanzaría el 75% al vigésimo primer día de la baja[79].

- Evitar "cargar" al empresario con el coste de abonar la prestación desde los días 4 a 15 de la baja[80].

Dicho lo anterior, no parece que tenga mucha justificación, que una situación de confinamiento o restricción en la movilidad tenga que dar lugar a una baja por incapacidad temporal asimilada accidente de trabajo. Con ello se quiebra la naturaleza de la situación de incapacidad temporal, que no es otra que la existencia constatada de una alteración en la salud de una persona, que impide el trabajo de forma temporal *"… mientras que el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social …"* [81].

---

[72] Arts. 169.4 y 172. 1 a) LGSS.
[73] Art. 165.1 LGSS.
[74] Art. 166.4 LGSS.
[75] Art. 167 LGSS y arts. 94 a 96 de la Ley de Seguridad Social de 1966.
[76] Véase art. 95 Ley de Seguridad Social de 1966.
[77] Véase art. 166 LGSS y art. 36 RD 84/1986, de 26 de enero.
[78] Véase art. 283.2 LGSS.
[79] Véase art. 2 del D. 3158/1966, de 23 de diciembre, art. 2 y 8 O. 13 octubre de 1967 y RD 53/1980, de 11 de enero.
[80] Art. 173.1 LGSS
[81] Art. 169.1 LGSS.

Por lo que respecta a las situaciones de aislamiento, la duda acerca de la idoneidad de la asimilación accidente de trabajo, es la realidad o no de la imposibilidad de poder seguir trabajando a distancia y su eficaz control.

Estas dos situaciones quizás hubieran encontrado un acomodo más razonable dentro de la protección por desempleo, puesto que en realidad se tratan de situaciones en que una persona que quiere y puede trabajar ve impedido la prestación de servicios[82]. Y por otro lado no deja de ser un gasto impropio para el sistema de Seguridad Social derivado de una opción política y cuya financiación debería de repercutir en los Presupuestos Generales del Estado.

En cuanto a las situaciones de enfermedad constatada –sin necesidad de acreditar relación alguna con el trabajo desempeñado– se ha optado por la asimilación en su cobertura accidente de trabajo a los solos efectos de la prestación económica de incapacidad temporal. Se favorece la protección social del trabajador evitando exigirle el requisito de cotización mínima y al mismo tiempo se le ofrece una sobreprotección al asimilarla a riesgo profesional, tampoco se comparte esto último.

Por otro lado, en relación con la declaración expresa de que si se considere accidente de trabajo a todos los efectos en caso de que el contagio se haya contraído con causa exclusiva en el trabajo, era una obviedad e innecesaria, puesto que la situación ya está prevista expresamente en el art. 156.2.e) LGSS. Es más, se olvida que hay otras posibilidades como son las recogidas en las letras f) y g) de dicho precepto.

Sobre la consideración como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo de las enfermedades padecidas por el personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV2 durante el estado de alarma, se podría plantear ¿Qué efectos reales tiene? Si comparamos la redacción del art. 156.2. letra e) de la LGSS y el art. 9.1 del RD-ley 19/2020, se puede apreciar lo siguiente:

ART. 156. 2 e) LGSS	Art. 9 .1 RD-ley 19/2020
Las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.	Las prestaciones de Seguridad Social que cause el personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios, inscritos en los registros correspondientes, y que en el ejercicio de su profesión, hayan contraído el virus SARS-CoV2 durante cualquiera de las fases de la epidemia, por haber estado expuesto a ese riesgo específico durante la prestación de servicios sanitarios y socio-sanitarios, cuando así se acredite por los servicios de Prevención de Riesgos laborales y Salud Laboral, se considerarán derivadas de accidente de trabajo, al entender cumplidos los requisitos exigidos en el artículo 156.2.e) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

[82] Recuérdese lo dispuesto en el art.282.1 LGSS.

Estamos ante una aparente mejora en la posición del personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios respecto a otros trabajadores que pudieran haberse visto afectados por la enfermedad. Ya que parece que no se les exigirá una prueba de que la enfermedad adquirida tuvo su causa exclusiva con el trabajo, siendo suficiente acreditar que en su actividad han estado expuestos a ella. Sin embargo, no debe olvidarse que el art. 9.1 del RD-ley 19/2020, precisa que la enfermedad debe haberse adquirido "en ejercicio de su profesión". Con independencia de que la medida pueda ser valorada positivamente, lo cierto es que, en relación con el art. 156.2 e) LGSS:

- Tiene ámbito subjetivo indefinido pero limitado. El número 1 del art. 9 del RD-ley 9/2020, señala que *"Las prestaciones de Seguridad Social que cause el personal que presta servicios en centro sanitarios o socio-sanitarios…"*, sin limitaciones aparentes en cuanto al personal que puede beneficiarse de estas medidas. La cuestión que surge a continuación es si eso es comprensivo de todo el personal o bien queda limitado. Parece que la limitación viene determinada por aquel personal que preste servicios en situaciones o servicios en que puede haber una exposición al virus y aquí surgirá entonces el problema de quién determinará que personal queda sujeto a contacto y que intensidad en el mismo cabrá exigir. En definitiva, podrán quedar fuera de esta consideración el personal asistencial o no asistencial con riesgo bajo de exposición y el personal de baja probabilidad de exposición, teniendo ellos que acreditar que la cusa exclusiva de la enfermedad ha sido el trabajo. Y aquí entonces la controversia surgirá cuando nos encontramos ante uno u otros[83].

---

[83] Véase el Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2 por el Ministerio de Sanidad. Se reproduce a continuación la tabla 1 del apartado 2 del protocolo según las sucesivas actualizaciones en 8 de junio, 7 de octubre y 21 de diciembre de 2020. En letra negrita la novedad y tachado lo eliminado de unos a otros protocolos se pueden ver las notables diferencias entre los dos primeros protocolos y el último:

EXPOSICIÓN AL RIESGO	**EXPOSICIÓN DE BAJO RIESGO**	**BAJA PROBABILIDAD DE EXPOSICIÓN**
Protocolo a 8 de junio de 2020		
Personal sanitario asistencial y no asistencial que atiende a un caso sospechoso o confirmado de COVID-19 Técnicos de transporte sanitario, si hay contacto directo con un caso sospechoso o confirmado de COVID-19 trasladado Situaciones en la que no se puede evitar un contacto estrecho en el trabajo con un caso sospechoso o confirmado de COVID-19	Personal sanitario cuya actividad laboral no incluye contacto estrecho con un caso sospechoso o confirmado de COVID-19, por ejemplo: acompañantes para traslado; celadores, camilleros, trabajadores de limpieza. Personal de laboratorio responsable de las pruebas de diagnóstico virológico. Personal sanitario que tenga contacto con material sanitario, fómites o desechos posiblemente contaminados. Ayuda a domicilio de contactos asintomáticos.	Trabajadores sin atención directa al público, o a más de dos metros de distancia, o con medidas de protección colectiva que evitan el contacto, por ejemplo: personal administrativo, técnicos de transporte sanitario con barrera colectiva, sin contacto con el paciente; conductores de transportes públicos con barrera colectiva; y personal de seguridad
Protocolo a 7 de octubre de 2020		
Igual	Igual	Igual
Protocolo a 21 de diciembre de 2020		
Personal sanitario asistencial y no asistencial que atiende a un caso sospechoso o confirmado de COVID-19. Situaciones en la que no se puede evitar un contacto estrecho en el trabajo con un caso sospechoso o confirmado de COVID-19	**Personal asistencial y no asistencial que entra en zonas COVID, y cuyas tareas se realizan manteniendo la distancia de seguridad y si actuación directa sobre casos sospechosos o confirmados**. Personal sanitario que tenga contacto con material sanitario, fómites o desechos posiblemente contaminados. Ayuda a domicilio de contactos asintomáticos.	**Personal sanitario asistencial y no asistencial que desarrolla su actividad en áreas NO COVID con las medidas de prevención adecuadas.** **Trabajo no sanitario o no socio sanitario con probabilidad de contacto con casos COVID-19, manteniendo la distancia de seguridad y sin actuación directa sobre ellos.**

- Un ámbito temporal concreto o limitado: hasta que las autoridades sanitarias no levanten todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

- Un medio de prueba restringido. Así lo parece al indicar en relación con la acreditación de haber estado expuesto a este riesgo específico *"… cuando así lo acredite por los servicios de Prevención de Riesgos Laborales y Salud Laboral"*, con olvido que cualquier medio de prueba admisible en derecho bastaría para ello.

Por otro lado, este tratamiento singular para el personal que presta servicios en centros sanitario o socios-sanitarios se completa con una presunción de que en caso de se produzca la muerte de esa persona se considerará que la misma es imputable accidente de trabajo, si produce dentro de los cinco años siguientes al contagio, de conformidad con lo previsto en el art. 217.2 LGSS. La medida afectará a las muertes ocurridas en situación de incapacidad temporal o de incapacidad permanente en cualquiera de sus grados[84]. Adviértase que por un lado amplía su aplicación a otras situaciones no previstas en el art. 217.2 LGSS, pero por otro lado limita su alcance a que la muerte tiene que ocurrir dentro de los cinco años siguientes al contagio, a diferencia de lo señalado en dicho precepto para los grados de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez.

En el punto 2. Letra B (ut supra) ya se indicó que la consideración de que una determinada prestación tiene su causa en un riesgo profesional puede llevar consigo un plus penalizador sobre las prestaciones causadas a cargo del empresario cuando el accidente de trabajo o enfermedad profesional sea a consecuencia de la falta de equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad o salud en el trabajo, o la de adecuación personal a cada trabajo, teniendo en cuenta sus características y de edad, sexo y otras condiciones del trabajador.

4. DOS ASPECTOS QUE CONSIDERAR SOBRE LA CALIFICACIÓN DEL COVID-19 COMO ACCIDENTE DE TRABAJO

Dos cuestiones sobre las que poco o nada se habla sobre las consecuencias que puede tener, con todas las limitaciones antes señaladas, que el CORANAVIRUS-19 pueda considerarse como accidente de trabajo son: la viabilidad de la imposición o no de un recargo en las prestaciones Seguridad Social causadas al amparo del art. 164 de la LGSS; y, en segundo lugar, si cabría o no su reconocimiento como enfermedad profesional en lugar de accidente de trabajo.

4.1. El recargo en las prestaciones de la Seguridad Social

En el punto 2. Letra B de este estudio (*ut supra*) ya se indicó que la consideración de que una determinada prestación tiene su causa en un riesgo profesional puede llevar consigo un plus penalizador sobre las prestaciones causadas a cargo del empresario, cuando el accidente de trabajo o enfermedad profesional sea produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad o salud en el trabajo, o la de adecuación personal a cada trabajo, teniendo en cuenta sus características y de edad, sexo y otras condiciones del trabajador.

Y también por su interés confróntese con la Guía de Ayuda para la Valoración de Enfermedades Profesionales, elaborada por el INSS, tercera edición, véase la nota 108 de este estudio.

[84] El art. 217.2 LGSS distingue según el grado de incapacidad permanente reconocido. En los grados de absoluta o gran invalidez se reputarán fallecidos a consecuencia de accidente de trabajo cualquiera que sea el momento del fallecimiento, mientras que en el esto de grados la muerte debe probarse que ha sido debida al accidente y que esta ocurra dentro de los cinco años siguientes al mismo.

Hay un aspecto previo que merece la pena detenerse y es si dentro las condiciones para la aplicación de las previsiones del art. 164 de la LGSS cabe considerar las vulneraciones de las medidas elementales de salubridad, como son las disposiciones y medidas de sanidad y salud pública. Se dice esto porque del tenor literal del actual art. 164 LGSS no queda muy claro. Si comparamos la versión que tenía este precepto en el anterior texto refundido de la LGSS, podemos apreciar las siguientes diferencias:

Artículo 164.1 LGSS	**Artículo 123.1 LGSS/1994**
"1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado **las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo**, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.	"1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado **las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad** o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador".

Lo cual podría llevarnos a pensar que el incumplimiento de las medidas de salubridad (medidas de sanidad y salud pública) no serían suficientes para la imposición de recargo en las prestaciones. O bien entender, que hubo un exceso en el último texto refundido y que la propia naturaleza y alcance de la refundición permiten entender que el incumplimiento de las mismas es motivo bastante para la imposición del recargo. La polémica está ahí.

El tema de la prevención de riesgos laborales durante la crisis sanitaria provocada por la pandemia no es una novedad. Son numerosos los pronunciamientos judiciales en torno a conflictos colectivos planteados por sindicatos, fundamentalmente, en el ámbito de los servicios sanitarios y sociales en los que se denunciaba la vulneración de los derechos de los trabajadores públicos en materia de prevención de riesgos laborales, al poner en riesgo grave su vida, integridad física y salud, y lesionando su derecho a la integridad física y a la protección de la salud ya que las administraciones demandadas no proporcionaban a los empleados públicos sanitarios, los equipos de protección individual adecuados por riesgos de exposición ante el agente biológico virus SARS-CoV-2 y el riesgo de contagio o infección desarrollando la enfermedad COVID-19. Los fallos judiciales han venido en unos casos reconociendo las denuncias formuladas y condenando a las Administraciones empleadoras demandadas al restablecimiento de los derechos vulnerados, y a proporcionar a determinados empleados públicos sanitarios en todos los centros sanitarios, unidades sanitarias, centros socio-sanitarios o sociales, públicos, concertados y privados intervenidos, dirigidos o coordinados por la administración, los equipos de protección individual adecuados por riesgos de exposición ante el agente biológico virus SARS-CoV-2 y el riesgo de contagio o infección desarrollando la enfermedad COVID-19, en **el momento que disponga de ellos**, consistentes en:- protección respiratoria ("mascarillas") con eficacia de filtración FFP2 o FPP3; protección ocular anti-salpicaduras, o de montura integral o un protector facial completo; guantes; gorros; calzas específicas; hidrogel o hidro-alcohol biocida; y contenedores de residuos, de diversos tamaños; y a reponerlos cuando sea necesario,

previa evaluación individual del riesgo[85]. En otros casos, la estimación del conflicto es parcial y limitado a determinados medidas[86]. Y también nos podemos encontrar con resoluciones desestimatoria de conflicto, pero reconociendo que ha existido un periodo de tiempo en que en lo relativo a la dotación de EPIS la Administración ha incurrido en un deficiente cumplimiento de sus obligaciones preventivas respecto a los trabajadores de los centros de personas mayores y personas con discapacidad que gestiona, si esa desatención de su obligación legal tenga el alcance, trascendencia y entidad precisos para haber originado un peligro real y de importancia notable de manera general y global para la salud de todos los trabajadores afectados por el conflicto cualquiera que sea su categoría profesional y las funciones que realicen[87]. La importancia de estos fallos pueda estar en hipotéticas reclamaciones de imposición de recargo por falta de medidas de prevención y seguridad ya que en todas ellas se está reconociendo esas ausencias o faltas de medidas.

Algunas precisiones convendría hacer respecto a estas hipotéticas futuras reclamaciones, como:

No parece que sean sostenibles pretensiones en reclamación de recargo en las prestaciones, en relación con una prestación de incapacidad temporal asimilada accidente de trabajo, en los casos de restricciones en la movilidad o confinamiento, ni tampoco para las situaciones de aislamiento que luego no se vean confirmadas –en la enfermedad– y declaradas como accidente de trabajo[88].

Y la segunda precisión a realizar es cuales son las medidas de prevención cuyo incumplimiento hay que examinar para entender que la conducta activa u omisiva del empresario es merecedora de sanción. Teniendo en cuenta que habrá que distinguir entre aquellas empresas cuyas actividades, por su propia naturaleza, la exposición al SARS-CoV-2 pueda constituir un riesgo profesional, de aquellas otras en las que su presencia en los centros de trabajo será una situación excepcional, derivada de infecciones de los trabajadores por otras vías distintas a la profesional.

Las disposiciones que con carácter general se vienen invocando a la hora de fijar o estables procedimientos de actuación de prevención contra la exposición al SARS-Cov-2, son las siguientes: a) Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL); b) RD 664/1997, de 12 de mayo, sobre protección de los trabajadores contra riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo[89]; c) RD 773/1997, de 30 de mayo, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización para los trabajadores de equipos de protección individual; d) RD 374/2001, de 6 abril, sobre protección de la seguridad y salud de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo; d) RD 1591/2009, de 16 octubre, por el que se regulan los productos sanitarios; e) Reglamento (UE) 2016/425 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo, relativo a los

[85] Véase STSJ Aragón 405/2020, de 22 de septiembre (rec. 353/2020).

[86] Véase STSJ Isla Baleares 274/2020, de 8 septiembre (rec. 4/2020), en la que se estima parcialmente la demanda a que la empresa demandada *"efectúe el lavado y desinfección de la ropa de trabajo de los trabajadores, y que adopte las medidas necesarias para que al salir de la zona de trabajo puedan quitarse la ropa de trabajo y los equipos de protección personal, depositándose en los contenedores destinados a esta finalidad, sin que sean llevados a sus domicilios"*.

[87] STSJ La Rioja 135/2020, de 1 de octubre (rec. 121/2020).

[88] En este sentido véase Nota Informativa sobre la posible consideración como contingencia profesional de las enfermedades derivadas de la exposición al nuevo coronavirus (SARS-CoV-2) y la procedencia del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, Dirección del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 4 de agosto de 2020 (wwww.mitramiss.gob.es/itss, consultado en 28 diciembre de 2020).

[89] Y la Orden de 25 de marzo de 1998, por que se adapta en función del progreso técnico el RD 664/1997, de 12 de mayo.

equipos de protección individual y por el que se deroga la Directiva 89/686/CEE del Consejo[90]; y f) Recomendación (UE) 2020/403, de la Comisión de 13 de marzo de 2020, relativa a la evaluación de la conformidad y los procedimientos de vigilancia del mercado en el contexto de la amenaza que representa el COVID-1[91]. A ellas parece que habrá que estar[92]. A las que habría que añadir también la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP); los arts. 4.2 d) y 19.1 del RD-legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET); y el art. 96.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LJS).

Quizás, de todas ellas, la más relevante es el RD 664/1997, de 12 mayo, fundamentalmente en servicios sanitarios, laboratorios y trabajos funerarios[93] y en ellas ser centrarán previsiblemente las labores de vigilancia y control de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social[94].

Una última cuestión a tener en cuenta es sí en esta situación excepcional de carácter mundial provocada por la crisis sanitaria, los habituales criterios administrativos y judiciales –en su caso– a la hora de establecer un recargo en las prestaciones de la Seguridad son aplicables o no y en caso de que lo sean si deben de hacerse con cierta cautela[95].

---

[90] Se puede consultar en https://www.boe.es/doue/2016/081/L00051-00098.pdf.

[91] Se puede consultar en http://data.europa.eu/eli/reco/2020/403/oj.

[92] También deberán de tenerse en cuenta normas técnicas como:

-UNE EN 149:2001+A1:2010 Dispositivos de protección respiratoria. Medias máscaras filtrantes de protección contra partículas. Requisitos, ensayos, marcado.

-UNE EN 143:2001+ A1:2006 Equipos de protección respiratoria. Filtros contra partículas. Requisitos, ensayos, marcado.

-UNE EN 140:1999 Equipos de protección respiratoria. Medias máscaras y cuartos de máscara. Requisitos, ensayos, marcado;

-UNE-EN ISO 374- 5:2016, Guantes de protección contra productos químicos y los microorganismos peligrosos. Parte 5: Terminología y requisitos de prestaciones para riesgos por microorganismos. (ISO 374-5:2016) (Ratificada por la Asociación Española de Normalización en junio de 2017).

-UNE-EN 14126:2004 y UNE-EN 14126 :2004 /AC: 2006 Ropa de protección. Requisitos y métodos de ensayo para la ropa de protección contra agentes biológicos.

-UNE EN 1 4605:2005 + A1:2009, Ropa de protección contra productos químicos líquidos. Requisitos de prestaciones para la ropa con uniones herméticas a los líquidos (Tipo3) o con uniones herméticas a las pulverizaciones (Tipo4), incluyendo las prendas que ofrecen protección únicamente a ciertas partes del cuerpo (Tipos PB [3] y PB [4].

-UNE EN 166:2002, Protección individual de los ojos. Especificaciones.

[93] Sin que haya que olvidar el transporte, vigilantes, etc.

[94] Véase en este sentido el criterio operativo n.º 102/2020, de 16 de marzo (www.mitramiss.gob.es/itss). Consultado en 28 de diciembre de 2020. Y la nota informativa Nota Informativa sobre la posible consideración como contingencia profesional de las enfermedades derivadas de la exposición al nuevo coronavirus (SARS-CoV-2) y la procedencia del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, Dirección del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 4 de agosto de 2020 (wwww.mitramiss.gob.es/itss, consultado en 28 diciembre de 2020).

[95] Nota Informativa sobre la posible consideración como contingencia profesional de las enfermedades derivadas de la exposición al nuevo coronavirus (SARS-CoV-2) y la procedencia del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, Dirección del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 4 de agosto de 2020 (wwww.mitramiss.gob.es/itss, consultado en 28 diciembre de 2020), pág. 8. En la misma se indica que se tendrán en cuenta los siguientes aspectos:

-Los informes y las conclusiones que contengan estarán referidos a trabajadores o empleados públicos, individualmente considerados y no a un colectivo sin especificación de las personas integrantes de los mismos, razón por la cual estos informes no podrán tener como base, exclusivamente, resoluciones judiciales firmes, en las que se establezcan hechos probados sobre incumplimientos genéricos referidos a colectivos de personas trabajadoras o empleadas públicas de obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales o de medidas preventivas sanitarias para prevenir los contagios por el COVID-19.

En principio hay que tener en cuenta que las normas de previsión de riesgos laborales obligan a tener prevista y preparada la respuesta sobre protección adecuada (singularmente del personal sanitario) ante la probabilidad de una pandemia como la iniciada a principios de 2020, bien mediante una inversión sostenida en medios materiales bien mediante la disponibilidad de un sistema que garantice la inmediatez de la respuesta, preventiva y protectora, ante la aparición efectiva del riesgo por un elemental principio de precaución[96].

La LSP, de aplicación tanto a las Administraciones públicas como a las empresas privadas, dispone en su art. 32 que: *"La salud laboral tiene por objeto conseguir el más alto grado de bienestar físico, psíquico y social de los trabajadores en relación con las características y riesgos derivados del lugar de trabajo, el ambiente laboral y la influencia de éste en su entorno, promoviendo aspectos preventivos, de diagnóstico, de tratamiento, de adaptación y rehabilitación de la patología producida o relacionada con el trabajo"*.

Por su parte el art. 4.2. d) del ET, establece que "*… en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho... a su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales"; en lo que luego se insiste cuando su art. 19.1 señala que: «El trabajador, en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo»*.

De la LPRL conviene recordar cómo define[97]: a) la prevención, como el conjunto de actividades o medidas adoptadas o previstas en todas las fases de actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo; b) Riesgo laboral, la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo; c) como daños derivados del trabajo, las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo; y d) como riesgo laboral grave e inminente aquel que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores y que el caso de exposición a agentes susceptibles de causar daños graves a la salud de los trabajadores, se considerará que existe un riesgo grave e inminente cuando sea probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato una exposición a dichos agentes de la que puedan derivarse daños graves para la salud, aun cuando éstos no se manifiesten de forma inmediata.

Por otro lado, la LPRL dispone que los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. El citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales (art. 14.1). En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, para ello el empresario desarrollará una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los riesgos que no se hayan podido evitar y los niveles de protección exis-

---

- Por el contrario, y sin perjuicio de la correspondiente valoración de dichas resoluciones judiciales, se deberá proceder a la comprobación individualizada de las circunstancias en las que se desarrolló la actividad laboral por los concretos trabajadores o empleados públicos, como consecuencia de las cuales pudo sufrir el contagio de COVID-19, que dio lugar al accidente de trabajo reconocido, que generó las prestaciones económicas de la Seguridad Social sobre las que se aplicará el recargo en su caso, ya que la relación de causalidad no se presume, sino que ha de resultar probada.

-Respecto a las circunstancias concretas dela actividad, podrán valorarse aspectos tales como el puesto de trabajo ocupado, las características de la persona trabajadora, la realización de jornadas extraordinarias de trabajo, con prolongaciones especiales, o el nivel de riesgo de exposición en el que se haya trabajado, conforme a los previstos en el "Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2" (Baja probabilidad de exposición; exposición de bajo riesgo o exposición de riesgo).

[96] Recogido en el art. 3 Ley 33/2011, de 4 de octubre, de General de Salud Pública.

[97] Art. 4 LPRL.

tentes y dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención señaladas en el párrafo anterior a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo (art. 14.2).

El RD 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, establece las disposiciones mínimas aplicables a las actividades en las que los trabajadores estén o puedan estar expuestos a agentes biológicos debido a la naturaleza de su actividad laboral. Dicho disposición incluye entre los agentes biológicos a microorganismos, con inclusión de los genéticamente modificados, cultivos celulares y endoparásitos humanos, susceptibles de originar cualquier tipo de infección, alergia o toxicidad, y considera en el grupo 4 a *"aquél que causando una enfermedad grave en el hombre supone un seno peligro para los trabajadores, con muchas probabilidades de que se propague a la colectividad y sin que exista generalmente una profilaxis o un tratamiento eficaz".* Sus artículos 4 a 8 establecen toda una serie de obligaciones del empresario relativas a: identificación de riesgos; sustitución de riesgos biológicos; reducción de los riesgos; medidas higiénicas; y de vigilancia de la salud de los trabajadores[98].

El RD 773/1997, de 30 de mayo, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual (EPIS), establece las disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la elección, utilización por los trabajadores y mantenimiento de los EPIS, que les proteja de los riesgos que puedan amenazar su seguridad o su salud, y que deberán utilizarse cuando existan riesgos para la seguridad o salud de los trabajadores que no hayan podido evitarse o limitarse suficientemente por medios técnicos de protección colectiva o mediante medidas, métodos o procedimientos de organización del trabajo (art. 1). Su art. 3 establece una serie de obligaciones a cargo del empresario, entre otras cosas, a determinar los puestos de trabajo en los que deba recurrirse a la protección individual y precisar, para cada uno de estos puestos, el riesgo o riesgos frente a los que debe ofrecerse protección, las partes del cuerpo a proteger y el tipo de EPIS que deberán utilizarse; elegir los EPIS individuales, manteniendo disponible en la empresa o centro de trabajo la información pertinente; proporcionar gratuitamente a los trabajadores los equipos de protección individual que deban utilizar, reponiéndolos cuando resulte necesario; velar por que la utilización de los mismos y su mantenimiento se haga conforme a las previsiones establecidas en el art. 7[99].

También debe recordarse lo que sobre la deuda de seguridad viene diciendo nuestro Tribunal Supremo:

- "La deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que, actualizado el riego, para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá –incluso– de las exigencias reglamentarias" [FD, 3.º 2]; "... la obligación del empresario alcanza a evaluar todos los riesgos no eliminados y no sólo aquellos que las disposiciones específicas hubiesen podido contemplar expresamente (arts. 14.2, 15 y 16 LPRL), máxime cuando la generalidad de tales normas imposibilita prever todas las situaciones de riesgo que comporta el proceso productivo" [FD. 3.º 2][100].

- "El Estatuto de los Trabajadores genéricamente consagra la deuda de seguridad como una de las obligaciones del empresario, al establecer el derecho del trabajador "a su integridad física" (art. 4.2.d) y a "una protección eficaz en materia de seguridad e higiene" (art. 19.1). Obligación que más específicamente y con mayor rigor de exigencia desarrolla la LPRL, cuyos rotundos

---

[98] Otros deberes de los empresarios son (arts. 9 a 13 del RD 664/1997, de 12 de mayo) son: documentación; notificación a la autoridad laboral; información a las autoridades competentes; información y formación de los trabajadores; y consulta y participación de los trabajadores.

[99] También deben destacarse las previsiones recogidas en los arts. 4 a 10, relativas a: criterios de empleo, condiciones, elección, utilización y mantenimiento de los EPIS.

[100] STS 30 junio 2010 (rec. 4123/2008).

mandatos contenidos en los arts. 14 .2, 15.4 y 17.1 LPRL, determinaron que se afirmase que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado y que deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran" [FD. 3.º 1 letra b][101].

Y, por último, lo normado por el art. 96.2 LRJS: *"En los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probarla adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad. No podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira"*.

En definitiva, la imposición de recargo en las prestaciones de Seguridad Social, ante el contagio de la enfermedad considerado como accidente de trabajo es viable y será al empresario (sea Administración Pública o empresa privada) el que deba de demostrar que adoptó las medidas necesarias para prevenir o evitar el contagio de su personal. Otra cosa será que las extraordinarias circunstancias, las cambiantes recomendaciones en torno a los procedimientos de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2 puedan ser tomadas en consideración en la determinación concreta del recargo[102].

4.2. Su posible consideración como enfermedad profesional

El art. 157 LGSS recoge el concepto de la enfermedad profesional, definida como *"la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional"*[103].

Como vienen señalando los Tribunales[104] para determinar si nos encontramos ante una enfermedad profesional, habrá que analizar si el causante reúne los tres requisitos que la citada norma exige para ello: a) Que la enfermedad se haya contraído a consecuencia del trabajo realizado por cuenta ajena; b) Que se trate de alguna de las actividades que reglamentariamente se determinan, y c) Que esté provocada por la acción de elementos y sustancias que se determinen para cada enfermedad. En resumen, la calificación surge cuando concurre una actividad de las tipificadas con la patología normativamente asociada a ella, mientras que el nexo de causalidad se presume y no necesita acreditación.

El cuadro de enfermedades profesionales se contiene actualmente en el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, cuadro que se clasifica en seis Grupos, organizados por agentes, subagentes, actividades, códigos y enfermedades profesionales, con la relación de las principales actividades capaces de producirlas. En nuestro sistema de Seguridad Social se ha optado, pues, por seguir el sistema o modelo de "lista", conforme al cual se atribuye la consideración de enfermedad profesional a toda aquella recogida en una lista que acoge además las sustancias y ámbitos profesionales o sectores en que está presente, vinculando todos estos elementos, siguiendo la

---

[101] STS 1039/1018, 11 de diciembre (rec. 1653/2016).

[102] Sumamente ilustrativa es la nota que se ha venido incorporando a la guía del Ministerio de Sanidad en todas sus ediciones, cuando señala "Las recomendaciones incluidas en el presente documento están en continua revisión en función de la evolución y nueva información que se disponga de la infección por el nuevo coronavirus (SARS-CoV-2)" (www.mscbs.gob.es).

[103] Sobre las enfermedades profesionales puede verse: AA.VV.: Las Enfermedades Profesionales desde la perspectiva de la Seguridad Social, Investigación financiada al amparo de lo previsto en la Orden TAS/940/2007, de 28 de marzo (Subvenciones para el Fomento de la Investigación Social FIPROS, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, p. 508. Se puede consultar en http://www.seg-social.es

[104] Por todas STS 13 noviembre de 2016 (rec. 2539/2015).

Recomendación 2003/670/CE de la Comisión, de 19 de septiembre de 2003, relativa a la lista europea de enfermedades profesionales.

Pues bien, si tenemos en cuenta que[105]:

a) El grupo 3 de la lista de enfermedades profesionales recoge las Enfermedades profesionales causadas por agentes biológicos y las principales actividades capaces de producirlas.

b) Que su apartado A es el relativo a las enfermedades infecciosas causadas por el trabajo de personas que se ocupan de la prevención, asistencia médica y actividades en las que se ha probado un riesgo de infección (excluidos aquellos microorganismos incluidos en el grupo 1 del RD 664/1997, de 12 de mayo, regulador de la protección de los trabajadores contra riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo)[106].

c) Que el SARS-CoV-2 pertenece al grupo 2 "coronaviridae", del RD 664/1997.

Parece que cabría considerar que la infección por COVID-19 quedaría incluida –al menos– como enfermedad profesional con los códigos 3A01 a 3A04 para el personal sanitario, sanitario y auxiliar de instituciones cerradas, personal de laboratorio y personal socio-sanitario[107].

---

[105] Véase MARTÍ-AMENGUAL, G.; SANZ-GALLEN, P. y ARIMANY-MANSO, J.: "Valoración médico legal de la infección por COVID-19 en el ámbito laboral", *Revista Española de Medicina Legal,* 2020; 46 (3), pp. 146 a 152.

[106] Véase la Orden TES/1180/2020, de 4 de diciembre, por la que se adapta el RD 664/1997, de 12 de mayo a las previsiones de la Directa (UE)2030/739 de 3 de junio de 2020 que modifica el anexo III de la Directiva 2000/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo para la inclusión del SARS-CoV-2 en la lista de agentes biológicos que son patógenos humanos conocidos.

[107] Si atendemos a la Guía de Ayuda para la Valoración de Enfermedades Profesionales, elaborada por el INSS, tercera edición, a tenor de la misma (páginas 624 y ss.) cabría entender dentro de las actividades vinculadas al Código 3A01 las actividades desempeñadas por: auxiliares de enfermería hospitalaria, auxiliares de enfermería de atención primaria; técnicos auxiliares de farmacia, técnicos de emergencias sanitarias; celadores de hospital, ayudantes dentista; trabajadores de los cuidados personales a domicilio, cuidadores de niños en guarderías y centros educativos (guardería infantil, jardín de infancia, educación infantil primer ciclo, auxiliares de puericultura, vigilantes de comedor escolar y cuidadores-acompañantes en autobús escolar) cuidadores de niños a domicilio. Ver la guía en: http://www.seg-social.es (consultada a 28 diciembre de 2020).

No se conocen todavía pronunciamientos judiciales sobre el particular. No obstante, puede ser de interés en relación con la gripe debida a virus de la gripe aviar la STSJ de Galicia de 13 de mayo de 2019 (rec. 481/2019), en relación con la petición de determinación de contingencia de una situación de incapacidad temporal formulada por una enfermera. Se puede leer en su FD segundo lo siguiente: *"De acuerdo con los hechos que se declaran probados, resulta que la enfermedad que ha padecido la demandante, de cuyo origen infeccioso no cuestiona ninguna de las partes , ha de considerase incluida en ese cuadro establecido en el real decreto y la profesión que ejerce la actora es de las incluidas en el mismo Real decreto como susceptibles del padecimiento a que se refiere, y acreditado que la patología que sufrió la actora ha sido contraída por razón de su trabajo, (pues en definitiva se ha acreditado que en días previos al proceso de IT estuvo en contacto con pacientes que padecían la misma enfermedad infecciosa que a ella le ha sido diagnosticada varios días después de dichos contactos) y parece obvio por ello que el contagio se produjo en su centro de trabajo por lo que al probarse en definitiva el contagio con enfermos diagnosticados de la enfermedad por la se produce el proceso de IT, la consecuencia es que el origen de su situación de IT es claramente profesional. Y al haberlo estimado así la sentencia de instancia en modo alguno ha incurrido en las infracciones jurídicas denunciadas de contrario lo que conduce a la desestimación de los recursos interpuestos y a la confirmación de la sentencia de instancia"*. Los hechos probados notician lo siguiente: *PRIMERO. - La demandante Doña Leonor, con DNI NUM000, viene prestando servicios para el Sergas con la categoría profesional de enfermera y destino en el Servicio de Hematología-Cirugía Vascular del Hospital de Montecelo. La demandada Sergas tiene cubiertas las contingencias comunes y profesionales con el Instituto Nacional de la Seguridad Social. SEGUNDO. - En fecha 28 de enero de 2017 la demandante inició situación e incapacidad temporal derivada de enfermedad profesional con el diagnóstico de "gripe debida a virus de la gripe aviar identificado". En dicha situación permaneció hasta el 6 de febrero de2017. TERCERO. - El Instituto Nacional de la Seguridad Social inició de oficio expediente de determinación de contingencia referido al citado proceso de incapacidad temporal y en Resolución de fecha 29 de marzo de 2017declaró que éste derivaba de contingencias*

En resumen, si se reúnen los tres requisitos antes señalados (dolencia, agente y actividad), surge la presunción legal de que la enfermedad contraída tiene origen profesional, con la consecuencia de que quien trabaje en dichas actividades no tiene que probar la relación de causalidad[108].

Se podría pensar que el trabajador, al menos el sanitario y socio sanitario, ya está suficientemente protegido con la consideración de que un contagio por COVID-19 se va a considerar a todos los efectos como derivada de accidente de trabajo. Ciertamente es una cobertura importante, pero si se considerara como enfermedad profesional, podrían quedar resueltos o atendidos aspectos tales como:

a) Los períodos de aislamiento que podrían ser considerados como período de observación por enfermedad profesional para situaciones de incapacidad temporal[109].

b) La imprescriptibilidad de sus efectos ya que en caso de fallecimiento en contra de lo normado en el art. 9.3 del RD-ley 19/2020 en relación con el art. 217.2 LGSS. Teniendo en cuenta que los conocimientos actuales el curso clínico evolutivo de quien haya sufrido o se encuentre padeciéndola es a fecha de hoy imprevisible y desconocido, no debiendo olvidar las graves secuelas que se están presentado en quiénes han sufrido la misma (respiratorias, cardiacas, renales, etc.).

---

comunes. CUARTO. - En la Unidad de Enfermería de Hematología/Cirugía Vascular en la que presta servicios la demandante ingresaron tres pacientes a lo largo del mes de enero de 2017 que fueron diagnosticados de gripe A, de los cuales al menos dos de ellos estuvieron a cargo de la demandante, uno los días 11 y 13 de enero de 2017 y el otro el 19 de enero de 2017. La demandante fue atendida en Urgencias del CHOP el 27 de enero de 2017 por presentar malestar general de dos días de evolución, disnea y dolor articular, y le fue realizada determinación de virus respiratorios, que fue positiva para gripe A y negativa para VRS y gripe influenza B".
En sentido contrario y para un supuesto de gripe "común" contraída por un médico pediatra de un centro de salud, véase la STSJ Asturias 2067/2014, de 30 de septiembre (rec. 1242/2014).

[108] En sentido puede verse la petición formulada por la Organización Médica Colegial de España en fecha 5 de mayo de 2020, véase el informe jurídico en:
https://confilegal.com/wp-content/uploads/2020/05/INFORME-SOBRE-CALIFICACI%C3%93N-COMO-CONTINGENCIA-PROFESIONAL.pdf (consultado en fecha 28 diciembre de 2020). En similares términos puede verse la petición de la Asociación de Médicos y Titulados Superiores de Madrid al Defensor del Pueblo en fecha 27 de mayo de 2020, véase:
https://amyts.es/amyts-consigue-que-el-gobierno-estudie-la-consideracion-de-la-covid-19-como-enfermedad-profesional/ (consultado en 28 de diciembre de 2020). O la nota informativa emitida por conjuntamente por la Asociación Española de Especialistas en Medicina del Trabajo, Sociedad Española de Medicina y Seguridad en el Trabajo, Asociación Profesional de Médicos Evaluadores de la Seguridad Social, Asociación Nacional de Medicina del Trabajo en el Ámbito Sanitario, Sociedad Española de Salud Laboral en la Administración Pública y la Asociación de Especialistas en Enfermería en el Trabajo en 29 de mayo de 2020, véase:
http://www.aeemt.com/web/wp-content/uploads/2020/06/Covid19-ENFERMEDAD-PROFESIONAL-20200602-TNR.pdf (consultado en 28 de diciembre de 2020).
También puede resultar de interés consultar la Guía de Ayuda para la Valoración de las Enfermedades Profesionales, elaborada por el INSS, 3.ª edición. En ella son de interés el examen de sus pp. 287 a 289 y 624 a 638. Véase:
http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/0c2b4db3-c033-4503-8b52-0de02443f43d/GUIA+EEPP-ON+LINE-3+EDICION.pdf?MOD=AJPERES&CVID (consultado en 28 diciembre de 2020).

[109] Véase art. 169.1. b) LGSS.

SEGUNDA PARTE
PREMIOS RIVERO LAMAS 2020

PROPUESTA DE REGULACIÓN PARA EL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO EN EL CONTEXTO DE UNA HIPOTÉTICA LEY ORGÁNICA DE HUELGA

PROPOSED REGULATION FOR TECHNOLOGICAL SCABBING IN THE CONTEXT OF A HYPOTHETICAL ORGANIC STRIKE LAW*

Rodrigo Tascón López**
Universidad de León

SUMARIO: 1. El esquirolaje tecnológico como potencial conducta lesiva del derecho de huelga. –2. El esquirolaje tecnológico en los pronunciamientos de los tribunales laborales. –3. Propuesta de regulación del esquirolaje tecnológico en el contexto de una hipotética Ley Orgánica de Huelga.

RESUMEN

Los avances tecnológicos tan portentosos que están acaeciendo tienen influencia sobre los más diversos aspectos de las relaciones laborales. Entre ellos, dejan sentir sus efectos en el ámbito del conflicto colectivo, donde la aplicación de la robótica y la inteligencia artificial está permitiendo (y lo hará con mayor virulencia en el futuro) que sea factible sustituir el esfuerzo productivo de los trabajadores huelguistas, a riesgo de convertir en ilusorio el mecanismo tradicional de expresión del conflicto colectivo.

El presente trabajo, sin olvidar las aportaciones doctrinales más interesantes, se centra en analizar, a modo de repaso, la doctrina jurisprudencial y constitucional existente en derecho español sobre el esquirolaje tecnológico: desde la permisiva jurisprudencia inicial que lo toleraba de forma generalizada bajo el argumento de que la empresa no estaba obligada a colaborar con los fines de los huelguistas; pasando por la más ponderada que entendía que un abuso de los medios técnicos durante la huelga podía vaciar de contendido el derecho fundamental consagrado en el art. 28.2CE; hasta, en fin, la más reciente e inacabada doctrina del Tribunal Constitucional que, si bien hace suya aquella máxima jurisprudencial primera (la empresa no está obligada a colaborar con los huelguistas), mantiene incólume su doctrina sobre el esquirolaje clásico (conforme a la cual la empresa no puede hacer uso de sus poderes durante la huelga alterando las funciones de los no huelguistas), aportando una resultante en la que restan aún muchos aspectos por concretar.

*Recibido el 1 de marzo de 2020. Aceptado el 11 de enero de 2021.
El presente trabajo se ha elaborado en el marco de los Proyectos de Investigación titulados "Nuevos lugares, distintos tiempos y modos diversos de trabajar: innovación tecnológica y cambios en el ordenamiento social", clave DER2017-82192-C3-1-R, financiado dentro del plan de I+D+I del Ministerio de Economía y Competitividad, y "Sostenibilidad económica, social y medioambiental e innovación tecnológica. Nuevas coordenadas en las políticas públicas en Castilla y León", clave LE0004P17, financiado por la Junta de Castilla y León, desarrollados en el seno de la Unidad de Investigación Consolidada UIC 198 reconocida por la Junta de Castilla y León, cuyo investigador responsable es el Prof. Dr. Juan José Fernández Domínguez.
** Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

A la vista de este prurito jurídico, el ensayo cierra con un colofón conclusivo que, amén de realista (es difícil que se llegue a producir), trata de ser ambicioso, al efectuar una propuesta de regulación del esquirolaje tecnológico en el contexto de una hipotética Ley Orgánica de Huelga, tratando de cohonestar todos los intereses en presencia.

ABSTRACT

The tremendous technological advances that are taking place have an influence on the most diverse aspects of labor relations. Among them, their effects are felt in the field of collective conflict, where the application of robotics and artificial intelligence is allowing (and will do so with greater virulence in the future) that it is feasible to substitute the productive effort of striking workers, to risk of making the traditional mechanism of expression of collective conflict illusory.

The present work, without forgetting the most interesting doctrinal contributions, focuses on analyzing, by way of review, the jurisprudential and constitutional doctrine existing in Spain about technological scabbing.

In view of this legal pruritus, the essay closes with a conclusive conclusion that, in addition to being realistic (it is difficult to produce it), tries to be ambitious, when making a proposal for regulation of technological scabbing in the context of a hypothetical Organic Law of Strike, trying to make compatible all the interests in presence.

Palabras clave: Derecho de huelga, esquirolaje tecnológico, conflicto colectivo, nuevas tecnologías y relaciones laborales.

Key words: Right to strike, technological scab, collective conflict, new technologies and labor relations.

1. EL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO COMO POTENCIAL CONDUCTA LESIVA DEL DERECHO DE HUELGA

De todos es conocida la anomalía regulatoria existente en el Derecho español en materia de huelga; la prolongación de la vigencia del contenido del RD-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo (en adelante RDLRT) y la falta de regulación postconstitucional han provocado que fuera el Tribunal Constitucional quien hubiera de ir esculpiendo, a golpe de sentencia[1], los siempre escurridizos límites del ejercicio del derecho fundamental que consagra el art. 28.2 del Texto Constitucional[2].

Semejante situación condujo, tiempo ha (y por cuanto específicamente ocupa al objeto de esta comunicación), a que el máximo intérprete de la *norma normarum* expandiera los límites del esquirolaje (analógico) censurable desde el punto de vista de su eventual lesión del conte-

[1] Desde la célebre STCo 11/1981, de 8 de abril; muchos han sido los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en el que se han interpretado, esbozado y definido los límites del ejercicio del derecho de huelga y sus posibles vulneraciones; entre otras, SSTCo 26/1981, de 17 de julio; 43/1990, de 15 de marzo; 189, 190, 191 y 193/2006, de 19 de junio, o 58/2013, de 11 de marzo.

[2] Entre muchos y por todos, CASAS BAAMONDE, M.ª E.: "Derecho de huelga y Constitución: ¿nuevas perspectivas?", *RL*, T. I, 1994, pp. 44 y ss.; MARTÍN VALVERDE, A.: "La doctrina general sobre el derecho de huelga en la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981", *RL*, núms. 15-16, 1997, p. 110; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "Insuficiencias de la actual regulación jurisprudencial del derecho de huelga", en AA.VV.: *Controversias vivas del nuevo Derecho del Trabajo,* La Ley, Madrid, 2015, pp. 17 y ss.; MONEREO PÉREZ, J. L.: Derecho de huelga y conflictos colectivos, cit., p. 501 o, del mismo autor, "El modelo normativo de huelga en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en AA.VV. (CABEZA PEREIRO, J. y MARTÍNEZ GIRÓN, J., Dirs.): *El conflicto colectivo y la huelga,* Laborum, Murcia, 2008, pp. 261 y ss o BAYLOS GRAU, A.: "El derecho de huelga", en AA.VV.: *El modelo social en la Constitución española de 1978,* Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2003, p. 585.

nido esencial del derecho fundamental de huelga. Así, al llamado esquirolaje "externo" (expresamente vedado por el art. 6.5 RDLRT), le fue sumado como conducta contraria al derecho de huelga el denominado como "interno" (sustitución de los huelguistas por los propios trabajadores de la empresa), cuando el empresario hiciera uso de sus poderes empresariales (en el caso concreto, para efectuar un cambio de funciones de los llamados a sustituir a los huelguistas), pensados para situaciones ordinarias de la relación laboral, en un momento patológico de la misma, como es el desarrollo de un conflicto colectivo con interrupción del trabajo[3].

Severamente limitado el esquirolaje tradicional, el laboralista ha encontrado un nuevo desafío en el llamado esquirolaje "tecnológico"[4], esto es, aquel en el que la sustitución del esfuerzo productivo de los huelguistas no se produce por otros trabajadores (internos o externos), sino por algún dispositivo tecnológico que, conveniente pre-programado por el empresario, pueda lograr la finalidad de que el proceso productivo se mantenga dentro de parámetros de normalidad durante el desarrollo de la huelga[5].

Expuesto en tales términos, es evidente que surge cuando menos la duda de si tal conducta resulta lesiva del derecho de huelga, habida cuenta de que, tal y como ha reconocido en numerosas ocasiones el Tribunal Constitucional (y refrenda la doctrina científica[6]), la huelga necesita una "cierta eficacia"[7] (y visibilidad) para mostrarse útil, y ambas partes tienen que aceptar "sacrificios recíprocos" pero "no desproporcionados"[8].

Permitir que el empresario pudiera hacer uso del poder *quasiomnímodo* que la tecnología le confiere, en un momento en el que el avance de la informática y la robótica están a punto de dar un salto cualitativo y exponencial, es tanto como permitir un vaciamiento del derecho de huelga[9] y, a la postre, condenarlo al ostracismo.

No es extraño que atisbando esta perspectiva, antaño se aludiera a que la tecnología, si ilimitada jurídicamente, pondría en tela de juicio la pervivencia misma del derecho de huelga (al menos como conceptualmente es conocido)[10]; ni que, hogaño, se recurra a la expresión del

---

[3] STCo 123/1992, de 28 de septiembre. Igualmente resulta lesivo del derecho de huelga, aunque la decisión de reordenación de funciones se hubiera acordado espontáneamente entre los propios trabajadores jefes de sección, STCo 33/2011, de 28 de marzo.

[4] Término que se ha utilizado de forma generalizada, tanto la jurisprudencia ordinaria [SSTS 11 junio y 5 diciembre 2012 (RJ 2012/6841 y 2013/1751)], como la constitucional [STCo 17/2017, de 2 de febrero (RTC 2017/17)], como la doctrina científica [PÉREZ REY, J.: "Tertulias, reportajes de actualidad y esquirolaje tecnológico en la huelga general", *RDS*, núm. 59, 2012, pp. 195 y ss.; del mismo autor, "El esquirolaje tecnológico: un importante cambio de rumbo de la doctrina del Tribunal Supremo", RDS, núm. 61, 2013, pp. 163 y ss.; LÓPEZ LLUCH, M. I.: "El derecho de huelga: nueva doctrina sobre esquirolaje tecnológico en la STS de fecha 5 de diciembre de 2012", Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 5, 2013, pp. 155 y ss.; TALENS VISCONTI, E. E.: "Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2013, pp. 173 y ss.; TODOLÍ SIGNES, A.: "El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga", *AL*, núms. 7/8, 2014, pp. 830 y ss.; PEDRAJAS, A.: "El esquirolaje tecnológico", *Observatorio de recursos humanos y relaciones laborales,* núm. 105, 2015, pp. 66 y ss.; TOSCANI GIMÉNEZ, D.: "La prohibición del esquirolaje durante la huelga con especial mención al esquirolaje tecnológico", *TyD*, núm. 30, 2017, pp. 82 y ss.].

[5] Sobre la delimitación conceptual, permítase la remisión a TASCÓN LÓPEZ, R.: *El esquirolaje tecnológico,* Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 76 y ss.

[6] BAYLOS GRAU, A.: "Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social", *RDS*, núm. 2, 1998, pp. 78 y ss.; del mismo autor, "Pérdida de la función y eficacia de la huelga, especialmente en los sectores de la información y la telecomunicación", *RGDTSS*, núm. 5, 2004, p. 3 o ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: "El esquirolaje interno como ataque al derecho fundamental de huelga", *TL*, 116, 2012, p. 206.

[7] STCo 123/1992, de 28 de septiembre.

[8] SSTCo 11/1981, de 8 de abril, o 41/1984, de 21 de marzo.

[9] Algo vedado por la jurisprudencia constitucional; por todas, STCo 33/2011, de 28 de marzo.

[10] TORRENTE GARI, S.: "El derecho de huelga y las innovaciones tecnológicas", *REDT*, núm. 102, 2000, pp. 455 y ss.

drama shakesperiano para poner de manifiesto que se juega aquí el derecho de huelga su "ser o no ser" futuro[11].

2. EL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO EN LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LOS TRIBUNALES LABORALES

En un primer momento, de forma intermitente pero constante (salvo error u omisión, con una única excepción[12]), el Tribunal Supremo (y, en el recto seguimiento de su doctrina, los demás tribunales laborales[13]) había venido aceptando las posibilidades de sustitución de la actividad de los huelguistas por los medios técnicos habitualmente usados en la empresa, permitiendo, por tanto "una cierta capacidad beligerante del empresario respecto de la huelga"[14].

Los argumentos utilizados por el máximo órgano jurisdiccional pasaban por poner de manifiesto que "no se impone al empresario el deber o la obligación de colaboración con los huelguistas en el logro de sus propósitos… La Ley veta la sustitución de los huelguistas por trabajadores externos (art. 6.5 RDLRT) y la jurisprudencia constitucional restringe el uso de las facultades de organización que le son propias (en orden a exigir movilidad funcional).

Pero no hay precepto alguno que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone la empresa para atenuar las consecuencias de la huelga. Si, a pesar de haberse efectuado, con los paros de los trabajadores que participaron en ella, la actividad productiva no fue interrumpida, sin que los huelguistas fueran sustituidos por otros trabajadores, ni extraños a la empresa, ni de la propia plantilla, el derecho fundamental no se ha vulnerado. Este derecho garantiza que los huelguistas puedan realizar los paros sin ser sancionados en modo alguno por ello. No asegura su éxito, ni el logro de los objetivos pretendidos, entre ellos el de conseguir el cese total de la actividad empresarial"[15].

En un supuesto sustancialmente igual a los anteriores (todos ellos en el marco de huelgas desarrollados en medios de televisión), a finales del año 2012 se produce un giro jurisprudencial de ciento ochenta grados en la valoración del esquirolaje tecnológico. Así, la doctrina sentada pasa por considerar que "no solo en el supuesto de que se utilicen medios humanos (trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos) para la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales se lesiona el derecho de huelga, sino que también se lesiona este derecho cuando una empresa del sector de la radiodifusión sonora y televisión emite programación o publicidad por medios automáticos, en el caso de que dicha actividad empresarial, aún cuando sea mediante la utilización de medios mecánicos o tecnológicos, priva materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial de manera que no cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aún amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de la libertad de empresa, que no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro"[16].

Tiempo después, el asunto fue abordado por el Tribunal Constitucional, sentando una doctrina que de momento no ha sido revisada y que supuso poco menos que un tsunami jurídico, al implicar un nuevo giro (o completar el anterior para hacerlo de trescientos sesenta grados) al

---

[11] MARTÍNEZ MORENO, C.: "El ser o no ser de la huelga: el fútbol y el esquirolaje. A propósito de la STC 17/2017, de 2 de febrero, caso Telemadrid", *DRL*, núm. 9, 2017, pp. 894 y ss.

[12] STS 16 marzo 1998 (RJ 1998/2993).

[13] SSTSJ Cataluña 9 enero 2003 (AS 2003/445) o Extremadura 15 julio 2004 (AS 2004/1862).

[14] PÉREZ REY, J.: "Tertulias, reportajes de actualidad y esquirolaje tecnológico", cit., p. 206.

[15] SSTS 27 septiembre 1999 (RJ 1999/7304), 4 julio 2000 (RJ 2000/6289), 9 diciembre 2003 (RJ 2003/9371), 15 abril 2005 (RJ 2005/4513) y, como último referente de esta saga y con un voto particular que anticipaba el cambio de doctrina, 11 junio 2012 (RJ 2012/6841).

[16] STS 5 diciembre 2012 (RJ 2013/1751), con 2 votos particulares interesantísimos.

estado de la cuestión, para volver a dejar las cosas *sicut erat in principio,* con una evidente desazón en la doctrina laboralista[17].

Descartada en ese caso concreto la concurrencia de esquirolaje interno (algo que los sindicatos demandantes de amparo habían reclamado) pero manteniendo incólume la doctrina sentada al respecto, el pronunciamiento del Alto Tribunal se centra, en consecuencia, en valorar el posible esquirolaje tecnológico, pues "si bien los trabajadores no realizaron funciones que nos les correspondían, sí siguieron un procedimiento distinto al habitual… utilizando un medio técnico con el que la empresa ya contaba, pero que solo se utilizaba en casos excepcionales… lo cual plantea la duda de si constituye una vulneración del derecho de huelga y puede asimilarse a aquellos supuestos de esquirolaje o sustitución de huelguistas"[18].

Para el alto Tribunal, "no se está ante el ejercicio abusivo del ius variandi que corresponde al empresario, pues los no huelguistas no han desarrollado funciones distintas a las habituales que tienen asignadas, sino ante el ejercicio del poder de organización de los medios de producción con los que cuenta la empresa… En este sentido, no hay duda de que la libertad del empresario, por lo que respecta a sus facultades de organización y dirección, queda restringida por el ejercicio del derecho de huelga, mas no hay precepto alguno que, durante este ejercicio, prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone la empresa para mantener su actividad…

Exigir al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta supone imponerle una conducta de colaboración con la huelga no prevista legalmente. La utilización de medios existentes en la empresa es compatible con el derecho de huelga y no puede extenderse, por vía analógica, a este supuesto de la prohibición de sustitución de los huelguistas prevista en el art. 6.5 RDLRT, que se refiere al empleo de los recursos humanos en la empresa, pero no a la utilización de sus recursos materiales y tecnológicos"[19], aceptando así lo que la doctrina ha denominado, no sin fuertes dosis de crítica, la "intangibilidad de la disposición técnica del proceso de producción"[20].

En consecuencia, "la efectividad del ejercicio del derecho de huelga no demanda del empresario una conducta dirigida a no utilizar los medios técnicos con los que cuenta la empresa o abstenerse de realizar una actividad productiva que pueda comprometer el logro de los objetivos perseguidos por la huelga, al igual que no obliga a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la protesta, y ello porque lo que garantiza la Constitución es el derecho a realizar la huelga, no el resultado o éxito de la misma. El empresario tiene que soportar, inevitablemente, un daño como consecuencia de la huelga, derivado de la interrupción de la actividad en que la misma consiste, pero sería desproporcionado exigir al empresario, en supuestos como el presente, que colabore por inacción u omisión al éxito de la huelga. El derecho de huelga aparece configurado como una presión legal al empresario que debe soportar las consecuencias naturales de su ejercicio por parte de los trabajadores que se abstienen de trabajar, pero no se impone el deber u obligación de colaboración con los huelguistas en el logro de sus propósitos"[21].

---

[17] MARTÍNEZ MORENO, C.: "El ser o no ser de la huelga: el fútbol y el esquirolaje. A propósito de la STC 17/2017, de 2 de febrero, caso Telemadrid", cit., pp. 894 y ss.; PÉREZ REY, J.: "El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)", *RDS*, núm. 77, 2017, pp. 171 y ss. o TOSCANI GIMÉNEZ, D.: "La prohibición de esquirolaje durante la huelga, con especial mención al esquirolaje tecnológico", cit., p. 85

[18] STCo 17/2017, de 2 de febrero, con voto particular de máximo interés.

[19] FJ 7.º STCo 17/2017, de 2 de febrero.

[20] BAYLOS GRAU, A. y VALDÉS DE LA VEGA, B.: "El efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo", en AA.VV.: *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y Derecho del Trabajo,* Bomarzo, Albacete, 2004, p. 154.

[21] FJ 7.º STCo 17/2017, de 2 de febrero.

El cambio jurisprudencial operado a finales de 2012 había sido saludado con notable alborozo en el ámbito doctrinal iuslaboralista, en el entendimiento de que dicho referente suponía un avance significativo en la garantía y efectividad del derecho de huelga en los albores del Siglo XXI[22].

Consecuentemente, las críticas se han vuelto a alzar, esta vez incluso con mayor virulencia (por lo que tiene de retroceso), contra el pronunciamiento constitucional que ha vuelto a aceptar, incluso con mayor extensión de lo que en su día lo había hecho el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, las posibilidades de sustitución tecnológica de los huelguistas[23].

Así, se ha hablado de "paso atrás"[24] del Tribunal Constitucional, de vocación claramente restrictiva y limitadora de los derechos constitucionales laborales, que culminan su proceso de "deconstrucción" en el ámbito de la empresa y que se aleja de la consideración debida a la dignidad humana en el ámbito laboral frente a las nuevas tecnologías, otorgando a la empresa poderes *quas*i jurisdiccionales[25].

De igual modo, se ha aludido a que el pronunciamiento constitucional supone una "reinterpretación restrictiva de la protección del derecho constitucional de huelga", privando a los trabajadores, por la fuerza de los hechos, de la efectividad reivindicativa y como medida de presión de su derecho de huelga, que queda así visiblemente vaciado de contenido[26].

En cualquier caso, aun cuando el Tribunal Constitucional haya querido dar a su pronunciamiento un carácter concluyente, para fijar una doctrina perdurable, lo cierto es que la cuestión relativa al esquirolaje tecnológico no está (no puede estar) ni mucho menos cerrada. Y ello porque los casos resueltos hasta la fecha se circunscriben a un sector muy concreto (el audiovisual), pero es previsible que el número de supuestos y la variedad de empresas y sectores a los que afecte vayan en aumento exponencial en los próximos años[27], lo que hará, seguramente, que el máximo intérprete de la constitución deba replantearse su posición, si no para modificarla, sí, al menos, para precisarla, ampliarla y aquilatarla[28].

Si todo lo relativo al derecho de huelga presenta abundantes "zonas grises"[29], el esquirolaje tecnológico aún no ha hecho sino mostrar la punta del Iceberg de su capacidad de generar situaciones dudosas o problemáticas, por lo que necesita de una reflexión adicional para encontrar soluciones seguras[30].

---

[22] LÓPEZ LLUCH, M. I.: "El derecho de huelga: nueva doctrina sobre esquirolaje tecnológico en la STS de fecha 5 de diciembre de 2012", cit., pp. 155 y ss.; PÉREZ REY, J.: "El esquirolaje tecnológico: un importante cambio de rumbo de la doctrina del Tribunal Supremo", cit., pp. 163 y ss.; TALENS VISCONTI, E. E.: "Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos", cit., pp. 173 y ss. o TODOLÍ SIGNES, A.: "El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga", cit., pp. 830 y ss.

[23] La ya tantas veces citada STCo 17/2017, de 2 de febrero (RTC 2017/17).

[24] ROJO TORRECILLA, E.: "Tecnología y derecho de huelga. Paso atrás del Tribunal Constitucional en la protección de un derecho constitucional fundamental", El blog de Eduardo Rojo, 19 de febrero de 2017.

[25] PRECIADO DOMENECH, C. H.: "El esquirolaje tecnológico o esperando a Asimov", *Blog Sinpermiso*, 22 de febrero de 2017, p. 2.

[26] PÉREZ REY, J.: "El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)", RDS, núm. 77, 2017, pp. 171 y ss. o TOSCANI GIMÉNEZ, D.: "La prohibición de esquirolaje durante la huelga, con especial mención al esquirolaje tecnológico", cit., p. 85.

[27] TALENS VISCONTI, E. E.: "Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos", cit., p. 184 o TODOLÍ SIGNES, A.: "El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga", cit., p. 834.

[28] TOSCANI GIMÉNEZ, D.: "La prohibición de esquirolaje durante la huelga, con especial mención al esquirolaje tecnológico", cit., p. 86.

[29] GORDO GONZÁLEZ, L.: "El contenido esencial del derecho de huelga: la prohibición del esquirolaje interno", cit., p. 2.

[30] TALENS VISCONTI, E.E.: "Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos", cit., p. 184 o TODOLÍ SIGNES, A.: "El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga", cit., p. 834.

Quizá no sea mucho, pero es un punto de partida para empezar a construir una regla de orden más satisfactoria, como intentará el presente discurso en las páginas que siguen, advirtiendo, eso sí, de que este intento está vinculado a la situación de la cuestión en el momento actual y que, seguramente, será necesario revisarlo o puntualizarlo en el futuro al calor de los nuevos supuestos de hecho que puedan ir surgiendo.

Es de destacar, para cerrar el presente epígrafe, que en el primer caso similar que la jurisprudencia ordinaria ha tenido que afrontar tras el establecimiento de la doctrina constitucional descrita, se ha valorado qué ocurre cuando como consecuencia de un sistema de análisis de llamadas, a través de un algoritmo, la empresa principal detecta que el tiempo en espera ha aumentado significativamente en una de las empresas contratistas que prestan dicho servicio de atención de llamas (precisamente porque hay una huelga convocada y el número de trabajadores es menor) y, en consecuencia y de forma automática, el propio sistema preestablecido (y no expresamente implementado para combatir la huelga) redistribuye las llamadas a las otras dos empresas contratistas que también se ocupaban de prestar tal servicio de forma habitual. De un lado, el Tribunal Supremo duda que se esté en presencia de un verdadero esquirolaje porque "opera el sistema habitual de redistribución de tareas… sin que haya quedado acreditado que las empresas activasen estrategia o tecnología específica para boicotear la huelga. [De otro, reconoce que], en todo caso, la doctrina de la STC 17/2017 aleja la sombra de la aludida vulneración"[31].

3. PROPUESTA DE REGULACIÓN DEL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO EN EL CONTEXTO DE UNA HIPOTÉTICA LEY ORGÁNICA DE HUELGA

Una vez analizado el estado de cosas en el que se encuentra el problema jurídico relativo al esquirolaje tecnológico, llega el momento de cumplir lo prometido, y tratar de esbozar una (lo más satisfactoria posible) regulación de tal fenómeno en el contexto de una eventual (tan demandada y difícilmente materializada) Ley Orgánica de Huelga.

En efecto, soñar con una Ley que se atreva siquiera a intentar ordenar una materia tan delicada resulta quimérico. Pero, no obstante, como esta es una de las tareas propias de la doctrina científica, menester será elucubrar acerca de cuál sería el sentido más apropiado a tal regulación.

A juicio de quien esto escribe, una hipotética regulación del esquirolaje tecnológico, asumiendo la doctrina dictada hasta la fecha por el Tribunal Constitucional, pero matizándola y ampliándola a nuevas situaciones, debería de asumir las siguientes líneas maestras:

I.- Es muy importante dejar claro que la doctrina del Tribunal Constitucional emitida hasta la fecha sobre la sustitución de huelguistas por medios técnicos no se pronuncia (y, por tanto, deja aún sin respuesta constitucional expresa) sobre el "esquirolaje tecnológico externo", esto es, el consistente en la sustitución de los trabajadores huelguistas por medios técnicos de los que no disponía la empresa al tiempo de la convocatoria de la huelga y que son adquiridos (o arrendados, o vinculados a la organización productiva por cualquier otro título jurídico, con carácter temporal o definitivo) precisamente para contrarrestar los efectos de la falta de actividad derivada de la medida de conflicto colectivo desarrollado por los trabajadores.

Al no haber encontrado respuesta en el pronunciamiento constitucional, cabe buscar para ella una solución desde parámetros jurídicos aceptables. En tal sentido, quien esto escribe considera que esta situación parece, *a fortiori*, lesiva del derecho de huelga, pues supone una ac-

[31] STS 13 julio 2017 (RJ 2017/4148). Un comentario crítico a la misma, en TASCÓN LÓPEZ, R.: "El esquirolaje automático inter-contratas a partir de algoritmos predeterminados (novísimas amenazas para el derecho de huelga)", en AA.VV.: *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial,* Madrid (Cinca), 2018.

tividad empresarial intensa y específicamente dirigida a vaciar de contenido el derecho fundamental consagrado en el art. 28.2 CE[32].

II.- La doctrina constitucional emitida hasta la fecha sobre la sustitución de huelguistas por medios técnicos se limita a aceptar el "esquirolaje tecnológico interno", esto es, aquel en el que, para sustituir a los trabajadores huelguistas (rectius, mantener la producción o hacer frente a otros problemas derivados de la propia huelga) se utilizan aquellos medios técnicos con los que la empresa ya cuenta al tiempo de la convocatoria de la misma, pero intensificando su uso o ampliando sus potencialidades para paliar la falta de actividad derivada del ejercicio de la huelga.

Bien es verdad que lo hace de forma amplia y omnicomprensiva, habida cuenta de que no solo acepta la utilización de los procedimientos técnicos habitualmente seguidos en la organización productiva[33], sino, incluso, los "procedimientos distintos a los habituales" y adaptados precisamente a la situación provocada por el paro obrero[34].

No menos cierto resulta que esta segunda posibilidad, obviamente, aparece como un peligro de vaciamiento mucho mayor del derecho de huelga[35] y que, además y a mayor abundamiento, parece separase de la lógica seguida cuando se veda el esquirolaje interno tradicional en el caso en el que los trabajadores realizan funciones distintas a las suyas propias habituales[36].

Conviene considerar, empero, que el Tribunal Constitucional tiene en cuenta un argumento que, puede gustar o no, pero es jurídicamente relevante: "no se está ante el ejercicio del *ius variandi* que corresponde al empresario, pues los no huelguistas no han desarrollado funciones distintas a las habituales que tienen asignadas, sino ante el ejercicio del poder de organización de los medios de producción con los que cuenta la empresa"[37]. Es decir, la eventual limitación de la potestad empresarial no afecta al, en buena medida exorbitante[38], *ius variandi*, sino al más elemental poder de organización, con lo cual la intensidad de la actuación empresarial es menor y, en consecuencia, su capacidad lesiva del derecho de huelga también hay que valorarla con menor rigor.

Con eso y con todo, no parece de recibo que esta facultad sea concedida de modo absoluto e incondicional, como parece hacerlo el pronunciamiento constitucional tantas veces comentado, pues semejante virtualidad podría llevar a que, debidamente recombinados en cada caso concreto para hacer frente a la específica situación de cada huelga, el uso intensivo de los medios técnicos (por los procedimientos de uso habitual en la empresa o por otros distintos y adaptados al caso) acabaran por hacer ilusorio cualquier intento de presión sobre el empresario, ínsito al derecho fundamental consagrado en el art. 28.2 CE[39].

Piénsese en cómo la aceptación de programación pregrabada (no solo publicidad, sino también otros espacios de la parrilla televisiva) hace absolutamente inútil el esfuerzo de los huelguistas por presionar al empresario, lo cual priva de toda eficacia (y, por ende, de sentido) a la

---

[32] Algo vedado por la jurisprudencia constitucional; por todas, STCo 33/2011, de 28 de marzo.
[33] Es el supuesto al que parecen referirse las SSTS 11 junio 2012 (RJ 2012/6841) y 5 diciembre 2012 (RJ 2013/1751).
[34] Es el supuesto de hecho que enfrenta la STCo 17/2017, de 2 de febrero (RTC 2017/17).
[35] MORALO GALLEGO, S.: "El ejercicio de la huelga y el impacto de las nuevas tecnologías y la descentralización productiva", en AA.VV.: *Derecho Colectivo*, cit., pp. 233 y ss.
[36] En las tantas veces citadas SSTCo 123/1992, de 28 de septiembre (RTC 1992/123) y 33/2011, de 28 de marzo (RTC 2011/33).
[37] FJ 7.º STCo 17/2017, de 2 de febrero (RTC 2017/17).
[38] CAVAS MARTÍNEZ, F.: "Derecho de huelga y sustitución de trabajadores huelguistas: límites jurídicos al ius variandi empresarial", cit., pp. 1016 y ss.
[39] PÉREZ REY, J.: "El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)", cit., pg. 174;

huelga en el sector audiovisual[40]. Pero no solo eso; con seguridad, más pronto que tarde, las potencialidades técnicas harán que casi cualquier trabajo en casi cualquier sector pueda ser temporalmente sustituido por alguna clase de artilugio tecnológico durante el breve lapso de tiempo de ausencia de esfuerzo humano motivado por una huelga, relegándola a la inoperatividad como medida de conflicto, primero, al desuso, después y, en fin, al ostracismo[41].

Por tal razón, aun cuando el Tribunal Constitucional haya querido dar a su pronunciamiento un carácter concluyente, para fijar una doctrina perdurable, lo cierto es que la cuestión relativa al esquirolaje tecnológico interno no está (no puede estar) ni mucho menos cerrada.

En cualquier caso, es necesario destacar que en el supuesto de hecho enjuiciado por el Tribunal Constitucional el empresario ha adaptado el proceso productivo pero introduciendo en él cambios relativamente menores (recuérdese, se utilizó un codificador de uso excepcional en vez de otro que era el habitual y la mosca de la cadena televisiva fue introducida de forma diferente a la habitual) y no para llevar a cabo un vaciamiento absoluto del derecho de huelga, sino, tan sólo, para emitir, en toda la jornada de huelga, un único espacio televisivo[42]. Es posible que la situación hubiera merecido un juicio más severo si la actitud empresarial hubiera sido más intensa (por ejemplo, emitir durante toda la jornada, tratando de aparentar una normalidad que no existía)[43].

Por tal motivo, quizá el entendimiento más razonable de la doctrina constitucional actual (al menos la más satisfactoria para quien esto firma) venga dado por considerar que, efectivamente, el empresario puede hacer uso de los medios técnicos con los que cuente la empresa durante la huelga y que, por tanto, esa conducta no es, *a priori,* lesiva del derecho de huelga; pero que, de hecho, si el uso de tales medios es excesivo y las modificaciones del proceso productivo no son meros ajustes, sino cambios verdaderamente sustanciales, se puede llegar a lesionar el derecho de huelga por dejarlo vacío de contenido, al privarle de toda capacidad efectiva para presionar al empresario.

Una visión realista lleva a suponer que ni toda actuación empresarial destinada a activar los medios técnicos de la empresa durante la huelga es lesiva, *a fortiori*, del derecho de huelga, ni cualquier actividad en este sentido debe ser amparada por la libertad de empresa sin que encuentre límite en la propia efectividad del derecho fundamental[44].

Por tanto, parece que es necesario volver a los orígenes. Se quiere con ello decir que no parece posible efectuar un juicio unitario y apriorístico sobre si el esquirolaje tecnológico interno vulnera el derecho de huelga, sino que resulta más apropiado valorar en cada caso concreto cuál ha sido el comportamiento empresarial de utilización de medios tecnológicos para suplir el esfuerzo de los huelguistas y ponderar si tal actitud, en esa eventualidad específica, vacía de contenido el derecho de huelga o, por el contrario, constituye una actividad razonable de mantenimiento de la producción ajustada a las circunstancias[45]; algo que, por cierto, se aproxima bastante a la antigua jurisprudencia fijada por el Tribunal Supremo hace un lustro, que parece querer desplazar la nueva doctrina constitucional[46].

---

[40] BAYLOS GRAU, A.: "Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social", cit., pp. 78 y ss.; del mismo autor, "Pérdida de la función y eficacia de la huelga, especialmente en los sectores de la información y la telecomunicación", cit., p. 3 o ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: "El esquirolaje interno como ataque al derecho fundamental de huelga", cit., p. 206.

[41] TORRENTE GARI, S.: "El derecho de huelga y las innovaciones tecnológicas", cit., pp. 455 y ss.

[42] FJ 7.º STCo 17/2017, de 2 de febrero (RTC 2017/17).

[43] Situación a la que alude la STS 5 diciembre 2012 (RJ 2013/1751).

[44] TALENS VISCONTI, E. E.: "Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos", cit., p. 185 o TODOLÍ SIGNES, A.: "El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga", cit., p. 835.

[45] TALENS VISCONTI, E. E.: "Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos", cit., p. 184 o TODOLÍ SIGNES, A.: "El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga", cit., p. 834.

[46] STS 5 diciembre 2012 (RJ 2013/1771). En la doctrina, parecida reflexión en LÓPEZ LLUCH, M.I.: "El derecho de huelga: nueva doctrina sobre esquirolaje tecnológico en la STS de fecha 5 de diciembre de 2012", cit., p. 157.

Desde luego, el reconocimiento de la huelga como derecho fundamental implica la aceptación de que la misma será usada como medida de presión, lo cual presupone que su ejercicio está llamado a causar un daño en la empresa, en forma de pérdida de producción y, consecuentemente, de beneficio; como justa contrapartida, el empleado que secunde el paro perderá su derecho al salario[47].

Igualmente, el reconocimiento del derecho de huelga exige la consecución de "una cierta eficacia"[48] (lo que ha de implicar, entre otras cosas, que se permita su visualización ante la opinión pública[49]), y, por tanto, hace necesario el establecimiento de "una serie de garantías para evitar que sea restringido por actuaciones abusivas del empresario".

En consecuencia, no es ocioso insistir en que el ejercicio del derecho de huelga, cuando entre en conflicto con otros bienes y derechos constitucionales, "exige proporcionalidad y sacrificios mutuos"[50], de manera "que si existe desproporción entre los daños producidos al empresario y los asumidos por los huelguistas, la huelga será calificada de abusiva". Los daños producidos por la huelga "no pueden ir más allá de lo que es razonablemente requerido por la propia actividad conflictiva y por las exigencias inherentes a la presión que la huelga necesariamente implica"[51].

Como consecuencia inevitable que destila lo afirmado, no conviene olvidar que cuando se está ante una cuestión de límites entre derechos y valores constitucionales se provoca un conflicto que ha de ser resuelto conforme a criterios de proporcionalidad[52], pero tratando de dotar de "la máxima eficacia posible" al ejercicio del derecho fundamental[53].

Así, descendiendo de los principios generales a las situaciones más o menos concretas, en el caso de esquirolaje tecnológico interno será menester valorar, en cada situación, la intensidad de la conducta empresarial desempeñada. No es igual una sustitución total de las funciones de los huelguitas por los medios técnicos (dejando su huelga vacía de cualquier efecto y relevancia sobre la actividad y producción empresarial), que una actuación "puntual y sin continuidad"[54], que se limite a ajustar algunos aspectos productivos para impedir que una huelga cause unos daños excesivos o desproporcionados.

III.- En este juego de intereses que se viene describiendo, es necesario valorar el derecho al trabajo de los no huelguistas[55], que, por más que a veces produzca situaciones de tensión entre propios compañeros[56], ha de ser respetado ex art. 6.4 RDLRT. Así, a juicio de quien esto

---

[47] TALENS VISCONTI, E. E.: "Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos", cit., p. 184 o TODOLÍ SIGNES, A.: "El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga", cit., p. 834.

[48] STCo 123/1992, de 28 de septiembre (RTC 1992/123).

[49] BAYLOS GRAU, A.: "Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social", cit., pp. 78 y ss.; del mismo autor, "Pérdida de la función y eficacia de la huelga, especialmente en los sectores de la información y la telecomunicación", cit., p. 3 o ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: "El esquirolaje interno como ataque al derecho fundamental de huelga", cit., p. 206.

[50] SSTCo 11/1981, de 8 de abril (RTC 1981/11) o 41/1984, de 21 de marzo (RTC 1984/41).

[51] STCo 72/1982, de 2 de diciembre (RTC 1982/72).

[52] SSTCo 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio, sobre la doctrina previamente recogida, entre otras, en SSTCo 66/1995, de 8 de mayo; 55/1996, de 28 de marzo o 37/1998, de 17 de febrero.

[53] SSTCo 41/1984, de 3 de marzo (RTC 1984/41) o 123/1992, de 28 de septiembre (RTC 1992/123).

[54] Por usar una expresión que a veces han utilizado los Tribunales laborales en supuestos de esquirolaje interno tradicional para, aun apreciando un ligero cambio en las funciones de los trabajadores no huelguistas, considerar que las mismas no eran tan relevantes como para entender lesionado el derecho de huelga, STSJ Navarra 5 mayo 2016 (AS 2016/1160) o Andalucía/Málaga 10 octubre 2013 (AS 2014/441).

[55] SANTANA GÓMEZ, A.: *Régimen jurídico de los trabajadores no huelguistas,* Civitas, Madrid, 1993, pp. 91 y ss.

[56] Pues, obviamente, el trabajo de unos puede hacer fracasar la reivindicación de los otros, PÉREZ REY, J.: "El enfrentamiento entre la huelga y el derecho al trabajo (A propósito de la STCo 80/2005, de 4 de abril)", *RL*, núm. 2, 2006, pp. 3 y ss.

escribe, tiene razón el Tribunal Constitucional cuando afirma que "el mantenimiento o no de la actividad productiva durante la huelga, si de una parte es consustancial al ejercicio del derecho de huelga de los huelguistas, de otra es instrumental al del derecho al trabajo de los no huelguistas… debiendo respetarse la libertad de trabajo de aquellos que no quieran sumarse a la huelga"[57].

En este sentido, conviene recordar que a juicio del máximo intérprete constitucional "la utilización por parte de los trabajadores no huelguistas de los medios técnicos de los que dispone la empresa, sin realizar funciones de una categoría distinta [aunque sí, recuérdese, por procedimientos distintos a los habituales], ha permitido hacer efectiva la libertad de trabajo que les reconoce el art. 6.4 RDLRT y la jurisprudencia constitucional"[58].

En relación con lo afirmado, quizá un aspecto a valorar ha de ser el de la participación de los trabajadores o seguimiento de la huelga. Parece que el reconocimiento constitucional del derecho de huelga y su singular preeminencia le hacen merecedor de que se le respete una cierta eficacia, lo que implica necesariamente una disminución de la producción y una visibilización del conflicto[59], habida cuenta de que la huelga no puede suponer un "nudo cese del trabajo"[60].

Ahora bien, esa eficacia tiene que estar sustentada en la realidad de un cierto seguimiento de la huelga. De ahí las interminables "guerras de cifras" que suceden entre patronal y centrales sindicales cada vez que hay una huelga de cierta relevancia[61] y las luchas sin cuartel en la determinación de los servicios mínimos, que no pocas veces son utilizados de forma torticera para dar una apariencia de normalidad que resta eficacia simbólica a la huelga[62].

El éxito de una huelga, y por tanto su eficacia, han de medirse en términos de seguimiento y ello puede (y debe) tener consecuencias sobre las posibilidades de actuación del empresario, de los compañeros no huelguistas y, en general, del mantenimiento del proceso productivo.

Piénsese cómo sería de todo punto absurdo (y jurídicamente abusivo) que una huelga de escaso seguimiento pudiera lograr, mediante el bloqueo de ciertos medios técnicos estratégicos, que fuera detenida de forma completa la producción de una gran empresa, condenando así a quienes no han decidido secundarla a la más absoluta inactividad[63].

Por el contrario, no parece de recibo que una huelga con un alto nivel de seguimiento sea invisibilizada completamente por la organización productiva; parece que el nivel de actuación empresarial y, correlativamente, el nivel de producción que sea capaz de mantener, así como la visibilización del conflicto deben ir "acorde con el seguimiento"[64].

---

[57] SSTCo 11/1981, de 8 de abril (RTC 1981/11); 37/1998, de 17 de enero (RTC 1998/37); 33/2011, de 28 de marzo (RTC 2011/33); 69/2016, de 14 de abril (RTC 2016/69); o, en fin, la propia 17/2017, de 2 de febrero (RTC 2917/17).
[58] FJ 7.º STCo 17/2017, de 2 de febrero (RTC 2017/17).
[59] BAYLOS GRAU, A.: "Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en caso de huelga", en AA.VV.: *Estudios sobre la huelga*, Bomarzo, Albacete, 2005, pp. 97 y ss.
[60] FERRANDO GARCÍA, F.: *Los efectos de la huelga en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 2588 y ss.
[61] ESCOBAR ROCA, G.: "Manipulación informativa, derechos de los trabajadores y derechos del público", *RDS*, núm. 23, 2003, pp. 101 y ss.
[62] MERINO SEGOVIA, A.: "Servicios mínimos en RTVE", *RDS*, núm. 2, 1998, pp. 147 y ss.
[63] TOCASNI GIMÉNEZ, D.: "La prohibición del esquirolaje durante la huelga, con especial mención al esquirolaje tecnológico", cit., p. 86.
[64] BAYLOS GRAU, A.: "Pérdida de la función y eficacia de la huelga, especialmente en los sectores de la información y la telecomunicación", cit., p. 3 o ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: "El esquirolaje interno como ataque al derecho fundamental de huelga", cit., p. 206.

IV.- En efecto, no conviene olvidar que la doctrina constitucional sobre el esquirolaje tradicional interno ha sido expresamente confirmada por el pronunciamiento constitucional ahora objeto de estudio y comentario[65]. Esto tiene relevancia para afrontar el supuesto híbrido que se pudiera denominar como "esquirolaje mixto"[66], en tanto tuviera elementos del esquirolaje tradicional (sustitución de huelguistas por otros trabajadores) y del tecnológico (sustitución por medios técnicos).

En este sentido, procede recordar cómo es frecuente que el esquirolaje tecnológico vaya unido al esquirolaje interno, por cuanto que la utilización de medios técnicos requerirá de algún trabajador que los active o programe para que suplan el esfuerzo de los huelguistas[67]. Que este trabajador exista parece "plausible", aunque, desde luego, "hay que acreditar su existencia y actuación" para poder considerar lesionado el derecho de huelga[68].

Obviamente, en caso de considerar que ha existido un esquirolaje tradicional interno, éste, por sí solo, ya supone lesión del derecho de huelga, pudiendo entonces prescindirse del análisis y valoración del esquirolaje tecnológico pues "aun cuando ambos se encuentran entrelazados en su origen y desarrollo, mantienen sustantividad propia"[69].

Resulta plenamente operativa, pues, la "seria limitación"[70] establecida por la jurisprudencia constitucional sobre el esquirolaje tradicional interno, en tanto en cuanto no es aceptable constitucionalmente que trabajadores ya vinculados a la empresa desarrollen las tareas y funciones propias de los huelguistas, bien porque el empresario utilice expresamente sus potestades empresariales extraordinarias de *ius-variandi* (en un momento patológico y conflictivo de la relación laboral distinto al ordinario para el que están pensadas) para disponer de tal sustitución[71], bien porque acepte la prestación de servicios espontáneamente desarrollada por trabajadores que actúen claramente fuera de su ámbito profesional[72].

En el caso ahora analizado, por tanto, el nudo gordiano vendrá dado por valorar si existen suficientes trabajadores no huelguistas que, sin desempeñar funciones diferentes a las suyas propias, puedan mantener el proceso productivo en marcha con todas las garantías necesarias, sin menoscabo de las medidas necesarias de seguridad que resulten aplicables al caso concreto[73].

En tal caso, procede efectuar dos precisiones; de un lado, es menester considerar que hacer funcionar el dispositivo sin el supervisor (por encontrarse éste de huelga) supone una actitud que, además de peligrosa o temeraria, puede implicar una lesión del derecho de huelga, pues priva a la huelga de unos efectos que merece por el seguimiento obtenido[74].

---

[65] FJ 5.º STCo 17/2017, de 2 de febrero (RTC 2017/17), reproduciendo con mayor extensión los argumentos contenidos en las ya comentadas SSTCo 123/1992, de 28 de septiembre (RTC 1992/123), y 33/2011, de 28 de marzo (RTC 2011/33).

[66] TASCÓN LÓPEZ, R.: *El esquirolaje tecnológico,* cit., p. 76.

[67] En este sentido, por ejemplo, se estructura el alegato del sindicato demandante del amparo en la STCo 17/2017, de 2 de febrero (RTC 2017/17).

[68] Voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, al que se adhieren la Excma. Sra. D.ª María Milagros Calvo Ibarlucea y el Excmo. Sr. D. José Luis Giolmo López, a la STS 5 diciembre 2012 (RJ 2013/1751).

[69] Voto particular que formula el Magistrado D. Fernando Valdés-Dal Re, al que se adhieren la Magistrada D.ª Adela Asua Batarita y el Magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos, a la STCo 17/2017, de 2 de febrero (RTC 2017/17).

[70] ALZAGA RUIZ, I.: "La sustitución interna de trabajadores huelguistas: supuestos de vulneración del derecho de huelga", cit., p. 2.

[71] STCo 123/1992, de 28 de septiembre (RTC 1992/123).

[72] STCo 33/2011, de 28 de marzo (RTC 2011/33).

[73] TOSCANI GIMÉNEZ, D.: "La prohibición de esquirolaje durante la huelga, con especial mención al esquirolaje tecnológico", cit., núm. 30, 2017, p. 85.

[74] TODOLÍ SIGNES, A.: "El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga", cit., p. 835.

De otro, conviene recordar que aquella situación en la que la empresa ofrece a los no huelguistas la posibilidad de realizar horas extras durante los días de huelga (aún dentro de las funciones propias de su categoría profesional) para compensar el trabajo perdido puede llegar a afectar al ejercicio del derecho de huelga, sobre todo si la actividad aumentada es significativa (no tanto si fuera una mera "cuestión puntual") al vaciarlo de contenido[75].

Por tanto, a la vista de las consideraciones efectuadas, y como conclusión final de esta comunicación que toca a su razonable fin, se propone como precepto regulador del esquirolaje tecnológico, en el contexto de una hipotética (se insiste que improbable) Ley Orgnánica de Huelga, uno del tenor semejante al siguiente:

> *"Art. xxx.- 1. Durante el desarrollo de una huelga, la empresa podrá utilizar los elementos tecnológicos productivos existentes en la organización al tiempo de convocarse la misma, siempre y cuando existan suficientes trabajadores que no la hayan secundado para poder utilizarlos de forma segura y que tengan entre sus funciones habituales las de utilizarlos, manejarlos o programarlos.*
>
> *Cualquier utilización que se haga de dichos medios tecnológicos que resulte distinta a los procedimientos habituales seguidos en la empresa tiene que estar justificada por criterios de proporcionalidad.*
>
> *2. En ningún caso la empresa podrá comprar, arrendar o vincular de cualquier modo medios técnicos externos a la organización y dirigirlos a mantener la actividad productiva durante el desarrollo de la huelga.*
>
> *3. Cuando la posibilidad de utilización de sistemas tecnológicos haga virtualmente ineficaz cualquier intento de huelga en una empresa o sector, el convenio colectivo, o, en su defecto, el acuerdo ad hoc que se alcance entre las partes afectadas, establecerá limitaciones al uso de mecanismos tecnológicos como medida de reacción empresarial frente a la huelga".*

[75] STSJ Comunidad Valenciana 15 diciembre 2009 (AS 2010/200). En la doctrina científica, IGLESIAS CABERO, M.: "Efectos del ejercicio del derecho de huelga", en AA.VV.: *El nuevo régimen jurídico de la huelga y el cierre patronal,* cit., pp. 123 y ss.

PROBLEMAS PRÁCTICOS PARA LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO EN LAS RELACIONES LABORALES DE PLATAFORMAS DIGITALES DE REPARTO

PRACTICAL PROBLEMS FOR WORKING TIME MANAGEMENT IN ON-DEMAND DELIVERY PLATFORMS*

Pablo Gimeno Díaz de Atauri**
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. Prestación de servicios en plataformas, laboralidad y tiempo de trabajo; 1.1. Empleo en plataformas, régimen jurídico y mercado de trabajo; 1.2. La laboralidad de los repartidores; 1.3. El tiempo de trabajo en la relación de los repartidores. –2. Mecanismos legales de fijación de la jornada; 2.1. Aplicación del régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial y ajuste mediante horas complementarias a trabajadores contratados formalmente como autónomos; 2.2. Aplicación *ab initio* del régimen jurídico a tiempo parcial; 2.3. Novación pactada y constante de las condiciones de trabajo combinada, eventualmente, con modificaciones sustanciales del contrato. –3. Conclusiones y propuestas.

RESUMEN

En este trabajo, tras analizar la práctica unanimidad en las resoluciones judiciales en la calificación como laboral de la relación jurídica existente entro los repartidores (riders) y las plataformas tecnológicas se analiza la dificultad de encajar la gestión del tiempo de trabajo querida por las partes en los modelos de jornada laboral regulados en la legislación vigente. Se distingue, a efectos de análisis, la situación de los trabajadores cuya laboralidad se declara judicialmente o por conversión a instancias de la ITSS, de aquellos que eventualmente sean contratados directamente en régimen laboral. En ambos casos, se entiende aplicable la ordenación especial de jornada prevista para el transporte terrestre, lo que determina la extensión y retribución de distintas situaciones de la prestación de servicios. Así, tratándose en la práctica de trabajadores a tiempo parcial con una jornada relativamente pequeña, el mecanismo de las horas complementarias resulta claramente insuficiente para la flexibilidad buscada; tampoco la distribución irregular de la jornada es adecuada, por lo que en ausencia de reformas normativas –respecto de las que en el último apartado se incluye una propuesta– la única vía posible para articular la relación es una novación constante del contenido del contrato, con la consiguiente inseguridad jurídica.

ABSTRACT

In this paper, after analysing the practical unanimity in the judicial considering riders as employees, I describe the difficulty of fitting the management of the working time of this kind of re-

* Recibido el 1 de marzo de 2020. Aceptado el 11 de enero de 2021.
Esta comunicación se enmarca en el Proyecto de Investigación "Cambio tecnológico y transformación en las fuentes laborales: Ley y convenio colectivo ante la disrupción digital" (RTI2018-094547-B-C21)
** Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

lation under the current regulation. For the purposes of analysis, a distinction is made between workers whose employment is declared by the courts or by conversion at the request of Labour Inspection, and those who may be directly hired as employees. In both cases, the regulation of "jornadas especiales de trabajo" (special working time) is appliable. This regulation determines the extension and remuneration of different situations of service provision. Thus, in practice, for part-time workers with relatively short working hours, the mechanism of "horas complementarias" is clearly insufficient for the flexibility sought; nor is the irregular distribution of the working hours adequate. Therefore, without regulatory reforms –of which a proposal is included in the last section– the only possible way to articulate the relationship is a constant renewal of the content of the contract, which implies a high level of legal uncertainty.

Palabras clave: Repartidores, plataformas, ordenación del tiempo de trabajo, propuestas de reforma, tiempo parcial.

Key words: Riders, platforms, organisation of working time, reform proposals, part-time work.

1. PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN PLATAFORMAS, LABORALIDAD Y TIEMPO DE TRABAJO

1.1. Empleo en plataformas, régimen jurídico y mercado de trabajo

El empleo en plataformas es un concepto que no tiene, en la actualidad, una definición jurídica concreta, sino que responde a un concepto más propio de la sociología, en cuanto que clasifica a un conjunto de personas dentro de la sociedad por su relación con un determinado tipo de actividad económica que, por ciertos rasgos particulares, incide de forma directa en su posición en la sociedad.

Resulta importante, con carácter preliminar, distinguir esta noción de la más amplia "economía colaborativa". Esta expresión, que comienza a utilizarse desde una perspectiva más o menos optimista, vinculada a la cooperación entre ciudadanos o entre ciudadanos y productores[1]. Una de las primeras referencias que se encuentran en buscadores académicos al uso –que no es un trabajo de esta naturaleza, sino el discurso de un directivo en una conferencia– es ilustrativa en este sentido, pues vinculaba la entrada en la era de la economía colaborativa con la sustitución de la integración vertical por la integración virtual, por medio de redes de colaboración entre proveedores, socios y clientes.

Aunque las plataformas digitales puedan incorporar esta virtualización, lo cierto es que a menudo se sustituye la relación vertical de la cadena de producción-distribución-consumo por una relación en la que los agentes que realizan estas funciones económica efectivamente se encuentran en el mismo plano, pero supeditadas a la propia plataforma. Esta no es sólo el "mercado virtual" para los intercambios, un facilitador de comunicaciones con una intermediación más o menos activa, sino que determina las condiciones en las que se puede comercializar el bien o servicio en cuestión. Así, se ha afirmado con buen criterio que "la gran mayoría de son empresas en forma de plataforma *on-line* cuyo negocio, muy lucrativo, por cierto, consiste en conectar la demanda de bienes y servicios con la oferta de ellos mediante la propia plataforma"[2].

---

[1] En este sentido los primeros trabajos que se refieren a esta materia (economía colaborativa como fenómeno emergente vinculado a las nuevas tecnologías) lo hacen con referencia una cierta horizontalización de la economía, intercambios "entre iguales". En este sentido, por ejemplo, M. BAUWENS y otros, *Synthetic Overview of the Collaborative Economy,* P2P Foundation, 2012, fecha de consulta 5 abril 2020, en:
https://p2pfoundation.net/wp-content/uploads/2018/02/Synthetic-overview-of-the-collaborative-economy.pdf.
En nuestro país, las primeras referencias aparecen muy vinculadas al consumo colaborativo.

[2] RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L. "Calificación jurídica de la relación que une a los prestadores de servicios con las plataformas digitales", en María Luz Rodríguez Fernández (ed.) *Plataformas digitales y mercado de trabajo,*

En ese punto, es donde comienza a ser un asunto relevante desde la óptica laboral, pues el prestador de servicios individual se limita a ser un agente para que la actividad promovida o facilitada por la plataforma digital pueda llevarse a cabo, sin tener una verdadera autonomía para el desarrollo de su actividad económica. Como se ha señalado "No se trata de empresas que poseen un tablón de anuncios donde cualquier usuario puede hallar cualquier tipo de trabajador, sino ante un definido y concreto tipo de negocio. La diferencia es importante dado que las plataformas que se atienen a una actividad concreta, en la mayoría de casos ejercen un control mucho mayor sobre sus trabajadores.[3]"

De este modo, a efectos de caracterización jurídica, es preciso delimitar los subtipos de trabajo sobre cuya relación jurídica se quiere realizar la investigación, pues bajo la genérica "economía de las plataformas" existen infinidad de modelos de funcionamiento.

Así, desde la perspectiva laboral, nada tiene que ver[4] la existencia de aplicaciones tecnológicas que permiten a distintas personas la compraventa bienes usados de forma no profesional y con un ánimo de lucro limitado –sistemas de compraventa de productos de segunda mano por particulares, por ejemplo–, con otras en las que el ánimo de lucro es más relevante pero en las que existe libertad de fijación de los elementos del contrato por parte de ambas partes, sin que la plataforma fije condiciones –como el arrendamiento de viviendas para usos vacacionales– de aquellas otras en las que la plataforma o aplicación determina qué servicios y en qué condiciones se prestan, limitándose el papel del trabajador a aceptar o no los encargos o microtareas propuestas.

Acotando el objeto de estudio, es razonable entender que es trabajador de plataformas digitales aquel que obtiene una parte significativa de sus ingresos por medio de la prestación de servicios de forma regular a través de aplicaciones o sistemas basados en comunicaciones por internet[5].

Incluso cuando se trata de prestaciones de servicios, es diferente la situación del trabajo por microtareas o recados (*gigs* en terminología anglosajona) que los casos en los que se realizan prestaciones de servicios más complejas, generalmente basados en la nube (*cloud services*)[6]. Es preciso por todo ello rechazar soluciones simplistas: ni todos los prestadores de servicios en plataformas son trabajadores autónomos (en su caso, económicamente dependientes) ni por el contrario, se trata en todo caso de trabajadores por cuenta ajena. Incluso tratándose de actividades que comercialmente presenten grandes similitudes, el régimen jurídico concreto que se establezca para la prestación de servicios entre el trabajador y la plataforma puede decantar la balanza en uno u otro sentido.

Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2019, p. 58.

[3] TODOLÍ SIGNES, A. *El trabajo en la era de la economía colaborativa: la clasificación jurídica de trabajadores y autónomos y los efectos de la reputación online en la economía de las plataformas virtuales,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 40.

[4] En el mismo sentido, SERRANO OLIVARES, R. "Nuevas formas de organización empresarial: Economía colaborativa –o menor, economía digital a demanda–, trabajo 3.0 y laboralidad", en Miguel C. Rodríguez-Piñero Royo, Macarena Hernández Bejarano (eds.) *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Bomarzo, Albacete, 2017, pp. 25 y ss.

[5] Elaboro esta definición a partir de los elementos descritos, a efectos clasificatorios en BRANCATI, C. U.; PESOLE, A.; FERNÁNDEZ-MACÍAS, E. *Digital Labour Platforms in Europe: numbers, profiles, and employment status of platform workers.,* Joint Research Centre/European Commission, 2019, p. 7.

[6] Diferenciaciones descritas también en SUSO ARAICO, A. "El impacto de las plataformas digitales sobre el mercado de trabajo", en RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L. (ed.) *Plataformas digitales y mercado de trabajo,* Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2019.

Aunque no es realmente la primera plataforma digital que contó con prestadores de servicios individuales, la repercusión global del auge de la empresa Uber dio lugar a la denominación "uberización" para referirse a las modificaciones generadas por este tipo de empresas. No obstante, debe señalarse que un análisis preliminar de las resoluciones judiciales y de las preocupaciones de la doctrina laboralista en nuestro país muestra que, tras un auge inicial[7], pronto salió de la discusión jurídico-laboral la situación de los conductores que prestan servicios en esta plataforma. Debe señalarse que el peso de las flotas de vehículos –en las que el vehículo y condiciones de trabajo pertenecen a una empresa que ofrece sus servicios a través de la plataforma y en la que la laboralidad del conductor no es una cuestión conflictiva– e incluso la importancia de elementos que debe aportar el conductor, como son el vehículo y sobre todo la licencia de transporte han ido progresivamente apartando esta discusión.

El debate, especialmente en sede de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y en el ámbito judicial, se centra en los últimos años en la naturaleza de la relación existente entre las plataformas de reparto en vehículos generalmente pequeños (bicicleta, ciclomotor) de pequeñas mercancías –lo más frecuente comida procedente de restaurantes, pero se permiten otros encargos– y sus repartidores.

Este reparto bajo demanda –básicamente Glovo y Deliveroo, aunque también la ya quebrada Take Eat Easy[8]– es el que actualmente está recibiendo más atención administrativa, judicial, académica y mediática.

El impacto cuantitativo del trabajo en este tipo de plataformas es ciertamente pequeño; aun en ausencia de datos precisos de fuentes oficiales, algunas estimaciones –con datos de 2017– hacen referencia a que en España aproximadamente un 2,7% de la población en edad de trabajar tiene en la economía de las plataformas su principal actividad[9] y otro 2,6% participa en estas como segunda actividad; para ambos datos la media de los 14 países analizados es del 2,3%; pero de ellos, menos del 20% se dedica a actividades de transporte (que incluye, lógicamente, también el transporte de personas por conductores con VTC, y no sólo de mercancías)[10].

Desde esa perspectiva pudiera discutirse la relevancia que desde el ámbito académico y mediático se presta a su realidad. Sin embargo, no puede dejar de tenerse en cuenta que es una realidad emergente, y sobre todo una forma de entender las relaciones laborales con cierto riesgo de generalizarse. La visibilidad social de esta clase de servicios corre el riesgo de generar una sensación de "normalidad" en los términos en que se desarrolla su relación de servicios: aunque incluye toda clase de plataformas (y por tanto también las que no han generado dudas acerca del carácter no asalariado de la actividad) es destacable la III Encuesta de Percepción Social de la Innovación en España[11] (con datos de 2019) han cuantificado en un 74,8% el porcentaje de la población que ha usado estos servicios, dato especialmente relevante si se tiene en cuenta que en la oleada de 2018 para el mismo informe[12] dicho porcentaje era sólo del 45,9%.

---

[7] Así, en el trabajo del profesor Todolí sobre esta materia, el análisis de laboralidad se hace precisamente partiendo del patrón que supone el conductor de Uber (TODOLÍ SIGNES, A. *El trabajo en la era de la economía colaborativa,* cit., pp. 45-50).

[8] La SJS núm. 11 de Barcelona, 29 de mayo de 2019 (ECLI:ES:JSO:2018:2390) declaró la laboralidad de los repartidores de esta empresa, a efectos de reconocer la existencia de despido ante su cese de actividad.

[9] Entendiendo por tal que al menos la mitad de sus ingresos proceden de ella o que dedican más de 20 horas semanales.

[10] BRANCATI, C. U. y otros. *Digital Labour Platforms in Europe,* cit.

[11] Cuyos resultados pueden accederse en http://informecotec.es/encuesta-percepcion-social-innovacion/

[12] Resultados completos disponibles en https://cotec.es/proyecto/segunda-encuesta-de-percepcion-social-de-la-innovacion-en-espana/

1.2. La laboralidad de los repartidores

Para el análisis de esta cuestión, así como las posteriores relacionadas con el tiempo de trabajo, se han incluido las resoluciones judiciales disponibles en la base de datos del Centro de Documentación Judicial dictadas en la jurisdicción social en procesos contra las empresas TAKE EAT EASY SPAIN, S.L., ROOFOODS SPAIN S.L., y GLOVOAPP 23, S.L, titulares respectivos de las marcas y aplicaciones Deliveroo y Glovo respectivamente.

Ello supone un total dieciséis enjuiciamientos en la instancia, para ocho de las cuales disponemos también de sentencia dictada en suplicación. Por limpieza del texto, se detallan a continuación las sentencias sobre el tema, incluyendo su referencia y, en su caso, la dictada en fase de suplicación:

Sentencia	*Citada como…*	Suplicación	*Citada como…*
SJS núm. 11 de Barcelona, de 29 de Mayo de 2018 (ECLI: ES:JSO:2018:2390)	*SJS Barcelona (11)*		
SJS núm. 6 de Valencia, de 1 de Junio de 2018 (ECLI: ES:JSO:2018:1482)	*SJS Valencia (6)*		
SJS núm. 39 de Madrid, de 3 de Septiembre de 2018 (ECLI: ES:JSO:2018:3042)	*SJS Madrid (39)*	**STSJ de Madrid de 19 de Septiembre de 2019 (ECLI:ES:TSJM:2019:6611)**	*STSJ Madrid I*
SJS núm. 17 de Madrid, de 10 de Enero de 2019 (ECLI: ES:JSO:2019:269)	*SJS Madrid (17)*	**STSJ de Madrid de 27 de Noviembre de 2019 (ECLI:ES:TSJM:2019:11243)**	*STSJ Madrid II*
SJS núm. 33 de Madrid, de 11 de Febrero de 2019 (ECLI: ES:JSO:2019:279)	*SJS Madrid (33)*	**STSJ de Madrid de 18 de Diciembre de 2019 (ECLI:ES:TSJM:2019:11591)**	*STSJ Madrid III*
SJS núm. 1 de Gijón, de 20 de Febrero de 2019 (ECLI: ES:JSO:2019:280)	*SJS Gijón (1)*	**STSJ de Asturias de 25 de Julio de 2019 (ECLI:ES:TSJAS:2019:1607)**	*STSJ Asturias*
SJS núm. 4 de Oviedo, de 25 de Febrero de 2019 (ECLI: ES:JSO:2019:2897)	*SJS Oviedo (4)*		
SJS núm. 1 de Madrid, de 4 de abril de 2019 (Autos 947/2018)	*SJS Madrid (1)*	**STSJ de Madrid de 3 de Febrero de 2020 (ECLI:ES:TSJM:2020:942)**	*STSJ Madrid V*
SJS núm. 24 de Barcelona, de 21 de Mayo de 2019 (ECLI: ES:JSO:2019:2931)	*SJS Barcelona (24)*		
SJS núm. 24 de Barcelona, de 29 de Mayo de 2019 (ECLI: ES:JSO:2019:2930)	*SJS Barcelona (24) bis*	**STSJ de Cataluña de 21 de Febrero de 2020 (ECLI:ES:TSJCAT:2020:1556)**	*STSJ Cataluña*
SJS núm. 5 de Valencia, de 10 de Junio de 2019 (ECLI: ES:JSO:2019:2892)	*SJS Valencia (5)*		

SJS núm. 31 de Barcelona, de 11 de Junio de 2019 (ECLI: ES:JSO:2019:2253)	*SJS Barcelona (31)*		
SJS núm. 1 de Salamanca, de 14 de Junio de 2019 (ECLI: ES:JSO:2019:2893)	*SJS Salamanca (1)*	**STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 17 de Febrero de 2020 (ECLI: ES:TSJCL:2020:992)**	*STSJ Castilla y León (Valladolid)*
SJS núm. 3 de Oviedo, de 5 de Julio de 2019 (ECLI: ES:JSO:2019:6667)	*SJS Oviedo (3)*		
SJS núm. 19 de Madrid, de 22 de Julio de 2019 (ECLI: ES:JSO:2019:2952)	*SJS Madrid (19)*	**STSJ de Madrid de 17 de Enero de 2020 (ECLI:ES:TSJM:2020:1)**	*STSJ Madrid IV*
SJS núm. 2 de Zaragoza, de 27 de Abril de 2020 (ECLI: ES:JSO:2020:31)	*SJS Zaragoza (2)*		

En el conjunto de estas sentencias, es ciertamente minoritaria la consideración de estos trabajadores como autónomos. Es cierto que de las dieciséis sentencias de instancia, son seis las que consideran que el repartidor impugnante (siempre por despido) tiene la condición de trabajador autónomo (eventualmente, económicamente dependiente), pero de ellas tres[13] han sido rectificadas en suplicación, y para otras dos no consta recurso[14], si bien, dada la postura de la sala de lo social de sus respectivos Tribunales Superiores de Justicia y la similitud con otros casos enjuiciados[15], hace prever que de producirse esa impugnación correrá igual suerte. De esta forma, únicamente la SJS Madrid (39), confirmada en recurso por STSJ Madrid I ha declarado, de forma hasta ahora no discutida salvo un eventual recurso de casación, la corrección formal del contrato mercantil.

Por otra parte, esta STSJ Madrid I (sobre Glovo) es precisamente la única sentencia en suplicación que ha considerado que la relación entre empresa y repartidores no tiene naturaleza laboral. Además, ha sido rectificada por unanimidad por el pleno de la misma sala en la STSJ Madrid II, con doctrina posterior en el mismo sentido para los casos de Deliveroo (STSJ Madrid IV), en proceso de oficio iniciado por la Tesorería General de la Seguridad Social. Las restantes resoluciones en suplicación, correspondientes a los TSJ de Asturias, Cataluña y Castilla y León (Valladolid), todas ellas referidas a Glovo, también se han decantado por la laboralidad.

El análisis detallado de los motivos de cada una de estas resoluciones resulta innecesario dado del objeto de este trabajo, y ha sido comentado ampliamente en diversos análisis a los que procede aquí remitir[16]. No obstante, sí que es preciso señalar los aspectos que, con carácter general, han justificado la calificación de estos repartidores como trabajadores por cuenta ajena.

---

[13] SJS Madrid (17), SJS Barcelona (24) bis y SJS Salamanca (1)

[14] SJS Oviedo (4) y SJS Barcelona (24)

[15] Así, tanto la STSJ Asturias como la STSJ Cataluña (resolución dictada en pleno, por 21 de los 24 magistrados que la integran y sin votos particulares) han considerado a repartidores de la misma compañía –Glovo– y con hechos probados similares como trabajadores por cuenta ajena.

[16] Así, sobre STSJ Cataluña, *vid.* BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. "El Pleno del TSJ de Cataluña también califica a los «riders» de Glovo como trabajadores por cuenta ajena", *Una mirada crítica a las relaciones laborales,* 2020, fecha de consulta 14 marzo 2020, en https://ignasibeltran.com/2020/03/10/el-pleno-del-tsj-de-cataluna-tambien-

La dinámica de funcionamiento del vínculo entre repartidor y plataforma es relativamente sencilla. El repartidor escoge, atendiendo a su baremación por un algoritmo, determinadas franjas horarias (de entre las ofrecidas por la plataforma) en las que se compromete a "activarse", es decir, entrar en la aplicación de su teléfono móvil que le permite recibir pedidos. Una vez activo, un algoritmo le asigna pedidos, que puede aceptar o no, y por los que percibe una retribución (calculada por tiempo y distancia) fijada por la plataforma siempre que realice la entrega. La facturación la realiza la empresa titular de la plataforma con carácter periódico (generalmente cada 15 días), y el repartidor puede decidir estar durante un tiempo sin ofrecer sus servicios. De cara a los productores (típicamente restaurantes) y los consumidores finales opera la plataforma y no el repartidor, puesto que es con ésta con la que se contrata, sin poder escoger o rechazar a un trabajador en concreto.

La existencia de las notas de laboralidad se ha justificado en las resoluciones mencionadas en atención a estos hechos; siendo indiscutible la voluntariedad, en primer lugar, se señala que existe una retribución (por cuanto que la plataforma abona un importe por pedido) que se configura como salario por unidad de obra –descartando por tanto que exista una asunción del riesgo y ventura de las operaciones–. Sobre las notas de mayor complejidad, se resalta, a efectos de ajenidad, la escasa importancia para el desarrollo de la actividad del teléfono móvil y el medio de transporte (que aporta en ambos casos el trabajador), pues lo esencial para poder participar en el mercado es precisamente la plataforma tecnológica. Los medios que aporta el trabajador difícilmente le permitirían desarrollar su actividad en el mercado, pues la captación de clientes resultaría inviable sin la intermediación de la plataforma. Igualmente, el hecho de que los repartidores presten sus servicios equipados con signos distintivos de la marca de la plataforma apunta a la ajenidad en el mercado[17]. La dependencia se acredita por la fijación de precios o tarifas del servicio, unida a la evaluación (poder de control) a la que se somete a los repartidores como criterio para asignar las franjas de mayor rentabilidad e incluso para extinguir la relación.

---

califica-a-los-riders-de-glovo-como-trabajadores-por-cuenta-ajena/.
El profesor E. ROJO TORRECILLA, en su infatigable labor de seguimiento jurisprudencial, ha comentado STSJ Asturias ("Glovo. Los repartidores son trabajadores por cuenta ajena. Notas a la sentencia del TSJ de Asturias de 25 de julio de 2019, y recordatorio de la del JS núm. 1 de Gijón de 20 de febrero. (Actualizado a 7 de agosto)", El blog de Eduardo Rojo, 2019, fecha de consulta 28 enero 2020, en:
http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/08/glovo-los-repartidores-son-trabajadores.html.), la STSJ Madrid II ("Los glovers son trabajadores por cuenta ajena. Análisis de la sentencia dictada por el Pleno de la Sala Social del TSJ de Madrid el 27 de noviembre de 2019.", *El blog de Eduardo Rojo,* 2019, fecha de consulta 30 enero 2020, en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/12/los-glovers-son-trabajadores-por-cuenta.html.), la STSJ Madrid III ("Sigamos con los glovers (= trabajadores por cuenta ajena). Una nota breve a la sentencia del TSJ de Madrid de 18 de diciembre de 2019, y amplio recordatorio de la del JS núm. 33 de Madrid de 11 de febrero.", *El blog de Eduardo Rojo*, 2019, fecha de consulta 21 enero 2020, en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/12/sigamos-con-los-glovers-trabajadores.html.) y la STSJ Madrid IV ("Suma y sigue. Los repartidores de Deliveroo son trabajadores por cuenta ajena. Notas a la sentencia del TSJ de Madrid de 17 de enero de 2020 (y recordatorio de la dictada por el JS núm. 19 de Madrid de 22 de julio de 2019).", *El blog de Eduardo Rojo*, 2020, fecha de consulta 28 enero 2020, en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/01/suma-y-sigue-los-repartidores-de.html.).
La STSJ Madrid II también ha sido comentada en BAYLOS GRAU, A. "El Tribunal Superior de Justicia de Madrid considera trabajadores a los «riders» de Glovo", *Según Antonio Baylos...,* 2019, fecha de consulta 30 enero 2020, en https://baylos.blogspot.com/2019/11/el-tribunal-superior-de-justicia-de.html.
Con relación a la STSJ Madrid (I) y STSJ Asturias, así como diversas sentencias de juzgados de lo social, puede consultarse también GORELLI HERNÁNDEZ, J. "Paso a paso hacia el Tribunal Supremo: el problema de la laboralidad de la prestación de servicios en plataformas digitales (casos Glovo y Deliveroo)", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales,* 60, 2019.

[17] Lo que se ha denominado por algún autor como ajenidad de marca (A. TODOLÍ SIGNES, *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, cit., p. 53.), que es en realidad un aspecto particular de la ajenidad en el mercado.

La libertad de fijación de horarios es sólo relativa, pues se limita a la elección entre las ofrecidas por el algoritmo de la plataforma. En definitiva, la capacidad de autoorganización (en el sentido tanto de diseñar la forma de prestar servicios como en el de constituirse como una unidad económica diferenciada en el mercado) es, a juicio de los Tribunales Superiores de Justicia que han examinado esta relación, inexistente.

Antes de cerrar la exposición de los términos del debate acerca de la laboralidad de estos trabajadores, debe mencionarse el Auto de la Sección 8.ª del TJUE de 22 de abril de 2020 (ECLI:EU:C:2020:288), pues sean querido ver señales que apuntan en un sentido opuesto a lo expuesto. Al respecto, debe recordarse, en primer lugar, que el concepto de trabajador a efectos de la aplicación del derecho comunitario es autónomo de los derechos nacionales y opera como contenido mínimo, por más que se base en notas ciertamente similares. Por ello, aun cuando los repartidores en plataformas no reunieran las características para que les fuera de aplicación la tutela de las normas de derecho europeo, nada impediría a un estado miembro establecer un concepto más amplio de trabajador que extendiera la protección.

En cualquier caso, como bien se ha señalado[18], el Auto resuelve las cuestiones planteadas en un el particular sistema británico, y además se limita a indicar que no es trabajador si existe posibilidad de subcontratar la actividad, aceptar o rechazar las tareas ofrecidas o fijar el número máximo de ellas, prestar servicios para tercero y fijar su jornada en su propio interés, siempre que la independencia sea efectiva y no haya subordinación respecto del empleador. Lo cierto es que, con esas características, posiblemente nuestro sistema también lo calificaría como trabajo autónomo, pero no es la realidad que describen las sentencias mencionadas[19].

1.3. El tiempo de trabajo en la relación de los repartidores

Tomando la laboralidad como punto de partida, resulta necesario analizar cómo puede configurarse la prestación de servicios dentro de nuestro sistema jurídico. Para ello, resulta necesario profundizar en los mecanismos pactados y efectivos de fijación y extensión de la jornada. El grado de detalle descriptivo de las sentencias de instancia disponibles permite conocer con bastante precisión cómo venían operando los repartidores bajo la apariencia de trabajadores autónomos económicamente dependientes.

En el caso de Deliveroo[20], mediante una aplicación informática, cada viernes se publican las franjas horarias para dentro de diez días; los repartidores comunican su disponibilidad, el viernes anterior a la prestación del servicio la empresa confirma las asignaciones. Estas pueden no coincidir en cantidad con las solicitadas, priorizando en función de las "métricas de servicio", es decir, de la valoración por tareas anteriores. El cambio de turnos asignados requiere mutuo acuerdo entre repartidores y aceptación por parte de la propia empresa. Los pedidos realizados fuera de las franjas no se retribuyen, y aunque inicialmente se garantizó un mínimo de dos pedidos por hora de disponibilidad (en promedio quincenal)[21], posteriormente se impuso el pago exclusivamente por pedido completado.

---

[18] GOERLICH PESET, J. M. "Los repartidores a través de plataformas ante el TJUE: ¿seguimos dónde estábamos?", *Los repartidores a través de plataformas ante el TJUE*.

[19] A título de ejemplo, en el proceso de oficio analizado por la SJS Zaragoza (2), que afecta a 57 trabajadores, se afirma expresamente que ninguno de los repartidores afectados disponía de infraestructura empresarial propia (hecho probado octavo), ni consta que haya trabajado para otras plataformas de manera simultánea a Deliveroo (hecho probado noveno).

[20] Según los hechos probado undécimo y siguientes de la SJS Zaragoza (2); en términos similares hecho probado vigésimo de la SJS Madrid (19).

[21] Hecho probado décimo SJS Barcelona (31).

Al iniciar su actividad para Deliverooa los repartidores se les indica[22] que en su franja asignada deben permanecer dentro de una zona concreta, en el "punto de control o centroide" hasta que llegue algún pedido. De no estar en un radio de 500 metros de ese punto, no entrarían pedidos[23], si bien estos centroides desaparecieron posteriormente[24]. Expresamente se indica que si no se cierra la aplicación al acabar el turno y se realizan pedidos fuera del horario no se pagarán. El repartidor puede cerrar la aplicación para no recibir más pedidos dentro del horario asignado, pero eso, igual que la no aceptación de pedidos, supone una penalización que afecta a la futura capacidad de elección de franjas. Con relación a los periodos de descanso, se indica en los contratos que si se va a estar un periodo sin prestar servicios debe preavisarse con al menos dos semanas, salvo casos urgentes.

Las versiones más modernas del contrato[25] indican una mayor libertad para el repartidor, fijándose una jornada máxima de 40 horas semanales, que puede superarse, por voluntad del trabajador, hasta en un 30%, en la línea del art. 14.3 LETA[26]. Se recoge expresamente la posibilidad de "dejar de estar disponible", pero se mantiene la asignación de franjas ("emparejamiento de disponibilidades"); en cuanto a las ausencias (incluidos periodos de descanso, se solicita la declaración a la empresa con 48 horas.

En lo referente a Glovo, se establece un sistema similar[27]; lunes y jueves los repartidores pueden escoger franjas, en horarios distintos según la puntuación del trabajador; desde las 16 horas cada 10 minutos van pudiendo acceder a las franjas disponibles cada vez más trabajadores, estando abierta la elección para todos a partir de las 20 horas. En esas franjas y zonas, posteriormente, se les asignan los pedidos que pueden aceptarse o rechazarse (afectando a dicha puntuación), de la misma forma que la falta de conexión en las franjas reservadas también supone penalización[28]. Se incluye en el contrato una jornada máxima de 40 horas semanales distribuidas de 8 a 00h[29] y plena libertad para fijar descansos semanales y festivos.

En cuanto al tiempo de trabajo efectivo, el análisis presentado como pericial en uno de los procedimientos de oficio (SJS de Valencia (5)) muestra que el tiempo medio de conexión varía de menos de una hora a más de siete, y que el número de horas trabajadas "no es constante y varía mucho con el tiempo"; en el caso de las demandas por despido de diez trabajadores, se indica (SJS Barcelona (31)) una jornada media de entre 13 y 26 horas semanales. En otros casos se muestran variabilidades para un mismo trabajador igualmente elevadas, con 32 horas en una semana y 62 en la siguiente (SJS de Oviedo (4)), o 33 horas y 54 minutos un mes frente a 55 horas y 34 minutos el anterior (SJS de Salamanca (1)).

Descritos los acuerdos, resulta necesario, a los efectos de esta investigación, aclarar la ordenación efectiva del tiempo de trabajo. Una vez que la relación jurídica se ha calificado como laboral, resulta necesario establecer qué debe ser considerado como tiempo de trabajo, y valorar la naturaleza de las relaciones.

Parece claro que en la mayor parte de los casos se trata de relaciones de trabajo con una extensión reducida; la consideración de trabajo a tiempo parcial debe hacerse, como es sabido, en comparación al "trabajador a tiempo completo comparable" (art. 12 ET), que en ausencia de otras referencias será la jornada máxima legal, especialmente cuando las 40 horas semanales –aunque ninguna mención se hace del cómputo anual– aparecen expresamente mencionadas en los contratos firmados.

---

[22] Según hecho probado octavo de la SJS Valencia (6).
[23] Hecho probado vigésimo segundo de la SJS Barcelona (31).
[24] SJS Barcelona (31), FJ 2.º.
[25] Hecho probado sexto de la SJS de Valencia (5).
[26] Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.
[27] Hecho probado sexto SJS de Madrid (33), hecho probado noveno de la SJS de Oviedo (3).
[28] Hechos probado segundo y sexto de la SJS Madrid (17).
[29] Hecho probado decimotercero de la SJS Gijón (1).

En el funcionamiento de estas relaciones jurídicas, se plantea una primera distinción que debe tomarse en consideración, pues mientras que los repartidores están "activos" o conectados a la aplicación y en régimen de disponibilidad de recibir pedidos hay dos clases de situación: en espera o realizando el pedido. La retribución, según lo pactado, se hace única y exclusivamente por unidad de obra, esto es, por pedido efectivamente realizado. Resulta claro que la eliminación de la garantía de cobro de al menos de pedidos por hora en promedio de quince días se realizó con la intención de alejarse (sin éxito) de la calificación de laboralidad.

La actividad material de los repartidores puede catalogarse sin demasiadas dificultades como de transporte[30], pues su tarea no es otra que la de llevar algo de un lugar a otro. Siendo ello así, resulta de aplicación el art. 8 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, que distingue precisamente tiempos de presencia y de trabajo efectivo. Sobre este último, cabe poca interpretación: *"Se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad, realizando las funciones propias de la conducción del vehículo o medio de transporte u otros trabajos durante el tiempo de circulación de estos, o trabajos auxiliares que se efectúen en relación con el vehículo o medio de transporte, sus pasajeros o su carga"*.

Más específicamente, el art. 10.2 del mismo Real Decreto caracteriza como "trabajadores móviles en el transporte por carretera" a los conductores. Aplicado al caso que aquí se analiza, esto supone que tiempo de trabajo efectivo el que se emplea en llegar al restaurante (u otro lugar de recogida), el de recogida y preparación y el de traslado hasta el domicilio del cliente final, incluida la entrega.

El tiempo de presencia, por su parte, se define en el mismo precepto como *"aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares"*. No parece tampoco complejo entender que el periodo en que el trabajador tiene abierta la aplicación con disponibilidad para recibir pedidos es precisamente un periodo de "espera" o "expectativa".

Expresamente para este tiempo se indica en el art. 8.3 del RD de jornadas especiales que *"se entienden comprendidos dentro del tiempo de trabajo efectivo los períodos durante los que el trabajador móvil no puede disponer libremente de su tiempo y tiene que permanecer en el lugar de trabajo dispuesto a realizar su trabajo normal, realizando las tareas relacionadas con el servicio, incluidos, en particular, los períodos de espera de carga y descarga cuando no se conozca de antemano su duración previsible"*, lo que incluirá necesariamente los eventuales tiempos de espera para la preparación de los pedidos en los establecimientos con los que colabore su plataforma.

Igualmente *"Se entienden comprendidos dentro del tiempo de presencia, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 8.1, los períodos distintos de las pausas y de los descansos, durante los que el trabajador móvil no lleva a cabo ninguna actividad de conducción u otros trabajos y no está obligado a permanecer en su lugar de trabajo, pero tiene que estar disponible para responder a posibles instrucciones que le ordenen emprender o reanudar la conducción o realizar otros trabajos"*. En este caso, las dudas pueden surgir en cuanto la exigencia de que "deba" permanecer disponible, pues la configuración de la relación pactada permite la desconexión sin que sea estrictamente un incumplimiento del contrato, sin perjuicio de que ello pueda afectar a su calificación. A mi juicio, el hecho de que se derive una consecuencia negativa de la inactivación de la aplicación debería ser suficiente para considerar que se cumple este requisito. Al fin y al cabo, no deja de ser el cumplimiento del tiempo pactado, sin perjuicio de que se permita que el trabajador realice una modificación unilateral.

---

[30] En el mismo sentido, *vid.* MARÍN MALO, M. "El cómputo del tiempo de trabajo en la prestación de servicios a través de plataformas digitales", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social,* 148, 2019, p. 183.

Estas horas de presencia, según señala el art. 8.3 del Real Decreto, no computan a efectos de jornada máxima, si bien deben compensarse con descanso retribuido o alternativamente con un salario no inferior al correspondiente a las horas ordinarias.

Es evidente que, salvo que en las franjas que se preste servicio la actividad sea muy intensa esto supondrá un importante incremento de costes para las empresas, pero no puede olvidarse que se trata de normas de derecho imperativo, que estuvieron en vigor desde el inicio de la relación, y que por tanto deben ser soportadas por el empresario (y no entenderse como alteración sobrevenida que justifique el reequilibrio contractual).

2. MECANISMOS LEGALES DE FIJACIÓN DE LA JORNADA

2.1. Aplicación del régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial y ajuste mediante horas complementarias a trabajadores contratados formalmente como autónomos

El punto de partida, como se ha señalado, ha de ser el considerar que la mayor parte de los repartidores son trabajadores a tiempo parcial. En el caso de los que adquieran esta condición como consecuencia de las diversas acciones de oficio impulsadas por la TGSS o en proceso de despido cuando se declara la nulidad (o más raramente, la empresa opta por la readmisión), debe rechazarse la aplicabilidad de la presunción de jornada completa del art. 8 ET, puesto que en este caso sí que existe contrato escrito. El punto de partida más correcto ha de ser el que emplea la SJS Oviedo (4), que resuelve un proceso en el que no se discute la naturaleza de la relación, sino precisamente qué jornada debe abonarse. Como se ha señalado, en los contratos de TRADE redactados para su adhesión por los repartidores –el contenido no es negociable– se establece una jornada de 40 horas. No obstante, como bien señala la mencionada SJS Oviedo (4), esta cláusula no puede interpretarse aisladamente, sino de forma sistemática. Así, al establecerse que la prestación de servicios se realizará en los periodos en que concurran disponibilidad del trabajador y necesidad de la plataforma, implícitamente se está afirmando que la jornada real no viene determinada por el contrato sino por su concreción posterior mediante la aceptación de recados o microtareas (FJ Segundo).

Esta misma solución es la aplicada por la SJS Barcelona (31), que tras declarar la nulidad se enfrenta al problema de definir los términos de la readmisión, y para ello atiende a la jornada media efectivamente desempeñada por cada uno de los trabajadores.

Sin embargo, siendo posiblemente la única opción razonable para el juzgador, plantea el problema de que en la práctica este contrato opera con una base de cero horas a las que se añaden las que podríamos calificar como complementarias de mutuo acuerdo. De hecho, sin afectar a la pervivencia del contrato se prevé en algunos casos la degradación de la categoría del repartidor (afectando simplemente a su posición para escoger franjas) por estar más de tres meses sin aceptar ningún servicio[31], y se ha mencionado ya que en 2017 se eliminó la garantía de al menos dos servicios por hora disponibilidad, lo que implica necesariamente la posibilidad de que la empresa no lo ofrezca.

El principal problema para la aplicación del régimen de horas complementarias es que se configura como una proporción de la jornada ordinaria pactada. Así, para las horas complementarias "ordinarias", que no pueden exceder del 30% de la jornada pactada (60% si se acuerda en Convenio) se requiere un acuerdo expreso, y según el tenor literal de la norma, debieran ser ofrecidas por el empresario. Este último punto, a mi juicio, no debe obstar a que se fijen de mutuo acuerdo, pues supone una mejora de protección. En el caso de los contratos existentes, ni existe jornada ordinaria pactada (el 30% de cero es cero) ni pacto expreso de horas complementarias con los requisitos del art. 12.5.a ET (pacto específico y por escrito).

[31] SJS de Madrid (39).

Las más flexibles horas complementarias adicionales a que se refiere el art. 12.5.g, que se limitan al 15% (hasta el doble si se pacta en convenio) exigen no sólo el contrato indefinido –naturaleza que tendrán los trabajadores "falsos autónomos"– sino una jornada no inferior a 10 horas semanales en cómputo anual.

Por otra parte, debe recordarse la prohibición expresa de realización de horas extraordinarias salvo fuerza mayor (art. 12.4.c), por lo que tampoco por esta vía puede flexibilizarse la concreción del tiempo de trabajo.

Los mismos problemas prácticos operarán para articular la relación por medio de la distribución irregular de jornada, pues existe –en ausencia de pacto en convenio– el límite del 10% de la jornada anual. Al margen de la indeterminación de ésta, más allá de la desarrollada en el periodo que el juzgador tome como referencia, una décima parte resulta insuficiente en este tipo de trabajo a llamada.

Es preciso mencionar en este punto la reciente (aún no ha vencido el plazo de transposición) Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea que expresamente se refiere al contrato a demanda; sin embargo, su regulación (art. 11) se condiciona a que los estados recojan esta figura y se limita a establecer la obligación de imponer ciertas medidas tuitivas que no es este el lugar de desarrollar, sin perjuicio de su mención en el epígrafe final relativo a las propuestas de futuro.

Todo ello nos devuelve a la solución antes apuntada. La única vía de encaje es la construcción de una ficción jurídica (el tiempo ejecutado en el periodo de referencia es el tiempo ordinario contratado), y sobre él permitir los mecanismos de distribución irregular y eventualmente los pactos de horas complementarias.

Menos problemas plantea la cláusula que bajo la apariencia de TRADE permite a los repartidores "desactivarse" temporalmente, de forma que con el preaviso suficiente no se perjudique su clasificación en la empresa. En este caso, se trata de una mejora pactada del régimen legal de excedencias, de tal modo que sería una suerte de suspensión del contrato con reserva de puesto y sin necesidad de alegar más causas que las pactadas.

2.2. Aplicación *ab initio* del régimen jurídico a tiempo parcial

El resultado antes apuntado puede servir cuando existe un marco previo de desarrollo de la relación laboral en el que observar una jornada pactada. Sin embargo, en caso de que las empresas titulares de las plataformas terminen por asumir la laboralidad de sus repartidores, el diseño de sus contratos no contará con una experiencia previa para fijar un número de horas ordinarias.

En este supuesto será preciso un proceso de negociación entre el futuro trabajador y la empresa en el que se establezca un mínimo de horas que el trabajador se compromete a estar disponible y al mismo tiempo la empresa le garantice la retribución correspondiente. Sobre esa base, en su caso y apoyado en convenios colectivos o acuerdos de empresa, podrán emplearse los mecanismos de horas complementarias con lo que puede prácticamente duplicarse la extensión de las horas ordinarias (hasta un 90% más), siempre que no se supere la jornada máxima legal o eventualmente convencional del trabajador a tiempo completo comparable.

2.3. Novación pactada y constante de las condiciones de trabajo combinada, eventualmente, con modificaciones sustanciales del contrato

La última vía, y posiblemente más incierta, es la construcción de un contrato que podemos calificar como líquido. Sobre la base descrita en el epígrafe precedente (un contrato a tiempo parcial), sería posible novar, mediante modificaciones del contrato, el contenido original, am-

pliando y extendiendo las horas ordinarias pactadas según las necesidades de la empresa y la disponibilidad del trabajador. Ello permitiría el ajuste semanal (que es como operan en la actualidad), pero con un elevadísimo coste de gestión, salvo que la empresa se limite a aceptar de plano las propuestas de modificación planteadas por el trabajador.

Mediante mecanismos de firma electrónica, de esta forma, podría automatizarse a través de la propia aplicación la reforma del contrato (con el límite del número de franjas que la aplicación permita suscribir). Al partir la iniciativa del trabajador y no de la empresa, no parece que exista demasiado riesgo de que pueda considerarse un fraude de ley, pues las restricciones a la exigencia de horas complementarias (que sería la norma eventualmente eludida) se diseñan en defensa del trabajador. La combinación de una fijación de jornada en periodos amplios y pactos de horas complementarias puede lograr un marco que pueda servir para variaciones pequeñas sin especiales problemas; las variaciones que impliquen el incremento de la jornada ordinaria requerirían, por el contrario, una confianza mutua en la reversibilidad del cambio si fuera necesario, pues no puede contractualizarse el que el contenido del contrato quede al arbitrio de una de las partes (art. 1256 del Código Civil). Así, la cláusula que implicara que la modificación de las horas ordinarias a instancias de trabajador o empresario no tendría ninguna validez jurídica.

Si por el contrario es la empresa la que requiere de variaciones en el tiempo de trabajo exigible el mecanismo sería ciertamente más complejo. La ampliación o reducción de jornada, siempre que no impliquen conversión entre tiempo parcial y completo, son posibles vía art. 41 ET, pero requieren la existencia de una causa –lo que posiblemente podría salvarse a través de las previsiones de demanda– y sobre todo conllevan un procedimiento que posiblemente no tiene la agilidad requerida en el actual modelo de negocio desarrollado por estas plataformas tecnológicas.

3. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

La acumulación de resoluciones judiciales en las que se reconoce la laboralidad de los repartidores de plataformas parece resolver, a la espera de una eventual unificación de doctrina por el Tribunal Supremo a la que abre las puertas la aislada STSJ Madrid I, el debate acerca de la naturaleza jurídica del vínculo. Sin embargo, es evidente que la formalización de la relación como trabajadores autónomos no sólo implica un ahorro de costes, sino la existencia de una flexibilidad que nuestro derecho laboral no contempla. El empleo a demanda o contratos cero horas (por ser este el tiempo que se obligan a trabajar y a remunerar, recíprocamente) no tiene en la actualidad cabida en nuestro sistema jurídico. La elasticidad de la jornada (si la flexibilidad permite "recolocarla", este término me parece más adecuado para modificar su extensión) está vinculada a la extensión de las horas garantizadas (horas ordinarias pactadas) en el contrato a tiempo parcial.

El régimen jurídico aplicable al cómputo de la jornada debe ser, por la naturaleza de la prestación, el establecido en el art. 10 del RD de jornadas especiales para transportes por carretera.

Ello implica la necesaria retribución del tiempo de presencia sin asignación de pedidos, lo que obliga a un ajuste más preciso del tiempo que la empresa necesita a cada repartidor. Éste deberá estar vinculado a los pedidos realizados y no a las franjas en las que esté activo el trabajador. Teniendo en cuenta que las horas de presencia (a la espera de un pedido) no computan a efectos de jornada ordinaria, aunque deban retribuirse, la dificultad de delimitación contractual es aún mayor.

Todo ello lleva[32] a hacer recomendable una regulación específica que dé respuesta a este tipo de actividad, sin perjuicio de que deba evitarse la precarización del empleo. Esta normativa,

[32] Salvo que lo que se pretenda es impedir esta actividad económica que la sociedad parece haber acogido como útil, dado su auge.

a mi juicio, no debe consistir en una relación laboral especial, sino en una adaptación de la normativa de jornadas especiales de trabajo, previa habilitación legal para no chocar con la regulación del trabajo a tiempo parcial. Así, en la línea de la Directiva de Condiciones Laborales Transparentes, debe asegurarse al trabajador un mínimo de horas retribuidas (franjas, en la terminología usada por las empresas titulares de las plataformas) que garantice una estabilidad económica mínima, unida a una flexibilidad fuerte al alza, sin los límites porcentuales de las horas complementarias. La determinación concreta de estos aspectos debe hacerse, en cualquier caso, con un espacio propio para la negociación colectiva. El encuadramiento en los acuerdos ya existentes[33] no resulta satisfactoria, por lo que es preciso promover acuerdos sectoriales propios –el nivel empresarial supondría un evidente riesgo de competencia a la baja– en los que se admita la flexibilidad negociada.

[33] Por ejemplo, la STSJ Madrid V declara aplicable el Convenio Colectivo (de Madrid) del sector de Logística, Paquetería y Actividades Anexas al Transporte, (código número 28100055012016), encuadrándolos en la categoría de "Mozo", que no está pensada para esta actividad.

Documentación laboral

Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

NORMAS DE PUBLICACIÓN

NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN DE ORIGINALES

Documentación Laboral es una revista especializada en el ámbito científico del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, dirigida a publicar los trabajos e investigaciones elaborados por expertos en el ámbito jurídico laboral, constituyendo un canal que propicie la difusión de los estudios de los socios de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sin perjuicio de quedar abierta a la publicación de ensayos de especialistas en la materia no vinculados a la Asociación.

Los artículos publicados en esta revista son sometidos a un sistema de arbitraje externo, consistente en el sometimiento de los originales a dos informes de lectura externos, en régimen de doble ciego, a tenor de los cuales el Consejo de Redacción de la Revista seleccionará los trabajos idóneos que publicar conforme a criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. El autor será debidamente informado con la antelación suficiente de la aceptación del trabajo, según los resultados de las dos lecturas y con la indicación de las posibles modificaciones necesarias, o de su rechazo. Para ello es imprescindible que, junto con el estudio, se adjunten los datos de identificación del autor, incluyendo la mención de la institución a la que pertenece y su rango académico o profesional, así como su dirección de correo electrónico.

Los trabajos deberán ser originales, inéditos y no deben haber sido presentados para la aprobación en otra revista, libro o cualquier otra forma de edición pública. El autor asume bajo su responsabilidad la originalidad de su contribución, exonerando a *Documentación Laboral* de cuantas reclamaciones se pudieran generar por contravención de la normativa vigente sobre propiedad intelectual. La inobservancia de cualquiera de las tres condiciones señaladas libera a *Documentación Laboral* de cuantos compromisos de publicación hubiera contraído con anterioridad al conocimiento de tales incumplimientos. La Revista igualmente no se hace responsable de las ideas u opiniones vertidas por los autores en sus trabajos.

La publicación de las contribuciones remitidas supone la cesión a *Documentación Laboral* de los derechos de explotación por parte de su autor, lo cual incluye, expresamente, el derecho de reproducción, distribución y comunicación pública de la obra. Los trabajos deberán enviarse a aedtss@aedtss.com.

Notas de edición

Para los estudios se aconseja una extensión no superior a 40.000 caracteres. Las colaboraciones se realizarán en interlineado simple, en cuerpo 12 p. el texto principal y en cuerpo 10 p. las notas a pie de página. En todas las colaboraciones se deberá incluir el título del trabajo, la autoría, el sumario (utilizando siempre números arábigos, nunca romanos ni letras, no superando el triple apartado, p. e. 2.4.1, con el título de los apartados reflejando literalmente, con plena coincidencia, el índice del trabajo, sin punto al final de cada título de apartado; en tipografía Times New Roman 12 p.) y un resumen de no más de 15 líneas (10 p.) referido al contenido esencial del artículo, así como una relación de palabras clave. El resumen y las palabras clave deberán ir igualmente en inglés (*abstract* y *key words*, respectivamente).

Los libros se citarán: apellidos completos e inicial del nombre (en mayúsculas), título de la obra (en cursiva), volumen o tomo, editorial, lugar y año de publicación y número de páginas. Los capítulos de libros se citarán: apellidos completos e inicial del nombre (en mayúsculas solo las iniciales), título del capítulo (entre comillas), el título de la obra (en cursiva), volumen o tomo, editorial, lugar y año de publicación y número de páginas. Los artículos se citarán: apellidos completos e inicial del nombre (en mayúsculas), título del artículo (entre comillas), nombre de la revista (en cursiva), número de la revista, fecha y páginas. Las normas se citarán de la siguiente manera: RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (BOE de 29 de marzo), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Las citas de jurisprudencia se llevarán a cabo mediante la aportación de datos objetivos de carácter general que permitan su localización (Tribunal, sala, fecha y número de recurso o procedimiento). Las referencias bibliográficas dentro de una misma nota se ordenarán alfabéticamente por el apellido del autor.

Ejemplos:

VV.AA., *La Responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales,* Ediciones Cinca, Madrid, 2013.

GARCÍA QUIÑONES, J. C., "Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo", en LAHERA FORTEZA, J. (coord.), *Reforma Laboral 2012: preguntas y respuestas,* Ediciones Cinca, Madrid, 2012, pp. 13-52.

CRUZ VILLALÓN, J., "El trabajo autónomo económicamente dependiente en España. Breve valoración de su impacto tras algunos años de aplicación", *Documentación Laboral,* n.º 98, 2013, pp. 19-36.

OTRAS PUBLICACIONES DE EDICIONES CINCA

COLECCIÓN BIBLIOTECA CIENCIAS SOCIALES

ESTADO DE BIENESTAR
Autor: Rafael Calvo Ortega
208 páginas / ISBN: 978-84-16668-84-7 / 20 € IVA incluido

PODER DE DIRECCIÓN Y ESTRUCTURAS EMPRESARIALES COMPLEJAS
Dirección y Coordinación: J. Eduardo López Ahumada y Remedios Menéndez Calvo
414 páginas / ISBN: 978-84-16668-51-9 / 22 € IVA incluido

LAS REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES: UN ANÁLISIS TRANSVERSAL Y APLICADO
Coordinación: Ricardo Escudero Rodríguez
500 páginas / ISBN: 978-84-16668-03-8 / 25 € IVA incluido

GESTIÓN DE LA CULTURA Y GESTIÓN DE LA VIDA
Valoración y propuestas de empleo ecorresponsable desde la ecología profunda.
Dirección y Coordinación: Lina Gavira Álvarez
312 páginas / ISBN: 978-84-15305-98-9 / 20 € IVA incluido

TRABAJO, CUIDADOS, TIEMPO LIBRE Y RELACIONES DE GÉNERO EN LA SOCIEDAD ESPAÑOLA
Dirección y Coordinación: Carlos Prieto
318 páginas / ISBN: 978-84-15305-90-3 / 20 € IVA incluido

LA TRANSNACIONALIZACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES
Experiencias de gestión en las empresas multinacionales españolas
Director: Wilfredo Sanguineti Raymond
212 páginas / ISBN: 978-84-15305-82-8 / 19 € IVA incluido

LA DIMENSIÓN LABORAL DE LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA EMPRESA ESPAÑOLA
Una visión de conjunto de los instrumentos de gestión laboral transnacionales de las multinacionales españolas.
Director: Wilfredo Sanguineti Raymond
270 páginas / ISBN: 978-84-15305-69-9 / 20 € IVA incluido

CAMBIOS EN LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS INMIGRANTES DURANTE LA CRISIS ECONÓMICA
Director: Lorenzo Navarrete Moreno
178 páginas. / ISBN: 978-84-15305-59-0 / 18 € IVA incluido

OBSERVATORIO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
Revisión e inaplicación de los salarios en la negociación colectiva: efectos derivados de la crisis económica
Coordinación: J. Eduardo López Ahumada
152 páginas / ISBN: 978-84-15305-46-0 / 18 € IVA incluido

OBSERVATORIO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
La negociación en materia de planes de igualdad: estudio analítico
Coordinador: Carlos L. Alfonso Mellado
400 páginas / ISBN: 978-84-15305-52-1 / 25 € IVA incluido

OBSERVATORIO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
Los espacios de la negociación colectiva tras las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012
Coordinación: Wilfredo Sanguineti Raymond
176 páginas / ISBN: 978-84-15305-39-2 / 18 € IVA incluido

PROTECCIÓN SOCIAL Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS
Cátedra Cantabria 2011
Coordinación: Lourdes López Cumbre
248 páginas / ISBN: 978-84-15305-21-7 / 22 € IVA incluido

ESTUDIOS SOBRE DERECHO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL EN UN CONTEXTO DE CRISIS
Dirección: Emilia Castellano Burguillo y Miguel Rodríguez-Piñero Royo
280 páginas. / ISBN: 978-84-15305-15-6 / 24 € IVA incluido

COLECCIÓN ESTUDIOS LABORALES

LA FORMACIÓN CONTINUA DE LOS TRABAJADORES
Autor: Óscar Requena Montes
240 páginas / ISBN: 978-84-18433-00-9 / 25 € IVA incluido

LECTURAS SOBRE EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA LABORAL (2.ª edición)
Autor: Javier Gárate Castro
238 páginas / ISBN: 978-84-18433-01-6 / 25 € IVA incluido

PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE LA OIT:
REFLEXIONES Y PROPUESTAS EN EL CONTEXTO DEL CENTENARIO
Autores: VV.AA. Dirección y Coordinación: Tatsiana Ushakova
202 páginas / ISBN: 978-84-16668-90-8 / 20 € IVA incluido

40 AÑOS DE EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES
Autor: Rafael Calvo Ortega
172 páginas / ISBN: 978-84-16668-91-5 / 20 € IVA incluido

IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA
Autora: Ana Domínguez Morales
436 páginas / ISBN: 978-84-16668-49-6 / 26 € IVA incluido

EL DERECHO DEL TRABAJO ESPAÑOL ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA: PROBLEMAS Y SOLUCIONES
Coordinación: José María Miranda Boto
656 páginas / ISBN: 978-84-16668-63-2 / 27 € IVA incluido

DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA: NUEVAS FORMAS DE TRABAJO Y ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL
XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Autores: VV.AA.
382 páginas / ISBN: 978-84-16668-55-7 / 25 € IVA incluido

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO INSTRUMENTO DE GESTIÓN DEL CAMBIO
Dirección y Coordinación: Jesús Cruz Villalón
Autores: VV.AA.
320 páginas / ISBN: 978-84-16668-44-1 / 23 € IVA incluido

BALANCE Y PERSPECTIVAS DE LA POLÍTICA LABORAL Y SOCIAL EUROPEA
XXVII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Autores: VV.AA.
360 páginas / ISBN: 978-84-16668-31-1 / 23 € IVA incluido

EMPRENDIMIENTO Y TRABAJO AUTÓNOMO
Su realidad como mecanismo de incorporación y de permanencia en el mercado de trabajo
Autora: María Teresa Alameda Castillo
196 páginas / ISBN: 978-84-16668-23-6 / 18 € IVA incluido

LAS FRONTERAS DEL DERECHO DEL TRABAJO EN EL MARCO
COMPARADO EUROPEO: AUTÓNOMOS Y BECARIOS
XXVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Autores: VV.AA.
342 páginas / ISBN: 978-84-16668-11-3 / 23 € IVA incluido

PERSPECTIVAS DE EVOLUCIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL MARCO COMPARADO EUROPEO
XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Autores: VV.AA.
246 páginas / ISBN: 978-84-15305-83-5 / 22 € IVA incluido

CRISIS FINANCIERA Y DERECHO SOCIAL EN IRLANDA
Dirección: Anne Marie Garvey y J. Eduardo López Ahumada
Autores: VV.AA.
206 páginas. / ISBN: 978-84-15305-88-0 / 18 € IVA incluido

DL Documentación Laboral

Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Nº 120 - Año 2020 - Vol. II
Edita: Ediciones Cinca

Empleo de las personas con discapacidad

PRESENTACIÓN
José Fernando Lousada Arochena

Algunos aspectos estructurales ante el empleo de las personas con discapacidad,
Ricardo Esteban Legarreta

Empleo y discapacidad.
Un análisis en perspectiva de género,
Eva María Blázquez Agudo

La regulación española de la cuota de empleo de personas con discapacidad y medidas alternativas: reflexiones y propuestas de mejora a propósito de su compatibilidad con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,
David Gutiérrez Colominas

El deber de introducir adaptaciones como medida de acceso y mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad,
Beatriz Rodríguez Sanz de Galdeano

La extinción causal del contrato de trabajo vinculada a la discapacidad,
Amanda Moreno Solana

La extinción "no causalizada" del contrato de trabajo por enfermedad del trabajador,
Juan Carlos Iturri Gárate

AEDTSS

ediciones cinca

ESTUDIOS LABORALES

ÓSCAR REQUENA MONTES

La formación continua de los trabajadores

Prólogo:
ÁNGEL BLASCO PELLICER

Epílogo:
FERNANDO FITA ORTEGA

Premio Tesis Doctoral AEDTSS 2020

AEDTSS

edjciones cinca

Boletín de Suscripción

DL Documentación Laboral

Deseo suscribirme a Documentación Laboral

Suscripción Anual: 3 números
España: 60 € ☐ Europa: 104 € ☐

Ediciones Cinca
General Ibáñez Íbero, 5A
28003 Madrid
T. 91 553 22 72
grupoeditorial@edicionescinca.com

Nombre y apellidos o Entidad.....

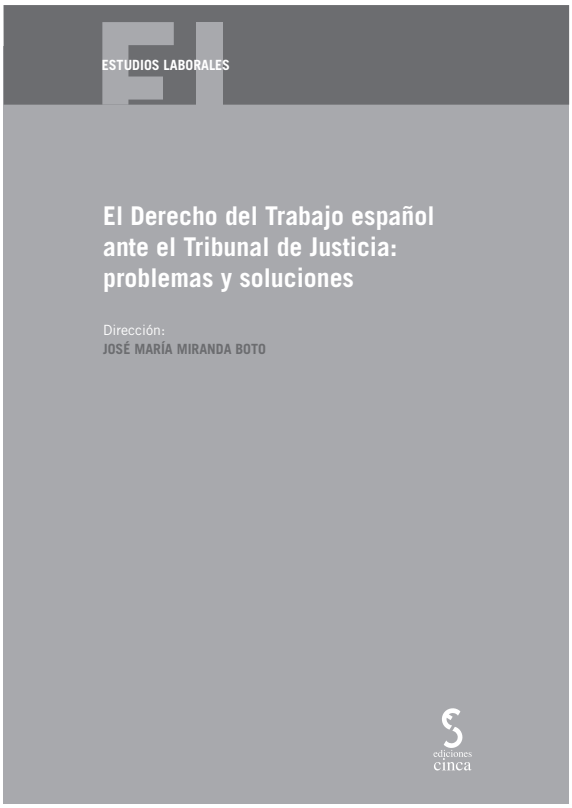
Actividad económica o profesional.....

Teléfono.....Fax.....E-mail.....

Calle.....Código Postal.....

Población.....Provincia.....País.....

Forma de pago: ☐ Cheque nominativo a Ediciones Cinca ☐ Transferencia Bancaria



COLECCIÓN ESTUDIOS

El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones

Dirección:
JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO

COLECCIÓN ESTUDIOS

JAVIER GÁRATE CASTRO

Lecturas sobre el derecho a la negociación colectiva laboral

Segunda edición

Documentación Laboral

DL

Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
N.º 121 - Año 2020 - Vol. III
Edita: Ediciones Cinca

Coloquio de otoño
"COVID y relaciones laborales"
Castellón, 12 de noviembre de 2020

PRESENTACIÓN
Jaime Cabeza Pereiro

Primera Parte: Coloquio de Otoño. "COVID y relaciones laborales", Castellón, 12 de noviembre de 2020

Teletrabajo y derechos individuales: el trazado de nuevos equilibrios,
Inmaculada Ballester Pastor

Teletrabajo y salud laboral en la era COVID: el nuevo marco normativo de prevención de riesgos laborales en el teletrabajo,
Fernando de Vicente Pachés

La hibernación de las responsabilidades de los administradores durante el estado de alarma y postalarma y su proyección en la derivación de deudas laborales y de Seguridad Social,
Amparo Esteve-Segarra

Implicaciones del COVID-19 en la acción protectora de la Seguridad Social por confinamiento, restricción en los desplazamientos y contagio. ¿Contingencia común o profesional?,
Guillermo Rodríguez Iniesta

Segunda Parte: Premios Rivero Lamas 2020

Propuesta de regulación para el esquirolaje tecnológico en el contexto de una hipotética Ley Orgánica de Huelga,
Rodrigo Tascón López

Problemas prácticos para la ordenación del tiempo de trabajo en las relaciones laborales de plataformas digitales de reparto,
Pablo Gimeno Díaz de Atauri

AEDTSS

ediciones cinca